

MAXI FICHES

ACTION SOCIALE

L

e secret professionnel en action sociale

Michel Boudjemai

**Comprendre
et retenir
l'essentiel**

DUNOD

Le secret professionnel en action sociale

Abonnez-vous gratuitement à notre Newsletter de l'action sociale



La newsletter
de l'action sociale

N°3 - Octobre 2002

Dunod veille pour vous...

► livres à la Une

► rencontres auteurs

► actualités

► la presse en parle !

Vivre l'action sociale au quotidien.

Éditorial

● Jamais deux sans trois ! La newsletter de l'Action sociale ne déroge pas à cette règle et vous invite à parcourir nos publications récentes. Découvrez notamment en priorité l'ouvrage de Bernard Ennuvier Les malentendus de la dépendance, un livre salutaire qui met justement en garde contre les effets négatifs de l'usage inconsidéré du terme "dépendance". Et retrouvez également Jean-Marie Pettolero avec Pratiquer la médiation sociale. Dépendance, médiation, deux termes forts qui rappellent la force du lien dans l'action sociale.

livres à la Une

Les malentendus de la dépendance

Bernard Ennuvier
Collection action sociale
ISBN : 2100687652

Prix : 20 ?
Sur ce même thème, lisez aussi...

Rencontres auteurs

Saül Karsz : « L'exclusion, un phénomène social complexe ».

Depuis la fin des années 80, le mot "exclusion" désigne une réalité concrète : 500 000 personnes en France sont concernées, et parmi elles, 200 000 vivent dans la rue... Saül Karsz, qui a coordonné l'ouvrage L'exclusion, définir pour en finir, se livre à l'analyse d'un phénomène social complexe.

Lire l'interview

Chaque mois des interviews, un agenda, une revue de presse, des nouveaux sites web et toutes les parutions sur www.dunod.com

Le secret professionnel en action sociale

DUNOD

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements

d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour

les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée. Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).



© Dunod, Paris, 2008
ISBN 978-2-10-053880-5

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

Introduction	1
1 Le concept de secret professionnel	3
2 Les professionnels astreints au secret professionnel	11
3 Les professionnels tenus à la discrétion professionnelle	31
4 Les hypothèses où la loi impose la levée du secret professionnel	37
5 Les hypothèses où la loi autorise la levée du secret professionnel	47
6 La combinaison de l'obligation de se taire et des obligations de parler	61
7 Le témoignage en faveur d'un innocent	67
8 L'inopposabilité absolue du secret professionnel	73
9 Le secret professionnel partagé	85
10 Le secret professionnel au cours de l'enquête policière	93
11 Le secret professionnel face à la justice	105
12 Secret professionnel et protection de l'enfance	127
13 Secret professionnel et prévention de la délinquance	131
14 Les conséquences de la violation du secret professionnel	137
15 Discrétion, secret professionnel et éthique professionnelle	145
Conclusion	151
Bibliographie sélective	153

Introduction

LE SECRET PROFESSIONNEL en action sociale et médico-sociale reste l'une des questions les plus débattues dans le champ du *travail social*. Il existe à ce propos une littérature abondante. Le plus souvent, elle prend la forme d'articles publiés dans la presse spécialisée ; rarement celle d'un ouvrage se proposant de faire le point sur l'état de la question.

Cette question passionne car l'enjeu est majeur. C'est l'avenir du travail social qui est en cause ; plus exactement son devenir. Nous verrons qu'il faut aujourd'hui relativiser fortement la logique des statuts liés aux métiers. Le secret professionnel se rattache de moins en moins à la profession et de plus en plus à la mission exercée.

Les lois récentes du 5 mars 2007 sur la protection de l'enfance et sur la prévention de la délinquance relancent le débat. On se rend alors compte que le secret professionnel ne s'analyse pas seulement d'un point de vue technique mais aussi (et surtout) sous un angle éthique. C'est toute la relation à cet Autre – qui, dans la difficulté, s'adresse en confiance à un professionnel –, qui se voit menacé lorsque la loi déroge à une garantie considérée comme un droit fondamental.

Les professionnels de l'action sociale et médico-sociale réagissent fortement lorsque le secret, condition de la réalisation de l'intervention sociale, est malmené. Toucher le secret professionnel n'est rien d'autre que modifier l'un des éléments structurels du *travail social*. C'est donc, *in fine*, la question du sens et de la légitimité du travail social qui se cache derrière celle du secret professionnel.

L'analyse proposée dans cet ouvrage prend acte des différents paramètres techniques et éthiques pour traiter la problématique du secret professionnel de manière dynamique.

Aussi, nous proposons un voyage au cœur du secret professionnel. Des exemples nombreux, tirés de jurisprudences variées, permettront au lecteur de mettre en perspective les logiques judiciaires et les logiques éducatives. Parfois d'ailleurs, elles se heurtent frontalement au risque de créer des incompréhensions préjudiciables à tous.

Un commentaire accompagnera l'analyse des décisions jurisprudentielles afin de les rendre plus accessibles. Pour autant, il nous semble impérieux que chacun puisse – à son niveau et en fonction de son champ de contraintes

– construire sa propre opinion. Il n’y a pas en réalité d’analyses qui soient constitutives de la Vérité.

Il nous semble tout autant impérieux de ne pas rechercher le simple dans le complexe, mais au contraire d’accepter la complexité de l’apparente simplicité des questions fondamentales que pose le secret professionnel.

Aussi nous invitons à aborder ce thème en intégrant les paramètres de la pensée complexe définie par Edgar Morin en ces termes :

« La difficulté de la pensée complexe est qu’elle doit affronter le fouillis (le jeu infini des inter-rétroactions), la solidarité des phénomènes entre eux, le brouillard, l’incertitude, la contradiction. Mais nous pouvons élaborer quelques-uns des outils conceptuels, quelques-uns des principes pour cette aventure, et nous pouvons entrevoir le visage du nouveau paradigme de complexité qui devrait émerger.¹ »

Ce qui nous semble intéressant, voir passionnant, consiste à s’autoriser la part de doute nécessaire pour aborder ce sujet en toute humilité afin de toujours rester dans une incertitude relative seule garante, selon nous, du respect des règles concernant le secret professionnel.

1. Edgar MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, 2005, p. 21-22.

Le concept de secret professionnel

7

1. DÉFINITION

a La notion de secret

On ne trouve dans la loi aucune définition du secret et *a fortiori* du secret professionnel. Seul un dictionnaire de langue française peut nous apporter quelques éclaircissements utiles. On trouve dans le dictionnaire culturel *Le Robert* la définition suivante : « ensemble de connaissances, d'informations qui doivent être réservées à quelques-uns, que le détenteur ne doit pas révéler ».

Il y a dans le concept même de secret une volonté de confier à une ou plusieurs personnes à qui l'on fait confiance une information au sens large qui va placer le confident dans une obligation de taire celle-ci sous peine de commettre une trahison constitutive d'une infraction à la loi pénale (voir p. 4). La notion de « confiance » est donc la clef de voûte du principe de fonctionnement du secret. On pourrait même dire que celui qui se confie livre une partie de lui-même à un tiers parce qu'il sait, dans son for intérieur, qu'il peut s'exposer devant lui en toute confiance. Dès le XVIII^e siècle, l'expression « mettre quelqu'un au secret » désignait le lieu où l'on enfermait les prisonniers afin qu'ils ne communiquent pas avec l'extérieur. Aussi peut-on dire que le secret enferme celui qui le reçoit dans une obligation de silence.

Précisions

Il est intéressant de relever que l'on peut partager un secret mais qu'on ne peut pas partager le secret professionnel en dehors des cas prévus par la loi (voir **fiche 7**).

b La notion de secret professionnel

Les professionnels astreints au secret sont donc ceux qui, d'une part, reçoivent une information à caractère secret confiée par un usager ou client et, d'autre part, se retrouvent prisonniers de cette confiance dont ils deviennent des gardiens privilégiés malgré eux. En effet, et pour être volontairement caricatural, on pourrait dire qu'ils sont « payés pour cela » c'est-à-dire pour recevoir des confidences. La volonté du professionnel d'accepter ou non ladite

confiance n'est pas un élément à prendre en compte dans cette affaire. Ceci dit, le professionnel peut toujours, par précaution, rappeler à son « client » les termes du contrat qui les lie en lui précisant les limites de ce l'on pourrait appeler le « champ des confidences » afin d'éviter que celles-ci n'aillent trop loin. S'il est exact que le professionnel a besoin pour exercer son métier de certaines informations, il n'en reste pas moins vrai que certaines d'entre elles peuvent être qualifiées d'excessives et, par voie de conséquence, être inutiles à la réalisation de l'objet de la mission ou sans rapport avec celle-ci.

Le secret confié à un ami ou encore à un membre de sa famille se distingue du secret professionnel dans la mesure où celui qui le reçoit est lié au confident par un lien qui trouve son origine dans le lien d'amitié ou d'appartenance familiale. Dans le cas du secret professionnel, c'est bien le lien entre le professionnel et l'utilisateur ou client qui est à prendre en compte pour déterminer l'obligation au silence. Mais tous les professionnels ne sont pas dans la même situation (voir **fiche 2**).

2. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION DE VIOLATION DU SECRET PROFESSIONNEL

Remarquons tout d'abord que violer le secret confié par un ami, par exemple, peut être qualifié de trahison alors que violer le secret professionnel confié par un client ou un utilisateur constitue une infraction à la loi pénale. Les registres sont donc totalement différents.

Il convient de rappeler qu'une infraction correspond à la réunion de trois éléments constitutifs qu'il faut réunir cumulativement pour entrer en condamnation.

- d'une part, il doit exister un *élément légal*, c'est-à-dire un texte de loi qui prévoit l'infraction ;
- d'autre part, il doit exister un *élément psychologique ou moral* consistant à distinguer les infractions volontaires des infractions involontaires ;
- enfin, un *élément matériel* c'est-à-dire la réalisation par l'auteur du comportement décrit par le texte de loi qui l'interdit.

a L'élément légal : l'article 226-13 du Code pénal

L'infraction de violation du secret professionnel est prévue et réprimée par l'article 226-13 du Code pénal qui dispose :

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

L'exigence d'un texte constitue le premier élément constitutif de l'infraction que l'on appelle l'élément légal de l'infraction. En droit pénal il ne peut pas y avoir infraction sans qu'un texte ne l'ait prévue. L'infraction prévue par l'article 226-13 du Code pénal est qualifiée de délit, c'est-à-dire que c'est le tribunal correctionnel qui est compétent pour juger ce type d'affaire.

Précisons dès à présent que « la loi pénale est d'interprétation stricte » (article 111-4 du Code pénal). Pour comprendre le sens de cette règle, nous pouvons utiliser une image culinaire. Dans la vie de tous les jours, il est possible de modifier selon ses goûts la composition de la recette en procédant au remplacement d'un ingrédient par un autre par exemple. On peut considérer que la définition d'une infraction pénale correspond à un ensemble d'ingrédients nommés « éléments constitutifs » qu'il va falloir réunir mais, à la différence d'une recette de cuisine, il est interdit d'en modifier la composition. La raison principale de la rigueur de cette règle provient du fait que le droit pénal fait encourir aux individus reconnus coupables une sanction qui peut, dans les cas les plus graves, se traduire en emprisonnement. Or, la liberté est une valeur républicaine fondamentale (Liberté/Égalité/Fraternité) que la Société doit protéger contre toutes formes d'atteintes. Aussi le juge pénal est enfermé dans cette exigence car un État de droit se doit de nous garantir contre tous les excès, y compris ceux qui pourraient découler d'une interprétation de la loi pénale.

b L'élément psychologique : la conscience et la volonté de violer le secret professionnel

La violation du secret professionnel doit être volontaire

L'infraction étudiée ici est une infraction volontaire. Cela signifie très précisément qu'il n'est pas possible d'être condamné pénalement pour avoir violé involontairement le secret professionnel. Dans cette hypothèse, d'autres sanctions sont envisageables (voir **fiche 14**).

La loi parle de « *révélation d'une information* » ce qui implique chez l'auteur la volonté de se délier du secret. Le verbe révéler est défini par le dictionnaire comme l'action de « faire connaître ce qui était inconnu et secret ». On imagine très mal qu'une révélation puisse être non voulue par celui qui en est à l'origine. Du point de vue juridique, le tribunal devra établir la réalité de cette volonté chez l'auteur ; c'est ce que l'on appelle l'élément moral ou psychologique de l'infraction qui constitue le deuxième élément constitutif de l'infraction. En d'autres termes il faut faire la preuve que l'auteur présumé l'a fait volontairement, que son intention était bien celle-là.

Ajoutons aussi que la révélation ne s'entend pas exclusivement en termes de mise en lumière d'une information secrète. En effet, la confirmation d'une rumeur (Cour de cassation, chambre criminelle, 25 janvier 1968) ou encore

le fait de donner des précisions que l'on était seul à connaître à propos d'un fait connu (Cour de cassation, chambre criminelle, 7 mars 1989) constituent une révélation punissable au sens de la loi pénale.

La violation du secret professionnel n'implique pas une volonté de nuire

Il n'est pas nécessaire de relever chez l'auteur une intention de nuire par sa révélation à l'usager ou au client. En revanche il est indispensable de démontrer sa conscience de dépasser les limites de la loi, autrement dit de violer sciemment les prescriptions de l'article 226-13 du Code pénal. La jurisprudence est particulièrement constante à ce propos. Elle précise que « le délit existe dès que la révélation a été faite avec connaissance, indépendamment de toute intention spéciale de nuire » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 15 décembre 1885) mais aussi que « l'intention frauduleuse consiste dans la conscience qu'a le prévenu de révéler le secret dont il a connaissance, quel que soit le mobile qui a pu le déterminer » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 7 mars 1989).

Nous sommes ici au cœur de ce qui a été précédemment développé à propos de l'interprétation stricte de la loi pénale (voir p. 4).

Le tribunal est donc obligé de relever l'existence de cet élément constitutif de l'infraction pour entrer en condamnation ; à défaut il ne peut y avoir que relaxe.

Exemple

Dans une affaire concernant un banquier, la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 9 février 2000 que « les banquiers qui communiquent, sur sa demande, à une personne des relevés de comptes bancaires concernant le propre frère du demandeur, ne se rendent pas coupables de violation du secret professionnel, dès lors qu'ils *n'avaient pas conscience* de communiquer des informations couvertes par le secret bancaire ; en l'espèce ils ont pu légitimement croire en l'identité de personne entre le demandeur des informations et le titulaire du compte, cette croyance étant révélée par les courriers adressés par les prévenus comme s'adressant au titulaire du compte et non à un tiers ».

c L'élément matériel : l'information à caractère secret

Outre le fait que la révélation du secret ne peut être reprochée qu'à certaines personnes (voir **fiche 2**), elle doit aussi et surtout porter sur une information à caractère secret, ce qui constitue le troisième élément constitutif de l'infraction. Or, la question de savoir ce que recouvre exactement l'expression « information à caractère secret » reste entièrement posée...

Les informations relevant du domaine de la vie privée et de l'intimité

On peut dans un premier temps considérer que les informations relatives à la vie privée ou à l'intimité doivent être couvertes par le secret.

Le Code civil précise dans son article 9 :

« Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage, prescrire toutes mesures, telles que séquestres, saisies et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à *l'intimité de la vie privée* ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. »

Il s'agit, en effet, d'une règle générale mais qui trouve une résonance particulière dans le domaine qui nous préoccupe. La raison tient au fait que les professionnels ont accès à des informations nombreuses concernant la vie privée ou l'intimité des usagers qui les sollicitent. Il est donc nécessaire que pèse sur eux une obligation forte de ne pas révéler lesdites informations. Le concept de vie privée ou d'intimité ne fait l'objet d'aucune définition légale. En revanche, les juges ont, au fur et à mesure des décisions rendues, précisé les contours du champ de la vie privée et de l'intimité. On trouve dans la jurisprudence de nombreuses illustrations du domaine de la vie privée ou de l'intimité :

- la vie sentimentale d'une personne recèle un caractère strictement privé. Porter à la connaissance du public les liaisons véritables ou imaginaires qui lui sont prêtées constitue une atteinte à la vie privée (Cour de cassation, 2^e chambre civile, 24 avril 2003) ;
- la reproduction d'images représentant des handicapés mentaux dans l'intimité de leur existence quotidienne dans l'établissement où ils vivent et ce, sans l'autorisation de leurs représentants légaux, constitue, à elle seule, une atteinte illicite à l'intimité de leur vie privée (Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 24 février 1993) ;
- le salaire de celui qui n'est pas une personne publique et ne jouit d'aucune notoriété particulière ressortit à sa vie privée (Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 15 mai 2007) ;
- la divulgation d'un numéro de téléphone a pour effet de porter atteinte à l'intimité de la vie privée de son titulaire (tribunal correctionnel de Briey, 15 septembre 1992) ;
- la jurisprudence a même précisé que l'atteinte à la vie privée est indépendante du mode compassionnel, bienveillant ou désobligeant sur lequel elle est opérée (Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 23 avril 2003).

On peut en déduire dans un premier temps que le domaine de la vie privée et de l'intimité appartient « par nature » à celui plus large des informations à caractère secret.

Le secret professionnel n'a pas pour finalité de protéger la vie privée ou l'intimité. Cette protection est assurée par le juge conformément à l'article 9 du Code civil précité. La jurisprudence précise :

« Le délit de violation d'un secret professionnel est institué non seulement dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions, mais également dans l'intérêt des particuliers, pour garantir la sécurité des confidences que ceux-ci sont dans la nécessité de faire à certaines personnes du fait de leur état et de leur profession » (tribunal de grande instance de Paris, 27 mai 1997).

Relevons ici le double fondement du secret professionnel :

- l'*intérêt général* qui consiste à avoir dans la Société des professionnels susceptibles d'apporter aide, conseil, accompagnement (médecins, avocats, assistants des services sociaux...) à ceux et celles qui sont dans le besoin ;
- mais aussi, l'*intérêt privé* qui assure à chaque confident la sécurité de la non-divulgaration des informations qu'il a pu ou dû donner à son interlocuteur en échange du service attendu.

La conjugaison de ces deux intérêts permet d'équilibrer d'une certaine manière la relation entre l'usager ou client et le professionnel astreint.

Dans le secteur social et médico-social, l'usager doit bénéficier d'une garantie de confidentialité et de secret. Cette obligation qui pèse sur les structures, mais aussi sur les professionnels, est rappelée par l'article 7 alinéa 1^{er} de la Charte des droits et libertés de la personne accueillie qui dispose : « il est garanti à la personne comme à ses représentants légaux et à sa famille, par l'ensemble des personnels ou personnes réalisant une prise en charge ou un accompagnement, le respect de la confidentialité des informations la concernant dans le cadre des lois existantes. »

Tout ce qui aura été appris, compris, connu ou deviné à l'occasion de l'exercice professionnel

En effet, depuis la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence englobe dans la sphère du secret « *tout ce qui aura été appris, compris, connu ou deviné à l'occasion de l'exercice professionnel* » (Cour de cassation, chambre criminelle, 19 décembre 1885). C'est-à-dire que, au-delà de la confidence expresse qui place automatiquement le professionnel dans l'obligation de se taire, on inclut également les informations recueillies au cours de l'exercice professionnel. Il s'agit notamment de celles que le professionnel a déduites

de ses connaissances professionnelles ou encore de l'analyse qu'il a pu faire de la situation. Est-il besoin de dire au pharmacien de quel mal on souffre lorsqu'on lui tend son ordonnance ? Il y a fort à parier qu'il pourra largement le deviner à partir de la prescription faite par le médecin. Un travailleur social peut également déduire, comprendre à partir d'une situation des faits précis qui seront, dès lors, couverts par le secret.

Limites : seules les informations relatives à l'usager ou client du professionnel sont couvertes par les secrets

Il est en effet important de bien comprendre que juridiquement l'information à caractère secret est celle qui concerne l'usager ou client du professionnel. Une information étrangère à ce binôme n'est pas couverte par le secret.

Ainsi ne commet pas l'infraction le médecin qui révèle des faits concernant exclusivement le mari de sa patiente (chambre criminelle de la Cour de cassation, 23 janvier 1996). En revanche, des faits révélés par un tiers au professionnel et relatifs à son client ou usager sont couverts par le secret. La jurisprudence est venue préciser que « le secret professionnel couvre non seulement les renseignements reçus du client par un avocat, mais également ceux reçus à son propos et/ou à propos de tiers dans le cadre des affaires concernant ledit tiers » (tribunal de grande instance de Paris, 30 novembre 1994).

En définitive, l'information à caractère secret n'est pas seulement celle à laquelle l'usager ou client décide d'octroyer par la confiance un caractère secret (conception subjective) mais elle est aussi celle dont le professionnel prend connaissance dans l'exercice de ses fonctions (conception objective). Aussi redonne-t-on aux professionnels concernés un pouvoir découlant directement du fait qu'ils sont les seuls, *in fine*, à être en mesure d'imprimer un caractère secret aux informations détenues, quel qu'en soit le mode de recueil. Les seules limites résident dans les obligations légales de lever du secret (voir **fiches 4 et 8**).

L'affaire de l'évêque de Bayeux : exception ou reculade ?

Le tribunal correctionnel de Caen dans l'affaire de l'évêque de Bayeux, Monseigneur Pican, jugé le 4 septembre 2001 est venu jeter un trouble en précisant dans sa décision :

« Si un évêque pouvait considérer la démarche de Mme M, et les informations reçues de cette dernière, même par la médiation de Michel M., comme confidentielles, et ce conformément au souhait de celle-ci, il ne saurait s'en déduire que cette notion de confiance puisse s'étendre aux autres informations détenues par l'évêque. En effet, la notion même de confiance suppose une démarche spontanée de celui qui se confie envers celui qui la reçoit.

Le prévenu ayant eu connaissance d'autres faits concernant d'autres victimes

ne pouvait se considérer de ce chef comme détenteur d'une confiance de Mme M. puisque celle-ci n'avait entendu ne révéler sous ce sceau que les faits concernant son fils.

La connaissance qu'avait le prévenu, évêque de son état, de l'existence d'autres victimes résultait non d'une confiance du prêtre pédophile mais d'une recherche de sa part. En conséquence, l'option de conscience tirée du secret professionnel ne pouvait être appliquée ».

Cette jurisprudence est étonnante dans la mesure où elle semble axer son analyse prioritairement sur l'origine de l'information. Celle-ci est parvenue au prévenu en dehors de toute confession mais davantage à partir d'une recherche effectuée par ses soins. Dès lors, elle ne serait pas couverte par le secret. Il semble que les juges ajoutent à la loi actuelle (article 226-13 du Code pénal) une condition qu'elle ne contient pas. Le législateur vise le « dépositaire d'une information à caractère secret ». Cette formulation large a permis d'ailleurs d'englober et donc de soumettre au secret l'ensemble des faits portés à la connaissance d'un dépositaire que ce soit de façon directe (informations de première main) ou de façon indirecte (informations de deuxième main). De plus, on peut soutenir que cette décision semble implicitement soutenir l'hypothèse d'un secret « professionnel » spécifique aux ministres du Culte car répondant à un régime juridique déterminé. Ce qui semble contraire à la loi actuelle qui ne détermine pas selon les statuts des uns et des autres les règles du secret qu'il convient d'appliquer. Rappelons ici qu'il n'y a qu'un seul type de secret professionnel : soit on y est astreint, soit on n'y est pas...

Points clefs à retenir

Il n'existe pas de définition légale du secret professionnel. En revanche la jurisprudence trace les contours des informations à caractère secret qui ne doivent pas être divulguées par leurs détenteurs ainsi que les conditions indispensables pour qu'elles puissent bénéficier de la couverture du secret. Ceci dit, seuls ceux astreints au secret professionnel sont soumis à cette obligation au silence.

Le concept de révélation implique que l'auteur ait agi sciemment, ce qui exclut du champ pénal toute révélation involontaire. En revanche, l'intention de nuire au client ou usager n'a pas à être relevée pour que l'infraction soit totalement constituée.

Les professionnels astreints au secret professionnel

2

1. DE L'ARTICLE 378 DE L'ANCIEN CODE PÉNAL ET L'ARTICLE 226-13 DU NOUVEAU CODE PÉNAL _____

a Une ancienne rédaction « fermée »

L'article 378 alinéa 1^{er} de l'ancien Code pénal disposait :

« Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 F à 15 000 F. »

Le législateur du nouveau Code pénal de 1992 n'a pas souhaité reproduire la liste de certains professionnels tenus au secret « dans un souci de concision » (voir la circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, p. 167).

b Une nouvelle rédaction plus ouverte

L'article 378 devenu article 226-13 est ainsi libellé :

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire *soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire*, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

c Tous les secrets professionnels se valent

Sous l'égide de l'ancien Code pénal, le législateur semblait s'inscrire dans une logique séparatiste. On trouvait d'abord les professionnels de santé et ensuite les « autres dépositaires ».

D'une certaine manière, les choses sont clarifiées dans la nouvelle rédaction de l'article 226-13 du Code pénal qui abandonne purement et simplement ce procédé en utilisant une formulation beaucoup plus large.

On peut dire qu'implicitement le législateur place l'ensemble des professionnels dépositaires d'informations à caractère secret sur un pied d'égalité.

Autrement dit, il ne doit pas y avoir de hiérarchie entre les secrets détenus selon le statut juridique du dépositaire. Qu'ils soient médecins ou assistants des services sociaux, ces professionnels sont exactement soumis à la même obligation pénale.

Remarque

Aujourd'hui encore cette égalité juridique n'est pas complètement intégrée dans la pratique des professionnels du champ social et médico-social. En effet, la tendance est de donner un aspect plus relatif au secret détenu par les professionnels du champ social qu'à celui du médecin par exemple.

Certains auteurs relèvent dans cette nouvelle formulation l'abandon du concept de confidents nécessaires pour adopter celui de dépositaires nécessaires. « On pourrait donc en déduire qu'à la notion de confidents nécessaires a succédé celle de dépositaire nécessaire...¹ » Nous pouvons ajouter que le législateur semble utiliser également ici un concept plus large qui permet, par là même, d'englober le concept initialement utilisé puisque le dépositaire peut notamment recevoir des confidences.

2. LA « LISTE » DES PROFESSIONNELS SOUMIS AU SECRET SELON L'ARTICLE 226-13

a Il n'y a pas de liste prédéterminée de professionnels astreints au secret

On peut affirmer que le nouveau Code pénal ne fait plus référence à une liste de professions astreintes au secret professionnel. Ont disparu les références aux médecins, chirurgiens, sages-femmes ou encore pharmaciens. En définitive, le législateur a davantage choisi la référence à une clause de style plutôt que d'entrer dans un exercice de « listing » des professions.

b La désignation des professionnels astreints au secret se fera par la loi ou la jurisprudence

La conséquence immédiate est que nous sommes suspendus aux décisions des tribunaux qui, de ce fait, devront se prononcer au cas par cas pour faire entrer certaines personnes dans la catégorie de celles tenues au secret professionnel.

Ajoutons également que le législateur de 1992 ne remet pas en cause, par sa nouvelle formulation, les jurisprudences antérieures prononcées sur le secret professionnel de certaines personnes.

1. Dominique THOUVEVENIN, *Juris-Classeur Pénal*, art. 226-13 et 226-14, fascicule 10, n° 28, 1998.

c Être astreint par état ou par profession

On l'a vu, le législateur vise d'abord dans l'article 226-13 du Code pénal les personnes dépositaires d'une information à caractère secret soit en raison de leur état soit en raison de leur profession.

La question qui vient immédiatement à l'esprit est alors celle de savoir ce que signifie être astreint au secret professionnel du fait de son « état » ?

Par état

► Définition de l'état

État vient de « *estate* » de l'ancien français en cours au XIII^e siècle qui désignait « une manière d'être ». Le mot état est issu du latin « *status*, de *stare* » signifiant « se tenir debout ».

La définition actuelle donnée par *le Robert* est la suivante : « manière d'être (d'une personne ou d'une chose), considérée dans ce qu'elle a de plus ou moins durable, permanent (opposé à devenir, évolution) ». On trouve peu d'exemples qui fassent référence à cette notion pour déduire que la personne concernée est astreinte au secret professionnel.

► Ministres du Culte : un état

Le seul cas véritablement tranché par la jurisprudence est celui des ministres du Culte.

« Les ministres du Culte (légalement reconnus) sont tenus de garder le secret sur les révélations qui ont pu leur être faites en raison de leurs fonctions » (Cour de cassation, chambre criminelle, 4 décembre 1891).

Toutes les religions officielles sont visées par l'expression « ministres du Culte » qui par voie de conséquence soumet au même régime juridique les prêtres, pasteurs ou rabbins.

Il était précisé par ailleurs dans cette même jurisprudence que :

« Pour les prêtres catholiques, il n'y a pas lieu de distinguer s'ils ont eu connaissance de faits par la voie de la confession ou en dehors de ce sacrement : cette circonstance en effet ne saurait changer la nature du secret dont ils sont dépositaires, si les faits leur ont été confiés dans l'exercice de leur ministère sacerdotal et à raison de ce ministère. »

« Le 983^e canon du Code de droit canonique pose le principe de l'inviolabilité absolue des secrets d'ordre sacramentel. Ceux-ci se définissant selon trois critères ; « des aveux faits à un prêtre approuvé ; la manifestation d'un péché ; enfin l'intention, au moins implicite, de recevoir l'absolution et non simplement d'obtenir un conseil ou des encouragements ». Ils s'enrichissent des secrets dits naturels dont l'inviolabilité, toujours garanties et cependant moindre.

L'ensemble de ces secrets forme couramment le secret de la confession¹ » (voir p. 4).

Par profession

Qu'est-ce qu'une profession ? *A priori*, c'est l'activité régulière exercée par une personne, pour laquelle elle est rémunérée et qui lui permet, le plus souvent, de subvenir à ses besoins ou de façon plus générale de gagner sa vie.

Le secret est professionnel lorsque la loi renvoie à un texte précis qui indique que telle profession est astreinte au secret professionnel. Ce qui signifie que le législateur estime que le simple fait d'exercer certaines professions entraîne *ipso facto* l'obligation de soumission au secret professionnel.

Il ne faut pas oublier que le délit de violation du secret professionnel a été institué aussi dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions comme le rappel très justement Michèle-Laure Rassat :

« Le principe est que le secret professionnel est fait pour ceux dont la fonction ou profession provoque et exige la confiance du public, de telle sorte que la loi imprime implicitement à leurs actes le caractère confidentiel et secret dès lors qu'elle impose ou simplement recommande cette fonction ou profession à la confiance du public. La jurisprudence l'applique en établissant une hiérarchie entre des fonctions « nobles » qui doivent nécessairement jouir de la confiance du public et dont les membres sont tenus au secret et des activités moins importantes dont les tenants ne sont pas astreints à se taire.² »

Précisions à propos du secteur social et médico-social

Le fait que le législateur inscrive comme un élément statutaire réservé à certaines professions l'astreinte au secret professionnel contribue à créer une concurrence de position entre certains professionnels du secteur social et médico-social. Rappelons les débats interminables (mais passionnants) qui ont opposé et opposent encore les assistants des services sociaux et les éducateurs spécialisés. Les premiers étant astreints par la loi au secret contrairement aux seconds. Nous verrons par la suite qu'il convient aujourd'hui d'être moins péremptoire à ce sujet (voir **fiche 3**).

Précisons enfin que, à la différence d'un élément contractuel, un élément statutaire n'est pas négociable.

Il existe une multitude de textes qui soumettent des professions au secret professionnel. Ces textes sont soit d'origine législative (loi), soit

1. *Juris-Classeur pénal*, art. 226-13 et 226-14, fasc. 10, 2005.

2. Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, 2004, p. 437-438.

d'origine réglementaire (décret). Il convient de distinguer le champ médical et paramédical du champ social et médico-social.

► Le champ médical et paramédical

Il ne s'agit pas de référencer l'ensemble des professions du champ médical et paramédical astreint au secret professionnel mais de recenser celles qui sont le plus en lien avec les professionnels du secteur social et médico-social. Sont astreintes au secret professionnel les professions médicales et paramédicales suivantes (liste non exhaustive) :

- La profession de *médecin* est soumise au secret professionnel que l'on qualifie généralement de secret médical. Il est intéressant de constater que l'article 378 de l'ancien Code pénal visait expressément cette profession, ce qui n'est plus le cas depuis le nouveau Code pénal. Aujourd'hui il faut se référer à l'article R. 4127-4 du Code de la santé publique qui précise :
« Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.
Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ».
- La profession de *sage-femme* est soumise au secret professionnel par l'article L. 4127-303 du Code de la santé publique qui dispose :
« Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à toute sage-femme dans les conditions établies par la loi.
Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance de la sage-femme dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'elle a vu, entendu ou compris ».
La sage-femme doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son travail soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment.
La sage-femme doit veiller à la protection contre toute indiscrétion de ses fiches cliniques et les documents qu'elle peut obtenir concernant ses patients. Lorsqu'elle se sert de ses observations médicales pour des publications scientifiques, elle doit faire en sorte que l'identification des patients ne soit pas possible.
- La profession d'*infirmier* et d'*infirmière* est soumise au secret professionnel par l'article L. 4314-3 du Code de la santé publique qui dispose : « Les infirmiers et infirmières et les étudiants des instituts de formation préparant à l'exercice de la profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »

- « La profession d'*orthophoniste*, d'*orthoptiste* et les élèves faisant leurs études préparatoires à l'obtention de l'un ou l'autre certificat sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »
- « Les *masseurs-kinésithérapeutes* et les *pédicures podologues* se préparant à l'exercice de leur profession sont tenus au secret professionnel, dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »
- La profession de *chirurgien-dentiste* est soumise au secret professionnel en vertu de l'article 5 du Code de déontologie (décret n° 67-671 du 22 juillet 1967, modifié par les décrets 75-650 du 16 juillet 1975, n° 86-125 du 23 janvier 1986, n° 94-500 du 15 juin 1994, n° 97-503 du 21 mai 1997) qui dispose : « Le secret professionnel s'impose à tout chirurgien-dentiste, sauf dérogations prévues par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du chirurgien-dentiste dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris. » L'article 5-1 précise que le chirurgien-dentiste « doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son travail soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment ». L'article 5-2 ajoute qu'en vue de respecter le secret professionnel tout chirurgien-dentiste « doit veiller à la protection contre toute indiscretion de ses fiches cliniques, des documents et des supports informatiques qu'il peut détenir ou utiliser concernant les patients. Lorsqu'il utilise ses observations médicales pour des publications scientifiques, il doit faire en sorte que l'identification des patients ne soit pas possible. »
- Les *pharmaciens* sont astreints au secret en vertu de l'article R. 4235-5 du Code de la santé publique qui dispose : « le secret professionnel s'impose à tous les pharmaciens dans les conditions établies par la loi. Tout pharmacien doit en outre veiller à ce que ses collaborateurs soient informés de leurs obligations en matière de secret professionnel et à ce qu'ils s'y conforment. »

En revanche certaines professions en sont exclues. C'est notamment le cas :

- des *ergothérapeutes* dont la profession est régie par les articles L. 4331-1 à L. 4331-5 du Code de la santé publique ;
- des psychomotriciens dont la profession est régie par les articles L. 4332-1 à L. 4332-5 du Code de la santé publique.

► Le champ social et médico-social

Il est à noter que, dans le champ social et médico-social, il n'existe pas véritablement de « listing » des professions astreintes au secret professionnel, à l'instar de ce qui a été développé précédemment pour le champ médical et paramédical. En effet, la seule profession sociale astreinte au secret professionnel de par la loi est celle d'assistant de service social.

Les *assistants et assistantes des services sociaux* sont astreints au secret professionnel en vertu de l'article L. 411-3 alinéa 1^{er} du Code de l'action sociale et des familles (CASF) qui dispose : « Les assistants de service social et les étudiants des écoles se préparant à l'exercice de cette profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »

Pourquoi la profession d'assistant de service social est-elle la seule à être astreinte au secret professionnel ?

« La profession d'assistant de service social est la plus ancienne profession du travail social. Apparue à la fin du XIX^e siècle, elle est organisée dans l'entre-deux-guerres (brevet de capacité créé en 1932 et diplôme d'État créé en 1938) alors que les corps professionnels (éducateur spécialisé, animateur, conseiller en économie sociale et familiale) ne se développent et ne s'organisent que dans les années 1960.

Cette ancienneté et aussi, naturellement, la nature de ses fonctions qui la mettent au contact direct avec les conditions de vie des personnes et des familles, expliquent que l'assistant de service social fasse l'objet d'un cadre statutaire spécifique antérieurement organisé aux articles 218 à 228 de l'ancien Code de la famille et de l'aide sociale.

Ce statut constitue cette profession en « profession protégée » et comporte plusieurs éléments : une protection du diplôme, gage de compétence (...) ; l'obligation pour leur titulaire de faire enregistrer en préfecture leur diplôme (...) ; surtout, l'obligation au secret professionnel des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, qui constitue l'aspect le plus caractéristique de ce statut. L'assistant de service social est le seul travailleur social à être soumis à ce secret.¹ »

Toutefois, au regard de ce qui a été précédemment dit, il convient de rappeler que d'autres professionnels du social sont astreints au secret mais pas du fait de leur seule profession. Cette astreinte n'est pas liée à leur statut mais davantage à la mission à laquelle ils participent (« en raison de leur état »).

1. *Code de l'action sociale et des familles commenté*, Dalloz, 2007, p. 470.

Exemple. Un assistant de service social est *toujours* astreint au secret quel que soit son lieu d'exercice professionnel. En revanche un éducateur spécialisé travaillant pour l'aide sociale à l'enfance est astreint au secret professionnel à cause de cette mission précise à laquelle il participe. Si par la suite il change d'emploi et devient éducateur dans un ESAT (établissement et services d'aide par le travail), alors il ne sera plus astreint au secret de la même manière.

Quid du « secret professionnel » des psychologues. Il faut réserver le cas des psychologues dans la mesure où, contrairement à une idée fort répandue, ils ne sont pas astreints au secret professionnel. Aucun texte de nature législative (loi) ou réglementaire (décret) ne le prévoit.

Pourtant il y a bien un Code de déontologie mais, contrairement aux autres codes (Code de déontologie médicale par exemple : article R. 4127-1 à R. 4127-112 du Code de la santé publique), celui des psychologues n'a pas été « entériné » par un texte législatif. Juridiquement, il n'a pas la même portée que les autres codes qui, du fait de cette « reconnaissance » législative, acquièrent « force de loi ».

On trouve effectivement dans le Code de déontologie des psychologues du 22 mars 1996 des dispositions visant le concept de secret professionnel. L'article 8 dudit code dispose :

« Le fait pour un psychologue d'être lié par un contrat ou un statut à toute entreprise privée ou tout organisme public, ne modifie pas *son devoir professionnel et en particulier ses obligations concernant le secret professionnel* et l'indépendance du choix de ses méthodes et de ses décisions. Il fait état du Code de déontologie dans l'établissement de ses contrats et s'y réfère dans ses liens professionnels. »

Quant à l'article 15, il précise :

« Le psychologue dispose sur le lieu de son exercice professionnel d'une installation convenable, de locaux adéquats pour *permettre le respect du secret professionnel*, et de moyens techniques suffisants en rapport avec la nature de ses actes professionnels et des personnes qui le consultent. »

Nous pouvons dire que l'utilisation de l'expression secret professionnel par ce Code de déontologie ne doit pas s'entendre dans son acception juridique au sens de l'article 226-13 du Code pénal, mais davantage comme une règle cardinale renvoyant à l'obligation de confidentialité. Sa violation peut entraîner des sanctions civiles et professionnelles mais en aucun cas pénales.

Qu'en est-il du Code de déontologie des assistants de service social ? Précisons que les assistants des services sociaux ont également un Code de déontologie qui, à l'instar des psychologues, n'a pas été « reconnu » dans

un texte législatif ou réglementaire mais, à la différence des psychologues, une loi (article L. 411-1 du Code de l'action sociale et des familles) les soumet au secret professionnel. Ce qui, par voie de conséquence, donne une valeur juridique particulière aux articles du Code de déontologie des assistants de service social de 1994 qui visent le secret professionnel en ces termes :

Article 3 : De la confidentialité

« L'établissement d'une relation professionnelle basée sur la confiance fait de l'Assistant de Service Social un « confident nécessaire » reconnu comme tel par la jurisprudence et la doctrine. »

Article 4 : Du secret professionnel

« L'obligation légale de secret s'impose donc à tous les assistants de service social et étudiants en service social, sauf dérogations prévues par la loi. »

Aussi la violation du secret professionnel par un assistant de service social lui fait encourir les sanctions pénales de l'article 226-13 du Code pénal sans préjudice des autres sanctions civiles et professionnelles envisageables.

► *Champ judiciaire, juridique et policier*

Les travailleurs sociaux sont souvent amenés à être en lien avec les professionnels du droit (juges, procureurs, avocats, conciliateurs) ou encore avec la police ou la gendarmerie. L'ensemble de ces professionnels est également astreint au secret.

- Les *avocats* sont astreints au secret professionnel en vertu de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée par celle n° 2004-130 du 11 février 2004 qui dispose : « En toute matière, que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception de celles portant la mention « officielles », les notes d'entretien et plus généralement toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel. »
- Les *policiers* sont astreints au secret professionnel en vertu de l'article 11 du Code de déontologie de la police nationale (décret n° 86-592 du 18 mars 1986) qui dispose : « Les fonctionnaires de police peuvent s'exprimer librement dans les limites résultant de l'obligation de réserve à laquelle ils sont tenus et des règles relatives à la discrétion et au secret professionnel. »
- Les membres des *services pénitentiaires d'insertion et de probation* sont astreints au secret professionnel par l'article D du Code de procédure pénale qui dispose : « Les membres des services pénitentiaires d'insertion et de probation sont tenus au secret professionnel dans les conditions prévues par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Chaque fois que la demande leur en est faite ou à leur initiative, ils fournissent à

l'autorité judiciaire ou au service de l'administration pénitentiaire les éléments permettant de mieux individualiser la situation des personnes placées sous main de justice. Dans le cadre de l'exécution des mesures visées à l'article D (enquête, contrôle judiciaire, sursis avec mise à l'épreuve, suivi socio-judiciaire, travail d'intérêt général, libération conditionnelle...) les membres du service pénitentiaire d'insertion et de probation ne peuvent opposer le secret professionnel aux autorités judiciaires, sauf pour les renseignements recueillis par voie de confidences auprès des personnes prises en charge. »

- Les *médiateurs* : Le 28 février 2001, la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé le point suivant : « les dispositions de l'article 24 de la loi du 8 février 1995, relatif à la médiation en matière civile, selon lesquelles les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties, sont également applicables lorsque le procureur de la République fait procéder à une médiation en application de l'article 41-1 (alternatives aux poursuites) du Code de procédure pénale. »
- Les *conciliateurs de justice* sont astreints au secret professionnel en vertu de l'article 8 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 qui dispose : « le conciliateur est tenu à l'obligation du secret. Les informations qu'il recueille ou les constatations auxquelles il procède ne peuvent être divulguées. Lors de sa première nomination aux fonctions de conciliateur de « justice », celui-ci prête devant la cour d'appel le serment suivant : « je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent. »

À propos du secret de l'enquête et de l'instruction

Le principe du secret de l'enquête et de l'instruction est contenu dans l'article 11 alinéas 1 et 2 du Code de procédure pénale qui dispose :

« Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.

Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14. »

On peut à titre d'exemple citer dans le secteur social les associations habilitées ou encore les membres des services pénitentiaires d'insertion et de probation qui effectuent des enquêtes de personnalité ou des enquêtes rapides sur demande du juge d'instruction. Le travailleur social en charge de l'enquête participe à l'instruction et par voie de conséquence est soumis aux exigences de l'article 11 susvisé.

À l'évidence, les officiers de police judiciaire (police et gendarmerie) ou encore les experts agissant sur commissions rogatoires sont également concernés.

d Être astreint « en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire »

La notion de *fonction* renvoie à l'exercice d'une charge, d'un emploi que l'on exerce de façon permanente ou tout au moins qui doit durer un certain temps. À l'inverse, la notion de *mission* se définit davantage comme une charge donnée à quelqu'un d'exercer une tâche précise. Ce qui signifie qu'une fois le « contrat rempli », la mission doit en principe prendre fin. L'article 226-13 du Code pénal ne laisse aucun doute à ce propos puisqu'il vise explicitement une « mission temporaire ». C'est pourquoi nous considérerons, pour distinguer ces deux notions, comme pertinents les critères de durée et d'objectifs.

En raison d'une fonction

De façon générale les collaborateurs des professionnels astreints au secret le sont également en raison de leur fonction. Il s'agit notamment :

- Des collaborateurs de médecins, des sages-femmes ou encore de chirurgiens-dentistes. Le terme collaborateur est utilisé dans son acception la plus large. Il peut s'agir de secrétaires, d'assistants ou encore de toute autre personne amenée à assister le professionnel astreint au secret.
- Des élèves ou étudiants suivant une formation pour exercer une profession astreinte au secret professionnel. C'est le cas notamment des élèves infirmiers, orthophonistes, orthoptistes, des étudiants assistants sociaux.
- « Les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal relatifs au secret professionnel sont applicables à toute personne appelée à collaborer au service départemental de protection maternelle et infantile » (article L. 2112-9 du Code de la santé publique).
- « Toute personne participant aux missions de l'aide sociale à l'enfance est tenue au secret professionnel sous les peines et dans les conditions prévues par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal » (article L. 221-6 alinéa 1^{er} du Code de l'action sociale et des familles).
- Le secret professionnel est applicable aux agents du service d'accueil téléphonique dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Le troisième alinéa de l'article 226-13 est également applicable aux informations recueillies par le service d'accueil téléphonique et de l'observatoire de l'enfance en danger.
- Lorsqu'un professionnel de l'action sociale, définie à l'article L. 116-1, constate que l'aggravation des difficultés sociales, éducatives ou matérielles d'une personne ou d'une famille appelle l'intervention de plusieurs professionnels, il en informe le maire de la commune de résidence et le président du conseil général.

Lorsque l'efficacité et la continuité de l'action sociale le rendent nécessaire, le maire, saisi dans les conditions prévues au premier alinéa ou par le président du conseil général, ou de sa propre initiative, désigne parmi les professionnels qui interviennent auprès d'une même personne ou d'une même famille un coordonnateur, après accord de l'autorité dont il relève et consultation du président du conseil général.

Lorsque les professionnels concernés relèvent tous de l'autorité du président du conseil général, le maire désigne le coordonnateur parmi eux, sur proposition du président du conseil général.

Le coordonnateur est soumis au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal (article L. 121-6-2 du Code de l'action sociale et des familles).

À propos des missions de l'aide sociale à l'enfance

L'article L. 221-6 du Code de l'action sociale et des familles astreint au secret professionnel « *toute personne participant aux missions de l'aide sociale à l'enfance* ». Sont notamment visés les éducateurs spécialisés, les psychologues, les assistants familiaux, les techniciens et techniciennes de l'intervention sociale et familiale, les agents des services habilités et les personnels administratifs.

Il convient également de signaler que l'article L. 221-1 du Code de l'action sociale et des familles définit les six missions du service de l'aide sociale à l'enfance. On peut les regrouper de la façon suivante :

- tout d'abord le service doit assumer des missions à portée préventive auprès des mineurs et de leur famille, soit sous forme individualisée, soit sous forme collective. Il est à noter que le 2° de l'article L. 121-1 vise expressément l'article L. 121-2 relatif à la « prévention spécialisée ».
- Ensuite, il doit pourvoir aux besoins des mineurs qui lui sont confiés, soit avec l'accord de leurs parents (hypothèse d'un placement « volontaire » par les parents), soit sur mandat judiciaire (hypothèse d'un placement judiciaire), soit avec le statut de pupille de l'État.
- Enfin, il doit organiser une prévention des mauvais traitements infligés aux mineurs. Selon l'article L. 226-3, « Le président du conseil général est chargé du recueil, du traitement et de l'évaluation, à tout moment et quelle qu'en soit l'origine, des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être. Le représentant de l'État dans le département et l'autorité judiciaire lui apportent leur concours. »

Remarque

Le fait que l'article L. 221-6 du Code de l'action sociale et des familles renvoie aux missions de l'aide sociale à l'enfance et donc à celles décrites à l'article L. 221-1 (voir ci-dessus) nous autorise à penser que tous les professionnels qui interviennent dans le cadre de l'aide sociale à l'enfance sont astreints au secret professionnel. Ce qui élargit de façon considérable les personnels concernés par cette obligation.

Enfin, dans le domaine de la santé, il convient de se référer à l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique qui dispose dans son premier alinéa : « Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ».

Il s'agit d'une obligation générale qui pèse sur tous les professionnels qui interviennent auprès du patient soit pour lui prodiguer des soins, soit dans le cadre d'une action de prévention en matière de santé.

En raison d'une mission temporaire

Cette expression confirme l'intention du législateur d'accroître le champ des personnes astreintes au secret professionnel. C'est bien l'idée selon laquelle une intervention ponctuelle ne doit pas être considérée comme moindre du seul fait de sa durée.

On peut relever qu'il existe un nombre impressionnant de personnes susceptibles d'être concernées par cette catégorie générique. On peut donc dire que les éducateurs de prévention spécialisée sont astreints au secret professionnel en raison de la mission à laquelle on les rattache. En revanche, les éducateurs spécialisés, hors aide sociale à l'enfance, restent soumis à la discrétion professionnelle (voir p. 32).

Sont astreintes au secret professionnel les personnes qui participent aux commissions, conseils ou comités suivants :

- *Revenu minimum d'insertion* : « Les personnes amenées à intervenir dans l'instruction des demandes ou l'attribution de l'allocation ou de la prime forfaitaire instituée par l'article L. 262-11 ainsi que dans l'élaboration, l'approbation et la mise en œuvre du contrat d'insertion sont tenues au secret professionnel dans les termes des articles 226-13 et 226-14 du code pénal et passibles des peines prévues à l'article 226-13. Toute personne à laquelle a été transmise, en application de l'article L. 262-33, la liste des personnes percevant une allocation de revenu minimum d'insertion ou une prime forfaitaire est tenue au secret professionnel dans les mêmes conditions (article L. 262-34 du Code de l'action sociale et des familles). »
- *Admission à l'aide sociale* : « Toute personne appelée à intervenir dans l'instruction, l'attribution ou la révision des admissions à l'aide sociale, et notamment les membres des conseils d'administration des centres communaux ou intercommunaux d'action sociale, ainsi que toute personne dont

ces établissements utilisent le concours, sont tenus au secret professionnel dans les termes des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal et passibles des peines prévues à l'article 226-13 » (article L. 133-5 du Code de l'action sociale et des familles).

- *Personnes handicapées* : « Les membres de l'équipe pluridisciplinaire et de la commission respectivement mentionnées aux articles L. 146-8 (sont visés les membres de l'équipe pluridisciplinaire chargée d'évaluer les besoins de compensation de la personne handicapée et son incapacité permanente sur la base de son projet de vie et de références définies par voie réglementaire et propose un plan personnalisé de compensation du handicap) et L. 46-9 (sont visés les membres de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées) sont tenus au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »
- *Conseil de famille des Pupilles de l'État* : « Les personnes entendues par le conseil de famille en application du présent article sont tenues au secret professionnel selon les prescriptions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal » (article R. 224-9 alinéa 6 du Code de l'action sociale et des familles).
- *Conseil pour les droits et devoirs des familles* : « Le conseil pour les droits et devoirs des familles est créé après délibération du conseil municipal. Il est présidé par le maire ou son représentant (...). Il peut comprendre notamment des représentants de l'État dont la liste est fixée par décret, des représentants des collectivités territoriales et des personnes œuvrant dans les domaines de l'action sociale, sanitaire et éducative, de l'insertion et de la prévention de la délinquance. Les informations communiquées, le cas échéant, à ses membres ne peuvent être divulguées à des tiers sous peine des sanctions prévues à l'article 226-13 du Code pénal. »
- *Commission départementale des hospitalisations psychiatriques* (loi n° 90-527, 27 juin 1990). Les membres qui composent cette commission (deux psychiatres, un magistrat, deux représentants d'association, un médecin généraliste) sont astreints au secret professionnel. L'article L. 3223-2 du Code de la santé publique dispose : « Ils ne peuvent en dehors du cadre des attributions de la commission faire état des informations qu'ils ont pu recueillir sur les personnes dont la situation leur a été présentée. Sous réserve des dispositions du 4° et 6° de l'article L. 3223-1, ils sont soumis au secret professionnel dans les conditions prévues par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »

Sont astreintes au secret professionnel les personnes ayant accès à certaines informations du fait de leurs fonctions auprès de personnes prises en charge dans des établissements et services sociaux et médico-sociaux soumis à autorisation et à déclaration :

- « Il est tenu dans tout établissement un registre, coté et paraphé dans les conditions fixées par voie réglementaire, où sont portées les indications relatives à l'identité des personnes séjournant dans l'établissement, la date de leur entrée et celle de leur sortie. Ce registre est tenu en permanence à la disposition des autorités judiciaires et administratives compétentes.
- Toute personne appelée par ses fonctions à prendre connaissance de ce registre est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines fixées par l'article 226-13 du Code pénal » (article L. 331-2 du Code de l'action sociale et des familles).
- La loi précise par ailleurs que « les personnes responsables d'un établissement sont tenues de fournir aux autorités et agents chargés du contrôle tous renseignements qui leur sont demandés relatifs aux points mentionnés dans la déclaration d'ouverture et à l'identité des personnes hébergées. Elles sont également tenues de laisser pénétrer dans l'établissement à toute heure du jour et de la nuit, les autorités et agents chargés du contrôle. Ceux-ci peuvent visiter tous les locaux, se faire présenter toute personne hébergée et demander tous renseignements nécessaires pour apprécier les conditions matérielles et morales du fonctionnement de l'établissement. Ils peuvent se faire accompagner, le cas échéant par l'homme de l'art en la matière. Ils signent le registre mentionné à l'article L. 331-2 et y consignent leurs constatations et observations.

Toutefois, sans préjudice des dispositions du titre II du livre I^{er} du Code de procédure pénale, et sauf exceptions prévues par la loi, il ne pourra être procédé aux visites de nuit prévues à l'alinéa précédent, si elles doivent commencer après vingt et une heures en avant six heures, qu'en cas d'appel provenant de l'intérieur de l'établissement, ou sur plainte ou réclamation, ou sur autorisation du procureur de la République. En cas de visite de nuit, les motifs de l'inspection doivent être portés par écrit à la connaissance du directeur de l'établissement.

Les contrôles s'effectuent dans les conditions prévues à l'article L. 1421-3 du Code de la santé publique avec le concours des professionnels mentionnés à l'article L. 1421-1 du même code.

- Les personnes chargées du contrôle sont tenues au secret professionnel dans les conditions et sous les peines fixées par l'article 226-13 du Code pénal (article L. 331-3 du Code de l'action sociale et des familles). »

Les informations contenues dans le carnet de santé

« Lors de la déclaration de naissance, il est délivré gratuitement pour tout enfant un carnet de santé. Ce carnet est remis par l'officier d'état civil, à défaut il peut être demandé au service départemental de protection maternelle et infantile.

Un arrêté ministériel détermine le modèle et le mode d'utilisation de ce carnet où sont mentionnés obligatoirement les résultats des examens médicaux prévus aux articles L. 3132-2 et L. 2132-2-1 et où doivent être notés, au fur et à mesure, toutes les constatations importantes concernant la santé de l'enfant. Le carnet de santé est établi au nom de l'enfant. Il est remis aux parents ou aux personnes titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou aux personnes ou au service à qui l'enfant a été confié. Ils doivent être informés que nul ne peut en exiger la communication et que toute personne appelée, de par sa fonction, à prendre connaissance de renseignements qui y sont inscrits est soumise au secret professionnel. »

Protection des informations autres que médicales dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux

La circulaire DGAS/SD 5 n° 2004-138 du 24 mars 2004 relative à la mise en place du livret d'accueil prévu à l'article L. 311-4 du Code de l'action sociale et des familles précise dans son point II-d :

« Les données médicales sont transmises au médecin responsable de l'information médicale dans l'établissement ou service et sont protégées par le secret médical et que les données autres sont protégées par le secret professionnel auquel sont tenus les personnels sociaux ou soignants autres que ceux relevant du corps médical précité ainsi que le personnel administratif ou représentant les autorités habilitées en vertu de dispositions propres. »

3. LE SECRET PROFESSIONNEL DES FONCTIONNAIRES

a Étude de la règle

La question du secret professionnel des fonctionnaires mérite une place particulière dans la mesure où elle présente des particularités qu'il convient de bien comprendre :

- d'une part, et contrairement à ce qui est souvent dit ou écrit, tous les fonctionnaires ne sont pas astreints au secret professionnel ;
- d'autre part, il existe une référence textuelle commune à tous les fonctionnaires : le statut général de la fonction publique.

Point clef à retenir

Tous les fonctionnaires ne sont pas astreints au secret professionnel malgré une référence textuelle commune qui *semble* le préciser.

Cette idée largement répandue vient d'une interprétation erronée de l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui dispose :

« Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le Code pénal.

Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leur fonction. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent. »

Il est nullement question de soumettre tous les fonctionnaires au secret professionnel dans la mesure où le texte précité nous indique clairement que le secret s'applique « dans le cadre des règles instituées dans le Code pénal ». En d'autres termes, un fonctionnaire dont la profession n'est pas astreinte au secret professionnel « soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire » ne sera donc pas soumis à cette obligation.

Il ne peut en être autrement au risque de soumettre au secret près de 5 millions de fonctionnaires.

En définitive, retenons surtout qu'être fonctionnaire n'est rien d'autre qu'un statut à l'instar de celui de salarié. Qu'ensuite, le fonctionnaire exerce un emploi qui correspond à son activité professionnelle quotidienne et c'est donc cet emploi ou la nature des missions exercées qui va nous indiquer au final si le fonctionnaire considéré est astreint au secret professionnel au sens de l'article 226-13 du Code pénal.

Il existe en définitive trois hypothèses :

- *1^{re} hypothèse* : vous êtes fonctionnaire et votre profession est astreinte au secret professionnel (médecin, sage-femme, assistant des services sociaux...). Il n'y a pas dans cette hypothèse de difficultés particulières. Vous êtes astreint au secret (exemples : les médecins ou les assistants des services sociaux).
- *2^e hypothèse* : vous êtes fonctionnaire et votre profession n'est pas astreinte au secret professionnel mais il existe un texte spécial de nature législative ou réglementaire qui prévoit votre astreinte au secret (exemples : les psychologues ou éducateurs spécialisés du conseil général au service de l'aide sociale à l'enfance, voir *supra*).
- *3^e hypothèse* : vous êtes fonctionnaire mais votre profession n'est pas astreinte au secret, alors vous serez tenu à la discrétion professionnelle conformément à l'alinéa 2 de l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (exemple : les éducateurs spécialisés d'un centre communal d'action sociale appartiennent à la

fonction publique hospitalière et sont tenus à la discrétion professionnelle et non pas au secret).

b À propos des juges de l'ordre judiciaire (magistrats du siège et du Parquet)

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose dans son article 2 :

« La présente loi s'applique aux *fonctionnaires civils* des administrations de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics y compris les établissements mentionnés à l'article 2 du titre IV du statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales, à l'exclusion des fonctionnaires des assemblées parlementaires et des magistrats de l'ordre judiciaire. Dans les services et établissements publics à caractère industriel ou commercial elle ne s'applique qu'aux agents qui ont la qualité de fonctionnaire. »

Les trois catégories exclues de son champ d'application sont régies par un texte spécial :

- d'une part, les militaires (le texte vise les fonctionnaires civils) : loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires ;
- d'autre part, les magistrats de l'ordre judiciaire : ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ;
- enfin, les fonctionnaires des assemblées parlementaires : ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958.

Qu'en est-il du secret professionnel des magistrats qui ne sont pas concernés par l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 ?

La réponse figure à l'article 6 du statut de la magistrature qui dispose clairement :

« Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonction, prête serment en ces termes : « je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout en digne et loyal magistrat. »

Il ne peut en aucun cas être relevé de ce serment.

Le serment est prêté devant la cour d'appel. Toutefois, pour les magistrats directement nommés à la Cour de cassation, il est prêté devant cette juridiction.

L'ancien magistrat prête à nouveau serment lorsqu'il est réintégré ».

Points clefs à retenir

On peut retenir que de nombreux professionnels sont astreints au secret soit du fait de leur profession, de leur fonction, mais aussi des missions auxquelles ils participent. Dans le champ social et médico-social, on assiste à un élargissement considérable de la « liste » de ceux qui y sont soumis notamment en matière de protection de l'enfance. Ajoutons enfin qu'un grand nombre de professionnels du social peuvent être tenus au secret du fait de leur appartenance à la fonction publique.

Les professionnels tenus à la discrétion professionnelle



1. LE CONCEPT DE DISCRÉTION ET SES IMPLICATIONS PRATIQUES

a Définition

La discrétion se définit comme étant le caractère de ce qui n'attire pas l'attention, de ce qui présente une certaine sobriété. En même temps, elle est également définie comme une aptitude à garder un secret. En réalité, les deux concepts de secret et de discrétion professionnels se rejoignent à travers l'idée d'assurer la non-révélation d'une information à caractère secret dans le but de préserver la relation de confiance à l'origine des confidences faites aux professionnels. Il n'y a pas réellement de différences de nature entre les deux notions mais, en revanche, d'un point de vue strictement juridique, elles n'induisent pas les mêmes conséquences.

b Implications pratiques

On peut poser comme principe directeur que l'obligation à la discrétion professionnelle s'applique dès lors que l'on n'est pas soumis à celle du secret professionnel.

L'infraction de violation de la discrétion professionnelle n'existe pas ; seule celle de violation du secret professionnel est prévue par l'article 226-13 du Code pénal. Pourtant, cela ne veut pas dire que la violation de la discrétion équivaut à une absence de responsabilité chez l'auteur. Pour être plus précis, on peut effectivement dire et souligner qu'il échappe à une responsabilité pénale mais reste éligible aux responsabilités de nature professionnelle ou encore civile.

c Les raisons juridiques de l'absence de responsabilité pénale de « l'indiscret »

L'indiscrétion professionnelle ne peut pas donner lieu à une responsabilité pénale. L'un des principes cardinaux du droit pénal est celui dit de la légalité des délits et des crimes (dit aussi de légalité criminelle). Ce principe est exprimé clairement par l'article 111-3 du Code pénal qui dispose :

« Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.

Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement si l'infraction est une contravention. »

À partir du moment où l'article 226-13 du Code pénal parle de secret et non pas de discrétion alors, et en vertu du principe de légalité criminelle, la responsabilité pénale de l'indiscret n'est pas envisageable.

d La substance des autres types de responsabilité à l'égard de « l'indiscret »

La responsabilité juridique peut s'analyser comme l'obligation de réparer les conséquences de ses actes (responsabilité civile dont la traduction la plus courante consiste en l'attribution de dommages et intérêts) ou encore de répondre de ses actes lorsqu'ils constituent une infraction, c'est-à-dire la violation d'une norme pénale (l'auteur encourant alors des peines d'amende et/ou d'emprisonnement).

Faire preuve d'indiscrétion professionnelle constitue une faute dans l'exercice de sa profession qui entraîne des conséquences dommageables à l'égard de l'utilisateur ou du client. Ce dernier pourra se plaindre d'un préjudice moral et demander alors des dommages et intérêts en réparation. Ajoutons que l'employeur peut également considérer fautive l'indiscrétion et prononcer une sanction à l'encontre de son salarié. Cette sanction peut aller, dans les cas les plus graves, jusqu'au licenciement.

2. LE CAS PARTICULIER DES ÉDUCATEURS SPÉCIALISÉS

Contrairement aux assistants de service social, les éducateurs spécialisés ne sont pas astreints au secret professionnel. En effet, il n'existe pas, à proprement parler, un texte de nature législative ou réglementaire prévoyant cette obligation. Aussi a-t-on coutume de dire qu'ils relèvent davantage de la discrétion professionnelle.

Quelle est l'origine de la discrétion professionnelle des éducateurs spécialisés ? C'est un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 novembre 1971 qui utilise deux notions distinctes dans une affaire concernant des éducateurs spécialisés ayant refusé de déposer en justice en invoquant le secret professionnel :

- d'une part celle de « confidents nécessaires » ;
- d'autre part, celle de « grande discrétion ».

En fait, seuls les confidents nécessaires sont astreints au secret professionnel ; les autres restent « tenus à une grande discrétion ».

***La discrétion professionnelle : un concept
prétorien au service d'une condamnation
Cour de cassation, chambre criminelle, 4 novembre 1971***

Les faits

« Au cours d'une fête organisée par l'Association des clubs et équipes de prévention de Besançon, dont GAUTHIER est à la fois le directeur et l'éducateur spécialisé et RAGUENES l'éducateur bénévole, et à laquelle étaient venues diverses personnes des environs, une rixe s'est produite entre les assistants ; que le jeune RIGOULOT a été violemment frappé au visage d'un coup ayant entraîné « une fracture probable des os du nez ; ... »

L'enquête, l'instruction et l'argumentaire des éducateurs face au juge

« ... Une information a été ouverte contre X... par le Parquet de Vesoul, à l'effet d'identifier l'auteur de ces violences ;

Les demandeurs ont donné aux gendarmes le signalement de ce dernier ; qu'ils se sont ensuite présentés spontanément, le 5 décembre 1969, devant le magistrat instructeur, et, après avoir prêté serment, ont déclaré connaître l'identité du délinquant mais se sont refusés à la révéler, arguant de leur qualité d'éducateurs dans un milieu particulier ; que dans des écrits postérieurs ils ont persisté dans leur refus, estimant que « révéler le nom de l'auteur des coups serait », selon eux, « jouer un rôle incompatible avec la mission de prévention que leur a confié la société ; ... »

Décision du juge instructeur

« ... Le juge d'instruction ayant refusé de leur appliquer les dispositions de l'article 109 du Code de procédure pénale, la chambre d'accusation a infirmé son ordonnance et a condamné chacun des demandeurs à une amende de 400 francs par application de ce texte... »

[Commentaire. Le juge d'instruction a vu son ordonnance frappée d'appel par le procureur de la République devant la chambre d'accusation, juridiction d'appel des ordonnances du juge d'instruction.]

Décision de la chambre d'accusation

« ... Pour infirmer l'ordonnance du juge d'instruction, et pour infliger aux demandeurs l'amende prévue par l'article précité, la chambre d'accusation, sans se prononcer sur le point de savoir si les éducateurs de prévention sont ou non soumis au secret professionnel, énonce que, même s'il en était ainsi, un fait s'opposerait en l'espèce à ce que puisse être revendiqué le bénéfice de l'article 378 du Code pénal ; qu'en effet, selon l'arrêt, ni GAUTHIER, ni RAGUENES n'ont en aucun moment établi, ni même allégué, que le renseignement fût parvenu à leur connaissance ou leur ait été confié en raison de leurs fonctions, que l'arrêt précise encore que le jeune homme recherché était venu de l'extérieur et qu'il était étranger au groupe des jeunes gens que les demandeurs avaient reçu mission d'éduquer ».

[Commentaire. On peut dire que la position de la chambre d'accusation est remarquable. « Embarrassée » par la question de savoir si les éducateurs spécialisés sont astreints au secret, la chambre se borne à rappeler que dans

tous les cas les conditions d'application de l'article 378 du Code pénal ne sont pas réunies. En effet, rien ne permet d'affirmer que l'information a un caractère secret et de plus que l'auteur des violences est un usager pris en charge par les éducateurs (voir p. 4). Aussi, la question du secret professionnel des éducateurs n'est pas résolue par la chambre qui laisse « planer le doute ».]

La décision de la Cour de cassation

« Attendu que toute personne recevant une confiance qui lui est faite dans l'exercice de sa profession, n'est pas par là même tenue au secret professionnel : qu'il résulte des termes de l'article 378 du Code pénal que le secret professionnel ne peut être opposé à la justice que par ceux qui sont, en raison de leur profession ou de leur état, des confidants nécessaires ; que tel n'est pas le cas de la profession d'éducateur de jeunes délinquants ou inadaptés, ou d'éducateurs de prévention ; que si ces personnes sont incontestablement tenues à une grande discrétion, seule compatible avec des fonctions très importantes et très délicates, si elles peuvent estimer en conscience et pour des raisons d'efficacité professionnelle, ne pas devoir prendre l'initiative de révéler certains faits parvenus à leur connaissance, elles n'en sont pas moins, comme tout citoyen, soumises à la loi et obligées de répondre aux questions que leur pose régulièrement le juge ; que cette obligation l'emporte sur le souci de ne pas perdre la confiance des jeunes gens dont ils ont la charge ; que cette confiance ne saurait être acquise et conservée au prix de la méconnaissance des droits supérieurs de la Société (...) ».

[Commentaire. Cet attendu mérite quelques observations :

- *D'une part, la Cour affirme clairement que le fait de recevoir des confidences dans l'exercice de sa profession n'entraîne pas automatiquement une soumission au secret professionnel. On peut dire d'une certaine manière que la couleur est annoncée d'entrée de jeu car la Cour exclut purement et simplement les éducateurs de l'obligation au secret professionnel en précisant qu'ils n'entrent pas dans la catégorie des « confidants nécessaires » qui en sont les seuls destinataires.*
- *D'autre part, la Cour reconnaît l'importance de la profession d'éducateurs de jeunes délinquants ou inadaptés, ou d'éducateurs de prévention (autrement dit d'éducateurs spécialisés). Le juge utilise des superlatifs en précisant qu'il s'agit de « fonctions très importantes et très délicates ». L'adjectif délicat renvoyant à la difficulté de choix entre deux options à laquelle se sont confrontés les éducateurs dans cette affaire, à savoir parler ou se taire dans le contexte particulier de leur exercice professionnel.*
- *Enfin, la Cour précise que la « clause de conscience professionnelle » invoquée par les éducateurs ne l'emportait pas sur les droits supérieurs de la Société. En l'espèce, le droit de savoir l'identité de l'auteur afin que la Société puisse retrouver une certaine tranquillité perturbée par l'infraction qui a troublé l'ordre public. Sans oublier le fait qu'ainsi la victime pourra demander réparation. Mais la subtilité réside dans l'idée que la Cour place l'éducateur spécialisé au même rang que tout citoyen face aux obligations de « dénoncer des infractions sur des personnes » après avoir reconnu la grandeur de sa fonction.]*

Points clefs à retenir

L'obligation de discrétion correspond au minimum auquel tout professionnel du secteur social et médico-social est tenu. Cette règle est d'origine jurisprudentielle et non pas légale. Par ailleurs, sa violation ne peut entraîner de sanctions pénales (absence d'infraction) mais laisse ouverte la voie à une responsabilité civile (dommages et intérêts) et/ou professionnelle (sanctions disciplinaires).

Si par principe les éducateurs spécialisés sont tenus à une grande discrétion, il convient malgré tout de faire preuve de prudence aujourd'hui du fait de l'évolution du concept même de secret professionnel qui doit être complété par celui de secret missionnel que nous avons développé précédemment (voir **fiche 2**).

Les hypothèses où la loi impose la levée du secret professionnel

4

LES HYPOTHÈSES que nous allons décliner dans cette fiche s'analysent comme des obligations auxquelles les professionnels ne peuvent déroger. En aucun cas, le choix de faire ou de ne pas faire leur est laissé par la loi. Il s'agit d'impératifs qui constituent au minimum une faute professionnelle lorsqu'ils ne sont pas respectés. Parfois, ils constituent même une infraction pénale.

1. L'OBLIGATION DE SIGNALEMENT AU PROCUREUR DE LA RÉPUBLIQUE (L'ARTICLE 40 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE)

L'article 40 du Code de procédure pénale dispose :

« Le procureur de la République reçoit les plaintes et dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément à l'article 40-1. »

Ce premier alinéa pose le principe dit de l'opportunité des poursuites dont seul le procureur a la maîtrise. Il peut, selon l'article 40-1 du même code, choisir l'une des possibilités suivantes :

- engager des poursuites ;
- mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites ;
- classer sans suite.

Quant au 2^e alinéa de l'article 40, il dispose que :

« Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

a Les fonctionnaires sont soumis à des obligations spécifiques en matière de signalement

Il est clair que le statut de fonctionnaire emporte des obligations spécifiques qui vont au-delà de celles du citoyen lambda. L'article 40 alinéa 2 prévoit une

obligation de dénoncer auprès du procureur de la République les infractions délictuelles ou criminelles dont le fonctionnaire a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Il est exact que le terme dénoncer est connoté négativement. En principe le dénonciateur a l'intention de nuire à autrui alors que le signalement se conçoit davantage comme un moyen de venir en aide à quelqu'un.

Cette disposition appelle cinq observations :

- tous les fonctionnaires sont visés par cette disposition. Qu'ils relèvent de la fonction publique d'État, territoriale ou hospitalière ;
- cette obligation ne concerne que les délits et les crimes ; en sont exclues les contraventions ;
- il peut s'agir d'infractions contre les personnes ou d'infractions contre les biens ;
- le texte n'invite pas à « dénoncer » des personnes mais des faits constitutifs de crimes ou de délits ;
- la connaissance de l'infraction doit être directement liée à l'exercice professionnel.

b L'absence de sanction pénale en cas de non-dénonciation au procureur de la République

La particularité de cette disposition légale (article 40) réside dans le fait qu'elle est issue du Code de procédure pénale et non pas du Code pénal ce qui explique que le législateur n'a prévu aucune sanction en cas de manquement à l'obligation de dénoncer au procureur de la République.

L'article 40 alinéa 2 trouve sa justification dans le fait que le procureur, gardien de l'ordre public, doit pouvoir s'assurer les services de ceux qui sont en charge d'une fonction publique, et ceci, dans le but d'être à même d'exercer sa mission le plus efficacement possible. D'une certaine manière les fonctionnaires constituent dans leur ensemble « les yeux et les oreilles » du procureur.

c La pratique administrative des procédures de signalement

Dans les pratiques des administrations il est fréquent qu'une procédure de signalement au procureur de la République soit mise en place.

« Il est de bonne administration que le fonctionnaire ou le militaire prenne conscience qu'il acquiert la connaissance de l'infraction non à titre individuel mais par le seul exercice de sa mission dans le cadre de sa hiérarchie. Il est donc naturel et légal que cette hiérarchie entende organiser et orienter les politiques de signalement à la justice. Qu'il s'agisse des travailleurs sociaux, des enseignants, des chambres régionales des comptes ou des diplomates, les

politiques de signalement doivent s'exercer en cohérence avec les orientations fixées par les autorités responsables de ces institutions ou services.¹ »

Cette disposition concerne un nombre important de travailleurs sociaux ayant le statut de fonctionnaires. Dans le jargon professionnel, on utilise souvent l'expression « faire un signalement, article 40 » pour rappeler cette obligation.

Il est très important de comprendre que le fonctionnaire n'a pas à obtenir de sa hiérarchie l'autorisation de signaler au procureur de la République. En revanche, l'administration peut prévoir une procédure interne de signalement à laquelle l'agent devra se conformer au risque d'être disciplinairement sanctionné.

À l'inverse, si aucune procédure de signalement n'a été mise en place, le fonctionnaire ne pourra pas faire l'objet d'une sanction disciplinaire pour fait de signalement sans en avoir référé à sa hiérarchie.

d Forme et portée de l'organisation administrative de la procédure de signalement

En pratique le véritable problème réside surtout dans l'appréciation que le fonctionnaire peut avoir des faits. Rappelons qu'il ne lui appartient pas de les qualifier juridiquement ; c'est à la justice de le faire. Les faits qu'il estime nécessaire de signaler n'ont pas à être obligatoirement des faits avérés ou prouvés. Il convient au minimum de réunir des indices suffisants pour constituer un motif sérieux d'inquiétude.

Une circulaire conjointe du ministère de la Santé et des Affaires sociales du 27 août 2002 reconnaît la liberté personnelle de l'agent dans le maniement de l'article 40 mais *recommande* la saisine du supérieur hiérarchique si les éléments que l'agent connaît ne lui permettent pas d'avoir une connaissance suffisante de l'infraction commise, et qu'il apparaît souhaitable de les corroborer par d'autres éléments. Il en va de même s'il se demande si un comportement est constitutif d'une infraction.

Signalons également une circulaire du Ministère de l'éducation nationale de mai 2000 qui précise : « le fonctionnaire *est tenu* non seulement de signaler au procureur de la République et à l'autorité académique ». Cette circulaire ne vise que les personnels de l'Éducation nationale.

On peut aisément remarquer que ces deux circulaires ne sont pas rédigées sur un ton identique. La première contient une recommandation alors que la seconde impose un comportement. Aussi, les conséquences de la violation

1. Christian VIGOUROUX, Conseiller d'État dans : *Déontologie des Fonctions publiques*, Paris, Dalloz, 2006, p. 536.

de la circulaire par le fonctionnaire ne peuvent être de même nature dans la mesure où une recommandation ne peut être assimilée à une obligation. Seule la violation d'une obligation est de nature à entraîner une sanction. L'objet de l'obligation est exclusivement d'informer sa hiérarchie de l'infraction constatée sans qu'elle puisse légalement imposer que l'on passe par son biais pour saisir le procureur de la République.

e Le Conseil d'État et l'article 40

L'article 40 du Code de procédure pénale autorise le fonctionnaire à faire un signalement direct au procureur de la République :

« Considérant que MR X, agent principal de police municipale de Loriol (Drôme) s'est borné à faire application des prescriptions de l'article 40 du Code de procédure pénale en transmettant directement au procureur de la République (...) et sans en référer au maire de la commune, une relation des faits dont il avait eu connaissance (...) et dont la chambre d'accusation de la cour d'appel avait reconnu le caractère frauduleux (...)

Que par suite l'arrêté du maire de Loriol du 21 mars 1990 prononçant la révocation de MR X (...) est entaché d'irrégularité » (Conseil d'État, 15 mars 1996, extrait).

Il faut retenir de cette jurisprudence du Conseil d'État que le fonctionnaire peut toujours saisir directement le procureur de la République lorsqu'il l'estime nécessaire, et ceci, en son âme et conscience. Le Conseil d'État précise que l'article 40 n'est soumis à aucune condition formelle particulière pour sa mise en application. Ceci dit, si une procédure interne de signalement existe, il conviendra de la respecter, mais en aucun cas cette procédure ne peut aboutir à une interdiction faite aux fonctionnaires par la hiérarchie d'utiliser le système légal prévu par l'article 40 du Code de procédure pénale.

La Cour de cassation semble se rapprocher de la position du Conseil d'État en matière d'interprétation de l'article 40 du Code de procédure pénale. En effet, un arrêt du 22 octobre 2002 marque ce rapprochement. Étudions cette jurisprudence.

f La Cour de cassation et l'article 40

***Une jurisprudence qui brouille les pistes ?
Cour de cassation, chambre criminelle
Audience publique du mardi 22 octobre 2002***

N° de pourvoi : 01-87294

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La Cour de cassation, chambre criminelle, en son audience publique tenue au Palais de Justice à Paris, le vingt-deux octobre deux mille deux, a rendu l'arrêt suivant :

« Sur le rapport de Mme le conseiller Mazars, les observations de la société civile professionnelle Boullez, avocat en la Cour ;

Vu la communication faite au procureur général ;

Statuant sur le pourvoi formé par :

– X... Françoise,

Motif du pourvoi en cassation

contre l'arrêt de la cour d'appel de Nancy, chambre correctionnelle, en date du 9 octobre 2001, qui, pour dénonciation calomnieuse, l'a condamnée à 6 mois d'emprisonnement avec sursis, à 5 000 francs d'amende et a prononcé sur les intérêts civils ;

[Commentaire. Madame Françoise X fait un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Nancy qui l'a condamnée à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et 5 000 francs d'amende sur le fondement d'une dénonciation calomnieuse.]

Vu le mémoire produit ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation de l'article 226-10 du Code pénal, 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

en ce que l'arrêt attaqué a prononcé une condamnation à une peine de prison avec sursis et à une amende ; ... »

Rappel des faits

«... aux motifs que Françoise X... accompagnée de son médecin conduisait sa petite-fille Audrey, âgée de 7 ans au service des urgences de l'hôpital d'enfants de Brabois pour suspicion de violences sexuelles commises par son beau-père Akim Y..., époux de Marielle Z..., mère d'Audrey ; que cette démarche était motivée par les révélations précises faites par l'enfant ; que le docteur A... avait procédé à l'examen gynécologique d'Audrey et à son interrogatoire ; qu'Audrey avait été hospitalisée pendant cinq jours ; que l'examen médical révélait la présence de deux érosions au niveau de l'hymen avec déchirure sans écoulement pathologique ni hématomes ; que Françoise X... avait également signalé au médecin hospitalier et à une assistante sociale la vision de cassettes pornographiques de Sébastien, petit-fils de Françoise X..., avec son beau-père ; qu'Akim Y... a fait l'objet d'une inculpation mais a nié les

faits qui lui étaient reprochés ; qu'un examen gynécologique complet révélait une situation parfaitement normale, l'hymen étant intact, constatations allant à l'encontre des déclarations de l'enfant ; qu'un non-lieu a été prononcé au profit d'Akim Y... ; que le délit de dénonciation calomnieuse est bien constitué, l'élément matériel résultant de la démarche auprès du médecin hospitalier avec indication d'une suspicion de violences sexuelles en rapportant les déclarations de l'enfant ;

que l'assistante sociale a recueilli les déclarations spontanées de Françoise X... ; que cette dernière n'ignorait pas le caractère mensonger des faits imputés à Akim Y... au moment où elle a alerté les autorités ; qu'au cours d'une audition par le juge d'instruction les enfants ont déclaré que c'était leur grand-mère qui avait dit de dire des méchancetés et des mensonges sur Akim Y... et qu'elle leur avait appris par cœur des phrases, pour accuser Akim Y... des choses sexuelles répercutées aussitôt aux services de police par le docteur A... quatre jours après les faits dénoncés ; que la mauvaise foi est incontestablement établie ; ... »

[Commentaire. Une grand-mère malveillante dénonce des faits de violences sexuelles qu'aurait commis le beau-père de sa petite fille à son médecin traitant. Ce dernier procède alors à un examen gynécologique. Ledit examen médical va révéler la présence de deux érosions au niveau de l'hymen avec déchirure sans écoulement pathologique ni hématomes. Le médecin va alors dénoncer les faits auprès des services de police.

Ensuite, et dans un second temps, Madame X va dénoncer les faits à l'assistante sociale de l'hôpital ; elle se fera accompagner de son médecin. Elle ajoutera une autre accusation selon laquelle son petit-fils visionnait des cassettes pornographiques avec son beau-père.

Suite à ces déclarations, l'assistante sociale a signalé la situation auprès de l'autorité judiciaire. Des poursuites ont donc été entreprises à l'encontre d'Akim Y.

L'enfant hospitalisé a subi un examen gynécologique complet qui révélait une situation parfaitement normale, l'hymen étant intact. Par la suite l'instruction menée par le juge a permis d'établir la fausseté des accusations, les enfants ayant déclaré avoir été manipulés par leur grand-mère qui leur avait demandé de mentir. D'où la relaxe de Monsieur Akim Y.]

Argumentaire en défense de Madame X

« ... alors qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que les autorités ont été saisies non par la demanderesse elle-même mais par les services hospitaliers ; que la dénonciation n'est pas punissable si elle n'a pas été effectuée auprès des autorités visées à l'article 226-10 du Code pénal, qu'il appartient donc au juge d'indiquer l'autorité qualifiée auprès de qui la dénonciation a été effectuée pour y donner suite ; que la cour d'appel n'a pas précisé si les deux personnes qui ont reçu Françoise X... avaient qualité pour saisir l'autorité compétente ; qu'ainsi, l'arrêt attaqué manque de base légale ; ... »

[Commentaire. Pour se défendre Madame X prétend que l'article réprimant la dénonciation calomnieuse contient une liste d'autorités « habilitées » à recevoir une dénonciation. Cette « habilitation » vient du fait que l'autorité saisie dispose d'un pouvoir de sanction à l'égard de la personne dénoncée.

Or, l'assistante sociale comme le médecin ne font pas partie de cette liste. Ils ne peuvent pas sanctionner Monsieur Akim Y. Donc, il ne peut pas y avoir de poursuites pour dénonciation calomnieuse puisque l'autorité saisie (assistante sociale et médecin hospitalier) n'est pas « habilitée » à recevoir cette dénonciation.]

Décision de la Cour de cassation

« ... Attendu que les juges d'appel ayant constaté que Françoise X... avait intentionnellement dénoncé des faits d'atteinte sexuelle sur mineure dont elle n'ignorait pas le caractère mensonger à un médecin hospitalier et à une assistante sociale, l'arrêt n'encourt pas le grief allégué ;

Qu'en effet, le médecin et l'assistante sociale sont légalement tenus d'informer les autorités judiciaires des atteintes sexuelles infligées à un mineur de quinze ans dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ;

D'où il suit que le moyen ne peut être admis (...) ».

[Commentaire. La Cour de cassation, en précisant que « le médecin et l'assistante sociale sont légalement tenus d'informer les autorités judiciaires des atteintes sexuelles infligées à un mineur de quinze ans dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions », remet-elle en cause la liberté de choix dont disposait jusque-là l'assistante sociale comme le médecin ? Nous pensons qu'en réalité cette décision correspond à une application rigoureuse de l'article 40 du Code de procédure pénale. Ce dernier oblige les fonctionnaires à dénoncer au procureur de la République les infractions (crimes ou délits) qu'ils ont eu à connaître dans l'exercice de leur fonction. Dans cette affaire, il s'agit bien de deux fonctionnaires hospitaliers. L'article 434-3 alinéa 2 du Code pénal excepte de l'obligation de dénoncer les délits commis sur des mineurs de quinze ans, les professionnels astreints au secret « sauf lorsque la loi en dispose autrement ». Il nous semble que l'article 40 du Code de procédure pénale en dispose autrement puisqu'il crée une obligation de dénoncer les faits au procureur. Il est exact que la Cour de cassation n'était pas saisie d'une question relative au secret professionnel mais de l'infraction de dénonciation calomnieuse. Ceci dit, cela doit nous informer sur la combinaison que pourrait faire cette même Cour entre l'article 40 du Code de procédure pénale (qu'elle ne cite d'ailleurs pas) et l'article 434-3 du Code pénal.]

2. L'OBLIGATION DE SIGNALEMENT AUX AUTORITÉS ADMINISTRATIVES ET/OU MÉDICALES

Dans certaines hypothèses prévues par un texte spécial, le professionnel est tenu de procéder à un signalement auprès d'une autorité désignée par le texte. Remarquons qu'une grande majorité de ces obligations relèvent du Code de la santé publique et d'autres du Code de l'action sociale et des familles.

a Hypothèses issues du Code de la santé publique

Le signalement des maladies infectieuses

L'article 3113-1 du Code de la santé publique dispose :

« Font l'objet d'une transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire par les médecins et les responsables des services et laboratoires d'analyses de biologie médicale publics et privés :

Les maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale ;

Les maladies dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique. »

Un décret en Conseil d'État prévoit les modalités pratiques relatives à la transmission des données individuelles à l'autorité sanitaire mais également la manière dont l'anonymat est protégé. En fait, il y a deux temps à distinguer :

- d'une part la transmission des données individuelles qui consiste en la transmission d'une fiche qui comporte l'identité du déclarant et un numéro d'anonymat composé des trois premières lettres des nom, prénom, date de naissance et sexe de la personne (article R. 3113-2 du Code de la santé publique) ;
- d'autre part, le médecin inspecteur départemental de santé publique ou le médecin désigné par arrêté du préfet du département destinataires du signalement peuvent demander au déclarant toute information nécessaire à la mise en œuvre des mesures d'investigation et d'intervention, *notamment l'identité et l'adresse du patient* (article R. 3113-4 du Code de la santé publique).

La loi ajoute par ailleurs que « toute personne appelée à connaître, à quelque titre que ce soit, les données individuelles transmises en application de la présente section est astreinte au secret professionnel sous les peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal » (article R. 3113-5 du Code de la santé publique).

La liste des maladies infectieuses est prévue aux articles D 3113-6 et D 3113-7 du Code de la santé publique. Sont mentionnés, notamment, le charbon, le choléra, la diphtérie, la tuberculose, la rage. On trouve également les infections aiguës symptomatiques par le virus de l'hépatite B ou encore par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), quel qu'en soit le stade.

Dans tous les cas, il convient de retenir que des raisons de santé publique liées à des risques de contamination des populations ou d'un groupe de personnes justifient la mise en place d'une procédure d'exception. Ceci dit, le

législateur assure au maximum le secret de l'identité des personnes, la levée du secret ne pouvant intervenir que dans des cas strictement encadrés par la loi.

Hospitalisation sur demande d'un tiers

Le Code de la santé publique dans son article L. 3212-1 prévoit qu'une personne atteinte de troubles mentaux ne peut être hospitalisée sur demande d'un tiers que si les deux conditions suivantes sont réunies :

- d'une part, ses troubles rendent impossible son consentement ;
- d'autre part, son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier.

Ce même article précise que la demande d'admission doit être accompagnée de deux certificats médicaux datant de moins de quinze jours. Le premier certificat médical doit constater l'état mental de la personne à soigner, indiquer les particularités de sa maladie et la nécessité de la faire hospitaliser sans son consentement.

La jurisprudence de la chambre civile de la Cour de cassation a déjà précisé que « la délivrance d'un certificat médical d'internement déroge légalement au principe du secret médical » (chambre civile de la Cour de cassation, 26 mai 1964) ce qui signifie aussi que le médecin sollicité ne peut refuser d'établir le certificat demandé.

Précisons toutefois que la loi prévoit que le médecin ne doit pas être parent, jusqu'au quatrième degré inclus, ni du malade, ni du tiers demandeur, ni du directeur de l'établissement de soin. C'est seulement dans cette hypothèse qu'il pourra refuser légalement d'instrumenter.

Pratique du dopage

Selon les termes de l'article L. 3622-4 du Code de la santé publique, le médecin amené à déceler des signes évoquant une pratique du dopage est tenu de transmettre au médecin responsable de l'antenne médicale les constatations qu'il a faites. Il informe son patient de cette obligation de transmission qui reste couverte par le secret médical. Dans tous les cas, la transmission doit respecter l'anonymat du patient selon des modalités précises prévues par la loi. La loi prévoit également que le médecin qui manque à cette obligation encourt des sanctions disciplinaires de la compétence de l'Ordre des médecins.

b Hypothèses issues du Code de l'action sociale et des familles

Protection de l'enfance

Dans l'article 221-6 du Code de l'action sociale et des familles, le législateur impose aux professionnels qui interviennent dans le champ de la protection

de l'enfance, c'est-à-dire ceux participant aux missions de l'aide sociale à l'enfance :

« de transmettre sans délai au président du conseil général ou au responsable désigné par lui toute information nécessaire pour déterminer les mesures dont les mineurs et leur famille peuvent bénéficier, et notamment toute information sur les situations des mineurs susceptibles de relever du chapitre VI du présent titre (protection des mineurs en danger et recueil des informations préoccupantes). »

Cette obligation de transmission a été étendue par le législateur du 5 mars 2007 à l'ensemble des professionnels de l'action sociale via l'article L. 121-6-2 alinéa 1 du Code de l'action sociale et des familles qui dispose :

« Lorsqu'il apparaît qu'un mineur est susceptible d'être en danger au sens de l'article 375 du Code civil, le coordonnateur ou le professionnel intervenant seul dans les conditions prévues au premier alinéa du premier article en informe sans délai le président du conseil général ; le maire est informé de cette transmission. »

Action sociale

La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ajoute une hypothèse dans laquelle les professionnels sont tenus à une obligation de signalement. L'article L. 121-6-2 alinéa 1 du Code de l'action sociale et des familles dispose :

« Lorsqu'un professionnel de l'action sociale, définie à l'article L. 116-1, constate que l'aggravation des difficultés sociales, éducatives ou matérielles, d'une personne ou d'une famille appelle l'intervention de plusieurs professionnels, il en informe le maire de la commune de résidence et le président du conseil général (...). »

Points clefs à retenir

Lorsqu'il existe un texte spécial imposant aux professionnels de signaler des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction, le secret professionnel devient inopposable à l'égard de l'autorité destinataire du signalement.

On peut également constater que le législateur n'a pas prévu de sanctions spécifiques en cas de non-respect de cette obligation. Ceci dit, retenons que le Code pénal pourrait trouver application si l'abstention du professionnel se traduisait *in fine* par des conséquences dommageables.

Les hypothèses où la loi autorise la levée du secret professionnel

5

1. RÉVÉLATION DE PRIVATIONS, SÉVICES, ATTEINTES OU MUTILATIONS SEXUELLES (ARTICLE 226-14 ALINÉA 1 ET 2 DU CODE PÉNAL)

Nous avons envisagé les hypothèses où la loi impose la révélation du secret (voir **fiche 4**). Or, l'article 226-14 alinéa 1 du Code pénal dispose que « l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret ». Il résulte clairement de cet article que le législateur entend assouplir l'obligation de secret dans des cas précis afin de ne pas enfermer les professionnels dans une impossibilité d'agir.

Ce même article fait référence à trois situations dans lesquelles le professionnel peut révéler une information à caractère secret sans risquer de poursuites pour violation du secret professionnel.

a 1^{er} cas

« À celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou de mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique. »

L'étude de cette première hypothèse appelle quelques observations.

Les professionnels concernés

Cette disposition vise tous ceux qui sont astreints au secret professionnel et cela relève de l'expression « à celui qui... ». Bien entendu, il faut que l'information ait un caractère secret. Rappelons que ce caractère s'applique à « tout ce qui aura été appris, compris, connu ou deviné à l'occasion de l'exercice professionnel » (Cour de cassation, chambre criminelle, 19 décembre 1885).

La nature des faits à révéler

La loi vise plusieurs notions distinctes : privations, sévices, atteintes ou mutilations sexuelles.

Afin de mieux cerner la notion de privations, nous pouvons nous référer à l'article 227-15 du Code pénal introduit dans une section V intitulée « De la mise en péril des mineurs ». Cet article concerne les *privations d'aliments ou de soins* au point de compromettre la santé du mineur de moins de quinze ans. Il prévoit à l'encontre du coupable une peine d'emprisonnement de sept ans et une amende pouvant aller jusqu'à 100 000 euros.

Remarquons d'abord que le premier alinéa de l'article 226-14 ne fait aucunement référence à un degré de gravité de la privation. Ce qui signifie que l'autorisation de lever le secret s'applique dès que le professionnel constate une privation sans qu'il soit nécessaire que cette privation fasse encourir un risque particulier pour la santé de la personne. L'aliment s'entend de « ce qui sert de nourriture à un être vivant », « substance susceptible de fournir aux êtres vivants les éléments nécessaires » selon différents dictionnaires.

Remarquons ensuite que cette privation peut également concerner les soins au sens large. Il peut s'agir de tout ce qui relève du domaine de la santé mais aussi de celui afférent à l'hygiène. Ajoutons que l'article 227-15 alinéa 2 vise également une hypothèse particulière introduite par l'article 44 de la loi du 18 mars 2003 qui dispose que « constitue notamment une privation de soins le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants ».

Remarquons enfin que la privation d'aliments et de soins visés par l'article 227-15 du Code pénal constitue une infraction volontaire. Or, il peut y avoir privation d'aliments ou de soins sans intention de l'auteur. Les professionnels astreints au secret sont donc autorisés à révéler le secret également dans cette hypothèse et *a fortiori* dans la première.

Quant au concept de *séviçes*, il faut l'entendre comme « des mauvais traitements exercés sur quelqu'un que l'on a sous sa responsabilité ou autorité ». D'un point de vue strictement juridique, les séviçes constituent des violences physiques volontaires qui, dans l'hypothèse étudiée ici, sont aggravées du fait d'être commises sur des mineurs ou des personnes particulièrement vulnérables et par des ascendants ou des personnes ayant autorité.

Pour ce qui concerne les *atteintes et les agressions sexuelles*, il y a lieu de les distinguer. L'atteinte sexuelle est commise sans violence, contrainte, menace ou surprise contrairement à l'agression sexuelle.

Pour ce qui est de la *mutilation sexuelle* (cas de l'excision notamment), il s'agit d'une violence aggravée faisant encourir à son auteur dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende (article 226-9 du Code pénal).

Quelles sont les victimes protégées ?

L'article 226-14 alinéa 1^{er} du Code pénal vise les mineurs, c'est-à-dire toute personne âgée de moins de dix-huit ans. Il vise aussi toute personne qui, en raison de son âge, de son incapacité physique ou psychique, n'est pas en mesure de se protéger. Il s'agit là d'une catégorie que l'on qualifie habituellement de personnes particulièrement vulnérables. On peut citer à titre d'exemples : les personnes âgées, les personnes handicapées (déficiences physiques et/ou mentales), les femmes enceintes. On peut également soutenir que toute personne peut être qualifiée de particulièrement vulnérable à un moment donné en fonction de la situation dans laquelle elle se trouve. Cela signifie d'une certaine manière qu'il y a ceux qui ont ce statut de façon permanente et ceux qui peuvent l'endosser temporairement.

b 2^e cas

« Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constaté sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permette de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises ».

Seuls les médecins sont concernés

Cette autorisation ne concerne que les médecins et la seule autorité qui peut recevoir leur dénonciation est le procureur de la République.

L'accord de la victime est nécessaire à la dénonciation

Le législateur précise par ailleurs qu'aucune dénonciation n'est possible sans l'accord de la victime. Rien n'est précisé à propos de la forme que doit prendre cet accord même si la prudence peut amener le médecin à le recueillir par écrit. Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation « a nécessairement agi en accord avec la victime d'un viol, même si cet accord n'est pas expressément mentionné dans la procédure, le médecin qui a remis un certificat médical descriptif à l'officier de police judiciaire chargé de l'enquête, après que ladite victime eut accepté de se soumettre à l'examen auquel il a été procédé » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 8 mars 2000).

Toutes les formes de violences sont visées par le texte

Ajoutons que les sévices ou privations constatés doivent permettre au médecin de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Il s'agit bien d'une présomption de violence,

ce qui signifie précisément que le législateur ne demande pas au médecin d'avoir une certitude. Bien entendu, il faut au minimum établir un lien entre les constats de privations ou sévices et les violences supposées, le législateur ayant choisi de viser le concept de violences dans son acception la plus large. Y sont intégrées par exemple les violences morales ou psychologiques.

Auteur et contexte de la violence

Il est intéressant de constater qu'aucune précision n'est donnée à propos de l'auteur des violences, ni du contexte dans lequel les violences ont été exercées. Aussi, il est possible de soutenir qu'il peut s'agir de violences conjugales, familiales mais aussi professionnelles. Le harcèlement moral sur le lieu de travail peut tout à fait constituer une hypothèse d'application.

La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ajoute que :

« Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire. »

Il faut quand même préciser qu'agir sans le consentement du patient ne signifie pas que son accord ne doit pas être recherché.

Dispositions particulières du Code de déontologie médicale

Ajoutons enfin que l'article R. 4127-44 alinéa 1^{er} du Code de la santé publique (Code de déontologie) dispose :

« Lorsqu'un médecin discerne qu'une personne auprès de laquelle il est appelé est victime de sévices ou de privations, il doit mettre en œuvre les moyens les plus adéquats pour la protéger en faisant preuve de prudence et de circonspection. »

Il convient pour le médecin de prendre en compte l'ensemble des paramètres relatifs à la situation constatée afin que son intervention ne fasse pas encourir un danger supplémentaire à son patient. La prudence doit dans tous les cas être la règle. Le second alinéa de l'article R. 4127-44 susvisé précise que :

« s'il s'agit d'un mineur de quinze ans ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique, il doit, sauf circonstances particulières qu'il apprécie en conscience, alerter les autorités judiciaires, médicales ou administratives. »

À la différence de ce qui a été vu précédemment, cet article concerne davantage des hypothèses où le médecin a acquis la conviction que son patient est victime de violences ; apparemment il ne s'agit pas de présomptions. Nous

verrons par la suite que la limite dans tous les cas réside dans l'obligation de porter secours à personne en danger. Tout est question en fait d'appréciation de la situation avec les risques d'erreur inhérents à toute évaluation.

2. LE CAS PARTICULIER DE LA DÉTENTION D'ARME (ARTICLE 226-14 ALINÉA 3 DU CODE PÉNAL)

En effet, l'article 226-14 vise une autre hypothèse que nous allons maintenant étudier.

« L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. »

a 3^e cas

« En outre, il n'est pas applicable :

(...) Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police 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. »

Tous les professionnels de santé et de l'action sociale sont concernés

On peut déjà constater que le législateur étend le champ d'application de cet article à l'ensemble des professionnels de santé et de l'action sociale. Ce qui représente pas moins de 2,5 millions de personnes¹.

Des conditions légales strictes sont à réunir

Le professionnel doit savoir qu'une personne présentant un état de dangerosité pour elle-même ou pour autrui possède une arme ou à l'intention d'en acquérir une. Les sources ayant permis l'information du professionnel peuvent être diverses. Bien entendu, il peut avoir été informé directement par l'intéressé mais aussi par un membre de sa famille ou de son entourage. Quant à l'état de dangerosité, il conviendra de l'établir à partir d'éléments qui permettront d'objectiver le constat. Autant l'hypothèse d'une détention effective d'arme par une personne présumée dangereuse pour elle-même ou pour autrui peut se concevoir facilement, autant la dénonciation de la simple intention d'acquisition pose question et semble peu réaliste.

1. Michel PINAUD, *Le recrutement, la formation et la professionnalisation des salariés du secteur sanitaire et social*, Rapport du conseil économique et social, 2004, p. 137.

L'information est délivrée au préfet

Le destinataire de l'information est une autorité administrative et non pas judiciaire. Il s'agit en effet du préfet (à Paris, du préfet de police) qui est l'autorité administrative compétente pour autoriser l'acquisition et la détention d'arme, mais qui exerce plus largement des missions de police dans ce domaine précis.

Les pouvoirs de police des armes du préfet

L'article L. 23336-4 du Code de la défense dispose que :

I - « si le comportement ou l'état de santé d'une personne détentrice d'armes et de munitions présente un danger grave pour elle-même ou pour autrui, le préfet peut lui ordonner, sans formalité préalable ni procédure contradictoire, de les remettre à l'autorité administrative quelle que soit leur catégorie.

II - L'arme et les munitions faisant l'objet de la décision prévue au I doivent être remises immédiatement, par le détenteur ou, le cas échéant, par un membre de sa famille ou par une personne susceptible d'agir dans son intérêt, au service de police ou de gendarmerie. Le commissaire de police ou le commandant de la brigade de gendarmerie peut procéder, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, à la saisie de l'arme et des munitions entre 6 heures et 22 heures au domicile du détenteur. »

L'article concerne toutes les catégories d'arme quelle que soit leur catégorie d'appartenance

Il faut savoir en effet que les armes sont classées en 8 catégories étant précisé que l'acquisition et la détention des armes et munitions des 6^e (armes blanches) et 8^e (armes et munitions historiques et de collection) catégorie sont libres (article L. 2336-1 du Code de la défense).

Pour les autres catégories, une autorisation doit être obtenue. Ajoutons aussi que toute personne physique sollicitant la délivrance ou le renouvellement d'une autorisation d'acquisition ou de détention de matériels, d'armes ou de munitions de 1^{re} et 4^e catégorie ou faisant une déclaration de détention d'armes de 5^e (armes de chasse et leurs munitions) et 7^e catégorie (armes de tir, de foire ou de salon et leurs munitions) doit produire un certificat médical attestant que son état de santé physique et psychique n'est pas incompatible avec la détention de ces matériels, armes ou munitions (article L. 2336-3 du Code de la défense).

L'article 226-14 3° est-il applicable ?

En définitive, l'article 226-14 3° peut s'analyser davantage comme une réaction aux affaires de violences par les armes à feu et notamment celles mettant en scène des enfants soit comme auteurs soit comme victimes. Les

conditions à réunir pour que cet article s'applique sont tellement restrictives que l'on peut qualifier cette disposition législative de quasi symbolique.

3. LA DÉNONCIATION DE CRIMES (ARTICLE 434-1 DU CODE PÉNAL)

L'article 434-1 du Code pénal dispose :

« Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans :

1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ;

2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.

Sont également exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. »

a L'obligation de dénonciation de crimes est générale

Faisons tout d'abord le constat qu'il s'agit d'une obligation générale qui pèse sur tout citoyen. Qu'en effet, l'utilisation du pronom relatif indéfini « quiconque » exprime bien cette idée.

Le destinataire de la dénonciation peut être une autorité administrative ou judiciaire

Sont notamment considérées comme des autorités administratives compétentes pour recevoir la dénonciation, le président du conseil général ou encore le médecin responsable du service de protection maternelle et infantile.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a même précisé dans un arrêt du 13 octobre 1992 que « le médecin, inspecteur de la santé, appartenant à la direction départementale de la santé et de l'action sociale, placé sous la direction du préfet, est une autorité administrative au sens de l'article 62 du Code pénal » (correspondant à l'article 434-1 d'aujourd'hui). Sont notamment considérées comme autorités judiciaires : le procureur de la République et l'ensemble des substituts ou encore le juge des enfants.

Il convient de dénoncer des faits, pas des personnes

La dénonciation doit porter sur des faits et non pas forcément sur des personnes, l'identification des auteurs, comme des victimes, étant davantage une mission incombant aux autorités de police. C'est d'ailleurs ce que rappelle le tribunal de grande instance de Caen dans un jugement du 4 septembre 2001 :

« L'obligation de dénonciation porte sur des faits, sans que l'identité des victimes doive être nécessairement révélée (...) qu'il appartient aux autorités judiciaires de diligenter les enquêtes propres à l'identification tant des auteurs d'infractions que de leurs victimes. »

Il faut avoir eu connaissance d'un crime

Rappelons simplement que le crime est une infraction pour laquelle l'auteur, le coauteur ou le complice encourent au moins dix ans de réclusion ou détention criminelle. La peine maximale encourue est la réclusion ou détention criminelle à perpétuité.

Les crimes sont passibles de la cour d'assises

L'obligation de dénoncer est activée par la prise de connaissance de l'infraction. Peu importe d'ailleurs la façon dont l'information est parvenue à la connaissance de la personne.

Le crime ou sa tentative doit avoir été réalisé

Il doit s'agir d'une infraction criminelle effectivement réalisée. La chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle dans une décision du 7 novembre 1990 que :

« l'article 62 alinéa 2 du Code pénal (correspondant à l'article 434-1 d'aujourd'hui) n'est pas applicable au brigadier de police qui savait que son beau-frère commettait un hold-up le lendemain et qui s'est abstenu sciemment de dénoncer à ses supérieurs le crime qui se préparait de façon imminente, dès lors que le prévenu n'avait pas connaissance d'un crime déjà tenté ou consommé » (voir p. 80).

Le but de la dénonciation est bien de prévenir ou de limiter les effets du crime, ou encore d'empêcher que les auteurs n'en commettent d'autres. La chambre criminelle de la Cour de cassation ayant précisé dans une décision du 2 mars 1961 le point suivant :

« L'article 62 du Code pénal (correspondant à l'article 434-1 d'aujourd'hui) n'édicte pas une obligation générale de délation à l'égard de toute personne que

l'on sait coupable d'un crime présentant les caractères qu'il spécifie ; ce n'est pas l'identité ou le refuge du criminel qui doit être porté à la connaissance des autorités, mais seulement le crime lui-même, afin de permettre à ces autorités de prendre les mesures propres à éviter qu'il achève de produire ses effets, ou qu'il soit suivi d'autres crimes. »

b L'exception à l'obligation de dénoncer les crimes

La circulaire générale présentant les dispositions du Code pénal du 14 mai 1993 (p. 69) précise :

« L'article 434-1 vient tout d'abord clarifier le droit actuel en précisant expressément qu'il n'est pas applicable aux personnes tenues au secret professionnel dans les conditions prévues par l'article 226-13. »

Il semble clair que la formule du dernier alinéa de cet article ne souffre d'aucune ambiguïté. Après avoir écarté de cette obligation de dénonciation certaines personnes du fait de leur lien familial, conjugal, ou marital avec l'auteur ou le complice – sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans –, l'article 434-1 précise :

« Sont également exceptées des dispositions *du premier alinéa* les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. »

Il convient d'ajouter que cette exception joue quelle que soit la victime, y compris les mineurs de moins de quinze ans. En effet, seul l'alinéa 1^{er} est visé, l'exception pour les mineurs de moins de quinze ans figurant dans le deuxième alinéa.

On peut donc dire que l'article 434-1 *in fine* du Code pénal impose le silence aux professionnels astreints au secret. Ceci dit, ce silence peut être brisé dans certaines hypothèses (voir **fiches 4 et 6**).

Il peut paraître choquant au premier abord de soutenir que la loi pose une obligation de silence dans son article 434-1 *in fine* à l'encontre des professionnels astreints au secret. « Mais le législateur a craint qu'en imposant au médecin l'obligation de révéler les mauvais traitements dont il aurait connaissance, les parents ou les responsables des victimes ne renoncent à les faire soigner.¹ » Aussi peut-on comprendre que ce silence est finalement imposé dans l'intérêt de l'usager.

1. Françoise ALT-MAES, « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *Revue des sciences criminelles*, avril-juin 1998, p. 301-313.

4. LA DÉNONCIATION DE CERTAINS DÉLITS (ARTICLE 434-3 DU CODE PÉNAL)

Selon l'article 434-3 du Code pénal :

« Le fait pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles 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, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

a L'obligation de dénonciation de délits est générale

Faisons tout d'abord le constat qu'il s'agit d'une obligation générale qui pèse sur tout citoyen. Qu'en effet, l'utilisation du pronom relatif indéfini « quiconque » exprime bien cette idée.

Le destinataire de la dénonciation peut être une autorité administrative ou judiciaire

Sont notamment considérées comme autorité administrative le président du conseil général ou encore le médecin responsable du service de protection maternelle et infantile.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a même précisé dans un arrêt du 13 octobre 1992 que :

« Le médecin, inspecteur de la santé, appartenant à la direction départementale de la santé et de l'action sociale, placé sous la direction du préfet, est une autorité administrative au sens de l'article 62 du Code pénal » (correspondant à l'article 434-1 d'aujourd'hui).

Sont notamment considérées comme autorités judiciaires : le procureur et l'ensemble des substituts ou encore le juge des enfants.

Il s'agit de dénoncer des faits précis et non des personnes

Contrairement à l'article 434-1 qui concerne l'obligation de dénonciation des crimes en général, l'article 434-3 précise la nature des faits qu'il convient de dénoncer. Il s'agit de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles.

Concept de privations

Le Code pénal vise au titre des infractions de mise en péril des mineurs les concepts de privations d'aliments ou de soins compromettant la santé de

l'enfant (article 227-15 du Code pénal). Il convient de reprendre *a minima* ces notions au titre de l'article 434-3, bien que celui-ci ne fasse pas directement référence au degré de gravité des privations et à leurs conséquences sur la santé de l'enfant notamment. Mais il semble acquis que, dans tous les cas, la privation doit s'entendre d'un fait répétitif qui constitue en soi un élément légitime d'inquiétude pour la santé de l'enfant.

Concept de mauvais traitements

La loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 est relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs. Le concept de mauvais traitements permet d'englober de nombreuses situations. En effet, dans son rapport d'avril 1999 intitulé « Protection de l'enfance : mieux comprendre les circuits, mieux connaître les dangers », l'Observatoire national de l'action sociale décentralisée (ODAS) définit l'enfant maltraité en ces termes :

« enfant victime de violences physiques, cruauté mentale, abus sexuels, négligences lourdes ayant des conséquences graves sur son développement physique et psychologique ».

Aussi peut-on dire que la notion de privation développée précédemment est incluse *ipso facto* dans celle de mauvais traitements.

Concept d'atteintes sexuelles

Il convient de rappeler que les atteintes sexuelles sont à distinguer des agressions sexuelles. L'atteinte sexuelle n'est pas commise avec violences, contraintes, menaces ou surprises contrairement à l'agression sexuelle (le viol par exemple). Pour le Code pénal deux situations sont envisageables en fonction de l'âge du mineur.

Il faut distinguer :

- *Mineurs de moins de 15 ans* : « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende » (article 227-25 du Code pénal).
- *Mineur de plus de quinze ans* : « l'infraction définie à l'article 227-25 est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende : 1° lorsqu'elle est commise par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime ; 2° lorsqu'elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 3° lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs ou de complices ; 4° lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à

destination de public non déterminé, d'un réseau de télécommunication ; 5° lorsqu'elle est commise par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants » (article 227-26 du Code pénal).

Remarques

Précisons que l'âge du mineur, apprécié au moment des faits, est déterminant de la qualification d'agression sexuelle ou de viol plutôt que d'atteintes sexuelles, en référence à la capacité du mineur à consentir et comprendre l'acte dans lequel il est impliqué. Tout acte de nature sexuelle sur la personne d'un mineur de moins de 15 ans à de fortes chances d'être qualifié pénalement.

Il conviendra d'établir que l'auteur a agi volontairement en ayant connaissance de l'âge du mineur. Ce qui signifie également que l'erreur sur l'âge du mineur peut être retenue par la juridiction pour écarter toute condamnation.

En deçà de 15 ans, le juge présumera l'incapacité du mineur à consentir à un acte sexuel de quelque nature qu'il soit. Dans tous les cas, le juge considérera que son consentement a été surpris et qu'à ce titre il ne pouvait produire d'effet.

Cas de mutilation sexuelle

Pour ce qui est de la mutilation sexuelle (l'excision notamment), il s'agit d'une violence aggravée faisant encourir à son auteur dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende (article 226-9 du Code pénal).

Cas de l'inceste

Il est clair qu'une relation sexuelle imposée est toujours punissable soit au titre du viol, soit au titre d'agressions sexuelles. En revanche, lorsqu'il n'y a pas de violences, contraintes, menaces ou surprises, seules des relations entre ascendants et mineurs de dix-huit ans peuvent faire l'objet de poursuites par combinaison des articles 227-25 et 227-26 du Code pénal. Aussi sont hors du champ pénal les relations consenties entre mineurs, entre ascendants ou descendants majeurs ou encore entre collatéraux de quinze ans.

La protection des personnes particulièrement vulnérables

Outre les mineurs, le législateur a étendu l'application de l'article 434-3 aux personnes particulièrement vulnérables. Il s'agit de celles qui ne sont pas en mesure de se protéger en raison de leur âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse.

« Cet élargissement de l'incrimination est une nouvelle illustration de la protection accrue des personnes vulnérables à laquelle procède le nouveau Code pénal... » (extrait de la circulaire générale présentant les dispositions du Code pénal du 14 mai 1993, p. 270).

b L'article 434-3 s'applique-t-il aux professionnels astreints au secret ?

Le dernier alinéa de cet article est écrit de la façon suivante :

« *sauf lorsque la loi en dispose autrement*, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 ».

Si l'on tente une explication littérale de cet alinéa, on peut soutenir que le principe posé par l'article 434-3 est celui de l'obligation de dénoncer mais que le législateur a prévu une exception à cette règle : les personnes astreintes au secret au sens de l'article 226-13. Ce qui veut dire clairement qu'elles ne sont pas tenues aux mêmes obligations que le citoyen lambda. En même temps, le législateur ajoute que la loi peut en disposer autrement, ce qui signifie que l'exception ainsi décrite peut être neutralisée par la loi. Autrement dit, et dans cette hypothèse seulement, le professionnel serait considéré comme un citoyen ordinaire soumis à l'obligation de parler malgré le fait d'être juridiquement astreint au secret.

La circulaire générale présentant le Code pénal précise le point suivant :

« C'est pour cette raison que le deuxième alinéa de l'article 434-3 précise que les personnes astreintes au secret sont exceptées des dispositions de cet article « *sauf lorsque la loi en dispose autrement* ». Cette précision n'a toutefois aucune portée juridique, puisqu'elle ne fait que rappeler la règle générale selon laquelle une loi spéciale peut toujours déroger à une loi générale. »

À partir de là, on peut donc soutenir qu'à défaut d'une loi spéciale, les professionnels astreints au secret ne sont pas tenus par l'obligation de dénoncer les faits visés par l'article.

Nous étudierons par la suite la question de savoir si le professionnel peut envisager de dénoncer les faits lorsqu'il n'y est pas contraint par un texte spécial comme nous venons de le démontrer (voir **fiche 6**).

Observons enfin que l'article 434-1 (obligation de dénoncer les crimes) prévoit que les professionnels astreints aux secrets sont exceptés de l'obligation de dénonciation des crimes sans qu'il y ait référence à la possibilité de neutralisation de l'exception par le biais de la loi comme c'est le cas avec l'article 434-3. En effet l'article 434-1 *in fine* ne contient pas la phrase « *sauf lorsque la loi en dispose autrement...* ». Mais cela ne signifie pas pour autant que le professionnel ne pourra pas choisir de dénoncer le crime (voir **fiche 6**).

5. SECRET PROFESSIONNEL ET DROITS DE LA DÉFENSE

La question ici est de savoir s'il est possible de révéler des informations à caractère secret pour assurer sa propre défense ? La jurisprudence semble apporter une réponse positive à cette question. Relevons cet extrait de l'arrêt de la cour d'appel de Douai du 26 octobre 1951 qui, malgré son ancienneté, reste totalement d'actualité.

« On ne saurait reprocher à qui que ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel. »

La seule limite réside dans l'obligation de ne révéler que les informations strictement nécessaires à la défense du prévenu. D'ailleurs le tribunal de grande instance de Paris l'a précisé en ces termes :

« Les faits justificatifs de la violation du secret professionnel résultent de la loi elle-même ou procèdent de l'état de nécessité ; lorsque la compétence ou la bonne foi d'un professionnel sont mises en doute devant une juridiction, celui-ci se trouve alors dans la nécessité de transgresser le secret pour apporter au juge les preuves de sa bonne foi ou de la qualité de ses prestations, *étant observé que la révélation doit être limitée aux strictes exigences de sa défense.* »

Points clefs à retenir

Le législateur pose comme principe général que tout citoyen doit dénoncer les crimes (article 434-1) et délits (article 434-3) dont il a connaissance. Cette règle peut être écartée, dans certaines hypothèses, lorsqu'il s'agit de professionnels astreints au secret dans la mesure où la non-dénonciation ne se confond pas avec le fait de ne pas agir.

La combinaison de l'obligation de se taire et des obligations de parler

1. PRÉSENTATION DE LA PROBLÉMATIQUE

Des obligations paradoxales ?

Au titre de l'article 226-13 du Code pénal :

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Il s'agit clairement d'astreindre au silence ceux qui sont soumis au secret. Pourtant, l'article 226-14 du Code pénal précise dans son premier alinéa que « l'article 226-13 n'est pas applicable dans le cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret ».

Or, nous savons que, par ailleurs, et dans certaines hypothèses, le législateur prévoit des obligations de dénonciation d'infractions réalisées dont on peut avoir connaissance, tout en prévoyant quand même des exceptions à l'égard des personnes astreintes au secret (articles 434-1 et 434-3 du Code pénal).

Il convient alors de comprendre comment il est possible de concilier l'obligation de se taire et celle de dénoncer des infractions. De prime abord, ces deux propositions semblent quelque peu contradictoires et leur conciliation paradoxale.

2. COMBINAISON DES ARTICLES 226.13, 226-14 ET 434-1 DU CODE PÉNAL

Tout d'abord intéressons-nous à l'obligation de dénoncer les crimes telle que prévue par l'article 434-1. S'il est exact que le législateur a excepté de cette obligation de dénonciation les professionnels astreints au secret dans le dernier alinéa de l'article 434-1, la question qui reste en suspens est celle de savoir si cette exception les oblige au silence ou si au contraire ils ont la possibilité de dénoncer les faits.

Si l'on procède à une analyse textuelle et conforme aux règles d'interprétation de la loi pénale, on aboutit à l'idée selon laquelle le législateur n'a pas

prévu au sens strict l'hypothèse de lever du silence en matière criminelle de façon générale.

En effet, l'article 226-14 qui prévoit des possibilités de rompre le silence sans s'exposer aux sanctions prévues par l'article 226-13 ne vise que les privations, sévices, y compris les atteintes ou mutilations sexuelles commis sur des mineurs ou des personnes particulièrement vulnérables.

En dehors de ces *hypothèses expressément visées*, les professionnels astreints au secret devraient être tenus de garder le silence pour toutes les autres infractions criminelles (meurtre ou assassinat par exemple).

En même temps, il semble difficile d'imaginer que l'on admette la possibilité de lever le silence dans les hypothèses d'infractions délictuelles et de l'interdire dans celles concernant des infractions criminelles.

Ajoutons également que la circulaire d'application du Code pénal du 14 février 1993 (p. 269) semble confirmer la possibilité de laisser aux professionnels le choix de dénoncer les infractions criminelles ou de s'abstenir :

« en rappelant ainsi la primauté du secret professionnel, le nouveau Code pénal met un terme à l'ambiguïté des textes (...) qui ont donné lieu, de la part de la doctrine et de la jurisprudence, à des interprétations divergentes. »

D'un point de vue doctrinal on peut citer un extrait de l'article de Madame Agathe Lepage¹ :

« Dans tous les cas, comme le relèvent les travaux préparatoires, un choix est offert aux professionnels, entre se taire et parler. Est ainsi consacrée une « objection de conscience » ou « option de conscience », par laquelle se trouve résolu le conflit entre règles contradictoires ».

a Le cas particulier des médecins

Il semble que le cas des médecins doive être réservé car il présente une particularité qu'il convient de soulever. En effet, s'il est vrai qu'au titre de l'article 434-1 *in fine* ils bénéficient de l'exception prévue, il n'en est pas moins vrai que, pour lever le secret au titre de l'article 226-14 2°, ils doivent obtenir l'*accord de la victime*.

Aussi, un médecin qui, suite à sa consultation, présume que des violences ont été commises à l'encontre de son patient ne pourra lever le secret qu'avec l'accord de celui-ci.

1. Agathe LEPAGE, « Droit pénal et conscience », Droit pénal, Éditions du *Juris-Classeur*, janvier 1999, p. 4-6.

b L'exception à l'exception

Mais la loi prévoit une double exception à cette règle. Pour les mineurs et les personnes qui ne sont pas en mesure de se protéger en raison de leur âge ou de leur incapacité physique ou psychique, leur accord n'est pas nécessaire.

Ceci dit, ajoutons que le médecin doit rechercher l'accord de la victime à chaque fois que possible. On peut le déduire de l'utilisation de l'adjectif « nécessaire » qui signifie indispensable, essentiel, important, ce qui ne veut pas dire pour autant « obligatoire ». Mais, pour rester dans la philosophie de l'article R. 4127-44 du Code de la santé publique, le médecin doit faire « preuve de prudence et de circonspection » et donc éviter d'agir, sauf circonstances exceptionnelles, sans rechercher préalablement l'accord de son patient.

3. COMBINAISON DES ARTICLES 226.13, 226-14 ET 434-3 DU CODE PÉNAL

L'étude des dispositions de l'article 434-3 doit se faire à la lumière de l'alinéa 1 de l'article 226-14. En effet, ce dernier dispose :

« L'article 226-13 n'est pas applicable dans le cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. »

a Une identité de concept

Dans le même temps, l'article 434-3 précise :

« Le fait pour quiconque ayant eu connaissance de *privations*, de mauvais traitements ou d'*atteintes sexuelles* 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, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. »

La comparaison de ces deux textes permet de faire ressortir une identité de concepts. À partir de là on peut effectivement penser que le législateur a procédé par renvoi du 226-14 1° au 434-3 et réciproquement. Ce qui laisse penser que la possibilité de choisir entre parler (226-14 1°) ou se taire (434-3 *in fine*) apparaît très clairement et sans ambiguïté.

b Un choix laissé aux professionnels

La circulaire d'application du Code pénal précise par ailleurs :

« En excluant expressément des dispositions de l'article 434-3 les personnes tenues au secret professionnel, ce qui implique que *la décision de signalement est laissée à la seule conscience de ces personnes*, le législateur a notamment pensé à la situation des médecins. Il a ainsi estimé que ces derniers ne devaient pas être obligés, sous peine de sanctions pénales, de signaler des mauvais traitements, afin d'éviter que les auteurs des sévices n'hésitent à faire prodiguer à l'enfant les soins nécessaires par crainte d'être dénoncés. »

Ceci étant précisé, certains auteurs pensent qu'il n'est pas judicieux de lier les articles 226-14 1° et 434-3.

« Il peut paraître gênant de se déterminer sur la signification d'un texte par référence à un second qui ne peut qu'influencer l'opinion que l'on a du premier. D'autant plus que si l'article 434-3 venait à disparaître (par l'effet d'une modification substantielle ou d'une abrogation), cela signifierait-il que l'article 226-14 n'aurait plus aucune signification, puisque l'on estime actuellement qu'il ne peut avoir de signification en lui-même ? Néanmoins il faut admettre que la combinaison des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal engendre un résultat des plus obscurs. Peut-être l'absence de caractère impératif du libellé du 1) de l'article 226-14 incite-t-elle plutôt à penser que le professionnel est laissé libre de sa décision¹. »

c La confirmation jurisprudentielle de la possibilité de choisir

La chambre criminelle de la Cour de cassation, en date du 14 février 1978, précise :

« Aux termes de l'article 378 alinéa 3 du Code pénal (correspondant à l'article 226-14 actuel), les personnes visées par ce texte, quand elles ont été citées en justice pour une affaire de sévices ou privation sur la personne de mineurs de quinze ans, sont, relativement aux faits dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, libres de fournir leur témoignage sans s'exposer à aucune peine ; il en découle nécessairement que, dans le même cas, les personnes ainsi autorisées à témoigner sont également libres de ne pas le faire, telles les assistantes sociales. »

d Les restrictions au droit de choisir

La liberté de choix laissée aux professionnels ne peut pas s'exercer quand une loi spéciale oblige le professionnel à parler (voir **fiche 4**). On peut simplement ajouter que, dans cette hypothèse, les exceptions prévues aux

1. Virginie PELTIER, *Juris-Classeur Pénal*, mai 2005, art. 226-13 et 226-14.

articles 434-1 et 434-3 sont inopposables à l'autorité à laquelle le professionnel doit dénoncer l'infraction. Ce qui signifie que le professionnel sera alors soumis au régime de droit commun et encourra les sanctions prévues par les textes en cas de défaillance.

Points clefs à retenir

Les professionnels astreints au secret en vertu de l'article 226-13 du Code pénal et confrontés à la problématique d'une dénonciation d'un fait qualifié crime ou délit peuvent choisir, en leur âme et conscience, de parler sans risquer d'être poursuivis pour violation du secret, ou alors de se taire sans tomber sous le coup des infractions de non-dénonciation.

Ceci dit, il conviendra toujours de vérifier que le professionnel n'est pas dans une obligation de dénoncer les faits en vertu d'un texte spécial. Dans cette hypothèse, il sera traité pénalement comme un citoyen lambda au regard des articles 434-1 et 434-3 du Code pénal.

Le témoignage en faveur d'un innocent

7

1. PRÉSENTATION DE L'ARTICLE 434-11 DU CODE PÉNAL

L'article 434-11 du Code pénal dispose :

« Le fait, pour quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Toutefois, est exempt de peine celui qui apportera son témoignage tardivement mais spontanément.

Sont exceptées des dispositions du premier alinéa :

1° L'auteur ou le complice de l'infraction qui motivait la poursuite, ses parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que ses frères et sœurs et leurs conjoints ;

2° Le conjoint de l'auteur ou du complice de l'infraction qui motivait la poursuite, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

Sont également exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. »

a Une obligation générale dans l'intérêt de la justice

L'obligation de témoigner en faveur d'un innocent concerne tout citoyen puisque le texte utilise le pronom relatif indéfini « quiconque ». On peut évidemment comprendre que le législateur pose une telle obligation car on ne peut jamais se satisfaire qu'un innocent puisse être détenu au titre d'une détention provisoire ou d'une condamnation définitive. Il est dans l'intérêt de la justice de préférer laisser courir un coupable plutôt que d'enfermer un innocent.

b La reconnaissance implicite de l'erreur judiciaire

Par cette disposition, le législateur reconnaît que l'erreur judiciaire est possible et que chacun doit prendre ses responsabilités de citoyen quand il est en possession d'une information pouvant conduire à innocenter une personne.

c La loi n'exige pas de désigner le coupable mais de témoigner de l'innocence d'un tiers

Le législateur n'exige pas que l'on connaisse l'identité du coupable ; il exige simplement que l'on soit en possession de la preuve de l'innocence de la personne détenue à tort.

La cour d'appel de Nancy a précisé dans un arrêt du 2 février 2005 le point suivant :

« L'article 434-11 exige la double connaissance par la personne poursuivie d'une part de la situation détenue ou jugée, et d'autre part de la preuve de son innocence, *laquelle peut être celle de l'identité du ou des véritables coupables* ; tel est le cas d'une personne qui exprime dans ses écrits de manière non équivoque sa connaissance d'informations de nature à innocenter une autre personne. »

Il est constant que la connaissance de l'identité du coupable constitue la preuve par excellence de l'innocence du tiers détenu à tort mais cette preuve peut aussi être révélée par tout autre moyen.

d La preuve de la connaissance de l'innocence doit être certaine et non pas seulement plausible

C'est très précisément ce qu'exprime une jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 22 novembre 2005.

« ... la connaissance d'informations de nature à innocenter un condamné, présentées dans un souci de vraisemblance et de crédibilité mais sans révéler l'identité de la seule personne permettant de vérifier une hypothèse d'enquête plausible, ne suffit pas à caractériser la connaissance de l'innocence du condamné par le prévenu. »

e Le témoignage doit être immédiat et spontané

Il s'agit d'une obligation de témoigner sans délai en faveur de l'innocent. « Toutefois, est exempt de peine celui qui apportera son témoignage tardivement, mais spontanément » (article 434-11 alinéa 2). L'objectif est d'encourager les « retardataires » en leur promettant une exemption de peine ce qui ne veut pas dire une non-reconnaissance de responsabilité. Car pour être exempté de peine il convient d'avoir préalablement été condamné donc reconnu coupable. Seuls les *témoignages tardifs mais spontanés* pourront bénéficier d'une exemption de peine ; il convient de reconnaître la démarche personnelle du témoin qui, par acquis de conscience sans doute, décide de rompre le silence.

f Les exceptions prévues par l'article 434-11 du Code pénal

L'article 434-11 prévoit des exceptions à l'obligation de témoigner en raison principalement des liens qui unissent l'auteur de l'infraction à certaines personnes, parents ou non. Le dernier alinéa de cet article précise quant à lui que :

« Sont exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 du Code pénal ».

On peut soutenir l'idée que, au sens strictement littéral, l'exception à la règle signifie bien que la règle ne doit pas s'appliquer à celui visé par l'exception. Donc, et à l'instar de certains auteurs¹ on pourrait en déduire que les professionnels astreints au secret ne doivent pas témoigner en faveur d'une personne qu'elles savent innocente. Dans son précis M.-L. Rassat indique :

« Le nouveau Code pénal envisage le cas de l'obligation de témoigner en faveur d'un innocent et le Code de procédure pénale, à la suite de la loi d'adaptation, celle de tout témoignage. Dans le premier cas (art. 434-11) la formule employée est celle de « l'exception » ce qui fait que le professionnel non seulement n'est plus obligé de parler en faveur d'un innocent mais même n'a plus le droit de le faire puisqu'il n'est pas concerné par l'article ».

Cette position qui peut paraître assez surprenante doit faire l'objet d'une analyse précise aux fins de savoir si le professionnel ne bénéficie pas dans cette hypothèse, à l'instar de ce que nous avons vu à propos des articles 434-1 et 434-3, d'une possibilité de choisir.

2. COMBINAISON DE L'ARTICLE 434-11, 226-13 ET 226-14 DU CODE PÉNAL

Il est délicat de répondre à la question de savoir si l'article 434-1 *in fine* enferme les professionnels astreints au secret dans une obligation de silence. Comment peut-on concevoir qu'il en soit ainsi alors que l'intérêt supérieur de la société ne peut commander de maintenir enfermé un innocent alors que l'on a la preuve de son innocence. Ajoutons également qu'il n'y a pas de raisons majeures qui pourraient légitimer et expliquer que le régime juridique appliqué aux articles 434-1 et 434-3 soit différent de celui que nous étudions ici.

Il est vrai que, sous l'égide de l'ancien Code pénal, les dispositions de l'article 63 alors applicables contenaient les mêmes exceptions qu'aujourd'hui

1. Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers*, Paris, Dalloz, précis Dalloz, 2004, p. 448.

à la différence de celles concernant les personnes astreintes au secret. Aussi pouvait-on penser qu'elles étaient dans l'obligation de témoigner à défaut d'avoir été exemptées par la loi. Or, il nous semble peu judicieux de soutenir que ces mêmes professionnels seraient soumis aujourd'hui à une obligation inverse.

La circulaire d'application du Code pénal du 14 mai 1993 précise :

« L'article 434-11 qui reprend les dispositions du troisième alinéa de l'actuel article 63, sanctionne celui qui, connaissant l'innocence d'une personne poursuivie pour un crime ou pour un délit, s'abstient de témoigner en sa faveur. L'objet de cette disposition étant d'éviter les erreurs judiciaires, le deuxième alinéa de l'article 434-11 prévoit comme le fait l'actuel article 63 qu'est exempt de peine celui qui apporte son témoignage tardivement mais spontanément.

La liste des personnes exceptées de ces dispositions est la même qu'en matière de non-dénonciation de crime : cet article n'est donc pas applicable aux membres de la famille du véritable auteur ou complice de l'infraction, auxquels est désormais assimilé le concubin de cette personne. *Il n'est pas non plus applicable aux personnes soumises au secret professionnel, ce que ne précise pas aujourd'hui l'article 63.* »

En définitive, le législateur a prévu de façon expresse l'exemption des personnes astreintes au secret davantage dans le but de les libérer d'une obligation au silence que, dans bien des cas, la morale, l'éthique et la déontologie professionnelle ne peuvent tolérer.

Quid de l'application de l'état de nécessité ? Le Code pénal prévoit dans son article 122-7 l'exception d'état de nécessité exprimé en ces termes :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. »

Il s'agit par hypothèse de la situation de l'individu qui se voit dans l'obligation de commettre une infraction afin d'éviter un péril imminent pour lui-même ou pour autrui. La jurisprudence Regina de la cour d'appel de Colmar du 6 décembre 1957 précise dans un arrêt :

« Attendu que la reconnaissance de l'état de nécessité est un des fondements du droit ; que toutes les civilisations juridiques évoluées, dégagées du légalisme initial, le consacrent, soit dans la loi, soit dans la doctrine et la jurisprudence ; que ce qui caractérise l'état ou « l'effet » de nécessité, c'est « la situation dans laquelle se trouve une personne qui, pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autres ressources que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale »

(note Charles de Visscher, citée dans Foriers, l'état de nécessité en droit pénal, p. 343).

« Attendu que si l'état de nécessité est une notion strictement exceptionnelle, il serait contraire à son esprit d'en limiter l'application à la défense d'intérêts matériels, fussent-ils vitaux ; qu'on doit l'étendre à la protection des intérêts moraux supérieurs, tel l'honneur de la personne ou du foyer qui, pour l'honnête homme, ont autant de prix que la vie. »

Ce fait justificatif qui se traduit, en cas de reconnaissance, par l'irresponsabilité pénale de l'auteur est enfermé dans des conditions strictes d'application :

- il faut tout d'abord constater l'existence d'un danger actuel ou imminent menaçant une personne ou un bien ;
- il faut ensuite établir qu'il n'y avait aucun autre moyen d'éviter le dommage, exceptée la commission de l'infraction ;
- il faut aussi que l'intérêt sauvegardé soit supérieur à celui qui est sacrifié ;
- il faut que les moyens employés respectent une certaine proportion avec la gravité de la menace ;
- enfin, la situation d'état de nécessité ne doit pas trouver sa source dans un comportement fautif de l'auteur qui l'invoque.

Il nous semble que cette théorie peut s'appliquer à la question qui nous préoccupe. Le professionnel astreint au secret et qui peut apporter la preuve de l'innocence d'un tiers peut soutenir que la violation du secret en vue de la libération d'un innocent s'impose dans la mesure où « la nécessité d'une intervention immédiate peut l'emporter dans la balance des impératifs sur l'obligation de respecter cette interdiction » (jurisprudence de Colmar précitée).

Points clefs à retenir

En définitive, les professionnels astreints au secret bénéficient d'une *clause de conscience* qui les autorise à dénoncer ou non les crimes et délits dont ils ont eu connaissance, mais également à témoigner ou non en faveur d'un innocent dont ils connaissent l'état d'innocence.

Le législateur préfère laisser cette possibilité aux professionnels concernés.

L'inopposabilité absolue du secret professionnel



1. L'OBLIGATION D'ASSISTANCE À PERSONNE EN PÉRIL (ARTICLE 223-6 ALINÉA 2 DU CODE PÉNAL)

S'il est exact que les professionnels du secteur social et médico-social bénéficient, de par la loi (articles 434-1 et 434-3 du Code pénal), de certaines possibilités dont le citoyen lambda ne peut se prévaloir, il n'en est pas moins vrai que, dans certaines situations, chacun est tenu à la même obligation.

Aussi nous semble-t-il essentiel de bien comprendre les raisons qui président à cette identité de traitement afin d'adopter le comportement attendu de tout un chacun dans certaines situations particulières.

a Analyse de l'infraction de non-assistance à personne en péril

L'article 223-6 du Code pénal dispose :

« Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de la faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ;

Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »

Fondements du devoir d'assistance

L'obligation d'assistance s'analyse davantage comme une obligation morale sanctionnée pénalement :

« C'est l'égoïsme excessif et sans excuse, indépendamment du résultat auquel il aboutit, qui par ses conséquences antisociales ne relève pas seulement de la loi morale, que le législateur a voulu sanctionner pénalement » (tribunal correctionnel d'Aix-en-Provence, 23 décembre 1952).

Certaines jurisprudences estiment que le fondement de l'article 223-6 trouve son origine dans « un devoir d'humanité » (tribunal correctionnel de Nancy, 27 octobre 1965).

Ces deux extraits de jurisprudence pointent l'idée selon laquelle nous avons l'éminente obligation d'être dans l'inquiétude d'autrui en particulier quand ce dernier est dans une situation de danger imminent appelant une intervention immédiate. Dès lors il n'est pas concevable que l'on puisse imaginer, alors que la vie d'un être humain est en danger, une possibilité de non-intervention sous le seul prétexte de l'existence d'un secret professionnel qu'il conviendrait de préserver.

► *Le concept de péril*

La non-assistance à personne en péril ou en danger prévue et réprimée par le deuxième alinéa de l'article 223-6 implique l'existence d'un péril que le législateur n'a pas défini. Aussi c'est la doctrine et la jurisprudence qui se chargent d'en déterminer au moins les critères à défaut d'en donner une définition.

► *Une définition jurisprudentielle*

« L'état de péril est un état dangereux ou une situation critique qui fait craindre de graves conséquences pour la personne qui y est exposée et qui risque, selon les circonstances, soit de perdre la vie, soit des atteintes corporelles graves » (tribunal correctionnel de Rouen, 9 juillet 1975).

Le mot péril renvoie à la notion « d'état, de situation » dans laquelle une personne « court de grands risques », tout ce qui peut « menacer la sûreté, l'existence »...

Ces définitions montrent clairement que le péril doit faire encourir de sérieux risques pour la vie ou le corps de la personne. *A priori*, il n'y a pas de reconnaissance de l'obligation d'assistance d'une personne se trouvant dans un état de détresse morale par exemple.

► *Le péril doit être imminent et constant*

Bien que non visé directement par le texte, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation l'a précisé dans un arrêt de principe du 13 janvier 1955 :

« l'obligation de porter secours concerne seulement le cas des personnes se trouvant en état de péril imminent et constant et nécessitant une intervention immédiate ».

Comme le précise très justement Michel Véron¹ : « ce critère de l'imminence ou de l'absence d'imminence du péril sert très fréquemment de ligne de partage entre la condamnation ou la relaxe ».

L'imminence renvoie à l'idée selon laquelle le péril est sur le point de se réaliser ; d'une certaine manière on pourrait dire qu'il convient de conjuguer l'action au présent de l'indicatif. Il y a urgence à agir pour justement tenter d'éviter que le péril ne se produise. La constance renvoie à l'idée du caractère incontestable du péril découlant du fait qu'il dure, qu'il se répète ; en fait il ne doit pas y avoir débat autour de son existence et de sa permanence.

► *Le péril fait encourir un risque pour la vie ou pour l'intégrité corporelle*

Il peut s'agir d'une atteinte à la vie ou d'une atteinte corporelle grave. On voit se dessiner face à cette exigence de gravité deux types d'arguments. Certains soutiennent que, le péril ne s'étant pas réalisé, alors leur responsabilité doit être dégagée. D'autres que le péril était tellement avancé que rien n'aurait pu sauver la victime.

Une jurisprudence du tribunal correctionnel de Poitiers du 3 février 1977 précise :

« Pour son appréciation, la loi ne prend en considération les circonstances ultérieures qui démontreraient soit que le péril n'était pas si grave qu'il ne put être conjuré sans assistance, soit, au contraire, qu'il était tel que le secours eût été nécessairement inefficace ; elle a seulement égard à la nature du péril à l'heure même où la personne qui peut y porter secours en a connaissance. »

► *L'état de détresse morale peut-il constituer un péril au sens de la loi ?*

Même s'il est vrai que le texte semble davantage se référer « plus au corps qu'à l'esprit », en parlant d'intégrité corporelle ou encore de risque pour la vie, la question mérite d'être posée.

On peut citer à titre d'exemple un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 novembre 1988 :

« Caractérise les éléments matériels et intentionnels du délit de l'article 63 alinéa 2 du Code pénal, l'arrêt constatant que l'auteur d'un ouvrage intitulé « Suicide, mode d'emploi », consulté sur l'efficacité de certaines méthodes préconisées, puis sur la dose mortelle d'un médicament, par une personne lui faisant part, à deux reprises, de sa détermination à se donner la mort, non seulement s'abstient de conjurer le péril dont il avait connaissance, mais encore fournit à son correspondant des renseignements lui permettant de mettre son projet à exécution ; de ces constatations souveraines, les juges ont acquis la

1. Michel VÉRON, *Droit pénal spécial*, Paris : Armand Colin, 2002, p. 93.

conviction que le prévenu n'avait jamais eu l'intention de porter secours au désespéré. »

Cette affaire qui avait à son époque défrayé la chronique a donné lieu à la création d'un article réprimant la provocation au suicide (article 223-13 du Code pénal). La sanction encourue est de 3 ans et 45 000 euros d'amende ou de 5 ans et 75 000 euros d'amende si la victime est mineure.

Indépendamment du fait qu'une infraction spéciale a été créée suite à cette affaire, nous pensons que la référence au désespoir dans lequel était plongée la victime (voir ci-dessus l'extrait de l'arrêt) permet de supputer que l'infraction pourrait être envisageable lorsque l'on a connaissance d'un projet de suicide sérieux. Ceci dit, reste posée la question de l'imminence du suicide.

► Le péril doit également être soudain

La condition de soudaineté du péril a été posée par la jurisprudence dès le début des années 1950.

« La loi exige que le péril soit, non seulement *imminent et constant*, nécessitant une intervention immédiate, mais encore qu'il soit *accidentel*, c'est-à-dire *soudain*, imprévu et imprévisible ; tel n'est pas le cas de la femme enceinte qui, au terme d'une grossesse normale, n'a pas été surprise par sa proche délivrance et dont l'accouchement imminent, commande des mesures et des précautions qui ont été négligées ou omises par elle et son mari, et sous leur seule responsabilité » (tribunal correctionnel de Paris, 8 juillet 1952).

► L'obligation d'assistance s'analyse comme une obligation de moyens

Si l'intervention s'avère inefficace mais que le prévenu a mis en œuvre les moyens à sa disposition ou les mieux adaptés à la situation, il ne peut être déclaré coupable. Mais, à l'inverse, si le péril ne se produit pas et que l'on constate que les moyens mis œuvre par le prévenu étaient *manifestement inadaptés à la situation*, alors sa responsabilité pénale reste entière. Pour apprécier les « compétences » du prévenu à mettre en œuvre les moyens adaptés, les juges se réfèrent notamment au contexte, à la profession ou encore à ses connaissances professionnelles.

« *Infirmière professionnelle*, dès lors qu'aucun doute ne pouvait subsister dans l'esprit de la prévenue, femme avertie, quant à la nécessité absolue d'agir en vue de tenter de conjurer, par des soins ou un secours appropriés, les conséquences d'un état de santé alarmant » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 11 avril 1964).

Il s'agit d'apprécier de façon concrète le comportement du prévenu en tenant compte des paramètres de situation susceptibles d'être appliqués au

cas d'espèce. *A priori* il n'y a pas de bonnes ou de mauvaises attitudes ; ce qui est en revanche certain, c'est que l'abstention conduit généralement à la condamnation. Pour le reste, la démarche du juge relève souvent de la casuistique.

► Les limites au devoir d'assistance

Il relève clairement de l'article 223-6 qu'elle doit se faire « sans risque pour lui (le prévenu) ou pour les tiers ». Le tribunal correctionnel de Mont-de-Marsan a exprimé très justement cette idée dans sa décision du 21 janvier 1959 :

« L'abstention délictueuse prévue par l'article 63 alinéa 2 du Code pénal implique nécessairement l'existence d'une certaine proportion entre la nature du danger encouru et le degré du risque auquel s'exposerait l'agent lors de son intervention ou de son assistance, *la loi n'imposant point l'héroïsme ou la ténacité*, mais attribuant toutefois au tribunal un pouvoir d'appréciation sur le caractère même du risque ».

Ajoutons *in fine* que l'absence de risque ne signifie pas le risque zéro dans la mesure où toute intervention comporte une part de risque.

► Les formes que peut prendre l'assistance

Le législateur a prévu deux possibilités d'assister la personne en péril : l'action personnelle ou la provocation de secours.

La question de savoir si le législateur offre une alternative entre l'une ou l'autre forme d'intervention a été soulevée à plusieurs reprises devant les juridictions. Il semblerait malgré tout que le juge privilégie l'intervention personnelle sauf s'il est établi que le prévenu ne disposait ni des moyens ni des capacités indispensables pour agir personnellement sans prendre de risques inconsidérés :

« L'action personnelle doit être la règle et la faculté de provoquer du secours l'exception ; cette dernière option ne saurait se concevoir que lorsqu'il y a péril ou risque grave pour la personne appelée à porter secours, ou encore dans le cas où le secours ne peut être efficace qu'avec l'intervention d'un homme de l'art » (tribunal correctionnel de Bayeux, 22 juin 1954).

► La connaissance du péril suivie d'une abstention volontaire d'assistance comme constitutive de l'élément moral de l'infraction

De quoi s'agit-il exactement ? Il est clair que l'on ne peut pas reprocher à un individu de ne pas avoir apporté son secours à une personne en péril s'il est avéré qu'il en ignorait l'existence.

Le juge est donc amené, par une appréciation souveraine, à juger de l'état de connaissance du péril que pouvait en avoir le prévenu. La question est toujours délicate car, dans une grande majorité des cas, il s'agit d'une connaissance indirecte du péril c'est-à-dire relayée par des intermédiaires. Sans compter le fait qu'il peut y avoir également l'erreur d'appréciation de l'état de péril qui peut toujours être reprochée au prévenu, mais qui n'est pas suffisante car l'abstention implique une volonté de ne pas intervenir alors que l'on sait, l'on connaît l'état de péril.

Pour un exemple de connaissance directe de l'état de péril, nous pouvons citer une décision du tribunal correctionnel de Douai en date du 20 décembre 1951 :

« L'élément intentionnel du délit d'abstention volontaire se trouve constitué, lorsque le prévenu (directeur d'hôpital), ayant su que le malade courait un péril imminent et constant, nécessitant une intervention immédiate, et sachant qu'il lui suffisait de l'admettre dans son établissement, où lui seraient procurés les soins adéquats, ou d'alerter un hôpital voisin pour y obtenir l'admission immédiate du malade, a, à deux reprises, refusé d'admettre ce malade dans son établissement. »

Pour un exemple de connaissance indirecte de l'état de péril, nous pouvons citer le tribunal correctionnel de Nancy en date du 17 juin 2004 :

« Doit être relaxé du délit de non-assistance à personne en danger, le prévenu, médecin de garde, qui, alors qu'il était envoyé chez le patient, décédé, par le médecin régulateur du SAMU, a trouvé porte close et a décidé de poursuivre ses visites médicales ; en effet, le prévenu n'a pas eu conscience de la situation de péril du patient et ne s'est pas abstenu volontairement de lui porter secours ; le fait de faire appel de nuit, aux services du SAMU, n'implique pas nécessairement l'existence d'une urgence ; le prévenu n'avait par ailleurs aucune raison de penser que le patient était en situation de péril : il ne disposait pas d'informations médicales alarmantes et la décision du médecin régulateur d'envoyer un médecin de garde au lieu d'une ambulance laissait penser qu'il n'y avait pas de péril. »

La connaissance de l'état de péril doit donc se traduire par le déclenchement de l'assistance soit à titre personnel, soit en provoquant des secours. L'affaire jugée par le tribunal correctionnel de Riom, le 7 juin 2000 en est une parfaite illustration :

« L'appel adressé à un médecin équivaut à une présomption de péril imposant au praticien, seul en capacité à raison de ses compétences professionnelles, d'apprécier l'éventuel danger encouru, de s'informer sur l'état de la personne pour le compte de qui l'appel est adressé avant de faire le choix de s'abstenir de se déplacer ; se rend ainsi coupable de non-assistance à personne en danger le médecin qui n'a pas répondu aux sollicitations téléphoniques pressantes

émanant à 2 reprises du tenancier d'un débit de boissons, l'informant qu'un client avait perdu connaissance et ne parvenait pas à se réveiller, ceci bien que le médecin n'a pas été informé du heurt de la tête du client sur le carrelage de la salle de bar. »

Remarque

Cette dernière jurisprudence met également l'accent sur le devoir de s'informer qui pèse sur le professionnel alerté par un tiers d'un état de péril « vrai » ou « supposé ». En effet, dès que la situation est jugée comme dangereuse par le tiers qui alerte, il convient alors de faire preuve d'une grande vigilance avant de prendre la décision d'intervenir directement ou non. Les dispositifs d'urgence sociale (le 115 par exemple) sont directement concernés par ces jurisprudences dont il faut extraire rapidement tous les enseignements.

b Cas d'application de la non-assistance à personne en péril dans le cadre de l'affaire Montjoie (Cour de cassation, le 8 octobre 1997)

Rappelons tout d'abord les faits et la procédure. Deux frères âgés respectivement de 7 et 18 ans sont confiés par le juge des enfants au service de placement familial de l'Association Montjoie qui les place auprès d'une assistante maternelle. Le plus jeune des deux est violé par l'aîné par acte de sodomie. L'assistante maternelle alerte l'assistante sociale dès le 15 décembre soit 3 jours après les faits. Cette dernière en avertira son collègue éducateur qui décidera d'éloigner les deux enfants, à compter du 16 décembre, en renvoyant l'auteur chez son père. Par la suite, et vu la gravité de la situation, l'ensemble de l'équipe se réunira le 17 décembre. Il sera décidé de convoquer les parents des enfants dès le début de l'année suivante soit le 7 janvier pour des faits connus dès le 12 décembre.

Les membres de l'équipe médico-sociale (éducateur, assistante sociale, psychologue et psychiatre, médecin et deux codirecteurs du service de placement) seront poursuivis pour non-dénonciation de sévices sur mineur et pour non-assistance à personne en péril.

Le tribunal correctionnel les a relaxés en première instance mais la décision a été infirmée en appel. L'assistante maternelle, quant à elle, ne fera l'objet d'aucune poursuite.

**Extrait de l'arrêt. Affaire Montjoie
Cour de cassation, chambre criminelle
8 octobre 1997**

« Attendu que, pour déclarer les prévenus coupables de non-assistance à personne en péril, la cour d'appel, après avoir rappelé que X... était atteint de mucoviscidose, énonce d'abord, qu'à la suite des actes de sodomie perpétrés sur sa personne, il s'est trouvé dans une situation critique faisant craindre pour

lui de graves conséquences tant physiques que morales ; qu'ensuite, elle retient que les prévenus ont été informés de cette situation, au plus tard le 17 décembre et qu'aucun n'a pris en considération l'imminence du péril, pour s'en tenir à une simple mesure d'éloignement de l'agresseur, sans présenter la victime à un médecin ni envisager sa prise en charge par un pédopsychiatre ;

Attendu que les juges du second degré ajoutent que chacun des prévenus, à l'instigation de Jean-Pierre H... et de Bernard B..., soucieux de minimiser, voire de dissimuler les faits, a pris le parti de remettre au 7 janvier l'examen de l'affaire ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs qui caractérisent la nécessité d'une intervention immédiate, établie par le fait que l'enfant, atteint, par ailleurs, d'une maladie grave, présentait encore, le 30 décembre, des fissures anales douloureuses, ce dont les prévenus, professionnels de la santé ou de l'assistance à l'enfance, ne pouvaient qu'avoir conscience, la cour d'appel a justifié sa décision ».

Point clef à retenir

Il convient de prendre toute la mesure de cette décision. Elle nous explique que l'intervention de l'équipe en cause se limitant à éloigner la victime de l'auteur était insuffisante au regard de la situation médico-psychologique de la victime. Par ailleurs, elle s'appuie aussi sur les connaissances des prévenus, tous professionnels de la santé ou de l'assistance à l'enfance. Il y avait donc imminence à prendre les mesures de suivi qu'imposait particulièrement le profil de cet enfant, âgé de 7 ans au moment des faits.

2. L'OBLIGATION D'EMPÊCHEMENT DE CRIMES OU DÉLITS (223-6 ALINÉA 1)

Il s'agit en définitive de faire obstacle par son action immédiate à un projet criminel ou délictuel contre l'intégrité physique d'une personne et dont on a eu connaissance.

a Champs d'application de l'article 223-6 alinéa 1^{er}

L'article 223-6 alinéa 1 du Code pénal dispose :

« Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende (...). »

Remarque préliminaire

L'obligation d'agir concerne tout le monde, il n'existe pas d'exceptions.

À l'instar de ce qui a été vu à propos de la non-assistance à personne en péril, les professionnels de l'action sociale, notamment, sont tenus comme tout un chacun à l'obligation d'intervenir afin d'empêcher la commission d'un crime ou d'un délit.

Remarquons dans un premier temps que le projet criminel peut porter atteinte à l'intégrité physique (meurtre, assassinat, enlèvement...) mais aussi aux biens d'autrui (destruction par explosifs ou par incendie par exemple). En revanche, seuls les délits contre l'intégrité corporelle sont visés par le texte. Soulignons que tout projet d'infraction dont la nature est une contravention échappe au champ d'application de cet article.

Pour un exemple de projet mis à exécution d'assassinat :

« Des jeunes gens qui, au cours d'une partie de chasse, ont laissé deux de leurs camarades mettre à exécution le projet qu'ils avaient formé d'abattre le garde-chasse » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 18 janvier 1951).

Pour un exemple de projet mis à exécution d'atteinte à un bien :

« L'exploitant d'un moulin, qui s'abstient de faire échec au projet conçu par sa femme et son fils d'y mettre le feu, dans le but de toucher les indemnités prévues au contrat d'assurance » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 17 décembre 1959).

Comment apprécier le sérieux du projet ? La difficulté qui peut être soulevée réside principalement dans l'appréciation que le prévenu va faire de l'intention de l'auteur et des chances de réalisation du projet criminel ou délictuel.

« Mais, à l'évidence, et à peine d'inefficacité, on ne saurait prétendre que les mesures qui s'imposent doivent être prises seulement au moment de l'exécution des faits ; *il faut et il suffit, pour que la loi soit applicable, que l'on ait eu des motifs sérieux de croire que le crime devait être commis* » (tribunal correctionnel de Lille, 27 juin 1950).

Un motif sérieux de croire au projet peut résulter de la connaissance que l'on a de la personne. Les propos tenus par l'un ou par l'autre peuvent être sujets à une interprétation opposée eu égard à la personnalité de chacun, mais aussi des circonstances dans lesquelles les intentions sont exprimées. Le fait de se référer à la croyance dans le sérieux du projet nous renvoie bien au sujet. Aussi, le juge va devoir éclairer cette question en tenant compte de tous les éléments qui vont lui permettre d'apprécier s'il existait ou non un motif sérieux de croire au projet.

b Cas particulier du projet de suicide

Il faut préciser ici que le suicide n'est pas une infraction. Dès lors, le fait de ne pas intervenir pour empêcher un projet de suicide ne peut entrer dans la prévention de non-empêchement de crime ou délit.

Chambre criminelle de la Cour de cassation, 23 avril 1971 :

« Le suicide ne constituant pas, en droit français, un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle d'une personne, une inculpation du chef de l'alinéa 1 de l'article 63 du Code pénal (actuellement article 223-6) ne peut être juridiquement retenue en la matière contre quiconque se serait abstenu d'agir ».

Il n'empêche que, juridiquement, on peut au moins analyser cette problématique sous l'angle d'une éventuelle non-assistance à personne en péril, mais les conditions de cette infraction doivent impérativement être réunies. Ce qui pourrait faire défaut ici serait l'imminence du péril sauf à assister directement à l'acte suicidaire (voir p. 73). Rappelons pour mémoire qu'il existe dans le Code pénal des dispositions relatives à la provocation au suicide (articles 222-13 à 222-15-1).

3. L'INTERVENTION DOIT ÊTRE IMMÉDIATE ET SE FAIRE SANS RISQUE POUR SOI OU POUR LES TIERS

Les juges de cassation n'hésitent pas à censurer les décisions qui ne relèvent pas l'absence de risque pour le prévenu dans la mesure où cet élément est indispensable pour établir l'infraction considérée.

« L'obligation d'agir prévue par l'article 63 alinéa 1^{er} du Code pénal (actuellement article 223-6) n'est imposée qu'à celui qui a le moyen d'empêcher le crime ou le délit sans risque pour lui et les tiers ; cet élément constitutif de l'infraction doit être expressément constaté dans l'arrêt de condamnation » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 16 novembre 1955).

La notion d'immédiateté de l'intervention doit s'entendre d'une action sans délai à partir du moment où l'absence de risque est avérée.

« Les prévenus qui assistaient sans les empêcher à des scènes d'agression sexuelles sur un handicapé, alors qu'ils connaissaient les auteurs de l'infraction et avaient donc nécessairement conscience de l'absence de risque à intervenir immédiatement pour protéger la victime » (tribunal correctionnel de Grenoble, 7 juin 2000).

Dans un sens identique, nous pouvons également citer une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 31 mars 1992 :

« L'épouse qui s'abstient d'intervenir efficacement pour empêcher le renouvellement par son mari de relations sexuelles sur leur fille adoptive, allant même jusqu'à s'absenter pour lui laisser le champ libre. »

Remarque

Cette dernière décision permet de comprendre que l'immunité familiale prévue par l'article 434-1 du Code pénal étudiée précédemment n'existe pas dans le cadre de l'article 223-6 alinéa. Cela permet donc des poursuites judiciaires contre des membres de la famille informés mais passifs face à la situation.

Points clefs à retenir

L'article 223-6 du Code pénal définit deux infractions distinctes. Son premier alinéa vise le non-empêchement de crime ou délit contre l'intégrité corporelle alors que son alinéa premier est relatif à la non-assistance à personne en péril.

Juridiquement il n'existe aucune exception à l'obligation d'agir posée par cet article. Il s'agit là d'une impossibilité absolue d'invoquer le secret professionnel en espérant pouvoir échapper à la prévention.

Le secret professionnel partagé

9

1. LA PROBLÉMATIQUE DU SECRET PARTAGÉ

a La non-consécration du secret partagé par le législateur

On peut lire dans la circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal (p. 167) le passage suivant :

« Le Parlement a par ailleurs refusé de consacrer la notion de secret partagé, comme le prévoyait le projet du gouvernement, en estimant que cette notion présentait aujourd'hui un caractère encore trop imprécis pour faire l'objet d'une définition législative. Il résulte cependant clairement des débats que ce refus n'avait nullement pour objet de remettre en cause les pratiques ou les jurisprudences qui, dans le silence des textes actuels, ont pu faire application de cette notion. Celles-ci conservent donc toute leur valeur. »

Le législateur a donc fait le choix de ne pas définir la notion de secret partagé en raison de son caractère trop imprécis. Cette position ne fait pas l'unanimité comme peut en témoigner le rapport du Conseil d'État intitulé « La transparence et le secret¹ » qui précise le point de vue suivant :

« On peut assurément déplorer que ne figure pas dans la loi pénale une notion désormais courante dans la vie pratique, admise par la jurisprudence (...), ainsi que par plusieurs codes de déontologie (...). La jurisprudence ne pourra se dispenser de continuer à y faire appel, ne serait-ce que pour préciser où elle s'arrête, mais dans des conditions moins sûres que si la loi avait, comme c'est son rôle, pris parti. Il conviendrait qu'elle s'y résolve. »

Les nouvelles lois relatives à la protection de l'enfance et à la prévention de la délinquance (voir **fiches 12 et 13**) n'ont pas, contrairement à ce qui peut être dit ou écrit, remis en cause cette position initiale. En réalité, un secret ne se partage pas au risque de ne plus être un secret ; on peut en revanche, communiquer sous certaines conditions des informations à d'autres professionnels.

1. *Études et documents*, n° 4, La Documentation française, 1995.

La rédaction actuelle de l'article 226-13 n'a pas été modifiée suite aux lois récentes relatives à la protection de l'enfance et à la prévention de la délinquance (lois du 5 mars 2007). En effet le texte dispose toujours :

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Il s'agit bien de la démonstration que la notion de secret partagé ne fait pas partie d'une loi générale, en l'occurrence l'article 226-13, qui la consacrerait ; on peut dire en revanche que les lois spéciales du 5 mars 2007 précitées font référence à une pratique de partage d'informations qui semble ne pas faire réellement débat, sur le principe tout au moins.

Au demeurant, la circulaire précitée fait bien référence à une tentative de reconnaissance du secret partagé dans la loi générale puisque la rédaction initialement proposée de l'article 226-13 était la suivante :

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit pas état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, sauf à une personne qualifiée pour en partager le secret, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Même si « le nouveau Code pénal n'a pas consacré la notion de secret partagé (...) il permet l'existence d'un secret partagé¹ ».

Aussi peut-on dire que le rejet de cette proposition initiale, conjugué à l'absence de modifications de l'article 226-13 suite aux lois du 5 mars 2007, confirme l'idée que le secret partagé n'a pas d'existence légale dans la loi générale. Autrement dit, seule une loi spéciale peut prévoir la possibilité de partage d'informations pour l'instant.

b Distinguer révélation et communication d'informations

Aussi convient-il de distinguer la révélation de la communication d'informations. Ce qui permet de différencier ces deux concepts réside dans l'intention de l'auteur. La révélation implique une volonté déterminée de rendre public un fait secret, c'est-à-dire de l'extraire du cercle des professionnels concernés sans nécessairement avoir une intention de nuire à l'usager. La communication d'informations se réalise entre professionnels exclusivement et s'inscrit dans une démarche d'efficacité visant à augmenter les chances de réussite de

1. Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « La responsabilité pénale des travailleurs sociaux au regard du nouveau code pénal », *Revue de Droit Sanitaire et Sociale*, octobre-décembre 1993, p. 716.

l'action menée à l'encontre de l'utilisateur. Dans le premier cas, le consentement de l'utilisateur n'est pas recherché (ou non respecté) alors que, dans le second cas, il doit l'être systématiquement.

Le législateur du nouveau Code pénal a mesuré l'intérêt de ne pas consacrer au niveau législatif cette notion en préférant accorder sa confiance aux pratiques qui ont toujours été basées sur le partage d'informations. Comment peut-on raisonnablement exiger que le travail social ou médico-social se fasse en équipe tout en affirmant que la communication d'informations confidentielles est interdite entre professionnels ?

Une circulaire du 21 juin 1996 de la Direction de la protection judiciaire de la jeunesse précise dans son point 3.2 que :

« Communiquer à un autre intervenant social des informations concernant un usager, nécessaires soit à la continuité d'une prise en charge, soit au fait de contribuer à la pertinence ou à l'efficacité de cette prise en charge, ne constitue pas une violation du secret professionnel mais un secret partagé. »

S'il est exact qu'aujourd'hui le partage d'informations entre professionnels est envisageable puisque la loi l'autorise, il n'en reste pas moins vrai que ce partage devra être soumis à des règles strictes.

2. CONDITIONS ET LIMITES DU PARTAGE

Posons tout d'abord comme principe que partager toutes les informations à caractère secret équivaut à une violation du secret professionnel, quand bien même les destinataires seraient des professionnels astreints eux-mêmes au secret.

Il convient alors de partager seulement certaines informations et donc de s'imposer une démarche permettant de s'assurer que le partage se déroule dans des conditions satisfaisantes et respectueuses des droits et devoirs de chacun.

a Les précautions préalables au partage d'information

Les recommandations faites par le Professeur Geneviève Giudicelli-Delage¹ semblent garder toute leur pertinence et il paraît indispensable de les rappeler ici.

« Il paraît nécessaire que le professionnel s'assure que le demandeur est lui aussi tenu au secret mais surtout qu'il se pose ces trois questions : 1. quels sont les éléments absolument indispensables à révéler pour que le dossier avance, la

1. « La responsabilité pénale des travailleurs sociaux au regard du nouveau code pénal », *Revue de Droit Sanitaire et Social*, octobre-décembre 1993, p. 716.

démarche se débloque, etc. ? , 2. que deviendront les documents divulgués ? ; 3. l'usager est-il d'accord (même si l'usager ne peut relever le professionnel de son obligation au secret, son consentement évitera, en pratique, le risque de plainte pour violation du secret professionnel). Mais même dans un travail d'équipe, le professionnel qui craint un détournement des informations qu'il communique peut toujours se retrancher – sauf lorsque la loi lui impose une révélation derrière l'obligation au secret. »

Outre le fait que nous ne pouvons que nous rallier à cette position exprimée par le Professeur Guidicelli-Delage, il nous semble important de préciser que ces précautions valent autant entre professionnels d'une même équipe ou institution qu'avec des professionnels extérieurs.

La circulaire du 21 juin 1996 de la Direction de la protection judiciaire de la jeunesse va également dans le même sens en précisant :

« Il convient dans cette hypothèse de ne transmettre que les éléments strictement nécessaires, de s'assurer que l'usager concerné est d'accord pour cette transmission ou tout au moins qu'il en ait été informé ainsi que des éventuelles conséquences que pourra avoir cette transmission d'informations et de s'assurer que les personnes à qui cette transmission est faite sont soumises au secret professionnel et ont vraiment besoin, dans l'intérêt de l'usager, de ces informations.

Le professionnel décidant de l'opportunité de partager un secret devra également s'assurer que les conditions de cette transmission (lieu, modalité) présentent toutes les garanties de discrétion. »

Ajoutons que le concept de secret missionnel, plus large que celui de secret professionnel, doit permettre un partage avec l'ensemble de l'équipe concernée par la situation de l'usager. Cela implique également de connaître les missions dévolues à chacun afin d'être en mesure de transmettre l'information strictement nécessaire à la réalisation de la mission du professionnel destinataire de l'information (critère de pertinence).

b Partage d'informations et travail d'équipe

Quant aux réunions d'équipe, il paraît indispensable que leur déroulement puisse se faire dans le respect scrupuleux de ce qui vient d'être dit. Afin d'assurer la police des réunions, il nous semble que l'instauration systématique d'un gardien de la règle serait de l'ordre des bonnes pratiques. Ce gardien aurait notamment pour mission de diriger les débats et surtout de veiller à ce que les informations transmises répondent bien au critère de pertinence. Il lui appartiendrait également de rappeler le cadre légal qui détermine les droits et devoirs de chacun en matière de secret professionnel.

Remarque

L'article L. 110-4 du Code de la santé publique dispose : « 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 (...) ».

Il est intéressant de constater que, dans le secteur médical, c'est l'équipe de soins qui est destinataire des informations confiées par le patient. Pour ce qui est du secteur social, il n'existe actuellement pas de reconnaissance de l'équipe éducative en tant que telle, mais plutôt du travail d'équipe, au travers notamment de la question du partage d'informations entre professionnels.

Il ne faut jamais perdre de vue la finalité de l'action sociale et médico-sociale et les principes directeurs qui s'y appliquent.

La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale dispose dans son article 7 qui deviendra l'article L. 311-3 1° et 4° du Code de l'action sociale et des familles :

« L'exercice des droits et libertés individuels est garanti à toute personne prise en charge par des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Dans le respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, lui sont assurés :

1° Le respect de sa dignité, de son intégrité, *de sa vie privée*, de son intimité et de sa sécurité ;

(...)

4° *La confidentialité des informations la concernant ;*

(...). »

Il est clair que le partage d'informations entre professionnels doit s'inscrire dans une démarche respectueuse de ces droits fondamentaux renvoyant à l'article 9 du Code civil mais aussi à l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Le Conseil constitutionnel dans une décision du 23 juillet 1999 indique d'ailleurs :

« Aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression » ; la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée ».

Érigé au rang des libertés fondamentales par le Conseil constitutionnel, le respect dû à la vie privée ne peut être contredit par des pratiques de partage d'informations qui n'auraient pas pour souci permanent d'assurer son respect scrupuleux. Par extension nous pouvons également soutenir que le respect des droits fondamentaux participe du respect de la dignité de tous

les êtres humains. Or, l'article L. 116-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose :

« L'action sociale et médico-sociale est conduite dans le respect de l'égalité dignité de tous les êtres humains avec l'objectif de répondre de façon adaptée aux besoins de chacun d'entre eux et en leur garantissant un accès équitable sur l'ensemble du territoire ».

Cet article nous semble être le cœur de l'action sociale et médico-sociale. Chacun devant s'approprier à son niveau (professionnel et institutionnel) l'objectif visé ici, à savoir « répondre de façon adaptée aux besoins de chacun ». Partager l'information est l'un des moyens au service de cet objectif. Mais encore une fois l'objectif ne doit jamais se poursuivre au détriment des droits fondamentaux. Il nous appartient donc de trouver le juste équilibre afin d'assurer la mission générale tout en garantissant le respect de la dignité de l'usager.

Points clefs à retenir

Le partage d'informations entre les professionnels de l'action sociale et médico-sociale est une nécessité impérieuse dans la mesure où elle contribue à la réalisation de la mission générale qui vise l'amélioration de la situation de la personne prise en charge ou accompagnée.

Ceci étant dit, le partage d'informations implique la mise en place d'une démarche précise en vue de déterminer les limites et les conditions du partage afin de garantir professionnellement et institutionnellement le respect des droits fondamentaux de l'usager.

3. SECRET PROFESSIONNEL ET DOSSIER DE L'USAGER

a L'accès au dossier : un droit de l'usager

Nous avons, à plusieurs reprises, fait référence à la notion de droits fondamentaux. Parmi ceux-ci figure le droit pour l'usager d'accéder à son dossier. Ce droit peut s'exercer aussi bien à propos du dossier social, éducatif ou médical.

Rappelons d'abord que l'article 3 alinéa 3 de la charte des droits et libertés de la personne accueillie dispose :

« La personne a accès aux informations la concernant dans les conditions prévues par la loi ou la réglementation. La communication de ces informations ou documents par les personnes habilitées à les communiquer en vertu de la loi s'effectue avec un accompagnement adapté de nature psychologique, médicale, thérapeutique ou socio-éducative ».

Il faut donc bien comprendre que la loi générale s'applique à l'ensemble des services et établissements sociaux et médico-sociaux. L'arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la charte ne fait que préciser que des mesures particulières d'accès peuvent être organisées si la problématique des publics le commande.

b L'accès au dossier : une question pour les professionnels

Pour les professionnels de l'action sociale et médico-sociale cela signifie que leurs écrits professionnels doivent être communiqués à l'utilisateur qui en fait la demande à partir du moment où il s'agit d'écrits définitifs versés au dossier.

Mais la question de l'accès au dossier concerne également les professionnels entre eux. En effet, cela peut poser de nombreuses questions pratiques et notamment celles se rapportant à la garantie des règles relatives au secret professionnel. Il est donc essentiel d'organiser institutionnellement la procédure en vertu de laquelle le dossier de l'utilisateur sera accessible aux différents intervenants.

c Pour une pratique de la divisibilité du dossier

Il ne s'agit pas ici de revenir sur les règles de prudence développées à propos du partage d'informations ; il convient simplement de s'y référer à nouveau. L'un des points cardinaux sur lequel une réflexion s'impose est d'ordre fonctionnel. Il s'agit de savoir organiser en interne la tenue des dossiers dans une logique de division. En effet, il faut distinguer les différentes parties (sociale, éducative, médicale) mais aussi déterminer les règles d'accès. Toutes les données écrites n'intéressent pas les professionnels au même degré. Le critère de pertinence, qui doit être relevé systématiquement, doit s'appliquer de façon permanente.

Par principe, il ne faut pas préjuger de l'inutilité d'une information sous le seul prétexte du statut professionnel du demandeur. Un éducateur peut ressentir le besoin d'obtenir une information d'ordre médical et à l'inverse un médecin une information d'ordre éducative.

Ajoutons que l'utilisateur doit rester la préoccupation centrale de l'ensemble des acteurs physiques ou institutionnels. Aussi, il nous semble qu'il doit être informé des règles applicables en la matière. Il s'agit là encore de partager des informations dans le seul et unique but d'améliorer le sort de la personne dont les différents acteurs ont la responsabilité de la prise en charge ou de l'accompagnement.

Le secret professionnel au cours de l'enquête policière

10

1. LA PARTICIPATION DES PROFESSIONNELS DE L'ACTION SOCIALE À LA PHASE D'ENQUÊTE POLICIÈRE

a Le principe du secret de l'enquête

Le Code de procédure pénale pose le principe du caractère secret de l'enquête et de l'instruction dans son article 11 alinéas 1 et 2 qui dispose :

« Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.

Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »

La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence a introduit une première limite à ce principe en ajoutant au texte un troisième alinéa ainsi rédigé :

« Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause. »

Le procureur de la République – d'office ou sur demande de la juridiction d'instruction ou des parties – peut, selon cet article, décider de rendre public certains éléments objectifs concernant une procédure en cours. L'objectif peut être double : il peut s'agir en effet de contredire une version inexacte ou parcellaire relayée par un média par exemple. Il peut également s'agir de faire cesser un trouble à l'ordre public qui serait lié *a priori* à une incompréhension, voire une mauvaise interprétation d'une procédure en cours.

Les professionnels de l'action sociale et médico-sociale peuvent être amenés à participer à l'enquête, ce qui, par voie de conséquence, leur rend opposable les dispositions de l'article 11 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

La loi prévoit en effet que le procureur de la République (article 41 du Code de procédure pénale) puisse demander qu'une enquête soit diligentée.

b Sollicitations des professionnels sur réquisition du procureur de la République

Enquête sociale rapide (article 41 du Code de procédure pénale)

Le procureur de la République peut également requérir, suivant les cas, le service pénitentiaire d'insertion et de probation, le service compétent de l'éducation surveillée ou toute personne habilitée dans les conditions prévues par l'article 81, sixième alinéa, de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale de l'intéressé. Ces diligences doivent être prescrites avant toute réquisition de placement en détention provisoire, en cas de poursuite contre un majeur âgé de moins de vingt et un ans au moment de la commission de l'infraction, lorsque la peine encourue n'excède pas cinq ans d'emprisonnement, et en cas de poursuites selon la procédure de comparution immédiate prévue aux articles 395 et 395-6 ou selon la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité prévue aux articles 495-7 à 495-13.

L'enquête sociale en cas de victime de violences conjugales

On peut lire dans le Guide de l'action publique de la lutte contre les violences conjugales (p. 56-57) :

« L'enquête sociale est une mesure confiée par l'autorité judiciaire à une personne habilitée par la justice pour connaître les conditions de vie d'une famille. Au stade de l'enquête, elle est ordonnée par le parquet. Cette mesure apparaît pertinente dans les cas où la survenance des violences au sein du couple ne peut pas être dissociée d'un mode de fonctionnement particulièrement complexe de la structure familiale ou semble avoir des répercussions importantes sur cette dernière. Lorsque le plaignant est déjà pris en charge par une association d'aide aux victimes généraliste ou spécialisée, une bonne pratique peut consister pour l'enquêteur social à prendre attache avec ladite association et à se faire transmettre, avec l'accord de la victime, les éventuels rapports rédigés. »

2. L'APPLICATION DES RÈGLES RELATIVES AU SECRET PROFESSIONNEL DURANT LA PHASE D'ENQUÊTE

a Ne pas violer le secret de l'enquête ou de l'instruction (1^{er} devoir)

C'est par combinaison des articles 11, 40 et 81 du Code de procédure pénale que l'on peut déduire que le fait pour un professionnel de l'action sociale d'être sollicité au titre de l'une des enquêtes précitées le soumet *ipso facto* au secret de l'enquête. Ce dernier est considéré comme un secret

professionnel dont la violation entraîne les sanctions de l'article 226-13 du Code pénal.

Le tribunal correctionnel de Rennes a précisé, en date du 7 mai 1979, le point suivant :

« Se rend coupable du délit de l'article 11, le magistrat instructeur auteur d'une révélation concernant une information en cours, même si les faits relatés avaient déjà fait l'objet d'une divulgation. »

Il faut tirer de cette jurisprudence l'enseignement selon lequel que tous les acteurs participant à l'instruction sont tenus par la règle du secret, y compris les magistrats.

b Ne pas communiquer d'informations sur l'enquête ou l'instruction en cours à des personnes impliquées ou susceptibles de l'être (2^e devoir)

L'article 434-7-2 du Code pénal dispose :

« Sans préjudice des droits de la défense, le fait, pour toute personne qui, du fait de ses fonctions, a connaissance, en application des dispositions du Code de procédure pénale, d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction en cours concernant un crime ou un délit de révéler sciemment à des personnes qu'elle sait susceptibles d'être impliquées comme auteur, coauteur, complice ou receleur dans la commission de ces infractions, lorsque cette révélation est réalisée dans le dessein d'entraver le déroulement des investigations ou la manifestation de la vérité est puni de deux d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

Lorsque l'enquête ou l'instruction concerne un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement relevant de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. »

Ce délit appartient à la catégorie de ceux relatifs aux entraves à l'exercice de la justice. Il s'applique à tous ceux qui, de par leur fonction, ont eu à connaître des informations concernant une affaire en cours (phase policière ou d'instruction) lorsque ces informations sont utilisées pour permettre à une personne visée par l'enquête d'échapper à la justice.

c Répondre aux convocations de la police (3^e devoir)

Notion d'enquête préliminaire (ou ordinaire) et de flagrant délit ou de flagrance

Avant de distinguer ces deux types d'enquêtes, il convient de préciser qu'elles visent un objectif commun. En effet, dans la majorité des cas, elles sont diligentées par la police judiciaire sur ordre du procureur de la République

en vue de lui apporter des éléments qui lui permettront d'exercer son pouvoir d'opportunité des poursuites, pouvoirs prévus par l'article 40 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale. Ce dernier dispose que « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 ».

Les contextes de déclenchement sont différents. De façon caricaturale on pourrait dire que l'enquête préliminaire ne répond pas à une urgence : on prend le temps de faire les actes nécessaires. À l'inverse, l'enquête de flagrant délit se situe dans un contexte d'urgence où il convient d'aller vite pour éviter que les preuves ne dépérissent. Une autre distinction peut être avancée utilement. L'enquête préliminaire consiste à rechercher des éléments qui n'apparaissent pas dans un premier temps comme évidents, alors que l'enquête de flagrant délit concerne des infractions qui se voient, s'entendent ou encore se perçoivent. Souvent l'auteur est pris « la main dans le sac ».

L'article 53 alinéa 1 du Code de procédure pénale définit le crime ou délit flagrant en ces termes :

« Est qualifié crime ou délit flagrant, le crime ou le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit. »

Le même article prévoit également que l'état de flagrance est limité à huit jours, c'est-à-dire que le régime spécifique applicable ne pourra se poursuivre au-delà qu'avec l'accord du procureur et pour un renouvellement limité à la même durée.

Un régime commun au niveau des convocations policières

Il faut bien comprendre que les deux types d'enquêtes peuvent amener la police judiciaire à convoquer un professionnel de l'action sociale. Il n'existe pas juridiquement de possibilités de répondre défavorablement à cette convocation sous prétexte d'être astreint au secret professionnel. Cela se traduit par ce que l'on nomme l'*obligation de comparaître*. L'article 78 du Code de procédure pénale pour l'enquête préliminaire et l'article 62 pour l'enquête de flagrance précisent à ce sujet que les personnes convoquées par un officier de police judiciaire pour les nécessités de l'enquête sont tenues de comparaître. L'officier de police judiciaire peut contraindre à comparaître par la force publique, avec l'autorisation préalable du procureur de la république, les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation.

L'obligation de comparaître n'implique pas toujours l'obligation de déposer. Selon la situation dans laquelle se trouve le professionnel au regard des règles sur le secret, il pourra s'il y est astreint :

- refuser de répondre aux questions en invoquant le secret professionnel ;
- répondre aux questions de la police seulement s'il se trouve dans une situation où la levée du secret est envisageable. À défaut, il y aurait violation de la loi.

Si le professionnel n'est pas astreint au secret, aucun texte ne l'oblige à déposer, la seule obligation légale prévue étant de comparaître. Ceci dit, cette option mérite d'être réfléchie car l'audition peut être demandée par un juge d'instruction ce qui, cette fois-ci, rendrait obligatoire le fait de parler.

« À l'issue de l'audition, un procès-verbal est dressé conformément aux prescriptions des articles 62 et 62-1 du Code de procédure pénale. L'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, l'agent de police judiciaire dresse procès-verbal des déclarations. Les personnes entendues procèdent elles-mêmes à sa lecture, peuvent y faire consigner leurs observations et y apposent leur signature. Si elles déclarent ne savoir lire, lecture leur en est faite par l'officier de police judiciaire préalablement à la signature. En cas de refus de signer le procès-verbal, mention en est faite sur celui-ci » (article 62 alinéa 3 du Code de procédure pénale).

3. LE RÉGIME DES VISITES DOMICILIAIRES, PERQUISITIONS ET SAISIES

a Dans le cadre de l'enquête préliminaire

L'enquête préliminaire implique, pour qu'un acte soit effectué valablement, l'accord de la personne (dans la loi on parle d'assentiment). C'est l'article 76 alinéa 1 du Code de procédure pénale qui le précise en ces termes :

« Les perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction ne peuvent être effectuées sans *l'assentiment exprès* de la personne chez laquelle l'opération a lieu.

Cet assentiment doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment. »

La formule généralement utilisée par les officiers de police judiciaire pour recueillir l'assentiment est la suivante¹ :

« Sachant que je puis m'opposer à la visite de mon domicile, je consens expressément à ce que vous opérerez les perquisitions et saisies que vous jugerez utiles à l'enquête en cours. »

1. Formule citée par Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale*, Paris, Gualino éditeur, 2006, p. 236.

Il existe une exception à l'assentiment exprès. Le Code de procédure pénale prévoit, en effet, que le juge des libertés et de la détention peut, par décision écrite et motivée, autoriser une perquisition sans l'assentiment de la personne. Il faut alors que le crime ou le délit soit puni d'une peine de cinq ans d'emprisonnement au moins et que les nécessités de l'enquête exigent de procéder ainsi.

b Dans le cadre de l'enquête de flagrant délit

Dans les cas de flagrant délit, et eu égard aux circonstances particulières de son déclenchement (voir *supra*), l'assentiment n'est pas requis. C'est l'article 56 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale qui précise ce point :

« Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir les pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désarmer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal. »

Malgré une formulation qui pourrait laisser croire que seuls les crimes sont visés par cet article, il n'en est rien en réalité.

« Il résulte des dispositions combinées des articles 56 et 76 du Code de procédure pénale que s'il n'a pas reçu mandat du juge d'instruction, un officier de police judiciaire ne peut, sans l'assentiment exprès de la personne chez qui l'opération a eu lieu, légalement procéder à une perquisition ou à une saisie qu'en cas de crime ou de délit flagrant » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 24 juin 1987).

Dispositions communes à l'enquête de flagrance et à l'instruction : saisie de documents et secret professionnel

La loi prévoit expressément qu'en cas de saisie de documents suite à une perquisition, l'officier de police judiciaire a « l'obligation de provoquer préalablement toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense » (article 56 alinéa 3 pour l'enquête de flagrant délit et 96 alinéa 3 pour l'instruction).

Dans cette hypothèse, et bien que la loi autorise la saisie des documents, il semble important de veiller à ce qu'il soit fait mention du caractère confidentiel des informations contenues dans les dossiers saisis.

Dispositions communes à l'enquête préliminaire, de flagrant délit et à l'instruction

c Demande de remise de documents

On peut déduire des articles 77-1-1 (enquête préliminaire), 60-1 (enquête de flagrant délit) et 99-3 (instruction) le point suivant : le procureur de la République, ou le juge d'instruction ou, sur autorisation de celui-ci (sauf en cas d'enquête de flagrant délit ou l'autorisation du procureur n'est pas requise, art. 60-1), l'officier de police judiciaire (qui peut être requis par le juge d'instruction, art. 99-3), peuvent par tout moyen, *requérir de toute personne*, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles *de détenir des documents intéressant l'enquête*, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui *remettre ces documents*, notamment sous forme numérique, sans que puisse leur être opposé, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3 (avocats, médecins et entreprises de presse ou de communication audiovisuelle), la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord.

En cas *d'absence de réponse de la personne aux réquisitions*, les dispositions du second alinéa de l'article 60-1 sont applicables.

L'article 60-1 alinéa 2 précise quant à lui que :

« à l'exception des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3, le fait de s'abstenir de *répondre dans les meilleurs délais* à cette réquisition est puni d'une amende de 3 750 euros. Les personnes morales sont responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal, du délit prévu par le présent alinéa ».

Pour la responsabilité pénale des personnes morales, la peine d'amende prévue doit être quintuplée ; ce qui mène le maximum encouru à 18 750 euros.

Remarques

La loi du 9 mars 2004 (dite loi Perben II) qui introduit dans le code ces dispositions constitue une exception nouvelle au principe de l'assentiment vu précédemment. Il convient de remarquer qu'un officier de police judiciaire peut faire cette réquisition lorsqu'il y a flagrant délit. Il peut également intervenir sur commission rogatoire du juge d'instruction.

En dehors de ces cas (enquête préliminaire), il lui suffira d'obtenir l'autorisation du procureur de la République, autorisation qui, selon la jurisprudence, n'est enfermée dans aucune forme particulière. La chambre criminelle de la Cour de cassation l'a rappelé en ces termes le 23 mai 2006.

« L'autorisation que le procureur de la République peut donner à un officier de police judiciaire pour présenter les réquisitions prévues par l'article 77-1-1 du Code de procédure pénale n'est soumise à aucune forme particulière ; encourt en conséquence

la censure l'arrêt qui, pour annuler des réquisitions adressées par des officiers de police judiciaire à des opérateurs de téléphonie mobile, retient qu'elles n'ont pas été autorisées par le procureur, dès lors que, si elles portent la mention « sur autorisation du procureur de la République » elles n'ont cependant pas été précédées d'une demande de la part de l'officier de police judiciaire et qu'aucune pièce du dossier n'indique qu'un magistrat du parquet ait donné une autorisation verbale ou écrite. »

Du point de vue pratique il conviendra de toujours vérifier qu'une autorisation a été obtenue. Il appartient à l'officier de police judiciaire d'en apporter la preuve. La chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs précisé, dans un arrêt du 6 décembre 2005, le point suivant :

« Un officier de police judiciaire, en enquête préliminaire, ne peut présenter les réquisitions prévues par l'article 77-1 du Code de procédure pénale que s'il y est autorisé par le procureur de la République ; encourt dès lors la censure l'arrêt qui retient que cette autorisation n'est pas prescrite lorsqu'un officier de police judiciaire requiert des opérateurs de téléphonie mobile de lui indiquer si une personne est titulaire d'un abonnement et dans l'affirmative de lui en communiquer les coordonnées ».

Ajoutons que les articles 77-1, 60-2 ou 99-3 du Code de procédure pénale parlent de requérir toute personne. Le terme réquisition renvoie à celui de requête qui se définit en droit procédural comme une demande écrite adressée à un magistrat.

Cela semble indiquer que cette demande doit être faite par écrit et vise à obtenir la remise de « documents intéressant l'enquête ». Il est clair que la requête doit être précise quant aux documents souhaités. Le texte demandant aux personnes requises de « lui remettre ces documents ». L'utilisation de l'adjectif démonstratif pluriel « ces » indique clairement que les documents doivent être visés de façon précise dans la requête ; il ne s'agit pas de remettre *les ou des* documents susceptibles d'intéresser l'enquête.

Le texte précise bien que la réponse aux réquisitions doit se faire dans les meilleurs délais, ce qui veut dire également qu'il ne s'agit pas d'obtempérer sur le champ.

En effet, il ne faut pas confondre la saisie de documents qui implique la présence physique sur les lieux des autorités chargées de l'opération et la demande de documents étudiée ici.

Le texte prévoit également qu'il n'est pas permis de faire obstacle à la demande en invoquant le secret professionnel, sauf si l'on fait état d'un motif légitime. Même si aucune définition n'en est donnée, c'est à la jurisprudence qu'il appartiendra d'en définir les contours. En sus des observations développées, on peut penser que l'obligation de ne pas porter atteinte à la vie privée d'un tiers, autre que celui visé par l'enquête évidemment, pourrait constituer également un motif légitime.

d Dispositions spéciales concernant les systèmes informatiques

En effet, les articles 77-1-2, (enquête préliminaire) l'article 60-2 (enquête de flagrance) et 99-4 (instruction) du Code de procédure pénale permettent à un officier de police judiciaire d'obtenir sur demande de l'officier de police judiciaire, intervenant par voie télématique ou informatique, les organismes publics ou les personnes morales de droit privé doivent mettre à sa disposition les informations utiles à la manifestation de la vérité, *à l'exception de celles protégées par un secret prévu par la loi*, contenues dans le ou les systèmes informatiques ou traitement de données nominatives qu'ils administrent.

Un décret en conseil d'État (décret n° 2007-1538 du 26 octobre 2007) pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (délibération n° 2006-152 du 30 mai 2006), détermine les catégories d'organismes visés au 1^{er} alinéa de l'article 60-2 ainsi que les modalités d'interrogation, de transmission et de traitement des informations requises.

DÉCRET n° 2007-1538 du 26 octobre 2007

déterminant les catégories d'organismes visés au 1^{er} alinéa de l'article 60-2 ainsi que les modalités d'interrogation de transmission et de traitement des informations requises.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) entendu

Décrète :

Art. 1^{er}. – I. – L'article R. 15-33-61 du Code de procédure pénale devient l'article R. 15-33-70, figurant dans une section 2 du chapitre I^{er} du titre II du livre Ier intitulée :

Section 2

« Dispositions relatives aux fonctionnaires de police et militaires de la gendarmerie nationale officiers de police judiciaire ayant procédé à une déclaration d'adresse »

II. – Il est créé, au même chapitre, une section première composée des articles R. 15-33-61 à R. 15-33-69 ainsi rédigés :

Section première

« Des demandes de mise à disposition de données par voie électronique »

« Art. R. 15-33-61. – Les conditions d'application des dispositions des premiers alinéas des articles 60-2, 77-1-2 et 99-4 permettant de demander la mise à disposition de données par voie électronique au cours de l'enquête de flagrance, de l'enquête préliminaire ou de l'instruction sont fixées par les dispositions de la présente section.

« Art. R. 15-33-62. – Les catégories d'organismes publics ou de personnes morales de droit privé susceptibles de faire l'objet des demandes mentionnées à l'article R. 15-33-61 sont :

« 1° Les opérateurs de communications électroniques tels que définis à l'article L. 34-1 du Code des postes et communications électroniques, ainsi que les personnes morales prestataires mentionnées par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;

« 2° Les établissements financiers, bancaires et de crédit ;

« 3° Le Groupement des Cartes Bancaires « CB » ;

« 4° Les organismes sociaux mentionnés au Code de la sécurité sociale ainsi qu'au Code rural ;

« 5° Les entreprises d'assurance ;

« 6° Les organismes publics ou privés gestionnaires de logements ;

« 7° Les services des administrations publiques gestionnaires de fichiers administratifs, notamment fiscaux et bancaires ;

« 8° Les entreprises de transport collectif de voyageurs ;

« 9° Les opérateurs de distribution de l'énergie.

« Art. R. 15-33-63. – Les demandes mentionnées à l'article R. 15-33-61 adressées aux organismes ou personnes morales relevant de l'une des catégories mentionnées à l'article R. 15-33-62 sont soumises à une procédure fixée par le protocole prévu à l'article R. 15-33-66.

« Celui-ci prévoit que les informations sollicitées par l'officier de police judiciaire sont mises à sa disposition soit dans un fichier spécifique, soit par un accès temporaire et limité à la base de données de l'organisme ou de la personne morale sollicitée.

« Art. R. 15-33-64. – Peuvent seuls procéder à ces demandes les officiers de police judiciaire affectés dans un service ou une unité exerçant des missions de police judiciaire et ayant été expressément habilités à cette fin par le responsable du service ou de l'unité.

« Art. R. 15-33-65. – Toute demande de mise à disposition fait l'objet de la part de l'officier de police judiciaire d'un procès-verbal indiquant le destinataire de la demande et la nature des informations demandées.

« Dans le cas prévu par l'article 77-1-2, le procès-verbal mentionne l'accord préalable du procureur de la République qui peut être donné par tout moyen.

« Art. R. 15-33-66. – Les modalités techniques d'interrogation et de transmission des informations sont précisées par un protocole passé par le ministre de la Justice et, selon les cas, le ministre de l'Intérieur, le ministre de la Défense ou le ministre chargé du Budget avec chaque organisme ou personne morale relevant des dispositions de l'article R. 15-33-62.

« Ce protocole précise notamment :

« 1° Le ou les systèmes informatiques ou traitements automatisés de données à caractère personnel intéressés ;

« 2° La nature des données à caractère personnel susceptibles d'être mises à disposition ;

« 3° Les modalités selon lesquelles l'organisme ou la personne morale permet à l'officier de police judiciaire de consulter les informations demandées et d'en effectuer vers son service le transfert par voie électronique ;

« 4° Les conditions et modalités de sécurisation de la liaison électronique permettant de garantir, lors de l'acheminement des informations sollicitées vers le service demandeur, l'origine, la destination, l'intégrité et la confidentialité des données ;

« 5° Les modalités de suivi des demandes et des consultations, incluant l'identification de l'officier de police judiciaire ;

« 6° Les garanties permettant de limiter la consultation aux seules informations demandées et d'empêcher tout accès à des informations protégées par un secret prévu par la loi, notamment par le secret médical, hors les cas où la loi prévoit que ce secret n'est pas opposable aux autorités judiciaires.

« Le protocole est porté à la connaissance de l'ensemble des officiers de police judiciaire des services et unités de police judiciaire ainsi que des agents des douanes relevant de l'article 28-1, qui ont été expressément habilités à procéder à ces demandes.

« Art. R. 15-33-67. – Copie du protocole est adressée par l'organisme ou la personne morale à la Commission nationale de l'informatique et des libertés à l'occasion de l'accomplissement des formalités prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

« Art. R. 15-33-68. – L'officier de police judiciaire constate la réception des informations demandées par procès-verbal et procède soit à leur impression sur un document papier, soit à leur sauvegarde intégrale sur un support numérique conforme aux standards techniques en vigueur au moment de la transmission.

« Ce document ou ce support est annexé au procès-verbal. Si un support numérique est établi, une copie de ce support est placée sous scellés.

« Les opérations prévues à l'article R. 15-33-65 et au présent article peuvent faire l'objet d'un procès-verbal unique.

« Art. R. 15-33-69. – Les données à caractère personnel recueillies en application de la présente section ne peuvent faire l'objet d'aucun traitement automatisé à l'exception de ceux nécessaires à leur exploitation dans le cadre de procédures judiciaires pénales. »

Art. 2. – Après l'article R. 261 du Code de procédure pénale, il est inséré un article R. 261-1 ainsi rédigé :

« Art. R. 261-1. – Pour l'application de l'article R. 15-33-62, les 1° et 4° de cet article sont ainsi rédigés :

« 1° Les opérateurs de communications électroniques ainsi que les personnes morales prestataires mentionnés par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

« 4° Les organismes sociaux. »

Art. 3. – Indépendamment de son application de plein droit à Mayotte en vertu du 5° de l'article 3 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001, le présent décret est applicable dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie.

Art. 4. – La ministre de l'Intérieur, de l'Outre mer et des Collectivités territoriales, la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, le ministre de la Défense et le ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 26 octobre 2007.

Ce décret concerne par voie de conséquence le secteur social car il vise également les organismes de sécurité sociale et mutualité sociale agricole ainsi que les organismes publics ou privés gestionnaires de logements. L'accès aux fichiers informatiques constitue *ipso facto* un risque d'atteinte aux données

couvertes par le secret professionnel, le législateur ayant prévu une possibilité de l'invoquer pour résister à la réquisition.

Points clefs à retenir

Il est important de toujours déterminer dans quel cadre on se situe : enquête préliminaire, de flagrant délit ou instruction. En effet, c'est à partir de cette précision que l'on pourra appliquer les règles adéquates. Il convient également de retenir qu'en matière de perquisition les moyens légaux (motifs légitimes) de s'y opposer sont restreints quand bien même les documents saisis sont couverts par le secret professionnel.

Le secret professionnel face à la justice

11

1. LE TRAVAIL SOCIAL SUR ORDONNANCE

Dans le langage courant des professionnels de l'action sociale, le terme mandat judiciaire est utilisé fréquemment. Il nous semble que ce mot est inapproprié dans la mesure où sa définition juridique est précise.

a Quelle est la définition juridique du mandat ?

- *En droit civil* : c'est l'acte par lequel une personne est chargée d'en représenter une autre.
- *En procédure pénale* : c'est un ordre écrit ou une mise en demeure par lequel, ou par laquelle, un magistrat ou une juridiction pénale décide de la comparution ou de la mise en détention d'une personne. On peut citer à ce titre le mandat de recherche, le mandat de comparution, le mandat d'amener, le mandat de dépôt ou encore le mandat d'arrêt.

À partir de ces deux définitions issues du lexique des termes juridique Dalloz, on peut déduire que le professionnel n'a pas pour mission de représenter le juge (1^e définition) et n'est pas habilité à intervenir au titre de l'un des mandats du juge d'instruction (2^e définition).

Il nous semble donc plus judicieux de parler de missions plutôt que de mandat, les termes de la mission étant précisés dans l'ordonnance du juge. Le professionnel peut être amené à intervenir dans des procédures diverses. Il peut s'agir, en effet, de matière civile ou pénale, de procédure concernant des majeurs comme des mineurs.

b Les missions ordonnées en matière civile

Enquêtes sociales et investigations

► Séparation/autorité parentale/droit de visite

Le Code de procédure civile dans son livre III intitulé « Dispositions particulières à certaines matières », chapitre V intitulé « La procédure en

matière familiale » précise dans son article 1072 :

« Sans préjudice de toute autre mesure d’instruction et sous réserve des dispositions prévues au troisième alinéa de l’article 373-2-12 du Code civil, le juge peut, même d’office, *ordonner une enquête sociale* s’il s’estime insuffisamment informé par les éléments dont il dispose.

L’enquête sociale porte sur la situation de la famille ainsi que, le cas échéant, sur les possibilités de réalisation du projet des parents ou de l’un d’eux quant aux modalités d’exercice de l’autorité parentale.

Elle donne lieu à un rapport où sont consignées les constatations faites par l’enquêteur et les solutions proposées par lui.

Le juge donne communication du rapport aux parties en leur fixant un délai dans lequel elles auront la faculté de demander un complément d’enquête ou une nouvelle enquête ».

Le Code civil quant à lui contient un article 373-2-12 qui précise :

« Avant toute décision fixant les modalités de l’exercice de l’autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut donner mission à toute personne qualifiée d’effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants.

Si l’un des parents conteste les conclusions de l’enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

L’enquête sociale ne peut être utilisée dans les débats sur la cause du divorce. »

Remarquons tout d’abord que les deux textes cités parlent « d’ordonner une enquête » ou de « donner mission » à une personne qualifiée en vue de réaliser une enquête sociale.

L’enquête sociale peut aussi être diligentée en matière de procédure de délégation de retrait total ou partiel d’autorité parentale et d’adoption.

► *Délégation/retrait d’autorité parentale*

L’article 1205 du Code de procédure civile précise que :

« Le tribunal ou le juge même d’office, procède ou fait procéder à toutes les investigations utiles et notamment aux mesures d’information prévues à l’article 1183 (...). »

L’article 1183 autorise le tribunal ou le juge à :

« ordonner toute mesure d’information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, en particulier par le moyen d’une enquête sociale, d’examen médicaux, psychiatriques et psychologiques ou d’une mesure d’investigation et d’orientation éducative. »

► Adoption

Lors d'une procédure d'adoption « le tribunal, s'il y a lieu, fait procéder à une enquête par toute personne qualifiée » (article 1171 du Code de procédure pénale). Ce même article permet au tribunal de prendre connaissance des dossiers concernant les enfants recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance faisant l'objet d'une procédure d'adoption. Le service est tenu de fournir au tribunal tous les renseignements concernant le pupille (combinaison de l'article 1171 précité et de l'article L. 221-7 du Code de l'action sociale et des familles).

► Assistance éducative

C'est l'article 1183 du Code de procédure civile cité partiellement ci-dessus qui détermine l'ensemble des moyens mis à la disposition du juge des enfants.

En effet, il dispose :

« Le juge peut, soit d'office, soit à la requête des parties ou du ministère public, ordonner toute mesure d'information concernant la personnalité et les conditions de vie du mineur et de ses parents, en particulier par le moyen d'une enquête sociale, d'examens médicaux, d'expertises psychiatriques et psychologiques ou d'une mesure d'investigation et d'orientation éducative. »

Action éducative en milieu ouvert/placement de l'enfant

Le juge des enfants doit, à chaque fois que cela est possible, favoriser le maintien de l'enfant dans son milieu actuel. L'article 375-2 du Code civil permet au juge :

« ... de désigner, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. »

Il peut également décider, si la protection du mineur l'exige, de confier l'enfant à un parent, à un tiers digne de confiance, à un service de l'aide sociale à l'enfance ou à une association habilitée pour l'accueil de mineurs (article 375-3 du Code civil).

C Les missions ordonnées en matière pénale

Sur ordonnance du juge d'instruction

► Enquête sociale rapide (article 81 alinéa 5 du Code de procédure pénale)

« Le juge d'instruction peut également commettre, suivant les cas, le service pénitentiaire d'insertion et de probation, le service compétent de la protection

judiciaire de la jeunesse, ou toute association habilitée en application de l'alinéa qui précède, à l'effet de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale d'une personne mise en examen et de l'informer sur les mesures propres à favoriser l'insertion sociale de l'intéressée. À moins qu'elles n'aient déjà été prescrites par le ministère public, ces diligences doivent être prescrites par le juge d'instruction chaque fois qu'il envisage de placer en détention provisoire un majeur âgé de moins de vingt et un ans au moment de la commission de l'infraction lorsque la peine encourue n'excède pas cinq ans d'emprisonnement. »

► *Enquête de personnalité (article 81 alinéa 6 du Code de procédure pénale)*

« Le juge d'instruction procède ou fait procéder soit par des officiers de police judiciaire (...) soit par toute personne habilitée dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État, à une enquête sur la personnalité des personnes mises en examen, ainsi que sur leur situation matérielle, familiale ou sociale. Toutefois en matière de délit cette enquête est facultative. »

► *Dossier de personnalité des personnes mises en examen*

Il comprend l'enquête de personnalité telle que définie par l'article 81 alinéa 6 ci-dessus ainsi que, si le juge les a prescrits, l'examen médical et l'examen médico-psychologique.

L'article D. 16 du Code de procédure pénale dispose que :

« Ce dossier a pour objet de fournir à l'autorité judiciaire, sous une forme objective et sans en tirer de conclusion touchant à l'affaire en cours, des éléments d'appréciation sur le mode de vie passé et présent de la personne mise en examen.

Il ne saurait avoir pour but de rechercher des preuves de la culpabilité. »

Précisons aussi qu'au titre de l'article 81-1 du Code de procédure pénale :

« Le juge d'instruction peut d'office, sur réquisitoire du parquet ou à la demande de la partie civile, procéder, conformément à la loi, à tout acte lui permettant d'apprécier la nature et l'importance des préjudices subis par la victime ou de recueillir des renseignements sur la personnalité de celle-ci. »

Remarques

L'enquête de personnalité peut donc porter soit sur le mis en cause, soit sur la victime. En effet, l'enquêteur de personnalité intervient sur ordonnance du juge d'instruction. Selon les cas, et dans le respect des règles relatives au secret professionnel, les personnes rencontrées pourront ou non lui opposer le secret professionnel *seulement si elles y sont astreintes*. Dans le cas contraire, elles devront répondre aux questions posées. Ce qui implique *in fine* aussi bien du côté des enquêteurs de personnalité que de celui des personnes sollicitées une connaissance précise des règles applicables en la matière.

Sur ordonnance du juge des enfants

Dans le cadre de l'enfance délinquante, le juge peut solliciter certains actes au titre de l'ordonnance du 2 février 1945.

► Article 12 (*Recueil de renseignements sociaux éducatifs – RRSE*)

Les RRSE sont effectués par le Service éducatif auprès du tribunal (SEAT) ou l'Unité éducative auprès du tribunal (UEAT) :

« Le service de la protection judiciaire de la jeunesse compétent établit, à la demande du procureur de la République, du juge des enfants ou de la juridiction d'instruction, un rapport écrit contenant tous renseignements utiles sur la situation du mineur ainsi qu'une proposition éducative. »

Il s'agit principalement de recueillir des informations succinctes permettant d'avoir une vision ponctuelle de la situation du mineur. Le délai de réalisation est généralement de dix jours maximum.

► Article 8 alinéa 5 (*enquête sociale au pénal*)

Le juge des enfants :

« ... recueillera par une enquête sociale, des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur le caractère et les antécédents du mineur, sur sa fréquentation scolaire, son attitude à l'école, sur les conditions dans lesquelles il a vécu ou a été élevé. »

La mesure doit être réalisée dans un délai de deux à quatre mois.

► Investigation d'orientation éducative (IOE)

Les IOE ne sont pas définies légalement mais reposent sur le fondement de l'article 1183 du Code de procédure civile visé précédemment. La Direction de la Protection judiciaire de la jeunesse en donne la définition suivante :

« L'IOE est une mesure d'aide à la décision pour le magistrat qui l'ordonne ; elle consiste en une démarche d'évaluation et d'analyse qui porte *a minima* sur les points suivants : les conditions matérielles d'existence du mineur, les conditions d'éducation, le contexte sociologique, la personnalité du mineur et des membres de son environnement familial, le fonctionnement intra-familial. Elle fait appel à plusieurs techniques professionnelles permettant de prendre en compte les différents aspects de la situation du mineur, notamment éducatif, socio-économique, psychologique et sanitaire. Elle constitue un temps d'élaboration avec le mineur et ses parents pour leur permettre d'acquérir une meilleure compréhension de leur situation et mettre eux-mêmes en œuvre les solutions propres à résoudre les difficultés. »

La mesure doit être réalisée dans un délai maximum de six mois.

Remarque

L'ensemble des mesures ordonnées par le juge des enfants dans le cadre de l'enfance délinquante (mesures pénales) peuvent l'être dans celui de l'enfance en danger (mesures civiles). Statistiquement, ces mesures sont prononcées aux deux tiers au civil pour un tiers au pénal environ.

➡ **Missions confiées au service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP)**

Le SPIP concourt, « sur saisine des autorités judiciaires, à la préparation des décisions de justice à caractère pénal ; il peut être chargé de l'exécution des enquêtes et des mesures préalables au jugement. À cet effet, il effectue les vérifications sur la situation matérielle, familiale et sociale des personnes faisant l'objet d'enquêtes ou de poursuites judiciaires afin de permettre une meilleure individualisation des mesures ou peines et de favoriser l'insertion des intéressés » (article D. 574 du Code de procédure pénale).

2. L'INOPPOSABILITÉ DU SECRET PROFESSIONNEL AU JUGE AYANT PRIS L'ORDONNANCE

a Affirmation du principe

Comme nous venons de le démontrer, les situations dans lesquelles les professionnels de l'action sociale peuvent être sollicités par la justice (juge, tribunal, procureur) sont nombreuses et variées. Malgré cette diversité, elles ont toutes pour point commun de rendre le secret professionnel inopposable à l'autorité judiciaire.

L'inopposabilité du secret ne joue :

- qu'à l'égard du juge ayant pris l'ordonnance ;
- qu'à l'égard des faits concernant la mission visée par l'ordonnance.

b Application du principe : analyse de l'affaire Montjoie

L'affaire Montjoie que nous avons déjà évoquée (voir p. 73) correspond à la situation type de professionnels qui n'ont pas pris réellement conscience du fait que l'ordonnance du juge les place dans une obligation de rendre des comptes et les oblige à signaler sans délai tout incident en lien avec la mise en œuvre de l'ordonnance.

Cour de cassation, chambre criminelle
Audience publique du mercredi 8 octobre 1997

N° de pourvoi : 94-84801

Publié au bulletin Rejet

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

« Rejet des pourvois formés par B... Bernard, H... Jean-Pierre, D... Christine, épouse A..., F... André Pierre, Ancel E..., Bernard C..., la Commission des citoyens pour les droits de l'homme, partie civile, contre l'arrêt de la cour d'appel d'Angers, chambre correctionnelle, en date du 12 juillet 1994, qui, pour non-assistance à personne en danger, non-dénonciation de sévices ou de privations infligés à un mineur de 15 ans, les a condamnés, les deux premiers à 8 mois d'emprisonnement avec sursis et 15 000 francs d'amende, les troisième et quatrième à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et 8 000 francs d'amende, les cinquième et sixième à 3 mois d'emprisonnement avec sursis et qui a prononcé sur les intérêts civils. »

[Commentaire. il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt rendu par la cour d'appel d'Angers du 12/07/1994 qui a condamné les professionnels sur deux fondements. D'une part, la non-assistance à personne en danger, d'autre part, la non-dénonciation de sévices sur mineur de 15 ans. Les peines ont été lourdes ; allant de 3 mois à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et de 8 000 à 15 000 francs.]

L'Affaire Montjoie : Une jurisprudence sévère mais juste
Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
8 octobre 1997

Rappel des faits

« Attendu qu'il résulte du jugement et de l'arrêt attaqué que, le 12 décembre 1992, Michelle G..., assistante maternelle, découvrait que Mickaël Z..., âgé de 18 ans, avait sodomisé la veille X..., âgé de 7 ans ; que l'un et l'autre, résidant chez elle, avaient été confiés par le juge des enfants au service de placement familial de l'association Montjoie, et qu'ils étaient respectivement suivis par Jean-Pierre H..., éducateur, et Christine A..., assistante sociale ; que, le 15 décembre, l'assistante maternelle avait informé de ces faits Christine A... qui, à son tour, en faisait part à Jean-Pierre H... ; que, le 16 décembre, après que Mickaël Z... eût reconnu ses agissements et précisé qu'il avait sodomisé X... trois fois au cours du mois précédent, Jean-Pierre H... renvoyait le jeune homme chez son père, et avisait de ces événements André F..., psychologue, et Bernard B..., psychiatre ; que, le 17 décembre 1992, en raison de la gravité des faits, était tenue une réunion à laquelle assistaient, outre ce médecin et ce psychologue, Christine A..., Jean-Pierre H... ainsi que les deux codirecteurs du service de placement, Marius X... et François Y... ; que les participants décidaient que les parents du jeune X... seraient convoqués le 7 janvier 1993 pour être informés de ce qui était arrivé ; ... »

Relaxe en première instance

« ... Attendu que, poursuivis pour non-dénonciation de sévices sur mineur et pour non-assistance à personne en danger, les prévenus ont été relaxés par jugement du 29 octobre 1993 ; ... »

[Commentaire. En première instance devant le tribunal correctionnel du Mans, alors que les réquisitions du Procureur demandent la condamnation, les juges vont relaxer les prévenus.

On peut lire dans le jugement : « le tribunal n'entend pas perdre de vue l'objectif ultime de toute intervention sociale consistant à assurer la protection du mineur et son accession à une vie affective, familiale et sociale plus équilibrée, laquelle ne peut être atteinte que par l'établissement d'un climat de confiance entre les éducateurs, le mineur et les membres de sa famille (...) Il importe en conséquence de prendre en considération les difficultés inhérentes à l'exercice de cette fonction particulière et parfois relativement insoluble lorsque l'intervenant social est partagé, comme dans le cas d'espèce, entre la nécessité de sauvegarder la confiance d'un mineur ou jeune majeur ayant joué le rôle d'un agresseur et celle de protéger un autre mineur victime de cette agression (...) La victime étant ainsi mise à l'abri d'un risque de renouvellement de l'agression (...) tous les intervenants à la réunion du 17 décembre 1992, étaient fondés à différer la révélation des faits à l'autorité légitime et à s'accorder un certain délai pour à la fois prévenir les parents et préparer M. à une éventuelle incarcération.]

Condamnation en appel et en cassation

« ... Attendu que, par l'arrêt infirmatif attaqué, la juridiction du second degré, sur appel du ministère public, les a condamnés pour ces infractions ;

Sur le second moyen de cassation développé par la société civile professionnelle Piwnica et Molinié en faveur de Bernard B... pris de la violation des articles 62, alinéa 2, de l'ancien Code pénal, de l'article 223-6, alinéa 2, du nouveau Code pénal, des articles 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale :

en ce que l'arrêt infirmatif attaqué a déclaré Bernard B... coupable d'omission de porter secours ; ... »

Motivation de l'arrêt de la cour d'appel pour retenir la non-assistance à personne en péril

« ... aux motifs qu'à la suite des actes de sodomie perpétrés sur sa personne, il ne peut être sérieusement contesté que X... s'est trouvé dans une situation critique faisant craindre pour lui de graves conséquences tant physiques que morales ; qu'informés de cette situation, au plus tard le 17 décembre 1992, aucun des prévenus n'a pris en considération l'imminence du péril, chacun s'en tenant à la simple mesure d'éloignement de l'agresseur prise par Jean-Pierre H... sans plus se soucier de faire visiter la victime, dont il n'est pas superflu de rappeler qu'elle était alors âgée de 7 ans et atteinte de mucoviscidose, par un médecin ni même d'envisager sa prise en charge par un pédopsychiatre chargé de l'écouter et de la rassurer, la circonstance que sa situation, d'abord périlleuse, aurait par la suite évolué favorablement étant ici sans incidence sur l'existence du délit ; qu'à la vérité, chacun des prévenus, à l'instigation de Jean-Pierre H...

et de Bernard B..., soucieux de minimiser, voire de dissimuler, les faits commis par Mickaël Z..., a pris le parti de remettre à plus tard, soit au 7 janvier de l'année suivante, l'examen de l'affaire, la question de l'avenir du jeune X... apparaissant secondaire à l'ensemble de « l'équipe éducative » par rapport aux congés de fin d'année qui s'annonçaient ; ... »

[Commentaire. La cour d'appel a précisé dans son arrêt le point suivant : « cette obligation de dénoncer relève, à n'en pas douter, de l'ordre lorsqu'elle pèse sur une personne qui n'est pas tenue au secret professionnel ; que, dans le cas contraire, la nécessaire efficacité de la loi commande de considérer que les personnes liées par le secret sont justifiées de la rupture de celui-ci par les dispositions même de l'article 378 du Code pénal, surtout, lorsque comme dans l'espèce envisagée, chacune d'entre elles tenait sa compétence de l'autorité judiciaire, M. et D. ayant été confiés au service de placement familial spécialisé par le juge des enfants. Lequel doit naturellement être immédiatement informé de la suspicion de viol »..]

Moyens de défense invoqués devant la Cour de cassation pour tenter de « faire tomber » l'infraction de non-assistance à personne en danger

« ... 1° alors que c'est l'abstention volontaire, en présence d'un péril imminent et constant auquel il apparaît qu'il doit être fait face sur l'heure qui constitue le délit prévu par les articles 63, alinéa 2, de l'ancien Code pénal et 223-6, alinéa 2, du nouveau Code pénal et que l'arrêt attaqué qui a expressément constaté que le jeune X... n'avait émis aucune doléance ; que l'assistante maternelle Michelle G... n'avait rien constaté sur le plan somatique et que Mickaël Z... agresseur de l'enfant avait été immédiatement éloigné par les soins de Jean-Pierre H..., éducateur spécialisé du service de placement familial spécialisé, ne pouvait sans se contredire faire état du caractère imminent du péril auquel aurait été confronté X... ;

[Commentaire. L'argument développé tend à démontrer qu'il n'y avait pas de péril imminent dans la mesure où la victime ne s'est jamais plainte donc il ne peut y avoir de non-assistance à personne en péril.]

2° alors que l'intention délictueuse, élément constitutif du délit d'omission de porter secours suppose nécessairement en premier lieu que le prévenu ait eu connaissance du péril menaçant la victime ; qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que le jeune X... avait été placé par le service de placement familial spécialisé au domicile de Michelle G... qui exerçait la profession d'assistante maternelle ; que celle-ci renseignait en permanence les membres de ce service sur la situation et l'état de santé des enfants qui lui étaient confiés ; qu'elle n'avait pas estimé nécessaire de faire examiner l'enfant afin de ne pas le traumatiser parce qu'il n'avait émis aucune doléance et qu'elle n'avait rien remarqué d'anormal sur le plan somatique et que, dès lors, l'ensemble des membres de l'équipe du service en cause ne pouvait avoir conscience de ce que la victime était menacée par un danger imminent nécessitant une intervention thérapeutique urgente ;

[Commentaire. L'argument ici développé met l'accent sur l'impossibilité d'avoir conscience d'un quelconque péril menaçant la victime et justifiant une intervention thérapeutique urgente. Pour preuve le délai de 3 jours avant que l'assistante

maternelle ne prévienne l'équipe. Elle justifie ce délai par sa volonté de pas traumatiser l'enfant d'autant plus qu'il n'a pas exprimé de doléances et que son comportement était « normal », notamment par l'absence de trouble du sommeil.]

3° alors que l'intention délictueuse du délit d'omission de porter secours suppose en second lieu que le prévenu se soit volontairement abstenu de porter secours à la personne en péril ; que l'attitude du Dr B... telle que rapportée par l'arrêt et qui a consisté en permanence et dès qu'il a eu connaissance des faits à se concerter tant avec les éducateurs spécialisés qu'avec les nouveaux dirigeants du service de placement familial spécialisé, Marius X... et François Y..., en vue de trouver des solutions adaptées à la situation complexe que posait à l'équipe sociale et médicale la responsabilité simultanée d'un jeune majeur auteur de faits de sodomie et d'un mineur victime de ces faits, exclut chez ce prévenu toute notion d'abstention volontaire ; ... »

[Commentaire. L'argument consiste à mettre l'accent sur l'action entreprise dès la connaissance de faits, ce qui tend à démontrer qu'il n'y a pas eu abstention et, par voie de conséquence, le délit de non-assistance à personne en péril n'a pu être réalisé.]

Analyse et réponse de la Cour de cassation aux arguments développés par les prévenus par rapport à la non-assistance à personne en danger

« ... Attendu que, pour déclarer les prévenus coupables de non-assistance à personne en péril, la cour d'appel, après avoir rappelé que X... était atteint de mucoviscidose, énonce d'abord, qu'à la suite des actes de sodomie perpétrés sur sa personne, il s'est trouvé dans une situation critique faisant craindre pour lui de graves conséquences tant physiques que morales ; qu'ensuite, elle retient que les prévenus ont été informés de cette situation, au plus tard le 17 décembre et qu'aucun n'a pris en considération l'imminence du péril, pour s'en tenir à une simple mesure d'éloignement de l'agresseur, sans présenter la victime à un médecin ni envisager sa prise en charge par un pédopsychiatre ;

Attendu que les juges du second degré ajoutent que chacun des prévenus, à l'instigation de Jean-Pierre H... et de Bernard B..., soucieux de minimiser, voire de dissimuler les faits, a pris le parti de remettre au 7 janvier l'examen de l'affaire ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs qui caractérisent la nécessité d'une intervention immédiate, établie par le fait que l'enfant, atteint, par ailleurs, d'une maladie grave, présentait encore, le 30 décembre, des fissures anales douloureuses, ce dont les prévenus, professionnels de la santé ou de l'assistance à l'enfance, ne pouvaient qu'avoir conscience, la cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis ; ... »

[Commentaire. La Cour de cassation considère qu'en égard à l'état de santé fragile de la victime (mucoviscidose), des blessures persistantes (fissures anales douloureuses) et de son jeune âge (7 ans), elle se trouvait effectivement dans une situation critique faisant craindre pour elle de graves conséquences tant physiques que morales. Ce constat suffisant à caractériser l'état de péril imminent. La Cour de cassation relève par ailleurs qu'en leur qualité de professionnels de la santé ou de l'assistance à l'enfance, ils ne pouvaient qu'avoir conscience

du danger encouru par l'enfant (présomption de conscience tirée de leurs connaissances professionnelles).]

Moyen de défense fondé sur un « choix » laissé par la loi aux professionnels astreints au secret de dénoncer ou de se taire

« ... en ce que l'arrêt infirmatif attaqué a déclaré Bernard B..., médecin psychiatre, coupable de non-dénonciation de sévices ou de privations infligés à un mineur de 15 ans ;

aux motifs que, d'une part, s'agissant de faits antérieurs à la promulgation du nouveau code, l'incrimination, plus étroite, de l'ancien article 62 du Code pénal et les peines, plus douces, du nouvel article 434-3 du Code pénal seront seules appliquées ; que, de la même façon, la permission légale de révéler un secret se fera par référence à l'ancien article 378 du Code pénal, à la fois moins large et moins sévère que les actuels articles 226-13 et 226-14 ; que l'article 62, en ce qui concerne les personnes tenues de dénoncer, est général et s'applique en principe à tous ; qu'en effet, la loi du 15 juin 1971 relative aux sévices et aux privations dont sont victimes les mineurs de 15 ans et celle du 23 décembre 1980 sur le viol sont venues ajouter deux nouveaux alinéas à l'article 378 en disposant, d'une part que « les mêmes personnes n'encourent pas les peines prévues à l'alinéa 1^{er} lorsqu'elles informent les autorités médicales ou administratives chargées des actions sanitaires et sociales des sévices ou privations sur la personne de mineurs de 15 ans et dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession » et, d'autre part, que « n'encourt pas les peines prévues à l'alinéa 1^{er} tout médecin qui, 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 qu'un viol ou un attentat à la pudeur a été commis » ; qu'ainsi l'obligation d'avertir les autorités administratives ou judiciaires s'impose à tout citoyen ayant eu connaissance de mauvais traitements infligés à des mineurs de 15 ans, qu'il s'agisse de signaler des coups, des privations d'aliment ou tout autre sévice les concernant¹ ; que cette obligation de dénoncer relève, à n'en pas douter, de l'ordre lorsqu'elle pèse sur une personne qui n'est tenue par aucun secret professionnel ; que, dans le cas contraire, la nécessaire efficacité de la loi commande de considérer que les personnes liées par le secret sont justifiées de la rupture de celui-ci par les dispositions mêmes de l'article 378 du Code pénal surtout lorsque, comme dans l'espèce envisagée, chacune d'entre elles tenait sa compétence de l'autorité judiciaire, Mickaël Z... et X... ayant été confiés au service de placement familial spécialisé de l'association Montjoie par le juge des enfants, lequel devait, naturellement, être immédiatement informé de la suspicion de viol commis par le premier sur le second ;

aux motifs que, d'autre part, les actes de sodomie perpétrés à plusieurs reprises fin 1992 sur la personne de X... sont caractérisés et devaient être immédiatement dénoncés, au moins pour éviter leur renouvellement ;

1. Position de la cour d'appel : absence de choix lorsque l'on tient sa mission du juge.

1° alors qu'il résulte des dispositions combinées des articles 62 et 378 de l'ancien Code pénal que si la loi autorisait les personnes tenues au secret professionnel et notamment les médecins à dénoncer aux autorités administratives ou judiciaires les sévices ou privations perpétrés sur la personne de mineurs de 15 ans dont elles avaient eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, cette dénonciation qui constitue une atteinte au secret professionnel était facultative ;

2° alors qu'aux termes de l'article 112-2, alinéa 3, du nouveau Code pénal, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ; qu'il résulte de ce texte que lorsqu'une loi nouvelle comporte des dispositions divisibles les unes plus douces, les autres plus sévères, les juges du fond doivent appliquer rétroactivement les dispositions plus douces aux faits qui leur sont soumis et appliquer l'ancien texte pour le reste ; que toute loi qui admet une immunité nouvelle est une loi plus douce au sens du texte susvisé ; que si l'article 434-3 du nouveau Code pénal qui réprime la non-dénonciation de mauvais traitements ou privations infligés à un mineur de 15 ans prévoit une incrimination plus large que l'article 62 de l'ancien Code pénal qui ne saurait être appliqué aux infractions commises avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, il prévoit expressément une immunité générale au bénéfice des personnes astreintes au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article 226-13 du nouveau Code pénal qui ne figuraient pas formellement dans l'article 62 de l'ancien Code pénal et que, dès lors, en se refusant à faire bénéficier le docteur B... de cette immunité, la cour d'appel a violé les principes et textes susvisés ; ... »

[Commentaire. L'argument consiste à demander l'application du nouveau Code pénal qui laisse le choix selon l'article 434-3 aux professionnels astreints au secret de ne pas dénoncer les faits. Or, l'ancien Code pénal ne donnait pas cette possibilité ; il y avait donc obligation de dénoncer. La demande est fondée sur le principe selon lequel une loi pénale plus douce rétroagit et s'applique aux affaires en cours. Le nouveau Code pénal est plus doux que l'ancien car il donne un choix qui n'existait pas avant sa promulgation. Aussi, il est demandé que l'interprétation de la cour d'appel soit infirmée.]

Réponse de la Cour de cassation à l'argument tiré d'un éventuel choix laissé aux professionnels

«... Qu'en effet, le secret professionnel imposé aux membres d'un service éducatif sur la situation d'un mineur confié à celui-ci par le juge des enfants est opposable à cette autorité judiciaire, à laquelle ils sont tenus de rendre compte de son évolution et notamment de tous mauvais traitements, en vertu des articles 375 et suivants du Code civil et de l'article 1199-1 du nouveau Code de procédure civile, pris pour leur application, tout comme ledit secret est opposable, selon l'article 80 du Code de la famille et de l'aide sociale invoqué par les demandeurs au président du conseil général pour les mineurs relevant de sa compétence ;

Qu'ainsi, les moyens ne sont pas fondés ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme,
Rejette les pourvois. »

[Commentaire. La Cour de cassation pose le principe qu'à partir du moment où le professionnel tient sa mission du juge, alors il ne peut lui opposer le secret professionnel. Il doit donc l'informer de tout incident lié à l'exécution de la mesure et rendre compte de l'évolution de la situation. Ce qui signifie que l'argumentaire développé en termes d'un choix éventuel des professionnels tombe ipso facto : la réponse qu'apporte la Cour ne se situe pas à ce niveau dans la mesure où, dans ce cas précis, le choix n'existe pas.]

L'étude de l'affaire Montjoie montre une limite au secret professionnel qui se justifie également par le fait que le juge ne peut exercer sa mission qu'à partir du moment où il est détenteur des informations qui lui permettront de prendre les mesures adéquates en fonction de l'évolution de la situation.

En revanche l'affaire Montjoie ne permet pas de savoir si l'on doit rendre compte de tout ou seulement de certains éléments. La doctrine est partagée entre ceux qui soutiennent qu'il convient de rendre compte de tout, et ceux qui prétendent que seuls les éléments en lien avec la mission sont à rapporter.

Nous pensons à l'instar de la position défendue par André Vitu¹ que le professionnel « reste un technicien tenu par le secret professionnel sur tous les points étrangers à sa mission ; il doit faire le silence sur les aveux et confidences reçus dans l'accomplissement de ses travaux ». Aussi, la révélation d'informations acquises au cours de l'exécution de la mission serait constitutive d'une violation du secret conformément à l'article 226-13 du Code pénal.

Ce point étant précisé, il nous semble également que la jurisprudence traite de façon distincte l'obligation de rendre des comptes selon qu'il s'agit d'une mission courte (enquêtes sociales par exemple) ou d'une mission longue (AEMO par exemple).

3. TÉMOIGNAGES DE PROFESSIONNELS : QUE FAUT-IL TRANSMETTRE AU JUGE ?

À propos des rapports destinés au juge dans le cadre soit d'une IOE (investigation d'orientation éducative), soit d'une ES (enquête sociale).

1. André VITU, *Droit pénal spécial*, tome II, Paris, Cujas, 1982, p. 1616.

Odile Bean¹ en donne quelques exemples intéressants :

« En voici quelques illustrations, rapportées par des collègues :

UNE ÉDUCATRICE : « Une femme m'a déclaré qu'elle avait accouché sous X à la suite d'un viol quand elle avait 16 ans. Son mari l'ignore. Elle a 42 ans et je la rencontre pour parler de sa fille qui, adolescente, pose problème. Elle m'a demandé le secret sur cette information qui la concerne et n'a aucun lien avec la procédure actuelle. »

Survenue dans la carde d'un entretien où cette personne s'était sentie disposée à parler de son passé, cette révélation n'a pas été consignée dans l'écrit de fin de mesure.

UN PSYCHIATRE : « Quelles sont les informations nécessaires à transmettre ? la tendance au « tout dire pour tout comprendre » n'est-elle pas fâcheuse ? Il est souhaitable précisément d'opérer une sélection en ne conservant que le nécessaire. »

UNE PSYCHOLOGUE : « Un jeune homme m'a fait part de son homosexualité et des difficultés qu'il rencontre pour assumer cette identité sexuelle, ses doutes, ses peurs. Il est évident pour moi qu'il ne s'agit pas là d'un danger au sens judiciaire du terme ou qui relève de l'instance judiciaire. Je n'ai pas du tout mentionné cette question dans mon compte rendu. »

Nous pensons que, du point de vue du juge, et contrairement à ce que l'on peut parfois croire, celui-ci n'est pas demandeur de toutes les informations. Il ne souhaite généralement qu'obtenir des précisions qui sont susceptibles de l'aider dans sa prise de décisions. Il faut donc veiller à ne pas lui transmettre des informations « parasitantes » puisque sans lien avec la réalisation de sa propre mission. Cela nous semble d'autant plus important que l'usager qui se confie peut aussi, au travers des rencontres, être assuré (et rassuré) par le fait que le secret sera préservé pour tout ce qui est hors du champ de la mission.

4. TÉMOIGNAGE EN JUSTICE ET SECRET PROFESSIONNEL _____

a Les obligations du témoin

Nous venons de voir que le secret est inopposable au juge qui a ordonné une mesure. La question qui se pose maintenant est de savoir dans quelle mesure un professionnel de l'action sociale est tenu de témoigner en justice, en dehors de l'hypothèse du témoignage en faveur d'un innocent déjà étudiée (voir **fiche 7**).

Devant toutes les juridictions, l'obligation de comparaître s'applique à tous dès que l'on a été cité régulièrement comme témoin (1^{re} règle). L'article

1. Odile BEAN, « Le secret en investigation », *Les Cahiers de l'Actif*, Dans les méandres du secret professionnel, mars/avril 2005, n° 346/347.

347 du Code de procédure pénale afférent aux témoins devant le tribunal correctionnel et l'article 536 pour le tribunal de police disposent que :

« Toute personne citée est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer. »

L'article 109 du même Code concernant les témoins devant le juge d'instruction ajoute que ce témoignage se fera « sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal ». Il y a lieu de considérer que cette réserve joue également devant le tribunal correctionnel et de police.

Les témoins devant la cour d'assises sont également tenus de comparaître et de prêter serment. Cela se déduit de l'article 326 alinéa 1^{er} qui dispose :

« Lorsqu'un témoin cité ne comparaît pas, la cour peut, sur réquisition du ministère public ou même d'office, ordonner que ce témoin soit immédiatement amené par la force publique devant la cour pour y être entendu, ou renvoyer l'affaire à la prochaine session. »

Devant toutes les juridictions, l'obligation de prêter serment s'applique à tous (2^e règle)

- *Devant le juge d'instruction* : « les témoins prêtent serment de dire toute la vérité, rien que la vérité » (article 103 du Code de procédure pénale).
- *Devant le tribunal correctionnel et de police* : « les témoins prêtent serment de dire toute la vérité, rien que la vérité » (article 446 et 536 du Code de procédure pénale). La prestation de serment est la même devant le juge d'instruction (article 103).
- *Au niveau de la cour d'assises* : « les témoins prêtent serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité ».

Cas particulier de l'enquêteur de personnalité

L'enquête de personnalité n'est pas une expertise au sens du Code de procédure pénale.

« La personne qui a procédé à une enquête de cette nature doit, lorsqu'elle est appelée à déposer à l'audience, prêter le serment exigé des témoins (chambre criminelle de la Cour de cassation, 22 mai 1974) alors même qu'elle aurait été citée en qualité d'expert (chambre criminelle de la Cour de cassation, 17 janvier 1990).

Cependant si l'enquêteur a été cité comme expert, il peut prêter le serment prescrit par l'article 168 du même Code, dès lors qu'il n'y a eu aucune observation des parties, ce serment impliquant notamment de dire la vérité (chambre criminelle de la Cour de cassation, 24 février 1988) ».

Les experts « prêtent serment d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience ».

L'enquête de personnalité peut donc porter soit sur le mis en cause, soit sur la victime. En effet, l'enquêteur de personnalité intervient sur ordonnance du juge d'instruction. Selon les cas, et dans le respect des règles relatives au secret professionnel, les personnes rencontrées pourront ou non lui opposer le secret professionnel *seulement si elles y sont astreintes*. Dans le cas contraire, elles devront répondre aux questions posées. Ce qui implique *in fine* aussi bien du côté des enquêteurs de personnalité que de celui des personnes sollicitées une connaissance précise des règles applicables en la matière.

Devant toutes les juridictions, le témoin est tenu de déposer (3^e devoir). Mais *cette obligation ne s'applique pas à tous*.

- 1^{re} règle : Le professionnel de l'action sociale qui est astreint au secret professionnel n'est pas tenu de déposer sur des faits couverts par le secret. Si les faits ne sont pas couverts par le secret, le professionnel est considéré comme un citoyen lambda donc il est tenu de déposer.
- 2^e règle : Le professionnel de l'action sociale qui est astreint au secret professionnel peut choisir de lever le secret s'il est dans l'un des cas visés par l'article 226-14 du Code pénal (voir **fiche 5**), en gardant à l'esprit qu'en dehors des hypothèses de lever du secret, l'obligation est de se taire.
- 3^e règle : Il est prudent que les professionnels souhaitant opposer le secret le fassent savoir au juge par tout moyen et avant l'audition. Cela évite parfois des tensions surtout lorsque les affaires sont sensibles.
- 4^e règle : Le fait de ne pas déposer sous prétexte du secret professionnel ne dispense pas de l'obligation de prêter serment. Il peut paraître étrange qu'après avoir prêté serment de dire la vérité on puisse opposer son refus de parler. Il faut comprendre que la vérité dans ce cas précis réside dans le fait que le professionnel est astreint au secret.

Applications jurisprudentielles de la 4^e règle

« Le serment ne peut empêcher un avocat d'invoquer le secret professionnel s'il est interrogé sur des secrets qui lui auraient été confiés dans l'exercice de sa profession (chambre criminelle de la Cour de cassation, 7 mars 1924) ; la cour fait une exacte application de la loi en refusant d'enjoindre au médecin, cité à la requête de la défense en qualité de témoin, de déposer sur l'état de santé de l'accusé, alors que le médecin invoquait le secret professionnel » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 5 juin 1985).

Sanctions prévues lorsque le témoin ne respecte pas ses obligations

Nous venons de voir que le témoignage est un devoir qui pèse sur tout citoyen. Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice, c'est un principe fondamental de l'État de droit. Le législateur pénal prévoit donc des sanctions à l'égard du témoin réticent.

Comparution forcée

Le principe posé par les textes qui régissent l'obligation de comparaître ont pour point commun la possibilité laissée à la juridiction d'instruction ou de jugement de faire appel à la force publique pour contraindre la personne.

- *Au niveau du juge d'instruction* : « Si le témoin ne comparaît pas ou refuse de comparaître, le juge d'instruction peut, sur les réquisitions du procureur de la République, l'y contraindre par la force publique » (article 109 alinéa 2 du Code de procédure pénale).
- *Pour le tribunal correctionnel et le tribunal de police*, c'est l'article 439 qui s'applique. Il dispose : « Si le témoin ne comparaît pas, et s'il n'a pas fait valoir un motif d'excuse reconnu valable et légitime, le tribunal peut, sur réquisitions du ministère public ou même d'office, ordonner que ce témoin soit immédiatement amené devant lui par la force publique pour y être entendu, ou renvoyer l'affaire à une prochaine audience. »
- *Pour la cour d'assises*, c'est l'article 326 alinéa 2 qui précise que : « lorsqu'un témoin cité ne comparaît pas, la cour peut sur réquisition du ministère public ou même d'office, ordonner que ce témoin soit immédiatement amené par la force publique devant la cour pour y être entendu, ou renvoyer l'affaire à la prochaine session. »

Sanction financière

Le principe est que le témoin risque d'être condamné au paiement d'une amende lorsqu'il manque à l'une de ses obligations (comparaître, prêter serment et déposer).

- Pour le tribunal correctionnel et le tribunal de police c'est l'article 438 qui dispose : « Le témoin qui ne comparaît pas ou qui refuse, soit de prêter serment, soit de faire sa déposition, peut être, sur réquisition du ministère public, condamné par le tribunal à une amende de 3 750 euros ».
- Pour la cour d'assises, c'est l'article 326 alinéa 3 qui s'applique : « Dans tous les cas, le témoin qui ne comparaît pas ou qui refuse, soit de prêter serment, soit de faire sa déposition, peut être, sur réquisition du ministère public, condamné par le tribunal à une amende de 25 000 F (3 750 euros) ».

Remarque

Devant le juge d'instruction, aucune amende n'est encourue.

b Les enseignements de jurisprudence Kerbrat

La question du témoignage en justice des professionnels de l'action sociale n'est pas seulement une question technique mais également une question éthique. La confrontation entre la nécessité que la justice soit rendue et l'impérieuse exigence de préserver la confiance de l'utilisateur rend la situation particulièrement complexe. Il faut donc s'arrêter un instant et prendre le temps de la réflexion.

***Un exemple d'interprétation stricte de la règle de droit
Cour de cassation, chambre criminelle
Audience publique du mardi 14 février 1978***

N° de pourvoi : 77-90644

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

« La cour, vu le mémoire produit ; sur le moyen unique de cassation pris de la violation des articles 109 du Code de procédure pénale, 225 du Code de la famille, 378 du Code pénal, 7 de la loi du 20 avril 1810 et 102 du décret du 20 juillet 1972 pour défaut et contradiction de motifs et manque de base légale, ... »

La décision attaquée

« ... en ce que l'arrêt confirmatif attaqué a infligé à la demanderesse une amende de 800 francs pour avoir refusé de déposer devant le juge d'instruction sur des faits dont elle avait eu connaissance à raison de l'exercice de ses fonctions et en dehors de toute intervention d'un tiers ou de tout mandat d'une autorité judiciaire ou administrative ; ... »

[Commentaire. L'assistante sociale a refusé de déposer devant le juge d'instruction qui lui a infligé une amende. Elle fait appel de cette décision mais la cour d'appel (chambre d'accusation) confirme la sanction par décision du 10 février 1977 d'où ce pourvoi en cassation.]

Argument de la cour d'appel

« ... au motif que la liberté de témoigner dans les affaires de sévices contre les mineurs de quinze ans telle qu'elle est prévue à l'alinéa 3 de l'article 378 du Code pénal doit s'entendre en ce sens que l'article 109 du Code de procédure pénale ne trouve plus obstacle à son application dans les dispositions dudit article 378 et qu'on ne verrait pas la diminution de crédit et de confiance qui résulterait pour les assistantes sociales de leur témoignage tandis que leur silence contribuerait à assurer une impunité allant à l'encontre de la protection des mineurs dont elles ont la charge ; ... »

[Commentaire. Pour la cour, les choses sont claires. Dès lors que l'article 378 permet de lever le secret à propos des mineurs de 15 ans victimes de sévices

ou de privations, alors il y a obligation de témoigner dès que l'on est cité en cette qualité. Par ailleurs la cour n'entend pas l'argument tiré de l'atteinte à la confiance ; elle y voit plutôt une atteinte à la justice. Elle soulève même un paradoxe entre la mission de protection due aux mineurs et le refus de témoigner.]

Position de la prévenue

« ... alors que l'article 378 prévoit une faculté et non une obligation de témoigner sous peine des sanctions prévues à l'article 109 et qu'en y décelant une telle obligation l'arrêt attaque a violé l'article 378 qui consacre le principe général et absolu du secret professionnel auquel il ne peut être dérogé que par un texte formel et certainement pas au regard de considérations de fait particulières dont la portée est sans commune mesure avec l'idée générale de confiance qui est inhérente à l'exercice des professions envisagées ; ... »

[Commentaire. Pour la prévenue, le texte prévoit une possibilité de s'affranchir du secret et non pas une obligation. La loi peut prévoir une obligation de parler malgré le secret mais encore faut-il qu'un texte le prévoit. Toute autre considération, notamment la contribution à la justice, ne peut l'emporter sur un secret considéré par le législateur comme général et absolu.]

Analyse et arguments de la Cour de cassation

Lecture de l'article 378 (actuel article 226-13) du Code pénal

« ... Attendu qu'aux termes de l'article 378 du Code pénal, les personnes visées par ce texte, quand elles ont été citées en justice pour une affaire de sévices ou privations sur la personne de mineurs de 15 ans, sont, relativement aux faits dont elles ont eu connaissance à l'occasion de l'exercice de leur profession, « libres de fournir leur témoignage sans s'exposer à aucune peine » ; qu'il en découle nécessairement que, dans le même cas, les personnes ainsi autorisées à témoigner sont également libres de ne pas le faire ; ... »

[Commentaire. Pour la Cour, l'article 378 contient dans son alinéa 3 l'expression les personnes visées par l'article sont « libres de fournir leur témoignage sans s'exposer à aucune peine ». La Cour par un raisonnement a contrario en déduit qu'elles peuvent aussi choisir de ne pas témoigner. Sur ce point elle confirme les arguments de la prévenue.]

Application par la Cour de son analyse au cas d'espèce

« ... attendu qu'il appert de l'arrêt attaque que la dame x..., assistante sociale, ayant été alertée par la direction d'un établissement scolaire, est intervenue auprès de la famille d'une enfant âgée de 10 ans dont certains indices donnaient à redouter qu'elle eut été maltraitée ; qu'ayant obtenu l'accord des parents, elle a conduit l'enfant dans un foyer pour y être placée ; qu'au cours de l'information, ultérieurement suivie contre le père, du chef, notamment, de violences sur la personne de cette enfant, la dame x..., invoquant le secret professionnel, a refusé de témoigner devant le juge d'instruction relativement aux faits de la cause et plus particulièrement de répondre à la question de savoir si l'enfant, lorsqu'elle l'a accompagnée au lieu de son placement, portait des blessures apparentes sur le bras et au visage ;

attendu que, pour prononcer en cet état contre cette assistante sociale la peine d'amende prévue par l'article 109, deuxième alinéa du Code de procédure pénale, l'arrêt se fonde essentiellement sur la combinaison que la chambre d'accusation a cru pouvoir opérer entre le texte précité de l'article 378 du Code pénal et celui du premier alinéa dudit article 109, pour en déduire que, dès lors que la première de ces dispositions levant « l'obstacle du secret professionnel », autorisait en l'espèce l'intéressée à témoigner, la seconde l'obligeait expressément à le faire ;

[Commentaire. La Cour remet en cause la lecture faite, par la chambre d'accusation, de la combinaison de l'article 378 et de l'article 109 du Code de procédure pénale. Elle critique sévèrement cette interprétation. L'expression « a cru pouvoir opérer... » en témoigne. La Cour rappelle que l'on ne peut pas faire dire à un texte ou à une combinaison de textes ce qu'ils ne disent pas.]

attendu cependant, qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, l'obligation de déposer édictée par l'article 109 du Code de procédure pénale n'est imposée aux témoins que « sous réserve des dispositions de l'article 378 du Code pénal », et ne saurait par suite recevoir application alors que ce dernier texte laisse à la personne citée la liberté de fournir ou non son témoignage, et que, d'autre part, les constatations de l'arrêt n'établissent pas que les faits sur lesquels le témoignage étaient en l'espèce requis aient été distincts et détachables de ceux dont la dame x... avait eu connaissance, dans l'exercice de sa profession, à l'occasion de son intervention auprès de la famille de y..., la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes sur lesquels elle a voulu fonder sa décision ; d'où il suit que la cassation est encourue ; par ces motifs :

[Commentaire. La Cour considère que l'article 109, qui pose principe de l'obligation de déposer auquel l'article 378 déroge, autorise l'assistante sociale à témoigner ou non en justice. La Cour précise par ailleurs que les faits sur lesquels est interrogée l'assistante sociale sont couverts par le secret puisqu'ils ne sont pas « distincts et détachables de l'exercice de sa fonction ». Finalement la Cour confirme bien que seul les faits connus en raison de l'exercice professionnel sont couverts par le secret ; à défaut, le professionnel de l'action sociale est un citoyen comme les autres.]

casse et annule l'arrêt de la chambre d'accusation de la cour d'appel de Rennes en date du 10 février 1977, et pour être statué à nouveau conformément à la loi : renvoie la cause et les parties devant la chambre d'accusation de la cour d'appel de Caen. »

Sens et portée de cette décision

Dans l'affaire KERBRAT, la chambre d'accusation a été particulièrement incisive à l'égard de cette professionnelle et de la profession en général. On peut lire par exemple, les passages suivants :

Cour d'appel de Rennes (chambre d'accusation), 10 février 1977

« Considérant au surplus qu'il est contraire à la morale et au bon sens que l'assistante chargée par ses fonctions de la prévention et de la protection des mineurs puisse assurer l'impunité de faits punissables, et que le raisonnement de la dame Kerbrat, tel que rapporté par l'officier de police judiciaire dans son procès-verbal du 18 octobre 1976 in fine, prête à critique lorsqu'elle prétend

être tenue des communications obligatoires de services dans le domaine de la protection et non aux services de police et d'instruction qui travaillent eux dans le domaine de la coercition et qu'elle paraît oublier qu'en matière de protection de l'enfance, la prévention et la répression se trouvent étroitement imbriquées et que la communication faite à son autorité doit normalement aboutir à l'autorité judiciaire compétente.

Considérant enfin que l'on aperçoit mal la diminution du crédit et de la confiance dont les assistantes sociales auraient à souffrir si elles étaient amenées, en conformité avec un texte législatif, à apporter leur témoignage sur des faits de violences ou de mauvais traitement à enfant, considérés comme scandaleux à juste raison par l'opinion publique et toute personne portant intérêt à l'enfance et qu'ainsi une vue étroite du secret professionnel doit céder devant les intérêts impérieux et supérieurs de la justice ».

[Commentaire. Ces extraits permettent de mesurer l'écart qu'il peut y avoir entre la conception judiciaire et la conception sociale de la protection de l'enfance. Pour les juges de la chambre d'accusation, il n'est pas concevable d'assurer la protection d'un mineur en dehors de la dénonciation des faits à l'autorité judiciaire. Ils vont même jusqu'à qualifier le raisonnement de contraire à la morale. Or, dans cette affaire, l'assistante sociale a assuré la protection du mineur puisque l'enfant a été « placé » avec l'accord parental dans un foyer et le père, auteur des violences, poursuivi en justice. D'une certaine manière la chaîne de protection a normalement fonctionné ; l'état de danger rapidement éradiqué par l'intervention de différents acteurs dont l'assistante sociale.

Ce qui peut paraître surprenant dans le positionnement des juges réside dans le fait qu'ils puissent faire référence aux côtés scandaleux de ce type d'affaire, que personne ne conteste par ailleurs, tout en prenant comme indicateur l'opinion publique. La justice ne doit-elle pas être rendue au non du peuple et non pas en fonction de l'état de l'opinion du public ?

*En définitive, la Cour de cassation a remis en cause l'analyse des juges de la chambre d'accusation. Nous devons prendre acte du fait que cette liberté de choix s'applique à tous les professionnels astreints au secret (voir **fiche 2**).*

Ceci dit, l'argumentaire développé par la chambre d'accusation en 1977 ne doit pas être considéré comme appartenant au passé dans la mesure où la question de la « collaboration » (conditions et limites) entre le service social (au sens générique) et la justice reste d'une particulière actualité et mérite toujours quelques réflexions.]

Points clefs à retenir

Le statut de témoin implique certaines obligations : comparaître, prêter serment et déposer. Les professionnels de l'action sociale astreints au secret professionnel sont *seulement* dispensés de l'obligation de déposer. La loi prévoit des sanctions à l'égard des témoins qui ne respectent pas totalement ou partiellement leurs obligations.

Secret professionnel et protection de l'enfance

12

LA LOI DU 5 MARS 2007 réformant la protection de l'enfance (n° 2007-293) vise à reconnaître officiellement le partage d'informations entre professionnels de l'action sociale.

S'il est vrai qu'en pratique, et nous l'avons déjà évoqué, les professionnels soucieux de l'intérêt de l'enfant (et de sa famille) sont amenés à se communiquer des informations, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont toujours bénéficié d'une liberté de choisir ceux avec lesquels ils souhaitaient partager certaines données confidentielles, bien entendu, en dehors des obligations issues du contrat de travail ; notamment celle de rendre compte à sa hiérarchie par exemple.

Il est également intéressant de constater que la question de l'information partagée n'a pas fait l'objet de débats particuliers car cela correspond à une consécration législative d'une pratique du partage non contestée.

1. LE CONCEPT DE PARTAGE D'INFORMATIONS DANS LA LOI DE PROTECTION DE L'ENFANCE

La possibilité de partager des informations à caractère secret entre professionnels intervenant dans la mise en œuvre de la politique de protection de l'enfance a été introduite par l'article 15 de la loi sur la protection de l'enfance devenue l'article L. 226-2-2 du Code de l'action sociale et des familles.

Rappelons tout d'abord que, lors de la réforme du Code pénal intervenue en 1992, il avait été question de consacrer la notion de secret partagé, mais ce projet fût abandonné car l'on craignait, à juste titre sans doute, qu'en procédant de la sorte on aboutirait *in fine* à la mort du secret professionnel.

Qu'en est-il 15 ans après ? Pour le législateur de 2007, il s'agit là d'une exception au secret professionnel qui, par définition, interdit tout partage d'informations. En même temps, il s'agit aussi de la consécration législative d'une pratique connue et reconnue. L'article 226-2-2 dispose :

« Par exception à l'article 226-13 du Code pénal, les personnes soumises au secret professionnel qui mettent en œuvre la politique de protection de l'enfance définie à l'article 112-3 ou qui lui apportent leur concours sont autorisées

à partager entre elles des informations à caractère secret afin d'évaluer une situation individuelle, de déterminer et de mettre en œuvre des actions de protection et d'aide dont les mineurs et leur famille peuvent bénéficier. Le partage des informations relatives à une situation individuelle est strictement limité à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission de protection de l'enfance. Le père, la mère, toute autre personne exerçant l'autorité parentale, le tuteur, l'enfant en fonction de son âge et de sa maturité sont préalablement informés, selon des modalités adaptées, sauf si cette information est contraire à l'intérêt de l'enfant ».

a Le secret est la règle, le partage l'exception

À la lecture de l'article L. 226-2-2, on peut relever que le législateur rappelle les règles de prudence qu'il convient d'observer lorsque l'on partage de l'information à caractère secret en précisant « le partage est strictement limité à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission de protection de l'enfance ».

Il ne s'agit pas de tout partager. Ce qui veut dire implicitement que le secret professionnel reste la règle absolue et le partage strictement nécessaire d'informations l'exception. Le législateur permet par voie de conséquence de déroger aux règles du secret sans encourir de risques de sanctions pénales.

b Seul le professionnel peut décider de partager l'information

Le professionnel *doit être le seul* à décider de la nécessité de partager l'information avec d'autres professionnels également astreints au secret. Il est aussi celui qui filtrera l'information pertinente qu'il conviendra de délivrer. Le législateur a su concilier les nécessités du partage d'informations tout en rappelant l'éthique du partage.

c L'accomplissement de la mission comme limite au partage

Il nous semble primordial de bien intégrer ce paramètre. En effet, la possibilité de partager doit être limitée. Pour cela, le législateur donne une base légale à la notion de protection de l'enfance à l'article 112-3 qui dispose :

« La protection de l'enfance a pour but de prévenir les difficultés auxquelles les parents peuvent être confrontés dans l'exercice de leurs responsabilités éducatives, d'accompagner les familles et d'assurer, le cas échéant, selon les modalités adaptées à leurs besoins, une prise en charge totale ou partielle des mineurs. Elle comporte à cet effet un ensemble d'interventions en faveur de ceux-ci et de leurs parents. Ces interventions peuvent également être destinées à des majeurs de moins de vingt et un ans connaissant des difficultés susceptibles de compromettre gravement leur équilibre. La protection de l'enfance a également pour but de prévenir les difficultés que peuvent rencontrer les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et d'assurer leur prise en charge. »

Tout partage d'informations doit donc se faire dans l'idée qu'il servira la mission de protection de l'enfance. Ce qui signifie également que tout professionnel détermine les éléments qui serviront à cet objectif en se posant systématiquement une triple question : partager quoi, avec qui et dans quel but ?

Le cadre défini par l'article L. 112-3 servira également de garde-fou à l'équipe de direction. En effet, il s'agit là, et ce n'est pas un détail, d'un moyen concret qui permettra de rappeler le cadre de l'intervention à l'ensemble des professionnels car c'est justement ce cadre qui constitue le plus petit dénominateur commun et qui donne du sens au travail effectué.

2. LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DES USAGERS EST UN IMPÉRATIF

Pour cela le législateur précise qu'il convient d'informer préalablement le ou les parents ou la personne exerçant l'autorité parentale, le tuteur ainsi que l'enfant selon son âge et son degré de maturité, sauf si cela semble contraire à son intérêt.

Cette précision nous semble primordiale dans la mesure où elle prend en considération le point de vue des personnes qui font l'objet d'une mesure de protection. La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale intègre dans le Code de l'action sociale et des familles l'arrêté du 8 septembre 2003 relatif à la Charte des droits et libertés de la personne accueillie. Celle-ci consacre dans son article 4 le « principe du libre choix, du consentement éclairé et de la participation de la personne ».

Le professionnel peut donc décider de partager des informations, mais le législateur l'invite à veiller systématiquement à s'assurer de l'accord de ceux qui sont directement concernés.

Le législateur de 2007 va réaffirmer très fortement cet attachement aux droits fondamentaux de l'enfant par le biais de l'article L. 112-4 du Code de l'action sociale et des familles qui dispose :

« L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant. »

Les professionnels de l'action sociale et médico-sociale sont également invités à ne poser des actes que dans l'intérêt de l'enfant, notion qui fait partie désormais du droit national et qui trouve sa source dans la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Or, justement, on se doit de poser la question du partage d'informations en considération de l'intérêt de l'enfant.

Est-il dans l'intérêt de l'enfant que l'information soit partagée ? Seule une réponse positive pourra justifier une telle démarche, sans porter préjudice aux autres points développés antérieurement.

Points clefs à retenir

La loi réformant la protection de l'enfance est venue consacrer la pratique du partage d'informations entre professionnels intervenant dans le champ de la protection de l'enfance. Le législateur précise clairement que seul le professionnel peut décider de partager l'information. Et qu'il doit le décider au regard des missions de chaque intervenant et de l'intérêt de l'enfant.

Secret professionnel et prévention de la délinquance

13

1. LE CONCEPT DE PARTAGE D'INFORMATIONS DANS LA LOI DE PRÉVENTION DE LA DÉLINQUANCE

a Analyse des règles du nouveau dispositif

C'est l'article L. 121-6-2 du Code de l'action sociale et des familles qui constitue le cœur de la matière. Eu égard à sa longueur nous nous proposons de l'analyser alinéa par alinéa.

Alinéa 1^{er}

« Lorsqu'un professionnel de l'action sociale, définie à l'article L. 116-1, constate que l'aggravation des difficultés sociales, éducatives ou matérielles d'une personne ou d'une famille appelle l'intervention de plusieurs professionnels, il en informe le maire de la commune et le président du conseil général. L'article 226-13 du Code pénal n'est pas applicable aux personnes qui transmettent des informations confidentielles dans les conditions et aux fins prévues au présent alinéa. »

Le législateur vise les professionnels de l'action sociale telle qu'elle est définie par le Code de l'action sociale. L'article L. 116-1 dispose :

« L'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. Elle repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées, des personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté, et sur la mise à leur disposition de prestations en espèces ou en nature. Elle est mise en œuvre par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les organismes de sécurité sociale, les associations ainsi que par les institutions sociales et médico-sociales au sens de l'article L. 311-1. »

Remarquons que tous les professionnels de l'action sociale et quel que soit leur statut (salariés, fonctionnaires, professions libérales...), le champ d'intervention (handicap, enfance, personnes âgées...), le lieu d'exercice

professionnel sont visés par cette disposition. On peut en conclure que le dispositif mis en place par la loi 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance inclut tous les professionnels de l'action sociale et médico-sociale dans son champ d'application.

Ajoutons que la loi prévoit que le professionnel devra informer le maire des constats d'aggravations de la situation sociale (au sens générique du terme) de l'usager. Il semble en effet que ce soit une obligation dans la mesure où le texte utilise le présent de l'indicatif (il en informe). Par ailleurs, et pour permettre cette information, le législateur rend inapplicable l'article 226-13.

Autrement dit, tous les professionnels de l'action sociale constatant une aggravation de la situation sociale d'une personne ou d'une famille devront en informer le maire sans qu'ils puissent invoquer le secret professionnel.

Ces nouvelles dispositions posent question car elles font un amalgame entre difficultés sociales et délinquance. Au nom de la nécessité de prévenir la délinquance, le législateur bat en brèche les règles du secret professionnel.

Alinéa 2

« Lorsque l'efficacité et la continuité de l'action sociale le rendent nécessaire, le maire saisi dans les conditions prévues au premier alinéa ou par le président du conseil général, ou de sa propre initiative, désigne parmi les professionnels qui interviennent auprès d'une même personne ou d'une même famille un coordonnateur, après accord de l'autorité dont il relève et consultation du président du conseil général ;

Lorsque les professionnels concernés relèvent tous de l'autorité du président du conseil général, le maire désigne le coordonnateur parmi eux, sur la proposition du président du conseil général ;

Le coordonnateur est soumis au secret professionnel dans les conditions prévues aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »

Le législateur crée la fonction de coordonnateur. Ce dernier, désigné par le maire, est astreint au secret professionnel. D'après ce texte il pourra faire usage de l'article 226-14 (hypothèses de levée du secret). Ce qui veut dire que son choix pourra être en contradiction avec celui du professionnel à l'origine de l'information. Ajoutons que le texte ne prévoit pas que le coordonnateur soit obligatoirement de la catégorie des personnes astreintes au secret ; c'est sa fonction de coordonnateur qui le soumettra à cette règle.

Alinéa 3

« Par exception à l'article 226-13 du même code, les professionnels qui interviennent auprès d'une même personne ou d'une même famille sont autorisés à partager entre eux des informations à caractère secret, afin d'évaluer leur

situation, de déterminer les mesures d'action sociale nécessaires et de les mettre en œuvre. Le coordonnateur a connaissance des informations ainsi transmises. Le partage de ces informations est limité à ce qui est strictement nécessaire à l'accomplissement de la mission d'action sociale. »

Le législateur consacre le concept de partage d'informations entre professionnels intervenant auprès d'une personne ou d'une famille (1^{er} niveau). Mais il y a également un second échelon de partage puisque la loi oblige les professionnels à transmettre au coordonnateur les informations partagées entre eux (2^e niveau). La difficulté réside dans le fait que rien n'est dit sur la fonction de coordonnateur. Qu'à partir de là, il est difficile de devoir tout lui transmettre sans savoir exactement quelles utilisations pourront être faites de ces informations.

Alinéa 4

« Le professionnel intervenant seul dans les conditions prévues au premier alinéa ou le coordonnateur sont autorisés à révéler au maire et au président du conseil général, ou à leur représentant au sens des articles L. 2122-18 et L. 3221-3 du Code général des collectivités territoriales, les informations confidentielles qui sont strictement nécessaires à l'exercice de leurs compétences. Les informations ainsi transmises ne peuvent être communiquées à des tiers sous peine des sanctions prévues à l'article 226-13 du Code pénal. »

Le législateur prend en compte la situation des professionnels qui interviennent seul auprès d'une personne ou d'une famille en difficulté. Ils pourront signaler les cas d'aggravation soit au maire, soit au président du conseil général. Le texte cette fois-ci ne semble pas poser une obligation mais une possibilité. De plus, il prévoit que les informations transmises seront toutes couvertes par le secret et qu'aucun tiers ne pourrait en être destinataire au risque de commettre une violation de secret.

Alinéa 5

« Lorsqu'il apparaît qu'un mineur est susceptible d'être en danger au sens de l'article 375 du Code civil, le coordonnateur ou le professionnel intervenant seul dans les conditions prévues au premier alinéa du présent article en informe sans délai le président du conseil général ; le maire est informé de cette transmission. »

Le législateur pose comme obligation à l'égard des professionnels agissant seuls ou du coordonnateur de transmettre toute information relative à un mineur *apparemment* en danger au sens de l'article 375 du Code civil au président du conseil général. La transmission doit se faire sur le champ (sans

délai) et une information doit en être donnée au maire. Le problème réside dans l'expression « lorsqu'il apparaît qu'un mineur est susceptible d'être en danger ». Il résulte clairement de cette disposition que le professionnel n'a pas le choix. Dès lors qu'il s'agit d'un mineur susceptible d'être en danger, les autorités doivent être informées. Le verbe « apparaître » pose la question de l'appréciation de la situation de danger laissée au seul travailleur social. Quelles garanties offre-t-on réellement aux usagers face à une appréciation faite par un professionnel du travail social mais qui peut être à l'origine du déclenchement d'une procédure lourde de conséquence. Sans parler du fait qu'il peut également s'agir d'un moyen de pression considérable sur lequel apparemment aucun contrôle n'a été mis en place.

2. PARTAGE D'INFORMATIONS ET RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'USAGER

« La mission du travail social est de mener une action sociale et éducative, préventive et curative, dans le respect des personnes aidées. Pour cela, les professionnels ont besoin d'avoir la confiance des personnes et d'assurer la confidentialité. Parce qu'il n'y a pas d'aide sans confidences, de confidences sans confiance, de confiance sans secret, toute atteinte à la confidentialité rend impossible l'établissement de la relation nécessaire à la mission du travail social.¹ »

L'inquiétude exprimée alors par le CSTS est toujours d'actualité ce qui signifie qu'une veille active demeure indispensable. Il est essentiel de rappeler ici les missions de l'action sociale et médico-sociale qui sont définies à l'article L. 116-1 du Code de l'action sociale et médico-sociale. Il y est précisé :

« L'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. »

Cet article constitue la référence et la limite de l'action sociale et médico-sociale. Aussi, la loi de prévention de la délinquance semble à certains égards s'éloigner de cette limite. À aucun moment, il ne doit s'agir d'instaurer un contrôle à l'encontre des personnes les plus en difficulté. On parle au contraire de protection des personnes, de prévention des situations pouvant amener à l'exclusion. Comment peut-on contribuer à créer de la cohésion sociale si par avance nous anéantissons le principe de confiance entre l'usager et

1. Extrait de l'avis du conseil supérieur du travail social (CSTS) du 5 mars 2004 relatif à l'avant-projet de loi sur la prévention de la délinquance.

le professionnel en obligeant le professionnel à trahir le secret de celui qui s'adresse à lui ?

Points clefs à retenir

Le partage d'informations entre professionnels dans le domaine de la prévention de la délinquance appelle des réserves importantes. En effet, la loi semble mettre en place un mécanisme sophistiqué de contrôle des catégories sociales les plus en difficulté. Pour atteindre cet objectif, le législateur n'hésite pas à remettre en cause les fondements du secret professionnel. C'est donc le cœur même du travail social qui est malmené par ces nouvelles règles.

Les conséquences de la violation du secret professionnel

14

1. PEINES ENCOURUES AU NIVEAU PÉNAL

a Le concept de peine et de délinquant

Le lexique des termes juridiques Dalloz définit la peine « comme la sanction infligée au délinquant en rétribution des infractions qu'il commet ». Le même lexique définit le délinquant comme « l'auteur ou le complice d'une infraction pénale qui peut faire l'objet d'une poursuite de ce chef ».

Aussi peut-on dire que le professionnel de l'action sociale qui viole le secret sera considéré au regard du droit pénal comme délinquant. Il ne deviendra prévenu que s'il fait l'objet d'une poursuite devant un tribunal correctionnel, juridiction compétente pour juger le délit de violation du secret professionnel.

Peines principales, peines complémentaires

La peine principale encourue est celle qui est prévue par le texte pour l'infraction considérée. Pour ce qui concerne le délit de violation du secret professionnel, l'article 226-13 prévoit une peine principale d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Il s'agit bien entendu de maximums encourus.

La peine complémentaire se définit comme celle qui peut s'ajouter à la peine principale à une double condition :

- d'une part, il faut que la loi ait prévu une peine complémentaire ;
- d'autre part, que la juridiction la prononce expressément ; elle n'est ni automatique, ni implicite.

Au titre des sanctions prononçables pour violation du secret professionnel, la loi a effectivement prévu les peines complémentaires de l'article 226-31 du Code pénal en plus des peines principales de l'article 226-13.

Quelles sont les peines complémentaires encourues pour violation du secret professionnel ?

Remarque préalable

Les articles 226-31 et 226-32 constituent la section VII « Peines complémentaires applicables aux personnes physiques » du chapitre VI « Des atteintes à la personnalité » composé des articles 226-1 à 226-32. Ceci explique donc l'application de l'article 226-31 comme peines complémentaires à l'article 226-13.

L'article 226-31 prévoit les peines complémentaires à l'article 226-13. Il dispose :

« Les personnes physiques coupables de l'une des infractions prévues par le présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes :

1° L'interdiction des droits civiques, civil et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 ; ... »

Il s'agit d'une interdiction qui peut porter sur tout ou partie des droits énoncés par l'article 131-26. Il s'agit du droit de vote ou d'être éligible, ce qui entraîne automatiquement le droit d'exercer une fonction publique ; du droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction ou d'assister une partie devant la justice ; du droit de témoigner en justice autrement que pour y faire de simples déclarations (autrement dit sans prestation de serment) ; du droit d'être tuteur ou curateur (cette interdiction n'excluant pas d'exercer cette fonction à l'égard de ses propres enfants après accord du juge des tutelles et avis du conseil de famille). L'interdiction peut durer cinq ans maximum pour les délits, dix ans pour les crimes.

«... 2° L'interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, suivant les modalités prévues par l'article 131-27 ; ... »

L'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale est soit définitive, soit temporaire (maximum : 5 ans). Cette interdiction n'est pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales.

«... 3° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, de détenir ou de porter une arme soumise à autorisation ;

4° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 (...). »

La peine d'affichage de la décision prononcée ou de diffusion de celle-ci est à la charge du condamné (les frais ne pouvant excéder le montant maximum de l'amende encourue, c'est-à-dire 15 000 euros). La juridiction peut décider d'un affichage ou d'une diffusion intégrale ou partielle ou encore d'un communiqué informant le public. L'affichage se fera dans les lieux indiqués par la juridiction et pour une durée maximale de 2 mois. Quant à la diffusion,

elle se fait via le journal officiel, des publications de presse, ou par un ou plusieurs services de communication au public par voie électronique désignés par la juridiction. Le 5° étant sans intérêt pour nous ici, nous ne le développerons pas.

Il appartient à la juridiction de décider souverainement de la peine qui sera infligée en tenant compte du principe de personnalisation des peines.

Le principe de personnalisation des peines

Il est prévu par l'article 132-24 du Code pénal qui dispose :

« Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en *fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur*. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.

La nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions.

En matière correctionnelle, lorsque l'infraction est commise en état de récidive légale ou de réitération, la juridiction motive spécialement le choix de la nature, du quantum et du régime de la peine qu'elle prononce au regard des peines encourues ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation affirme de manière constante que les décisions sur la peine relèvent d'une appréciation souveraine des juges du fond c'est-à-dire ceux de la première instance et ceux de l'appel (les juges de cassation n'étant pas juges du fond).

Précisons ici que le fond concerne l'affaire dans son ensemble, c'est-à-dire les faits et le droit. La Cour de cassation ne traite que le droit et jamais les faits. Aussi dit-on que les juges de cassation ne sont pas juges du fond.

« La détermination de la peine par les juges dans les limites fixées par la loi, relève d'une faculté dont ils ne doivent aucun compte et à laquelle l'article 132-24 du Code pénal n'a apporté aucune restriction » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 25 février 1997) ; « en conséquence, la cour d'appel qui, faisant droit à l'appel du ministère public, élève la peine prononcée par les premiers juges contre le prévenu n'est tenue de donner aucun motif spécial à l'appui de sa décision » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 26 décembre 1962).

La jurisprudence rappelle que « si aux termes de l'article 132-24 du Code pénal, les juges doivent tenir compte des ressources et charges de la personne condamnée à une peine d'amende, ce texte ne leur impose pas de motiver

spécialement leur décision à cet égard » (chambre criminelle de la Cour de cassation, 22 octobre 1998).

Précisons par ailleurs que l'article 132-22 du Code pénal dispose :

« Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal saisi peuvent obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret. »

Il s'agit là d'un moyen efficace en vue de recouvrer les amendes qui, contrairement aux dommages et intérêts, ne reviennent pas à la victime mais au Trésor public.

2. AUTRES SANCTIONS ENVISAGEABLES

La violation du secret professionnel constitue une infraction au Code pénal. À ce titre, et nous l'avons déjà développé, l'auteur encourt une sanction pénale. Mais il peut aussi voir sa responsabilité civile recherchée au titre de l'indemnisation du préjudice moral subi par la victime. Du point de vue professionnel, la violation du secret professionnel peut également entraîner des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement.

a La responsabilité civile pour violation du secret professionnel

En sus de la responsabilité pénale, la victime peut rechercher la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction sur le fondement de l'article 1382, 1383 ou 9 du Code civil.

L'article 1382 dispose que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Cet article s'applique exclusivement aux fautes volontaires. Ce qui signifie que la condamnation d'un professionnel pour violation du secret (infraction volontaire) justifierait une demande de dommage et intérêt sur le fondement de l'article 1382.

Quant à l'article 1383, il dispose « que chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». Cet article concerne les fautes involontaires. Ce qui signifie que, même si la violation du secret n'est pas volontaire (oubli du dossier sur un bureau par exemple), la victime peut fonder sa demande de dommages et intérêts sur cet article. Et cela même si l'auteur a été relaxé au pénal pour violation du secret par exemple.

La jurisprudence précise en effet, que la faute civile involontaire (1383) existe indépendamment de l'établissement préalable d'une responsabilité pénale.

« L'absence de faute pénale non intentionnelle (...) ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 si l'existence de la faute civile est établie. »

L'autonomie de l'article 9 du Code civil

Dans le cas spécifique de la violation du secret professionnel, la victime pourra invoquer seulement l'article 9 du Code civil à l'appui de sa demande de réparation. Ce dernier dispose, en effet, que :

« Chacun a le droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toute mesure telle que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ; ces mesures peuvent s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

La jurisprudence civile de la Cour de cassation a reconnu l'autonomie de la protection résultant de cet article.

« La seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation » (1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, 5 novembre 1996).

Quid de la responsabilité civile de l'employeur lorsque son salarié a violé le secret professionnel ?

Nous pouvons déjà signaler que la responsabilité de l'employeur est envisageable au titre de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. Ce dernier précise que sont responsables « les maîtres et commettants du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ».

La responsabilité civile de l'administration : pour une application jurisprudentielle Cour administrative de Lyon 30 décembre 1992

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

« Vu la requête, enregistrée au greffe de la cour le 10 juin 1991, présentée pour M. et Mme X..., demeurant ensemble à Bergonne 63 500 Issoire, par la SCP Dumoulin Du Fraisse, Cherrier-Vennat, avocat ;

M. et Mme X... demandent à la cour :

1°) d'annuler le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 16 avril 1991 en ce qu'il a rejeté leurs conclusions tendant à la condamnation

du département du Puy de Dôme à leur verser la somme de 40 000 francs en réparation du préjudice que leur a causé le comportement des deux assistantes sociales au cours de l'enquête qu'elles ont effectuée au début de l'année 1987 ; 2°) de condamner le département à leur payer l'indemnité ci-dessus mentionnée ainsi que 2 000 francs au titre de l'article R. 222 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ; (...) ».

Objet de l'appel

« Considérant que M. et Mme X... demandent à la cour d'annuler le jugement du 16 avril 1991 du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en ce qu'il a rejeté leurs conclusions tendant à ce que le département du Puy de Dôme soit condamné à réparer le préjudice moral que leur a causé le comportement de deux assistantes sociales au cours d'une enquête effectuée à la demande du service de l'aide sociale à l'enfance au début de l'année 1987 ; que par la voie de l'appel incident le département demande réparation du préjudice qu'il aurait subi du fait de l'acharnement procédurier des requérants ;

[Commentaire. Les requérants demandent l'annulation du jugement rendu par le tribunal administratif de Clermont-Ferrand qui leur a refusé une indemnisation en raison du préjudice qu'ils prétendent avoir subi, suite à la violation du secret professionnel lors d'une enquête diligentée par deux assistantes sociales du département. Le montant de la demande s'élevant à environ 40 000 francs.]

Sur l'appel principal :

En ce qui concerne la responsabilité du département :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant qu'aux termes de l'article 225 du Code de la famille et de l'aide sociale : « Les assistantes, assistants ou auxiliaires du service social et les élèves des écoles se préparant à l'exercice de cette profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées à l'article 378 du Code pénal ; ... »

La reconnaissance de la faute

« ... Considérant qu'il est constant que dans le cadre de l'enquête approfondie qu'elles effectuaient pour vérifier si les signalements reçus par le service concernant des faits graves imputés aux requérants et de nature à justifier le retrait de l'agrément de Mme X... comme assistante maternelle étaient fondés, les assistantes sociales ont porté les faits en question à la connaissance de M. et à Mme X... au cours d'un entretien qui s'est déroulé en présence de la compagne de leur fils et du père des enfants placés ; qu'en faisant participer des tiers à cet entretien, les assistantes sociales ont manqué à leur obligation de secret professionnel ; qu'alors même que cette manière de procéder aurait eu pour objet de préserver les droits des requérants, *ce manquement est constitutif d'une faute de nature à engager la responsabilité du département* ; que, par suite, M. et Mme X... sont fondés à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué le tribunal administratif a rejeté leur demande ; que le jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand en date du 16 avril 1991 doit en conséquence être annulé ;

[Commentaire. Pour la cour administrative d'appel, les révélations en présence de tiers sont constitutives d'une faute professionnelle entraînant ipso facto la responsabilité civile du département employeur (l'arrêt parle de « faute de nature à... »).]

En ce qui concerne le préjudice et sa réparation : ... »

Estimation du montant du préjudice

« ... Considérant que dans les circonstances de l'espèce il sera fait une juste appréciation du préjudice moral subi par chacun des requérants en le fixant à la somme de 5 000 francs que le département du Puy de Dôme doit être condamné à leur payer (...). »

[Commentaire. Il y a un différentiel important entre la demande initiale et la somme accordée qui correspond à 1/8^e de la réclamation.]

Remarques

À notre connaissance, la responsabilité civile d'un employeur du fait de la violation du secret professionnel par son salarié (1384 alinéa 5) n'a pas encore trouvé application. Aussi, cette jurisprudence concernant deux fonctionnaires reste isolée ; ceci dit nous pensons que des faits similaires devant une juridiction civile devraient entraîner les mêmes effets.

b La responsabilité disciplinaire pour violation du secret professionnel

Concepts de fautes et de sanctions disciplinaires

Toute faute professionnelle peut entraîner une sanction disciplinaire au titre du pouvoir disciplinaire reconnu à l'employeur par la loi. Dans les cas les plus graves, cela peut même justifier un licenciement.

Il n'existe pas de définition de la faute disciplinaire. Le Code du travail dispose dans son article L. 122-40 que :

« Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un *agissement du salarié considéré par lui comme fautif*, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. »

La violation volontaire ou non du secret professionnel peut être qualifiée de fautive et entraîner des sanctions à l'encontre du salarié. Il s'agit en effet d'une obligation professionnelle qui trouve sa source dans le contrat de travail, parfois aussi dans le Code de déontologie lorsqu'il existe.

Pour les fonctionnaires, et quelle que soit leur fonction publique d'appartenance, la violation du secret professionnel constitue une faute de service qui peut également se traduire par une sanction disciplinaire.

Coexistence d'une procédure disciplinaire et d'une procédure pénale

Lorsque des poursuites pénales sont diligentées contre le salarié ou le fonctionnaire pour violation du secret professionnel, rien n'empêche l'employeur ou l'administration de prononcer une sanction disciplinaire.

La procédure pénale impose au juge judiciaire de surseoir à statuer lorsqu'une procédure pénale en cours concerne la même affaire. Tel serait le cas si la victime de la violation du secret faisait une action en justice devant le juge civil pour demander des dommages et intérêts et une autre devant le juge pénal pour obtenir une condamnation pénale.

La procédure pénale ne suspend pas le déclenchement de la procédure disciplinaire

Cette règle ne s'applique évidemment pas à l'employeur ; elle ne concerne que le juge judiciaire. Rien n'interdit à l'employeur de prononcer une sanction disciplinaire s'il l'estime justifiée. Ceci dit, en cas de relaxe du prévenu, le juge prud'homal tiendra compte de cette décision pour se prononcer sur le bien-fondé de la sanction disciplinaire. Aussi est-il plus prudent de surseoir à la procédure disciplinaire jusqu'à ce que la décision pénale soit rendue.

Au demeurant, la Cour de cassation permet de ne faire partir le délai de prescription des fautes disciplinaires qu'à compter de la décision pénale devenue définitive. En d'autres termes, l'employeur a deux mois à compter de la décision pénale définitive pour engager la procédure disciplinaire (chambre sociale de la Cour de cassation, 6 décembre 2000).

La procédure disciplinaire est indépendante de la procédure pénale

Pour les fonctionnaires, l'administration n'est pas tenue d'attendre le déclenchement de poursuites pénales ou la décision pénale pour prononcer une sanction disciplinaire à l'égard de l'un de ses agents.

« La circonstance qu'aucun des faits retenus contre le requérant n'a fait l'objet d'une information judiciaire ne mettait pas obstacle à ce que, en raison desdits faits, il fut poursuivi disciplinairement » (Conseil d'État, 16 octobre 1935).

Points clefs à retenir

La violation du secret professionnel peut déclencher différents types de responsabilité qui se distinguent par leur objet. La responsabilité pénale vise à la condamnation de l'auteur, la responsabilité civile vise à l'obtention d'une réparation sous forme de dommages et intérêts et la responsabilité disciplinaire vise à infliger une sanction disciplinaire au salarié ou agent fautif.

Discrétion, secret professionnel et éthique professionnelle

15

1. LES LIMITES DE L'ÉTHIQUE DE LA DISCRÉTION

a L'abus d'arguments éducatifs

Nous avons développé lors de l'étude de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 novembre 1971 (voir p. 32) le concept de confidents nécessaires, qui ne s'applique pas aux éducateurs spécialisés, et les conséquences qui y sont liées notamment en matière de témoignage en justice.

L'affaire Fontaine du 21 novembre 1974 est caractéristique de ce que l'on pourrait appeler *l'abus d'arguments éducatifs* face à l'autorité judiciaire. Un abus qui peut *in fine* être contre-productif de toute forme de travail éducatif.

b Il faut distinguer l'éthique du professionnel de l'éthique professionnelle

Nous parlons de limites à l'éthique de la discrétion car différentes jurisprudences étudiées montrent qu'à maintes reprises, les professionnels de l'action sociale poursuivis en justice invoquent des arguments présentés sous le couvert de l'éthique professionnelle. Il convient de distinguer l'éthique professionnelle et l'éthique du professionnel. Les deux affaires que nous proposons d'analyser sont des exemples qui permettent de mieux situer les frontières de l'éthique.

***L'affaire Fontaine : Quand le juge rappelle les limites à l'éducateur
Cour de cassation, chambre criminelle
Audience publique du jeudi 21 novembre 1974***

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

« Rejet du pourvoi de X..., contre un arrêt de la cour d'appel de Caen, chambre des appels correctionnels, en date du 5 décembre 1973, qui, pour infraction à l'article 63-1° du Code pénal, l'a condamné à une amende de 1 000 francs avec sursis. La cour, vu le mémoire produit ; ... »

Les faits

« ... attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaque et de celles du jugement dont il adopte les motifs non contraires, que X..., éducateur au service

d'une « association pour la sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence », et qui était chargé d'exercer son action dans la rue, a pris dans la voiture dont il disposait plusieurs jeunes gens avec lesquels il avait établi des contacts et a accepté de les conduire, sans connaître leurs intentions, devant une villa qu'occupaient Y... et Z... ;

que là, les jeunes gens, après avoir commis quelques destructions dans le jardin, ont pénétré dans la maison par effraction et ont porté des coups à ces deux personnes ;

que Y... a, par une fenêtre, appelé au secours, puis a réussi à échapper à ses agresseurs, bien que ceux-ci l'aient encore malmenée, et s'est rendue à l'hôpital pour s'y faire soigner ;

que X..., qui était resté dans la voiture à proximité de la villa, a observé une passivité complète pendant que se perpétuaient ces violences ; ... »

[Commentaire. Un éducateur de prévention prend l'initiative de prendre des jeunes dans sa voiture personnelle afin de les amener devant une villa appartenant aux conjoints X. Là, ils vont commettre un certain nombre d'infractions (destructions de biens et violences sur les personnes). Il est établi que l'éducateur n'a pas participé aux faits mais a observé passivement la scène.]

Fondement de la poursuite

« ... qu'ayant été poursuivi et renvoyé devant le tribunal correctionnel, par ordonnance du juge d'instruction, pour infraction à l'article 63, alinéa 1^{er}, du Code pénal, ... »

[Commentaire. L'éducateur est poursuivi sur le fondement de l'article 63 alinéa 1^{er} de l'ancien Code pénal relatif au délit de non-empêchement de crime ou délit (actuellement prévu par l'article 223-6 alinéa 1^{er}).]

Argumentaire en défense développé par l'éducateur devant la cour d'appel de Caen

« ... attendu que, pour sa défense, X... a fait valoir qu'au moment des faits, « il se trouvait en situation de travail » ;

que son rôle n'était pas « d'intervenir entre la police et les jeunes », mais de faire en sorte que soient « sauvegardées les possibilités d'évolution » de ceux-ci ;

que « l'assimiler à un citoyen quelconque », dans les circonstances de la cause, équivaldrait à « nier toute sa méthodologie, toute sa pratique et toute son efficacité » ;

qu'en acceptant de se laisser entraîner dans « des situations professionnelles ambiguës », les éducateurs de prévention « visent toujours à répondre à l'intérêt supérieur des parties en présence », et que, par suite, des garanties particulières doivent leur être accordées ; ... »

[Commentaire. Cet argumentaire qui est principalement basé sur une conception de la profession d'éducateur spécialisé et sur le positionnement à adopter face à la police pose des questions d'ordre éthique. Peut-on invoquer les difficultés particulières liées à l'exercice de la profession pour tenter de se soustraire à des obligations citoyennes générales ? D'un point de vue professionnel, l'éducateur peut-il renvoyer un rapport à la loi aussi inconsistant et prétendre par ailleurs tenter de remettre les personnes sur « le droit chemin » ?]

Un comportement jugé inapproprié

« ... attendu que pour rejeter cette argumentation et retenir le demandeur dans les liens de la prévention, l'arrêt attaqué énonce que X... n'a pas pu ne pas avoir conscience des dangers auxquels étaient exposées les personnes victimes de l'agression ;

qu'il n'allègue même pas que son intervention aurait été de nature à lui faire courir, personnellement, un risque ;

[Commentaire. Durant l'instruction le juge s'est déplacé sur les lieux de l'infraction. Il a constaté que l'éducateur ne pouvait pas ne pas entendre les cris de l'une des victimes. C'est d'ailleurs à partir de ce constat que l'éducateur a été poursuivi. La Cour relève qu'il n'a pas tenté de faire cesser les infractions alors que manifestement il en avait la possibilité sans risque pour lui ou pour les tiers.]

que l'obligation de respecter la loi doit l'emporter, pour les éducateurs de prévention, sur le souci de ne pas perdre la confiance des jeunes dont ils ont la charge ;

que cette confiance ne saurait être acquise et conservée au prix de la méconnaissance des droits supérieurs de la société ;

que d'ailleurs, en l'espèce, il ne s'agissait pas pour X... de dénoncer des coupables, mais seulement de tenter, par une intervention immédiate et adaptée à la psychologie des jeunes, de mettre fin à une action délictueuse et d'éviter ainsi le recours à la police ; ... »

[Commentaire. Il n'est pas contestable en soi que le travail éducatif, en particulier en prévention spécialisée, implique de co-construire une relation de confiance avec les publics rencontrés. Il semble d'ailleurs ne pas y avoir véritablement débat sur cette question. La cour relève simplement que l'obligation de respecter la loi est supérieure à celle de respecter le contrat de confiance. La cour va d'ailleurs plus loin en précisant qu'il n'était pas demandé à ce professionnel de dénoncer quiconque mais seulement d'empêcher que l'infraction ne se commette. Elle relève également que l'intervention demandée aurait pu se faire de façon proportionnée en tenant compte de la psychologie des jeunes. L'action éducative adaptée à la situation aurait empêché, toujours d'après la cour, non seulement que l'infraction aille à son terme mais aussi que la police intervienne et que par voie de conséquence les jeunes soient recherchés, arrêtés puis jugés.]

Position de la Cour de cassation

« ... attendu qu'en se fondant sur ces motifs, (...) l'arrêt attaqué ne saurait encourir les griefs allégués au moyen qu'en effet, si les personnes exerçant la profession d'éducateurs de jeunes délinquants ou inadaptés sont tenues à une grande circonspection, seule compatible avec des fonctions très importantes et très délicates, elles n'en sont pas moins soumises, comme tout citoyen, à la loi ;

que l'obligation qu'imposait au demandeur l'article 63, alinéa 1^{er}, du Code pénal d'empêcher par une action immédiate un délit contre l'intégrité corporelle d'une personne, alors qu'une telle action était sans risque pour lui-même, devait prévaloir sur la crainte qu'il pouvait éprouver de compromettre éventuellement

l'efficacité de son action de prévention et de sacrifier ainsi un intérêt hypothétique ;

[Commentaire. La Cour de cassation confirme que l'argumentaire des juges du fond est entièrement recevable. On reconnaît dans cet attendu certaines formulations déjà utilisées dans l'affaire du 24 novembre 1971 sur la discrétion professionnelle. Ce qui est intéressant c'est que la Cour remet délicatement en cause l'idée selon laquelle l'intervention de l'éducateur aurait porté atteinte au contrat de confiance. L'utilisation de l'expression « sacrifier ainsi un intérêt hypothétique » confirme bien ce positionnement.]

qu'ainsi le moyen ne saurait être accueilli ;

et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

Rejette le pourvoi. »

Cette affaire montre qu'en effet le juge n'est pas en opposition face à l'argumentaire développé par cet éducateur. Il relève simplement que le choix de l'inaction sur le fondement du contrat de confiance n'est pas suffisant pour justifier, dans ce cas précis, la primauté du choix de l'éducateur sur la nécessité d'assurer, dans la limite du possible, la sécurité des biens et de personnes.

L'affaire de Nantes : un exemple de colère judiciaire

Rappel succinct des faits

Dans une affaire jugée par la cour d'appel d'Agen le 20 novembre 2001 dite « affaire de Nantes », les juges du fond avaient été particulièrement incisifs à l'égard du directeur du foyer de l'enfance et un éducateur poursuivis pour non-assistance à personne en péril.

Il s'agissait d'une jeune fille de 15 ans confiée par le parquet au foyer de l'enfance. Après avoir fugué, elle a été hébergée chez des amis et a pris contact à plusieurs reprises avec le foyer en indiquant le numéro de téléphone du domicile où elle était, ce qui aurait pu permettre de la localiser. Bien que sachant qu'elle était en danger du fait de son insulino-dépendance puisqu'elle n'avait pas son traitement pour son diabète nécessitant deux injections quotidiennes, aucune initiative n'a été prise pour mettre fin à cette situation critique.

Les explications du Directeur du foyer de l'enfance

Voici un extrait des déclarations faites aux enquêteurs par le directeur du foyer :

« Le signalement de fugue est un réflexe administratif mais il est vrai que nous préférons qu'il n'y ait pas d'intervention policière pour ramener les jeunes en fugue (...) il est vrai qu'après ces indications données par C.CA (la victime) elle-même, je n'ai pas répercuté ces informations au service enquêteur à qui j'avais signalé la fugue, car j'étais dans la logique de la nécessité d'apprivoiser C.CA et je voulais qu'elle revienne d'elle-même au foyer ».

Le directeur a été relaxé par le tribunal correctionnel mais condamné par la cour d'appel. On peut relever dans l'arrêt le passage suivant :

« Ce lundi matin après plus de 48 heures de fugue lorsqu'il n'a pas donné aux policiers tous les renseignements en sa possession, Sa. B (le directeur) en toute connaissance de cause s'est abstenu, pour des raisons de philosophie professionnelle, de permettre que soit portée assistance à l'adolescente qui se trouvait en péril, alors qu'il pouvait facilement et sans risque permettre et provoquer les secours.

(...)

L'infraction imputée à Sa.B et retenue contre lui est à l'évidence une faute non détachable du service puisque provoquée par des usages pernicioeux de la profession ».

Quant à l'éducateur, il a été relaxé au motif qu'au moment où il a quitté son service il avait bien transmis toutes les informations en sa possession et que la situation de la victime n'était pas encore critique à ce moment précis.

2. POUR UNE ÉTHIQUE DU SECRET PROFESSIONNEL

Nous avons mis en avant que le secret professionnel trouve son véritable fondement dans la relation de confiance qui lie le professionnel de l'action sociale à la personne qui sollicite son intervention à un moment donné. La confiance, matière première qui permet l'intervention du professionnel à bon escient ne peut se faire que dans un cadre sécurisé et sécurisant. Les règles relatives aux secrets professionnels constituent très précisément ce cadre.

Ce que nous appelons l'éthique du secret professionnel renvoie à sa mise en pratique et à la réflexion que l'on a sur la pratique elle-même.

Mais comme l'écrit Théo Klein¹ :

« L'éthique n'est pas une montre suisse dont le mouvement ne se trouble jamais. C'est une création permanente, un équilibre toujours prêt de se rompre, un tremblement qui nous invite à tout instant à l'inquiétude du questionnement et à la recherche de la bonne réponse. »

En d'autres termes, adopter une posture permettant l'interrogation de sa pratique du secret professionnel n'est rien d'autre qu'un moyen de se rappeler les fondements qui justifient son existence dans le champ social, médico-social et sanitaire. Or ces fondements sont aussi ceux de l'action sociale et médico-sociale qui s'inscrit globalement dans la relation d'aide qui ne peut se concevoir dans un climat de méfiance.

En fait, toute dérogation imposée au secret professionnel pour des raisons de plus grande efficacité doit nous alerter sur le sens implicite de ces dérogations.

1. Théo KLEIN, *Petit traité d'éthique et de belle humeur*, Liana Lévi, 2004, cité par Brigitte BOUQUET, « L'éthique de la déontologie comme préalable inconditionnel », *Les cahiers de l'Actif*, mars/avril 2005, n° 346-347, *Dans les méandres du secret professionnel*, p. 63-75.

L'éthique du secret professionnel, c'est aussi la défense du secret car il est porteur des valeurs qui rendent possible le vivre ensemble.

Le secret professionnel n'est pas seulement une question d'ordre technique ; il est aussi un questionnement d'ordre éthique. Aussi, il nous semble impérieux de veiller à la préservation de sa bonne utilisation car sa disparition ne serait en définitive que l'aboutissement de la société du contrôle social, en particulier des pauvres.

Points clefs à retenir

Secret professionnel et discrétion professionnelle placent, *in fine*, les acteurs dans la même obligation de respect de la vie privée de la personne qui s'adresse à eux. Les distinctions entre ces deux notions – et il n'y a pas débat sur leur existence – sont opérantes dans certaines situations que nous avons longuement étudiées. Ce qu'il y a d'essentiel c'est que la confiance doit exister à tous les niveaux de l'action sociale et médico-sociale et, par voie de conséquence, entre les professionnels eux-mêmes. Retenons aussi que les limites au secret ou à la discrétion professionnelle constituent l'une des conditions de leurs existences. Les choix de dire ou de ne pas dire, d'agir ou de ne pas agir ne peuvent alors se faire qu'en vertu de principes éthiques considérés comme supérieurs et qu'il n'y a pas lieu de juger en soi. Le seul bémol est d'être reconnu par les siens comme partageant les mêmes valeurs ; c'est toute la question de l'éthique partagée qui s'ouvre alors.

Conclusion

LES RÈGLES DE DROIT qui régissent le domaine du secret professionnel n'ont pas vocation à répondre à l'ensemble des situations rencontrées. En effet, et nous l'avons vu, il ne s'agit pas seulement d'une question technique. L'éthique y trouve une place privilégiée. Aussi les institutions du champ social et médico-social ne peuvent pas faire l'économie d'une réflexion collective afin de faire émerger une éthique partagée. C'est là, nous semble-t-il, une condition essentielle du travail d'équipe.

La connaissance de la règle juridique permet davantage de savoir où se situe la frontière où commence la responsabilité. Chacun pourra alors se positionner en connaissance de cause. L'éthique est une garantie morale fondée sur une conception de la pratique professionnelle qui s'ajoute aux garanties juridiques. La responsabilité consiste alors à assumer pleinement ses choix.

En définitive, réfléchir la question du secret professionnel ne se réduit pas à en connaître les règles, mais s'inscrit davantage dans une démarche continue de questionnement des pratiques afin de garantir à l'utilisateur un droit fondamental qui est celui du respect dû à sa vie privée. Cette garantie ne pourra se faire qu'à partir du moment où l'institution mettra en place les moyens de veille indispensables. Moyens qui, rappelons-le, consistent à nommer systématiquement un gardien de la règle juridique et éthique chargé de lui donner vie au sein même de l'établissement ou du service.

Bibliographie sélective

3. OUVRAGES

ANDRÉ Bertrand, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Paris : LITEC, 1999, 222 p.

VERON Michel, *Droit pénal spécial*, Paris : ARMAND COLLIN, 2002, 381 p.

VIGOUROUX Christian, *Déontologie des fonctions publiques*, Paris : DALLOZ, 2006, 786 p.

RASSAT Michèle-Laure, *Droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers*, Paris : DALLOZ, 2004, 701 p.

RENAULT-BRAHINSKY Corinne, *Procédure pénale*, Paris : GUALINO ÉDITEUR, 2006, 511 p.

ROSENCZVEIG Jean-Pierre, VERDIER Pierre, *Le secret professionnel en travail social*, Paris : DUNOD, 1999, 152 p.

4. ARTICLES

ALLAIX Michel, « Signalement et secret professionnel », *La Gazette*, 7 février 1994, p. 65-68.

« Le secret professionnel des travailleurs sociaux », *Travail Social Actualité*, 27 décembre 1985, p. 9-13.

ALT-MAES, Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel, *Revue de Sciences Criminelles*, avril-juin 1998, p. 301-313.

BOUDJEMAÏ Michel, « Secret professionnel des travailleurs sociaux et droit pénal », *Sauvegarde de l'enfance*, volume 56, n° 3, 2001, p. 134-141.

CALLOCH Pierre, « Secret professionnel : du devoir de se taire à la révélation », *Travail Social Actualité Hebdo*, 31 août 2007.

Les Cahiers de l'Actif, Dans les méandres du secret professionnel... Quelques repères

incontournables et recommandations de bonnes pratiques, p. 5-170.

Juris-Classeur pénal, article 226-13 et 226-14, fascicule 10, 10 janvier 2005.

LHULLIER Jean-Marc, Les exceptions infirment la règle, *ASH Magazine*, mars/avril 2007, p 50-53.

THOUVENIN Dominique, « Révélation d'une information à caractère secret », *Juris-Classeur pénal*, Édition du Juris-Classeur, 1998, fascicule 10.

TREMINTIN Jacques, Qu'en est-il du secret professionnel ?, *Lien social*, 15 février 2007, p. 11.

TREMINTIN Jacques, « L'honneur retrouvé d'une assistante sociale », *Lien social*, 15 février 2007.

VACHON Jérôme, « Procès Montjoie : conséquences d'un dialogue manqué », *Actualités Sociales Hebdomadaires*, 8 septembre 1994, p. 11-15.

5. FILMS

Cas de conscience (1), un film pour débattre, collection « Le signalement des maltraitances entre risque et nécessité », Mosaïque Film Reims et CRDP de Champagne-Ardenne, 1997.

Secret professionnel (2), un film pour débattre, collection « Le signalement des maltraitances entre risque et nécessité », Mosaïque Film Reims et CRDP de Champagne-Ardenne, 1997.

6. LOIS, DÉCRETS, CIRCULAIRES, RAPPORTS

Circulaire générale présentant les nouvelles dispositions du Code pénal, Direction des Journaux Officiels, septembre 1993, 427 p.

Secret Professionnel et travail social, Rapport du ministère de la Justice, du Travail et des Affaires sociales, 21 juin 1996.

LE SECRET PROFESSIONNEL EN ACTION SOCIALE

Le secret professionnel est l'un des éléments structurels du travail social. Tout étudiant qui se destine aux métiers de l'action sociale se doit d'en comprendre les aspects éthiques et d'en maîtriser le cadre juridique. L'analyse proposée dans cet ouvrage prend acte de ces différents paramètres pour en exposer la matière de manière dynamique :

- les professionnels astreints au secret professionnel ou tenus à la discrétion professionnelle ;
- les hypothèses où la loi impose ou autorise la levée du secret professionnel ;
- la combinaison de l'obligation de se taire et des obligations de parler ;
- le témoignage en faveur d'un innocent ;
- l'inopposabilité absolue du secret professionnel et le secret professionnel partagé ;
- le secret professionnel au cours de l'enquête policière et face à la justice ;
- le secret professionnel, la protection de l'enfance et la prévention de la délinquance ;
- les conséquences de la violation du secret professionnel.

MICHEL BOUDJEMAÏ

est juriste,
formateur consultant
et intervenant à l'IRTS
de Champagne-Ardenne
et à l'Université de Reims.

LES +

- ☐ Des exemples nombreux, tirés de jurisprudences variées
- ☐ Le résumé de chaque fiche en « Points clefs à retenir »
- ☐ Une bibliographie pour aller plus loin