

Protéger ? Dénoncer ? Renseigner ? Témoigner ?

Le devoir de fonction du personnel de la FASE en possession d'informations confidentielles.

**Etude réalisée, à la demande du Bureau de la FASE,
par Yves Delessert,
juriste, formateur HETS-IES et ancien animateur socioculturel.**

Table des matières

Préambule :	2
Qu'est-ce que le devoir de fonction ?	3
a) Selon le droit pénal	3
b) Selon le droit cantonal :	4
Qui est soumis au devoir de fonction ?.....	6
La détention d'informations ne concernant pas des infractions pénales.....	6
Le partage du secret.....	8
La détention d'informations concernant des infractions pénales	9
La levée du secret de fonction et le témoignage des personnes soumises au devoir de fonction.....	11
Conclusion.....	12
Schéma récapitulatif	12
Législation	13
Bibliographie.....	16

Préambule :

Protéger ? Dénoncer ? Renseigner ? Témoigner ? Dans le domaine du travail social, ces questions ont longtemps été portées par les assistant sociaux qui, pour pouvoir travailler en réseau, ont dû briser le mythe de l'assistant social qui emporte dans sa tombe les secrets de famille qu'on lui a confiés, puis par les éducateurs qui ont dû définir et redéfinir leurs relations avec la justice, notamment celle des mineurs. Privilégiant l'action collective aux relations individuelles et s'adressant à une tranche large de la population plutôt qu'à des personnes marginalisées, les animateurs socioculturels ont longtemps échappé à ces questions.

On peut dire malheureusement qu'aujourd'hui non seulement ce temps est révolu et que ces questions touchent de plein fouet l'animation socioculturelle, mais également qu'elles touchent ce milieu de manière particulièrement complexe.

En effet, comme l'écrivait il y a une année son secrétaire général¹, la FASE constate « une évolution inquiétante des situations d'agressions et de maltraitances graves vécues, dans d'autres contextes, par des participantes et participants aux actions d'animation. Des victimes et parfois des agresseurs ont choisi d'en parler à des animatrices et des animateurs de centres et TSHM. Ces confidences résultent des relations de confiance que les collaborateurs et collaboratrices de la FASE ont su développer dans le cadre de leur action». Cette citation amène le juriste à faire deux remarques :

1. Lorsque qu'il reçoit des informations sur des agressions ou des maltraitances, qu'elles viennent de l'agresseur, de la victime ou de tiers, le personnel de la FASE reçoit effectivement des informations confidentielles qui entrent dans le cadre du devoir de fonction, sans préjuger de l'issue que ce devoir de fonction réservera au traitement de cette information. Toujours est-il que l'on n'est plus dans les informations collectives et notoires que le personnel de la FASE avait l'habitude de détenir.
2. Le contexte dans lequel ces informations confidentielles sont récoltées est un facteur de complexité : il ne s'agit pas de l'officialité d'un service social ou du cadre bien défini d'un foyer d'éducation, mais d'un lieu d'accueil qui ressemble à un bistrot, ou d'un préau d'école, voire d'une cour d'immeuble. Ces informations sont-elles réellement récoltées dans le cadre d'une fonction étatique ? L'auteur des informations savait-il que le récepteur de l'information agissait dans le cadre de cette fonction ? Comment traiter l'information ainsi récoltée en respectant son devoir de fonction et néanmoins maintenir la relation de confiance essentielle à l'exercice de sa fonction ?

C'est à ces questions que cette étude tente de répondre, en essayant de rassembler la doctrine et la jurisprudence en la matière et en procédant beaucoup par analogie, tant il est vrai que la documentation juridique de droit suisse est inexistante en la matière.

¹ Consignes de la FASE sur l'obligation de dénoncer les crimes poursuivis d'office du 27 février 2006

Qu'est-ce que le devoir de fonction ?

a) Selon le droit pénal

Bien qu'il en soit l'une des composantes essentielles, le devoir de fonction ne peut pas être limité au simple secret de fonction. Si l'on prend le code pénal suisse comme point de départ, on constate qu'il fixe deux limites principales à ce devoir de fonction.

Premièrement, à l'art. 320 CP², il institue un secret de fonction et réprime la violation de ce secret, nous aurons l'occasion de revenir plus loin sur cette disposition.

Deuxièmement, à l'art. 14 CP, il prévoit que la loi peut parfois autoriser ou obliger quelqu'un à commettre une infraction pénale.

Ainsi le pompier qui se rend sur les lieux d'un incendie au volant d'un véhicule du service du feu sirène et gyrophares enclenchés ne commet pas d'infraction lorsqu'il passe au feu rouge et emboutit une voiture³.

Cet article est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007 et remplace l'ancien art. 32 CP qui, lui, mentionnait expressément les devoirs de fonction et de profession comme motifs justificatifs pour commettre une infraction pénale. Dès lors, on peut se demander si le législateur, en supprimant la référence au devoir de fonction comme motif justificatif pour commettre une infraction, n'a pas voulu l'exclure totalement. La réponse à cette question se trouve dans le Message du Conseil fédéral⁴ qui accompagne la modification du code pénal entrée en vigueur en début d'année:

« Le nouvel article 14 P limite les sources de justification à l'obligation légale (Gesetzspflicht) et à l'autorisation légale (Gesetzeserlaubnis). Il ne mentionne plus le devoir de fonction (Amtspflicht) ni le devoir professionnel (Berufspflicht), qui ne constituent pas, de l'avis unanime de la doctrine, une source justificative autonome. La mention du devoir de fonction et du devoir professionnel ne peut dès lors qu'induire en erreur en faisant penser que l'accomplissement de ces devoirs peut justifier une infraction même s'il ne s'appuie pas sur une loi. »

Autrement dit, le devoir de fonction comme motif justificatif n'est pas remis en cause avec l'introduction du nouvel art. 14CP, du moment que ce devoir repose sur une loi.

Ainsi le véhicule du feu qui a embouti la voiture en passant au feu rouge n'est pas impunissable au nom d'un devoir de fonction général et abstrait, mais en vertu de l'art. 100 al. 4 de la Loi sur la circulation routière :

«Lors de courses officielles urgentes, le conducteur d'un véhicule du service du feu, du service de santé ou de la police qui aura donné les signaux d'avertissement nécessaires et observé la prudence que lui imposaient les circonstances ne sera pas puni pour avoir enfreint les règles de la circulation ou des mesures spéciales relatives à la circulation. »

² Toutes les bases légales citées dans cette étude sont reproduites en pages 11 à 14.

³ Arrêt du TF du 4 août 2003 6S.162/2003

⁴ Feuille fédérale 1998 p. 1811

En résumé, la personne investie du devoir de fonction doit non seulement garder le secret sur les informations récoltées dans le cadre de sa fonction, mais parfois elle peut ou doit également agir, toujours dans le cadre de cette fonction, de manière répréhensible pour le commun des mortels, lorsque ces agissements reposent sur une loi.

Certes, les animateurs de la FASe ne peuvent pas justifier par le devoir de fonction des comportements téméraires et risqués au même titre que les policiers ou les pompiers, mais on verra plus loin que l'art. 14 CP revêt une certaine importance dans le devoir de dénoncer.

b) Selon le droit cantonal :

Comme on l'a dit au chapitre précédent, le devoir de fonction doit reposer sur une loi, et cette loi ne peut pas être le code pénal qui se contente de fixer deux limites à ce devoir sans le définir d'aucune manière.

C'est donc le droit cantonal⁵ qui doit définir le devoir de fonction et son étendue. Le tribunal fédéral l'a rappelé à maintes reprises à propos de l'application de l'ancien art. 32 CP.

Ainsi le droit des enseignants, éducateurs ou animateurs de corriger physiquement un enfant ne peut être admis que s'il existe une norme cantonale qui inclut ce droit dans la fonction et qui rend ainsi la correction impunissable en vertu de l'art. 32 CP et pour autant qu'elle soit proportionnelle à la faute de l'enfant. Aucun canton n'ayant adopté ce genre de norme, le droit de correction est donc interdit aux professionnels de l'enfance⁶.

Cependant, on ne peut pas dire que les cantons se soient pourvus de normes précises pour définir le devoir de fonction. Cette notion reste donc assez floue et il peut arriver qu'une fonction s'exerce sans qu'aucune norme ne définisse l'étendue du secret auquel elle est astreinte. Cette absence norme est comblée par la jurisprudence, qui consacre toujours le principe de l'administration secrète⁷. Autrement dit, à défaut de norme applicable, on doit partir du principe que l'activité de l'administration est secrète et que donc toute révélation à des tiers tombe sous le coup de l'art. 320 CP. En revanche, comme on l'a vu au chapitre précédent, l'absence de normes applicables au devoir de fonction empêche le titulaire de ce devoir de justifier une infraction pénale au moyen de l'art. 14 CP.

Pour en venir au canton de Genève, on peut dégager certains principes de la législation cantonale. Ainsi l'art 9A de la Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (LPAC) consacre le principe du secret de fonction des membres de la fonction publique pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions qui ne sont pas publiques ou accessibles en vertu de la Loi sur l'information du public et l'accès aux documents (LIPAD). Autrement dit, tout ce qui n'est pas public ou accessible en vertu de la LIPAD est soumis au secret de fonction en vertu de la LPAC.

⁵ Ce sera le droit cantonal pour les fonctionnaires dépendant du canton ou des communes, mais le droit fédéral pour les fonctionnaires fédéraux.

⁶ ATF 117 IV 14, le raisonnement du TF serait exactement le même avec le nouvel art. 14 CP.

⁷ ATF 107 la 304, dit « arrêt Fuchs »

La LPAC ne s'applique pas directement au personnel de la FASE, mais il est intéressant d'en connaître les principes qui inspirent l'ensemble de l'administration genevoise de même que les fondations et les établissements de droit public.

Plus proche de l'animation, la Loi sur l'office de la jeunesse pose à son art. 7 des principes importants quant au secret de fonction du personnel de l'office. Le personnel est soumis au secret de fonction, mais la transmission des renseignements utiles aux autorités et services appelés à s'occuper de la situation de mineurs est possible lorsque le bien du mineur le justifie et qu'il n'en résulte aucun inconvénient dans l'action sociale, juridique ou médicale des services de l'office. Les services peuvent en plus échanger des informations utiles aux mineurs avec d'autres personnes ou services tenus au secret de fonction ou professionnel.

Il est difficile de savoir si l'art. 7 de la Loi sur l'office de la jeunesse s'applique au personnel de la FASE. Cette question peut être laissée en suspens, car si cette loi ne s'applique pas directement à la FASE et à son personnel en raison du fait que la FASE n'est pas un service de l'Office de la jeunesse au sens de l'art. 2, elle s'applique à son sens indirectement pour deux raisons.

Premièrement, la Loi relative aux centres de loisirs et de rencontres et à la Fondation genevoise pour l'animation socioculturelle fait dans son préambule une référence explicite à la Loi sur l'office de la jeunesse.

Deuxièmement, le dispositif réglementaire de la FASE ne contient pas de description du devoir de fonction, si l'on excepte l'art. 49 de la Convention collective qui mentionne un devoir de discrétion du personnel et l'interdiction qui lui est faite de recevoir des avantages qui pourraient compromettre son indépendance. Faute de disposition spécifique, il est donc assez logique que l'on s'en remette à la loi la plus proche citée en référence et qui contient elle une description du devoir de fonction, tout au moins du secret de fonction.

Autrement dit, même si un travailleur de la FASE ne pouvait pas être sanctionné administrativement pour violation de l'art. 7 de la Loi sur l'office de la jeunesse, cet article pourrait néanmoins servir de référence au juge pour déterminer si ce travailleur a commis une violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 CP.

Selon Edouard Barde⁸, l'art. 7 de la loi sur l'office de la jeunesse étend la sphère protégée par le droit fédéral et l'art. 320 CP. En effet, il n'est plus question de secret, mais de « tous les renseignements qui leur sont confiés ou dont ils ont connaissance », cette nuance peut avoir son importance dans le cadre de l'animation. On peut concevoir qu'une information ne soit plus secrète du moment qu'elle est connue d'un grand nombre de jeunes d'un quartier, elle n'en reste pas moins protégée par l'art. 7 de la loi sur l'office de la jeunesse en tant que renseignement confié ou porté à la connaissance d'un travailleur de la FASE.

Un autre aspect du devoir de fonction est prévu à l'art. 11 du Code genevois de procédure pénale : celui de dénoncer sur le champ au Procureur général les crimes et les délits poursuivis d'office dont la personne soumise au devoir de fonction a eu connaissance dans l'exercice de sa fonction. Ce devoir peut parfois s'opposer au secret de fonction, on verra plus loin comment résoudre ces dilemmes.

Pour finir, l'art. 46 du Code genevois de procédure pénale et l'art. 227 al. 2 du Code genevois de procédure civile empêchent le témoignage en justice d'une personne

⁸ Semaine judiciaire 1970 n° 32 p. 504

soumise au secret de fonction si elle n'a pas été relevée de son secret par l'autorité supérieure compétente. Cette possibilité d'être relevé de son secret de fonction existe également dans le code pénal à l'art. 320 al. 2 CP.

En résumé, après ce tour d'horizon des bases légales qui réglementent le devoir de fonction et notamment celui du personnel de la FASE, on peut dire que c'est un ensemble de droits et de devoirs auxquels sont soumises les personnes qui accomplissent une tâche étatique. En cela il représente le pendant public des droits et des devoirs des travailleurs du secteur privé, à la différence près que le devoir de fonction découle de la loi (ou de plusieurs lois comme on l'a vu précédemment) tandis que les droits et les devoirs des travailleurs du secteur privé découlent d'un contrat de travail, et à défaut d'une convention collective, un contrat-type ou du titre Xème du code des obligations.

Qui est soumis au devoir de fonction ?

Il serait trompeur d'associer devoir de fonction et fonctionnaire. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, et un peu en contradiction avec ce qui vient d'être dit au paragraphe précédent, une personne peut être au bénéfice d'un contrat de travail de droit privé et néanmoins être soumise au devoir de fonction. Le personnel de la FASE en est un bon exemple. Pour définir le cercle des personnes soumises au devoir de fonction, on peut se référer au cercle des personnes désignées par les différentes lois cantonales sur la responsabilité de l'Etat et des communes. Ces lois décrivent les personnes qui, commettant des actes illicites fautifs dans le cadre de leur fonction, ne peuvent pas être directement poursuivies civilement par les tiers qui doivent alors s'adresser à l'Etat pour obtenir la réparation de leur préjudice. Si la législation vaudoise désigne de manière très précise le cercle de ces personnes, la loi genevoise est beaucoup plus laconique. En effet, à ses art. 1 & 2, la loi désigne « les magistrats, fonctionnaires et agents dans l'exercice de leur fonction ou l'accomplissement de leur travail ». Mais l'art. 9 étend l'application de la loi aux « autres corporations et établissements de droit public dotés de la personnalité », donc à la FASE.

A noter que ce n'est pas le rapport de travail qui crée le devoir de fonction, et que les membres de commissions officielle, du même que les membres du conseil de fondation de la FASE sont également soumis au devoir de fonction, quand bien même ils n'en sont pas des travailleurs.

Après cette présentation générale du devoir de fonction, de ses bases légales et des personnes qui y sont soumises, nous allons étudier comment s'articule le droit autour des différents cas de figure qui peuvent se présenter au personnel de la FASE lorsqu'il détient des informations.

La détention d'informations ne concernant pas des infractions pénales

Contrairement à d'autres fonctions étatiques qui récoltent des informations très ciblées dans un cadre très défini (Service des automobiles et de la navigation, administration fiscale...), le personnel de la FASE a besoin d'informations générales, mais nombreuses sur la population d'un quartier ou d'une commune s'il entend remplir sa mission correctement. En effet, plus on connaît de personnes, plus le lien social peut se tisser. Or connaître une personne, c'est posséder des informations sur elle. Si toutes ces informations étaient frappées du sceau du secret, la mise en

relation entre les personnes serait très difficile. Bien que l'on ait vu au chapitre précédent que le secret de fonction devait être étendu à tous les renseignements qui sont confiés ou dont on a connaissance, il convient, de tempérer cette affirmation par quelques précisions utiles, tirées de la doctrine et de la jurisprudence

Pour être qualifiée de secret au sens de l'art. 320 CP, l'information doit être connue d'un cercle restreint de personnes⁹. L'information notoire n'est pas protégée, il en va de même de l'information, certes connue d'un cercle restreint de personnes, mais que tout un chacun pourrait connaître s'il prenait la peine de se renseigner.

Ainsi la divulgation de la mise en faillite d'un commerçant du quartier n'est pas un secret du moment qu'elle a été publiée dans la Feuille d'avis officielle .

Il en va de même de l'information qu'un jeune fréquentant un centre a interrompu son apprentissage, du moment que tous les travailleurs de l'entreprise sont au courant et que ses camarades du CEPTA également. Le fait que les parents du jeune l'apprennent par la bouche de l'animateur du centre ne constitue pas une infraction à l'art. 320 CP.

Il faut également que la personne sur qui on détient une information ait un intérêt légitime digne de protection à ce que l'information ne soit pas divulguée¹⁰ et qu'elle manifeste la volonté de faire respecter cet intérêt.

Ainsi les parents qui transmettent le montant de leurs revenus pour la fixation du barème d'un camp pour leur enfant ont l'intérêt légitime de la protection de leur sphère privée à faire valoir pour que le centre maintienne l'information confidentielle. Mais s'ils divulguent cette information aux autres parents lors de la séance d'information pour le camp, l'information n'est pas encore notoire, mais ces parents ont manifesté leur volonté de ne pas faire valoir cet intérêt légitime.

Il faut encore que l'information porte sur des faits, et non sur des opinions. La divulgation d'appréciations subjectives sur des personnes tombe sous le coup des infractions contre l'honneur si elles sont disqualifiantes.

Ainsi révéler qu'une personne du quartier est membre d'un groupe d'extrême droite peut tomber sous le coup de l'art. 320 CP si l'information est vraie, ou sous celui de la calomnie (art. 173 CP) ou de la diffamation (art. 174 CP) si l'information est fausse.

Prétendre devant des tiers que cette personne est fasciste relève de l'opinion et non du fait, et ne peut donc tomber sous le coup de l'art. 320 CP, mais seulement sous celui des art. 173 et 174 CP¹¹.

Il faut pour finir que le renseignement ait été récolté dans le cadre de la fonction. Comme on l'a vu dans le préambule, c'est là que la difficulté réside pour le personnel de la FASE. Si le fonctionnaire du Service des automobiles et de la navigation n'est plus en fonction dès qu'il quitte son lieu de travail, l'animateur qui fait ses courses à la Migros un jour de congé et qui tombe sur une mère d'un mineur qui fréquente le centre où il travaille peut-il prétendre ne pas être dans sa fonction ? Un TSHM qui

⁹ Tanquerel p. 54, Corboz p. 622 et les ATF 114 IV 44, 126 IV 242 et 127 IV 125.

¹⁰ Tanquerel p. 55, Corboz p. 623

¹¹ La différence entre la diffamation et la calomnie tient dans le fait que le calomniateur sait que ses allégations sont fausses.

vient de finir sa soirée, va boire le dernier verre et rencontre des jeunes dans le bistrot est-il encore en fonction ? Pour résoudre cette difficulté, il faut à mon sens partir du principe que le personnel de la FASE est toujours en fonction dès qu'il s'adresse à des personnes en lien avec son travail, excepté le cercle restreint de ses amis et de sa famille.

A noter pour finir que le secret de fonction ne protège pas seulement les particuliers sur qui des informations sont détenues, mais également l'Etat contre ces particuliers. La personne tenue au secret de fonction ne peut ainsi transmettre des informations administratives confidentielles à la population. C'est même dans ce sens que la jurisprudence à propos de l'art. 320 CP est la plus abondante.

Se rend ainsi coupable d'infraction à l'art. 320 CP l'assistante sociale qui, ayant appris que l'autorité tutélaire et la police allaient se rendre dans le foyer où était hébergée l'une de ses cliente et ses deux enfants pour accompagner cette famille à la frontière, téléphone à cette cliente qui a le temps de mettre ses enfants à l'abri¹².

Le partage du secret

Lorsqu'il détient une information connue d'un cercle restreint de personnes et qu'il y a un intérêt légitime à ce que cette information reste confidentielle, le travailleur de la FASE peut-il néanmoins la partager avec des collègues, voire avec d'autres services ? Selon Tanquerel, le principe qui prévaut est celui de la non transmission mais il y a des exceptions inévitables dues à l'organisation des services. Ainsi le partage de l'information entre collègues de la même unité administrative est admis, de même qu'envers les supérieurs hiérarchiques¹³. Le problème à la FASE est de savoir ce qu'est une unité administrative. S'arrête-t-elle au centre ? Aux centres d'une même commune ou d'un même quartier ? Les membres du comité de gestion, en tant qu'employeur quotidien, peuvent-ils être considérés comme des supérieurs hiérarchiques ? Ces questions peuvent être résolues par l'application du principe de proportionnalité : on ne transmet que ce qui est utile au récepteur et en prenant en compte l'intérêt de la personne sur qui porte l'information, et rien de plus. C'est d'ailleurs le sens de l'art. 7 de la loi sur l'office de la jeunesse. Ainsi la transmission d'une information aura tantôt une utilité pour le comité de gestion, tantôt pour le centre voisin, tantôt pour le secrétariat général de la FASE¹⁴.

Quant à la transmission d'informations à l'extérieur de la FASE et des centres, elle est possible s'agissant de mineurs aux conditions de l'art. 7 al. 2 de la loi sur l'office des mineurs. S'agissant de majeurs, Knapp¹⁵ estime que l'entraide administrative est admise lorsque le service demandeur pourrait obtenir ces renseignements de son propre chef.

¹² Arrêt du TF du 12 mai 2005 6S.488/2004

¹³ Tanquerel p. 61

¹⁴ Il est intéressant de savoir que l'enseignement primaire, secondaire, postobligatoire, le Service santé jeunesse, le Service médico-pédagogique et le Service de protection des mineurs forment une même unité administrative dans laquelle les informations utiles sur les élèves circulent librement en vertu de l'art. 7 al. 2 de la loi sur l'Office de la jeunesse. Sachant cela, on pourrait prétendre que la FASE dans son ensemble forme également une entité administrative, mais l'application du principe de proportionnalité me semble plus adapté.

¹⁵ Knapp n° 679

Ainsi à mon sens, les renseignements demandés par la police au personnel de la FASE doivent être donnés si ces informations peuvent être récoltées d'une autre manière par les services de police, et si la collaboration du personnel de la FASE ferait gagner un temps précieux.

La détention d'informations concernant des infractions pénales

Comme l'a rappelé le secrétaire général de la FASE cité en préambule, le souci actuel qui a motivé cette étude est le nombre important de révélations faites au personnel de la FASE concernant des faits constitutifs d'infractions pénales. Ces révélations sont-elles également couvertes par le secret de fonction ? On peut répondre clairement non pour deux raisons :

1. Une infraction pénale, ou un acte illicite fautif ayant causé un dommage à des tiers, ne peut constituer un intérêt légitime au maintien du secret.
2. Lorsqu'il a défini le devoir de fonction, le droit cantonal genevois a clairement voulu, au moyen de l'art. 11 du code de procédure pénale, exclure du secret de fonction les crimes et les délits dont ont connaissance les agents de l'Etat soumis à ce devoir.

On peut ainsi dégager deux niveaux de dénonciation pour les personnes soumises au devoir de fonction:

Il y a dénonciation facultative des contraventions (c'est-à-dire les infractions passibles d'une amende comme peine la plus grave) et des crimes et des délits qui ne sont poursuivis que sur plainte. Les informations récoltées au sujet de ces infractions ne sont pas soumises au secret de fonction, mais l'agent qui les détient n'a pas l'obligation de les dénoncer au Procureur général.

Il y a dénonciation obligatoire des crimes et des délits (c'est-à-dire les infractions passibles d'une peine privative de liberté comme peine la plus grave) poursuivis d'office, ces infractions doivent être dénoncées sur le champ au Procureur général.

Il convient cependant de mettre quelques nuances au système. Les animateurs, et encore plus les TSHM, doivent travailler sur la confiance pour faire un véritable travail de prévention, notamment avec les jeunes. Lorsqu'ils agissent dans le cadre de la mission de prévention socio-éducative consacrée à l'art. 2 de la Loi relative aux centres de loisirs et de rencontre et à la Fondation genevoise pour l'animation socioculturelle, les travailleurs de la FASE peuvent invoquer leur devoir de fonction et l'art. 14 CP pour justifier une omission de dénoncer, pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté.

Si la consommation de stupéfiants est une contravention (art. 19a de la Loi fédérale sur les stupéfiants [LStup]), la plantation, la récolte et la transformation du chanvre est un délit du moment que l'on donne une partie de sa récolte à des amis sans la consommer avec eux (art. 19 & 19b LStup). Quel TSHM peut prétendre n'avoir jamais vu ou entendu parler de ce genre de pratique ? Doit-il dénoncer sur le champ les auteurs au Procureur général ? S'il le faisait, il pourrait changer de commune ou de quartier, car plus aucun jeune ne lui ferait confiance.

L'animateur du secteur adolescent qui sait que deux bandes rivales du quartier s'adonnent à des rixes régulières (délict selon l'art. 133 CP) alors que le centre est le seul lieu où les deux bandes se parlent, doit-il

dénoncer les jeunes qui prennent part à ces rixes, sous peine de voir son centre déserté et de priver les bandes de leur seul endroit de communication ?

On doit donc, à mon sens, admettre que le devoir de fonction du personnel de la FASE peut justifier la non dénonciation de certains délits pour autant que cet acte soit nécessaire à l'accomplissement de la mission de la FASE telle qu'elle est définie dans la loi.

Mais lorsqu'il entend invoquer le devoir de fonction pour refuser de dénoncer, le titulaire de ce devoir doit, en plus de la loi, strictement respecter le principe de la proportionnalité, c'est-à-dire se poser ces trois questions :

1. Est-ce qu'il y a un intérêt public (par exemple la mission de prévention qui serait anéantie auprès des jeunes du quartier) ou un intérêt légitime de la personne que je protège (« il vient de commencer un boulot, c'est vraiment pas le moment qu'il ait des histoires avec la justice ») pour justifier ma non-dénonciation ?
2. De toutes les mesures que je peux prendre pour atteindre cet intérêt public ou l'intérêt légitime de la personne que je protège, n'y en a-t-il pas une qui ne m'obligerait pas à violer mon devoir de dénoncer ?
3. Si je fais une pesée d'intérêt sérieuse et honnête entre l'intérêt à ne pas dénoncer et celui de dénoncer, en pensant non seulement à ma mission de prévention, mais également aux victimes des infractions et au bilan social de celles-ci, la balance penche-t-elle vraiment du côté de la non-dénonciation ?

Il suffit de répondre « non » à l'une de ces trois questions pour violer le principe de la proportionnalité qui régit toute activité étatique, et par là même commettre une infraction qui ne sera pas justifiée par l'art. 14 CP.

Lorsque la non-dénonciation n'est pas justifiée, soit parce que le devoir de fonction invoqué n'est pas conforme à la loi, ou soit parce que le principe de la proportionnalité n'a pas été respecté, il y a non seulement violation de l'obligation de dénoncer de l'art. 11 du code de procédure pénale (ce qui n'engendre pas de peine à proprement parler, mais éventuellement une sanction administrative), mais il peut y avoir entrave à l'action pénale (art. 305 CP), ou violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP) voire, dans les cas graves où l'omission de dénoncer a concrètement favorisé la répétition ou le prolongement de l'infraction, complicité de l'infraction non dénoncée¹⁶.

Peut commettre une infraction à l'art. 305 CP l'animateur qui ne dénonce pas un jeune qu'il sait recherché par la police pour des délits graves. Cet acte peut difficilement s'inscrire dans la mission de prévention prévue dans la loi.

La directrice d'une école pour mineurs handicapés commet une infraction à l'art. 219 CP si elle décide de régler à l'interne un abus sexuel d'un élève sur une fillette handicapée de 8 ans, ce qui permettra à l'auteur de recommencer quelques temps plus tard sur une autre fillette.¹⁷

¹⁶ Rey ne va pas aussi loin : il mentionne les art. 305 & 219 CP, mais ne parle pas de la complicité (p. 22)

¹⁷ ATF 125 IV 64

Les révélations faites au personnel de la FASE concernant des infractions pénales peuvent être l'œuvre des victimes, des auteurs, de témoins, ou de personnes ayant indirectement entendu parler de l'affaire. Il faut être particulièrement vigilant avec cette dernière catégorie : l'obligation de dénoncer porte sur des crimes et des délits dont on a eu connaissance, et non sur de simples rumeurs. C'est au personnel de la FASE de trier le bon grain de l'ivraie en usant de son bon sens et de la connaissance qu'il a du terrain. S'agissant d'infractions graves portée par la rumeur, il vaut mieux dans le doute dénoncer si l'information comporte un degré raisonnable de vraisemblance, car le Procureur général pourra toujours ouvrir une instruction pour établir les faits.

La levée du secret de fonction et le témoignage des personnes soumises au devoir de fonction.

Comme le prévoit l'art. 320 al. 2 CP, la personne soumise au devoir de fonction qui désirerait révéler une information soumise au secret de fonction doit se faire relever de son secret par l'autorité supérieure. Le cas le plus fréquent sera le témoignage en justice (art. 46 du Code de procédure pénale et art. 227 al. 2 du code de procédure civile), mais d'autres situations peuvent se présenter, comme l'intervention dans les médias lorsque le sujet risque d'aborder des informations protégées par le secret de fonction, ou lorsque la personne est partie à une action en justice comme demandeur ou comme défendeur, et que son action en justice ne peut se faire sans la révélation d'informations soumises au secret de fonction.

L'art. 46 du code de procédure pénale porte non seulement sur le témoignage lors de procès, mais également sur les auditions préliminaires de police ou auprès d'un juge d'instruction. Il ne porte pas sur les questions posées par la police lors d'enquêtes sur le terrain lorsque celles-ci, comme on l'a vu, portent sur des éléments que la police pourrait se procurer par d'autres moyens.

Ainsi à mon sens, les questions posées par la police lors d'une visite de terrain portant sur le fait de savoir si tel ou tel jeune fréquente régulièrement le centre et si il y rencontre tel ou tel autre jeune n'est pas soumise au secret de fonction, car il s'agit d'informations notoires que la police pourrait obtenir sans le concours du personnel du centre. Celui-ci a en principe le droit de connaître de quoi est soupçonné le jeune en question, ne serait-ce que pour savoir si l'infraction soupçonnée entre dans son obligation de dénoncer. Si le personnel du centre refuse de répondre aux questions de la police et qu'il est convoqué pour une audience à l'Hôtel de police, il devra demander à être relevé de son secret de fonction.

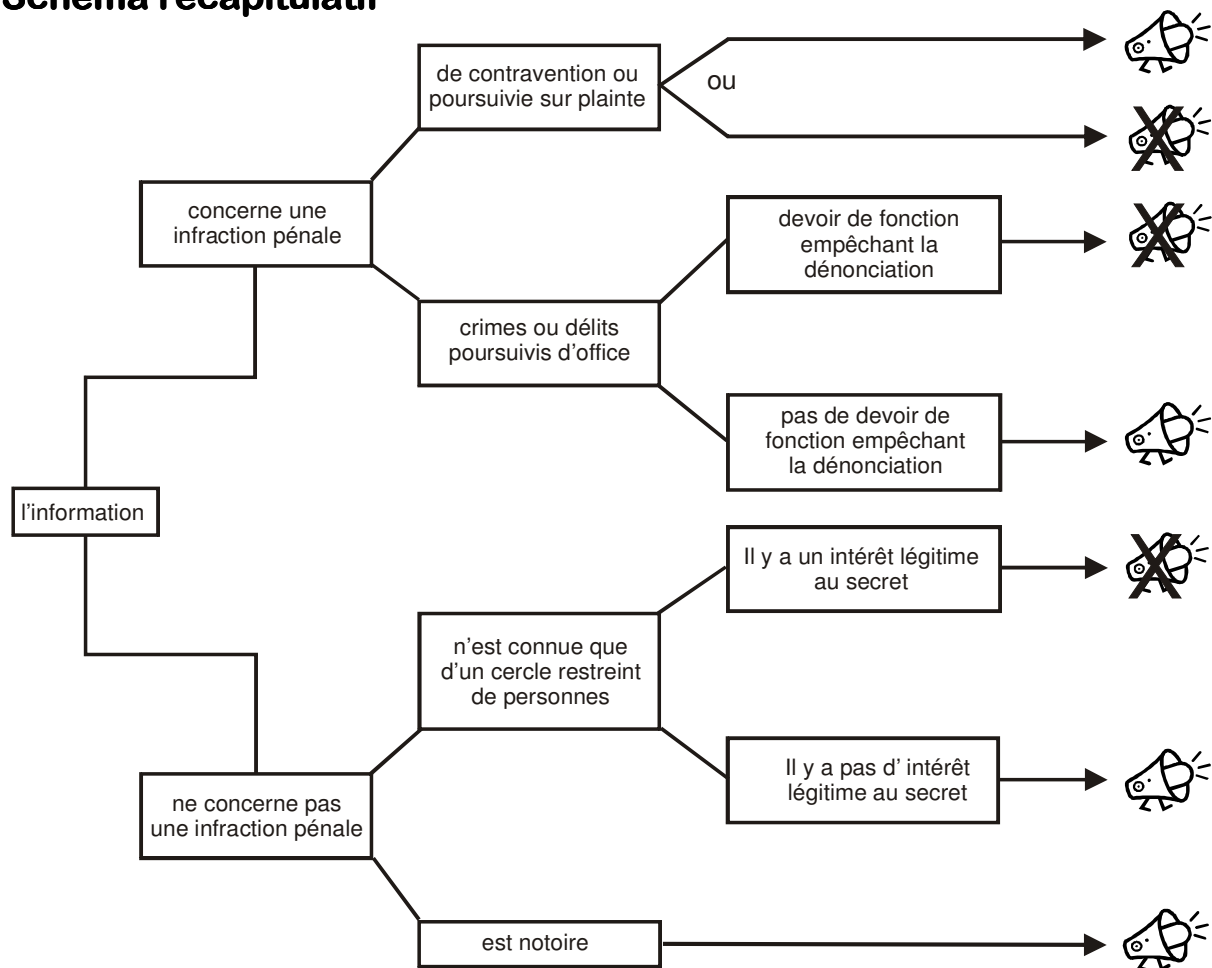
L'art. 46 du code de procédure pénale part du principe que les auditions peuvent porter sur tous les sujets et que donc la personne soumise au devoir de fonction doit pouvoir être libre de répondre à toutes les questions. Il faut donc demander à être relevé de son secret de fonction même s'il paraît impensable que l'audition puisse porter sur une information soumise au secret de fonction.


Selon la directive FASE du 27 février 2006, c'est le Secrétaire général ou son remplaçant attitré qui sont compétents par délégation pour relever le personnel de la FASE de son secret de fonction.


Conclusion

Le travail social en général, et l'animation socioculturelle en particulier est de plus en plus au cœur de l'état de tension permanent qui existe entre la transparence et le secret. D'une part, les adeptes de la nouvelle gestion publique voudraient une administration transparente qui n'aurait rien à cacher, et d'autre part, les services étatiques dont l'action se centre sur la création ou le maintien du lien social constatent une désaffiliation grandissante d'une partie de la population, que seule l'action de terrain basée sur la confiance et sur la confidentialité peut permettre de limiter. Le personnel de la FASE doit trouver son espace entre le dire et le taire, entre signaler et protéger, et j'espère que ce document pourra contribuer à définir cet espace.

Schéma récapitulatif



 L'information peut être transmise.
L'infraction doit être dénoncée.

 L'information ne doit pas être transmise en dehors des collègues de la même unité et à la hiérarchie.
L'infraction pénale ne doit pas être dénoncée.

Ce schéma est un rappel très résumé de ce qui a été exposé précédemment et ne saurait en aucun cas être utilisé sans la lecture du reste du document.

Législation

Code pénal

Art. 14 (nouveau) Actes autorisés par la loi

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

Art. 32 (ancien) Loi, devoir de fonction ou de profession

Ne constitue pas une infraction l'acte ordonné par la loi, ou par un devoir de fonction ou de profession; il en est de même de l'acte que la loi déclare permis ou non punissable.

Art. 25 Complicité

La peine est atténuée à l'égard de quiconque a intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit.

Art 173 Diffamation

1. Celui qui, en s'adressant à un tiers, aura accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération, celui qui aura propagé une telle accusation ou un tel soupçon,

sera, sur plainte, puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus.

2. L'inculpé n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies.

3. L'inculpé ne sera pas admis à faire ces preuves et il sera punissable si ses allégations ont été articulées ou propagées sans égard à l'intérêt public ou sans autre motif suffisant, principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui, notamment lorsqu'elles ont trait à la vie privée ou à la vie de famille.

4. Si l'auteur reconnaît la fausseté de ses allégations et les rétracte, le juge pourra atténuer la peine ou exempter le délinquant de toute peine.

5. Si l'inculpé n'a pas fait la preuve de la vérité de ses allégations ou si elles étaient contraires à la vérité ou si l'inculpé les a rétractées, le juge le constatera dans le jugement ou dans un autre acte écrit.

Art. 174 Calomnie

1. Celui qui, connaissant la fausseté de ses allégations, aura, en s'adressant à un tiers, accusé une personne ou jeté sur elle le soupçon de tenir une conduite contraire à l'honneur, ou de tout autre fait propre à porter atteinte à sa considération,

celui qui aura propagé de telles accusations ou de tels soupçons, alors qu'il en connaissait l'inanité,

sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire de 30 jours-amende au moins si le calomniateur a, de propos délibéré, cherché à ruiner la réputation de sa victime.

3. Si, devant le juge, le délinquant reconnaît la fausseté de ses allégations et les rétracte, le juge pourra atténuer la peine. Le juge donnera acte de cette rétractation à l'offensé.

Art. 219 Violation du devoir d'assistance ou d'éducation

1 Celui qui aura violé son devoir d'assister ou d'élever une personne mineure dont il aura ainsi mis en danger le développement physique ou psychique, ou qui aura manqué à ce devoir, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 Si le délinquant a agi par négligence, la peine pourra être une amende au lieu d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire.

Art. 305 entrave à l'action pénale

1 Celui qui aura soustrait une personne à une poursuite pénale ou à l'exécution d'une peine ou d'une des mesures prévues aux art. 59 à 61, 63 et 64 sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

1bis Encourra la même peine celui qui aura soustrait une personne à une poursuite pénale ouverte à l'étranger ou à l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une mesure relevant des art. 59 à 61, 63 ou 64 prononcées à l'étranger pour un des crimes visés à l'art. 101.

2 Le juge pourra exempter le délinquant de toute peine si les relations de celui-ci avec la personne par lui favorisée sont assez étroites pour rendre sa conduite excusable.

Art. 320 Violation du secret de fonction

1. Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure.

Loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (LPAC) B 5 05

Art. 9A Secret de fonction

¹ Les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001, ne leur permet pas de les communiquer à autrui.

² L'obligation de garder le secret subsiste après la cessation des rapports de service.

³ La violation du secret de fonction est sanctionnée par l'article 320 du code pénal, sans préjudice du prononcé de sanctions disciplinaires.

⁴ L'article 11 du code de procédure pénale, du 29 septembre 1977, est réservé.

⁵ L'autorité supérieure habilitée à lever le secret de fonction au sens de l'article 320, chiffre 2 du code pénal est :

a) le Conseil d'Etat, soit pour lui le conseiller d'Etat en charge du département dont dépend le membre du personnel concerné, pour les membres du personnel administratif, technique et manuel de l'administration cantonale;

b) le conseil d'administration des établissements publics médicaux ou de l'Hospice général, soit pour lui son président, pour les membres du personnel des établissements publics médicaux ou de l'Hospice général.

Loi sur l'office de la jeunesse J 6 05

Art. 7 Sauvegarde du secret

¹ En vertu du secret de fonction auquel sont tenus les fonctionnaires et employés de l'office, les renseignements qui leur sont confiés ou dont ils ont connaissance ne peuvent être divulgués. Le secret médical est également réservé.

² Toutefois, lorsque le bien du mineur le justifie et qu'il n'en résulte aucun inconvénient dans l'action sociale, juridique ou médicale des services de l'office, le service intéressé fournit, de son propre chef ou sur demande motivée, les renseignements utiles aux autorités et services appelés à s'occuper de la situation de mineurs.

³ De plus, les services peuvent échanger avec des médecins, des ecclésiastiques et, s'il y a lieu, avec d'autres personnes tenues au secret de fonction ou au secret professionnel, des informations utiles

aux mineurs. Enfin, des indications non confidentielles peuvent être échangées avec des institutions privées qui collaborent avec l'office.

Code de procédure pénale E 4 20

Art. 9 Dénonciation

Toute personne ayant connaissance d'une infraction peut la dénoncer en vue de l'ouverture d'une poursuite publique.

Art. 10 Dénonciation obligatoire : Particuliers

¹ La dénonciation est obligatoire pour toute personne qui a connaissance d'un crime contre la vie et l'intégrité corporelle, le patrimoine, la liberté, les mœurs, l'Etat et la défense nationale, ou créant un danger collectif, sauf s'il s'agit d'infractions poursuivies seulement sur plainte.

² Les dispositions sur le secret professionnel demeurent réservées.

Art. 11 Autorités

Toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit devant être poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ le procureur général.

Art. 46 Secret de fonction

1 La personne astreinte au secret de fonction ne peut être entendue, à quelque titre que ce soit, si elle n'est pas déliée de son secret de fonction par l'autorité supérieure compétente ou, à défaut d'autorité désignée à cette fin par la loi, par l'autorité dont elle dépend ou à laquelle elle appartient.

2 Si elle l'est, elle est tenue de déposer, à moins qu'elle ne puisse ou ne doive s'en abstenir au regard d'un autre secret protégé par la loi.

Loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes A 2 40

Art. 1 Responsabilité pour actes illicites commis par des magistrats

¹ L'Etat de Genève et les communes du canton sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence dans l'exercice de leurs fonctions par des magistrats qui les représentent.

² Les lésés n'ont aucune action directe envers les magistrats.

Art. 2 Responsabilité pour actes illicites commis par des fonctionnaires ou agents

¹ L'Etat de Genève et les communes du canton sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence par leurs fonctionnaires ou agents dans l'accomplissement de leur travail.

² Les lésés n'ont aucune action directe envers les fonctionnaires ou agents.

Art. 9 Autres corporations et établissements de droit public

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux autres corporations et établissements de droit public dotés de la personnalité.

Loi de procédure civile E 3 05

Art. 227 Personnes astreintes au secret

¹ Ne sont pas obligées de déposer en justice les personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie. Toutefois, ces personnes sont dans l'obligation de témoigner sur les faits constatés par un acte authentique, auquel elles ont été parties ou auquel elles ont participé comme notaire ou témoins instrumentaires, si l'exactitude de ces faits est contestée.

² Les personnes soumises au secret de fonction sont tenues de témoigner si l'autorité supérieure compétente les a déliées de leur secret de fonction, à moins qu'elles ne puissent ou ne doivent s'en abstenir au regard d'un autre secret protégé par la loi.

Bibliographie

BARDE Edouard : Note à propos du secret de fonction In Semaine Judiciaire 1970 n°32.

CONSEIL FEDERAL : Message concernant la modification du code pénal suisse In Feuille Fédérale 1998 p.1787ss, Chancellerie fédérale, Berne, 1998.

CORBOZ Bernard : Les infractions en droit suisse volume II, Staempfli, Berne, 2002

FASe : Obligation de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office : Consignes de la FASE (directive interne du 27 février 2006).

FASe : Actes de violence dans le cadre des actions d'animation : Prévention et réponse de la FASE, FASE, Genève, 2003.

KNAPP Blaise : Précis de droit administratif 4^{ème} édition, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, 1991.

PONCET Dominique : Le nouveau code de procédure pénale genevois annoté Georg, Genève, 1978

REY, Grégoire : Procédure pénale genevoise, Helbing & Lichtenhahn & Payot, Bâle, Genève, Lausanne, 2005.

TANQUEREL Thierry : Le secret de fonction In L'administration transparente Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, 2002.