

## CHANCELLERIE (SUITE)

5. Le 4 juillet 2016, l'AMG a déposé les listes de signatures auprès du SVE.
6. Par arrêté du 14 septembre 2016, publié dans la FAO du 16 septembre 2016, le Conseil d'Etat a constaté que les signatures avaient été déposées dans le délai légal prescrit et en nombre suffisant, de sorte que l'initiative avait abouti. Par le même arrêté, il a fixé les délais de traitement de l'initiative, en particulier en ce qui concerne l'arrêté du Conseil d'Etat relatif à la validité de l'initiative et le rapport sur la prise en considération de celle-ci. En l'espèce, ces délais arriveront à échéance le 16 janvier 2017.
7. Par courrier du 5 octobre 2016, la chancelière d'Etat a informé l'AMG que le Conseil d'Etat l'invitait à lui faire part de ses éventuelles observations sur la validité de l'IN 159 d'ici au 4 novembre 2016.
8. Le 6 octobre 2016, l'AMG, sous la plume de son secrétaire général, a répondu à la chancelière d'Etat que l'initiative était pleinement valide et qu'elle ne posait aucun problème de recevabilité.

de la question soumise au vote. Les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée, ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110, consid. 8; 1C\_659/2012 du 24 septembre 2013, consid. 5.1). Enfin, les initiatives doivent être exécutoires (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.454/2006 du 22 mai 2007, consid. 3.1; A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, l'Etat, 2013, p. 277 § 856).

Unité du genre

5. L'initiative qui ne respecte pas l'unité du genre est déclarée nulle (article 60, alinéa 2 Cst-GE). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 66, alinéa 1, de l'ancienne Constitution de la République et canton de Genève (aCst-GE, abrogée le 1er juin 2013), une initiative populaire ne peut tendre simultanément à l'adoption de normes appartenant à des rangs différents. Dès lors que l'ordre juridique implique une hiérarchie des normes et soumet chaque échelon à un contrôle démocratique distinct, il serait abusif de proposer simultanément une disposition constitutionnelle et la législation qui la met en œuvre. Cela découle notamment du principe de la liberté de vote: le citoyen doit savoir s'il se prononce sur une modification constitutionnelle ou simplement législative, et doit avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions (ATF 130 I 185, consid. 2.1 et les références citées; S. GRODECKI, l'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, 2008, p. 283 § 995).
6. En l'espèce, l'IN 159 porte uniquement sur une modification de l'article 5A LaCP, soit sur la modification d'une loi au sens formel.
7. Il s'ensuit qu'elle respecte le principe de l'unité du genre.

Unité de la matière

8. L'article 60, alinéa 3, phrase 1 Cst-GE stipule que l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la matière est scindée ou déclarée partiellement nulle, selon que ses différentes parties sont en elles-mêmes valides ou non. En effet, le principe de proportionnalité commande de ne prononcer qu'une invalidation partielle lorsque l'on peut admettre que les citoyens auraient appuyé l'initiative sans la partie invalide (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *op. cit.*, p. 280 § 862). A défaut, ou si le non-respect de l'unité de la matière est manifeste d'emblée, l'initiative est déclarée nulle (article 60, alinéa 3, phr. 2 Cst-GE).

## ARRÊTÉ

RELATIF À LA VALIDITÉ DE L'INITIATIVE  
POPULAIRE CANTONALE 159  
«GARANTIR LE SECRET MÉDICAL POUR  
TOUS PROTÈGE MIEUX LA SOCIÉTÉ»

Du 21 décembre 2016

LE CONSEIL D'ÉTAT,  
considérant ce qui suit:

## I. EN FAIT

1. Par courrier du 25 février 2016, le secrétaire général de l'Association des médecins du canton de Genève (ci-après: l'AMG), M. Paul-Olivier Vallotton, a informé le Conseil d'Etat du lancement par l'AMG d'une initiative populaire cantonale législative formulée intitulée «Garantir le secret médical pour tous protège mieux la société» (ci-après: l'IN 159) et lui a transmis un spécimen de la formule destinée à recevoir les signatures.
2. Par le biais de cette initiative, l'AMG propose de modifier l'article 5A de la loi d'application du Code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale, du 27 août 2009 (LaCP; E 4 10).
3. Le 29 février 2016, le service des votations et élections (ci-après: SVE) a validé la formule de récolte de signatures.
4. Le lancement et le texte de l'IN 159 ont été publiés dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après: FAO) du 4 mars 2016, avec un délai de récolte des signatures échéant le 4 juillet 2016.

## II. EN DROIT

1. L'article 57, alinéa 1 de la Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst-GE; A 2 00) permet de soumettre au Grand Conseil une proposition législative dans toutes les matières de la compétence de ses membres.
2. Aux termes de l'article 57, alinéa 2 Cst-GE, l'initiative peut être formulée ou non formulée. Une initiative partiellement formulée est considérée comme non formulée.
3. En l'espèce, l'IN 159, dont le texte a été publié dans la FAO du 4 mars 2016, propose la modification de l'article 5A LaCP, soit la modification d'une disposition légale entièrement rédigée. Il s'agit dès lors d'une initiative entièrement formulée.
4. En vertu de l'article 60 Cst-GE, le Conseil d'Etat examine la validité de l'initiative (alinéa 1). Les conditions de validité d'une initiative sont au nombre de trois et comprennent l'unité du genre (alinéa 2), l'unité de la matière (alinéa 3) et la conformité au droit (alinéa 4). S'ajoute à ces conditions l'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire qui, si elle ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées dans la constitution cantonale, découle de la liberté de vote garantie à l'article 34, alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst. féd.; RS 101) et plus particulièrement de l'exigence d'une formulation claire

## CHANCELLERIE (SUITE)

L'exigence de l'unité de la matière découle de la liberté de vote et, en particulier, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté (article 34, alinéa 2 Cst. féd.). Cette exigence interdit de mêler, dans un même objet soumis au peuple, plusieurs propositions de nature ou de but différents, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globale, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions soumises. Il doit ainsi exister, entre les diverses parties d'une initiative soumise au peuple, un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote (ATF 130 I 185, consid. 3 et la jurisprudence citée).

Selon le Tribunal fédéral, la portée du principe de l'unité de la matière est en outre différente selon les domaines. Ainsi, les exigences sont plus strictes en cas de révision partielle de la constitution qu'à l'égard de projets législatifs. Ce principe s'impose par ailleurs de façon plus rigoureuse aux projets issus d'une initiative populaire qu'à ceux proposés par l'autorité (ATF 123 I 63, consid. 4b). En outre, les initiatives entièrement rédigées doivent être traitées de façon plus stricte que les propositions conçues en termes généraux, lesquelles nécessitent encore l'élaboration d'un texte par le parlement (ATF 130 I 185, consid. 3.1; ATF 123 I 63, consid. 4b; article 61, alinéa 4 Cst-GE). Ce dernier dispose en effet d'une certaine marge de manœuvre et peut, le cas échéant, corriger un éventuel vice en rédigeant les dispositions voulues (ATF 123 I 63, consid. 4b). C'est à la lumière de ces principes que l'article 60, alinéa 3 Cst-GE doit être interprété.

9. En l'occurrence, l'IN 159 propose la modification des alinéas 2, 3 et 4 de l'article 5A LaCP relatif au devoir d'information en matière d'exécution des peines et des mesures. Son titre «Garantir le secret médical pour tous protège mieux la société» est suivi d'un bref exposé des motifs. Celui-ci indique que le renforcement de la coopération entre les différents acteurs intervenant en milieu carcéral doit se faire dans le respect du secret médical selon les principes éprouvés du Code pénal et que la loi récemment adoptée par le Grand Conseil doit être amendée au motif que les «entorses» au secret médical qu'elle prescrit dégraderont irrémédiablement le lien de confiance indispensable entre le médecin et le patient, y compris en milieu carcéral, avec

pour résultat un risque accru pour la société. Il invite à mettre fin à l'«érosion du secret médical» et au risque d'une extension à d'autres secrets professionnels, dont celui des avocats et des ecclésiastiques.

10. Le projet de loi du Conseil d'Etat du 19 mars 2014 (PL 11404), qui est à l'origine de l'actuel article 5A LaCP, avait la teneur suivante:

**Article 5A Professionnels de la santé intervenant en milieu carcéral (nouveau)**

1. Dans le but de permettre l'évaluation du caractère dangereux d'une personne condamnée à une peine ou à une mesure, les professionnels de la santé intervenant en milieu carcéral sont libérés du secret médical vis-à-vis des autorités compétentes au sens des articles 3, 4 et 5 de la présente loi, ou de tout expert mandaté par elles à cette fin.

2. Les professionnels de la santé doivent transmettre toutes les informations nécessaires, de manière générale, à l'appréciation du caractère dangereux de la personne considérée, de nature à influencer les peines ou mesures en cours, ou permettant de se prononcer sur un éventuel allègement dans l'exécution de la peine ou de la mesure.

Il visait les trois objectifs complémentaires suivants (PL 11404, page 3):

- répondre à la recommandation de la Conférence latine des chefs des départements de justice et police (CLDJP), du 31 octobre 2013, invitant les cantons à se doter d'une base légale formelle pour fonder l'échange d'informations, notamment entre les autorités judiciaires et les responsables médicaux en charge d'un détenu;
- faciliter l'intervention des autorités cantonales lorsqu'il s'agit de prendre en compte des aspects médicaux en lien avec le caractère dangereux d'un détenu;
- clarifier le cadre dans lequel les professionnels de santé sont libérés du secret médical et dans lequel ils doivent transmettre des renseignements médicaux.

11. Lors de sa séance du 10 avril 2014, le Grand Conseil a renvoyé ce projet de loi pour préavis à la commission des visiteurs officiels et à la commission de la santé, avant de le renvoyer à la commission judiciaire et de la police pour un rapport final.

12. La commission de la santé a rendu, le 8 août 2014, un préavis négatif considérant qu'il existait déjà des bases légales permettant aux acteurs de la santé de demander la levée du secret médical en cas de besoin; qu'en termes de sécurité, la nécessité d'une levée automatique du secret médical pour les détenus dits dangereux n'avait pas été

prouvée, au contraire, qu'une telle levée remettrait en question la qualité des soins du détenu et que les conditions actuelles étaient suffisantes pour garantir la sécurité.

13. La commission des visiteurs a également rendu, le 20 août 2014, un préavis négatif estimant que ce projet de loi en souhaitant supprimer le secret médical pour les détenus dangereux manquait sa cible; qu'il était susceptible de remettre en question le lien thérapeutique entre le détenu malade et le soignant et que les dispositions légales existantes étaient suffisantes pour permettre d'assurer la sécurité de la population.

14. Le Conseil d'Etat a tenu compte des préavis négatifs des deux commissions consultées ainsi que des différents avis exprimés en commission et a présenté, le 15 janvier 2015, à la commission judiciaire et de la police, un amendement général au PL 11404 dont la teneur était la suivante:

**Article 5A Devoir d'information (nouvelle teneur)**

<sup>1</sup>Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique, d'une part, le département chargé de la sécurité et la direction de l'établissement dans lequel les peines et les mesures sont exécutées, d'autre part, se tiennent informés:

- a) de tout élément nécessaire à l'accomplissement de leurs missions respectives;
- b) de tout fait dont ils ont connaissance et qui serait de nature à faire naître des craintes imminentes relatives à la sécurité de la personne détenue, à celle de l'établissement, du personnel, des intervenants et des codétenus ou à celle de la collectivité.

<sup>2</sup>Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique communiquent, sur requête, aux autorités compétentes au sens des articles 3 et 5 de la présente loi ou à tout expert mandaté par elles, tout fait pertinent de nature à influencer la peine ou la mesure en cours, permettant d'évaluer le caractère dangereux d'une personne condamnée à une peine ou à une mesure ou de se prononcer sur un éventuel allègement dans l'exécution de celle-ci.

<sup>3</sup>La personne condamnée est consultée et doit préalablement donner son accord à la transmission des renseignements requis au sens de l'alinéa 2. En cas de refus, les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique saisissent la commission du secret professionnel instituée par la loi sur la santé, du 7 avril 2006.

15. Le 23 avril 2015, pour donner suite aux différentes critiques nouvellement émises à l'encontre de ce projet, le Conseil d'Etat a présenté un nouvel amendement. Celui-ci

reprend en substance le texte de l'amendement général tout en le présentant d'une façon nouvelle, par souci de lisibilité et de clarté pour le personnel. L'amendement est également articulé de manière logique: avec en premier lieu le principe général, puis le principe particulier et enfin le maintien du secret professionnel, avec, en cas de refus de levée, le passage par la commission ad hoc. La nouvelle teneur était donc la suivante:

**Article 5A Devoir d'information (nouvelle teneur)**

*Coopération*

<sup>1</sup>Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique, d'une part, le département de la sécurité et de l'économie et la direction de l'établissement d'exécution de la peine ou de la mesure, d'autre part, se tiennent réciproquement et spontanément informés de tout élément nécessaire à l'accomplissement de leurs missions respectives.

*Mise en danger*

<sup>2</sup>Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique, d'une part, le département de la sécurité et de l'économie ou la direction de l'établissement d'exécution de la peine ou de la mesure, d'autre part, se tiennent informés sans délai de tout fait dont ils ont connaissance et qui serait de nature à faire craindre pour la sécurité de la personne détenue, celle de l'établissement, du personnel, des intervenants et des codétenus ou celle de la collectivité, pour autant que les intérêts sauvegardés par une telle information l'emportent sur l'intérêt au maintien du secret professionnel d'autre part (article 17 CP).

<sup>3</sup>Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique communiquent aux autorités compétentes au sens des articles 3 et 5 de la présente loi ou à tout expert mandaté par elles, sur requête spécifique et motivée de leur part, tout fait pertinent de nature à influencer la peine ou la mesure en cours, permettant d'évaluer le caractère dangereux d'une personne condamnée à une peine ou à une mesure, ou de se prononcer sur un éventuel allègement dans l'exécution de celle-ci.

*Levée du secret professionnel*

<sup>4</sup>Lorsqu'une information est couverte par le secret professionnel et sous réserve de l'alinéa 2, la personne condamnée est consultée et doit préalablement donner son accord à la transmission des renseignements. En cas de refus, les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique saisissent la commission du secret professionnel instituée par la loi sur la santé, du 7 avril 2006.

16. Après de nouveaux amendements aux alinéas 2 et 3, le texte final

## CHANCELLERIE (SUITE)

adopté par une majorité de la commission judiciaire et de la police chargée d'étudier ce projet de loi avait la teneur suivante:

**Article 5A Devoir d'information**  
*Coopération*

1. Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique, d'une part, le département de la sécurité et de l'économie et la direction de l'établissement d'exécution de la peine ou de la mesure, d'autre part, se tiennent réciproquement et spontanément informés de tout élément nécessaire à l'accomplissement de leurs missions respectives.

*Etat de nécessité*

<sup>2</sup>Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique informent sans délai le département de la sécurité et de l'économie ou la direction de l'établissement d'exécution de la peine ou de la mesure de tout fait dont ils ont connaissance et qui serait de nature à faire craindre pour la sécurité de la personne détenue, celle de l'établissement, du personnel, des intervenants et des codétenus ou celle de la collectivité, pour autant que le danger soit imminent et impossible à détourner autrement d'une part, et que les intérêts sauvegardés par une telle information l'emportent sur l'intérêt au maintien du secret professionnel d'autre part (article 17 CP).

*Evaluation de la dangerosité*

<sup>3</sup>Les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique peuvent communiquer aux autorités compétentes, au sens des articles 3 et 5 de la présente loi ou à tout expert mandaté par elles, tout fait pertinent de nature à influencer la peine ou la mesure en cours, permettant d'évaluer le caractère dangereux d'une personne condamnée à une peine ou à une mesure, ou de se prononcer sur un éventuel allègement dans l'exécution de celle-ci. Ils doivent le faire sur requête spécifique et motivée desdites autorités.

*Levée du secret professionnel*

<sup>4</sup>Lorsqu'une information est couverte par le secret professionnel et sous réserve de l'alinéa 2, la personne condamnée est consultée et doit préalablement donner son accord à sa transmission. En cas de refus, les médecins, les psychologues et tout autre intervenant thérapeutique saisissent la commission du secret professionnel instituée par la loi sur la santé, du 7 avril 2006.

17. Dans son rapport à l'attention du Grand Conseil, la majorité de la commission expliquait que contrairement au projet de loi initial, le texte finalement adopté ne remettait pas en question le principe du secret médical, que celui-ci posait le principe essentiel de la collaboration entre les différents services amenés à interagir dans le milieu carcéral, impliquant ainsi la circu-

lation des informations non couvertes par le secret médical, qu'il rappelait les conditions de la disposition pénale relative à l'état de nécessité (article 17 CP), qu'il permettait la communication d'informations dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité d'un détenu tout en confirmant le principe du secret médical et qu'enfin, en cas de refus du détenu de libérer l'intervenant thérapeutique du secret médical, il contraignait le médecin à s'adresser à la commission du secret professionnel, autorité neutre, afin qu'elle se prononce sur la demande de levée (PL 11404-A, p. 76). La majorité de la commission a également indiqué être convaincue que le projet de loi, tel qu'issu des travaux, respectait les droits des détenus, en particulier en termes de secret médical, qu'il préservait ainsi la qualité des soins et partant les chances que le condamné dangereux puisse un jour, s'il était libéré, se réinsérer dans la société sans présenter un danger. Enfin, la majorité de la commission a indiqué qu'elle était persuadée que ce projet de loi permettait de diminuer les risques et ainsi de répondre aux impératifs de sécurité publique (PL 11404-A, p. 78).

18. C'est ce texte, tel qu'issu des travaux de la commission, qui a finalement été adopté par le Grand Conseil le 4 février 2016. Ce texte, qui n'a pas fait l'objet d'un référendum ni d'un recours abstrait, est ainsi entré en vigueur le 9 avril 2016.

19. En l'espèce, l'IN 159 entend modifier les alinéas 2, 3 et 4 de l'article 5A LaCP qui traitent de la communication d'informations couvertes par le secret médical entre les intervenants thérapeutiques en charge d'une personne condamnée et les autorités pénitentiaires, respectivement les autorités judiciaires et les experts.

– Plus spécifiquement, la proposition de modification de l'alinéa 2 vise à remplacer l'obligation des médecins, des psychologues et de tout autre intervenant thérapeutique d'informer sans délai le département de la sécurité et de l'économie ou la direction de l'établissement d'exécution de la peine ou de la mesure par une possibilité d'informer ces derniers en cas d'état de nécessité décrit à cette même disposition.

– La proposition de modification de l'alinéa 3 vise à supprimer l'obligation des médecins, des psychologues et de tout autre intervenant thérapeutique d'informer les autorités compétentes au sens des articles 3 et 5 de la loi ou tout expert mandaté par elles sur requête spécifique et motivée de ces dernières dans le

cadre de l'évaluation de la dangerosité. Elle vise également à ajouter l'obligation pour les médecins, les psychologues et tout autre professionnel de la santé intervenant en qualité d'experts auprès de personnes détenues d'informer l'autorité, tel que cela découle de leur mandat d'expertise.

– Enfin, si la personne condamnée refuse la levée du secret professionnel, la proposition de modification de l'alinéa 4 vise à remplacer l'obligation de saisir la commission du secret professionnel par une possibilité de saisir cette autorité.

20. Il résulte de ce qui précède que l'IN 159 traite d'un seul thème, à savoir la communication d'informations couvertes par le secret professionnel entre les intervenants de la santé en charge d'une personne condamnée et les autorités d'exécution des peines et mesures. Il s'ensuit que l'IN 159 respecte le principe de l'unité de la matière.

Clarté

21. L'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire, comme mentionné supra, ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées à l'article 60 Cst-GE. Il s'agit néanmoins d'un postulat qui découle naturellement de la liberté de vote telle que garantie par l'article 34, alinéa 2 Cst. féd. et qui est définie comme suit par le Tribunal fédéral, à l'instar de la clarté de la formulation des questions posées à l'électeur: celui-ci doit pouvoir inférer quelles seront les conséquences pratiques de son vote, ce qui n'est pas possible si le texte d'une initiative est équivoque, ou imprécis (ATF 133 I 110, consid. 8; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_659/2012 du 24 septembre 2013, consid. 5.1).

L'exigence de clarté en tant que condition indépendante de validité des initiatives populaires est également admise au sein de la doctrine, qui considère que la clarté et la cohérence doivent être satisfaites quant à la forme, mais aussi et surtout quant à son contenu (B. TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge – L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, 2008, pp. 115-116).

22. L'IN 159 s'intitule «Garantir le secret médical pour tous protège mieux la société». Elle vise principalement à supprimer les obligations des intervenants de la santé de communiquer des informations aux autorités compétentes et aux experts mandatés par ces dernières et de saisir la commission du secret professionnel, pour les remplacer par une possibilité de communiquer et de saisir la commission précitée. Comme nous le verrons

ci-après, ces modifications de texte, en apparence très proches du texte actuel, visent en pratique à restaurer la situation qui prévalait avant l'adoption de l'article 5A LaCP. Si ces conséquences ne sont pas forcément d'emblée évidentes pour l'électeur, elles n'en constituent pas pour autant un motif d'invalidation en tant que tel. En outre, le texte de l'IN 159 ne comporte pas de notions indéterminées ni d'ambiguïtés particulières.

23. Partant, le respect du principe de clarté sera admis.

Conformité au droit supérieur

24. A teneur de l'article 60, alinéa 4 Cst-GE, l'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle.

Cette disposition codifie les principes généraux en matière de droits politiques tels que dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour lequel les initiatives populaires cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international (ATF 133 I 110, consid. 4.1 p. 115 s.; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_357/2009 du 8 avril 2010, consid. 2.1).

Cette règle découle également du principe de la primauté du droit fédéral prévu à l'article 49, alinéa 1 Cst. féd. ainsi que du principe de la hiérarchie des normes. Dans le cadre de sa mise en œuvre, il faut donc, d'une part, que l'initiative concerne un domaine dans lequel le canton jouit d'une compétence (soit propre, soit déléguée) pour légiférer. L'initiative doit, en d'autres termes, respecter la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, telle que définie par la Constitution fédérale et les lois. Il faut, d'autre part, que l'initiative respecte les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ainsi que par les conventions internationales en matière de droits de l'homme. Les initiatives législatives doivent en outre se conformer non seulement au droit fédéral, mais aussi au droit concordataire et à la constitution cantonale (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *op. cit.*, pp. 282-283 § 867 à 870).

25. Conformément à l'article 3 Cst. féd., les cantons exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. La Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution (article 42, alinéa 1 Cst. féd.). Les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences (article 43 Cst. féd.).

## CHANCELLERIE (SUITE)

26. En l'espèce, l'IN 159 vise à modifier la disposition sur le devoir d'information des professionnels de la santé dans le cadre de l'exécution des peines et mesures prévue à l'article 5A LaCP.
27. La législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la Confédération (article 123, alinéa 1 Cst. féd.), laquelle a fait usage de ses compétences en adoptant le Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (CP; RS 311.0) et le Code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0).
28. L'organisation judiciaire et l'administration de la justice ainsi que l'exécution des peines et des mesures en matière de droit pénal sont en revanche du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi (article 123, alinéa 2 Cst. féd.). La Confédération est toutefois également habilitée à légiférer sur l'exécution des peines et des mesures (article 123, alinéa 3 Cst. féd.), possédant ainsi une compétence concurrente en la matière. Celle-ci jouit d'une force dérogatoire subséquente; autrement dit, dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures en matière de droit pénal, les cantons peuvent légiférer aussi longtemps que la Confédération ne le fait pas elle-même. La compétence cantonale disparaît dans la mesure où la Confédération exerce sa compétence par l'adoption de lois (Message concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), du 14 novembre 2001, in FF 2002 2155, p. 2333; RO 2007 5765; Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, in FF 1997 I 1, p. 229 s.).
29. Le secret professionnel, protégé par l'article 321 CP, constitue une institution importante du droit fédéral. Il découle du droit constitutionnel à la sphère privée garanti par les articles 13 Cst. féd. et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101). L'article 321 ch. 2 CP prévoit que la violation du secret médical n'est pas punissable si l'intéressé y a consenti ou si le professionnel détenteur du secret a été délié par une autorité supérieure ou de surveillance. L'article 321 ch. 3 CP réserve enfin les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant sur une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.
30. En matière de procédure pénale, l'article 171 CPP fonde un devoir de refuser de témoigner. Selon l'article 171, alinéa 2 CPP, les professionnels visés par cette disposition, dont les médecins et les psychologues et leurs auxiliaires, n'ont l'obligation de s'exprimer que lorsqu'ils sont soumis à une obligation de dénoncer (let. a) ou lorsqu'ils sont déliés du secret (selon l'article 321 ch. 2 CP) par le maître du secret ou, en la forme écrite, par l'autorité compétente (let. b).
31. Le Code de procédure pénale ne régit toutefois que la poursuite pénale jusqu'au jugement (article 1 CPP). Or, en l'espèce, l'article 5A LaCP traite du devoir d'information des intervenants de la santé dans le cadre de l'exécution des peines et des mesures, de sorte que l'article 171 CPP ne s'applique pas au cas d'espèce.
32. Par ailleurs, le législateur fédéral, compétent en vertu de l'article 123, alinéa 3 Cst., s'est limité à établir le cadre général de l'exécution des peines en édictant les articles 74 et suivants et 372 et suivants CP. Il a ainsi laissé le soin aux cantons d'inscrire dans leurs législations respectives les mesures concrètes découlant de ces dispositions (article 123, alinéa 2 Cst. en lien avec l'article 123, alinéa 3 Cst.).
33. Il découle de ce qui précède que le canton de Genève est donc compétent pour adopter une loi d'application du Code pénal et notamment un article 5A instaurant une obligation de renseigner au sens de l'article 321 ch. 3 CP dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures. Le canton de Genève n'est du reste pas le seul à avoir légiféré dans ce sens. En effet, des dispositions similaires ont également été adoptées par plusieurs cantons, comme les cantons de Vaud (articles 33e et 33f de la loi sur l'exécution des condamnations pénales, du 4 juillet 2006, RS/VD 340.01), du Valais (article 28b de la loi d'application du Code pénal suisse, du 14 septembre 2006, RS/VS 311.1) et du Jura (article 20a de la loi sur l'exécution des peines et mesures, du 2 octobre 2013, RS/JU 341.1) ou sont en voie d'adoption comme dans le canton de Fribourg (articles 69 à 71 de la nouvelle loi sur l'exécution des peines et des mesures, adoptée le 7 octobre 2016, LEPM - RÖF 2016-127).
34. L'IN 159 vise pour sa part à supprimer les obligations prévues par l'article 5A LaCP de renseigner et de saisir la commission du secret professionnel en cas de refus de la personne condamnée de lever le secret professionnel. Ce faisant, elle ne modifie en rien la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.
35. Les atteintes à une liberté sont admissibles aux conditions de l'article 36 Cst. féd. La restriction doit reposer sur une base légale (alinéa 1). Lorsque l'atteinte est grave, outre que la base légale doit être une loi au sens formel, celle-ci doit être claire et précise. La restriction doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (alinéa 2) et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire et adéquat à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (alinéa 3), sans violer l'essence du droit en question (alinéa 4) (ATF 140 I 168, consid. 4; 119 Ia 362, consid. 3a, 115 Ia 333, consid. 2a, 108 Ia 33, consid. 3a; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_223/2014 du 15 janvier 2015, consid. 4.1).
36. Ainsi, la garantie de la sphère privée ancrée à l'article 13 Cst. féd. n'est pas absolue. Comme tout droit fondamental, elle peut être restreinte aux conditions rappelées ci-dessus.
37. En l'espèce et comme indiqué ci-dessus, l'IN 159 vise principalement à supprimer les obligations contenues à l'article 5A LaCP et à les remplacer par des simples possibilités. Ce faisant le texte de l'IN 159 restaure en réalité la situation qui prévalait avant l'adoption de l'article 5A LaCP, laquelle était déjà régie par les articles 17 et 321 ch. 1 et 2 CP. Le texte de l'IN 159 se limite ainsi à exemplifier le cadre fédéral en rappelant que, lorsque les conditions d'un état de nécessité au sens de l'article 17 CP sont remplies, les intervenants de la santé peuvent transmettre des informations sans demander la levée de leur secret et qu'ils peuvent également transmettre d'autres informations pertinentes en matière d'évaluation de la dangerosité après avoir été déliés de leur secret par la commission du secret professionnel conformément à l'article 321 ch. 2 CP.
38. Pour le surplus, la proposition visant à ajouter à l'article 5A, alinéa 3 LaCP l'obligation faite aux experts d'informer l'autorité découlant de leur mandat d'expertise n'a aucune portée pratique puisque ceux-ci sont déjà contraints par le droit fédéral à communiquer avec les autorités qui les mettent en œuvre, conformément aux articles 56, 62d, 64b et 64c CP.
39. Dès lors que les mesures prescrites par le texte de l'IN 159 restaurent la situation antérieure régie par le code pénal suisse, elles ne posent pas de problème particulier sous l'angle de leur conformité au droit supérieur.
- Exécutabilité**
40. L'exigence d'exécutabilité implique, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'il ne se justifie pas de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne se justifie toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable: une difficulté relative est
- insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.1).
41. Si l'initiative était acceptée, cela aurait pour effet de restaurer la situation qui prévalait avant l'adoption de l'article 5A LaCP en vidant de leur substance chacune des obligations nouvellement créées, qu'il s'agisse de communiquer en cas de menace imminente pour la sécurité, de renseigner dans le cadre de l'évaluation de la dangerosité d'un condamné ou encore de saisir la commission du secret professionnel. Cela étant, le texte de l'initiative ne pose pas de difficultés particulières sous l'angle de son exécutabilité.
42. En conclusion, les conditions de validité de l'initiative sont toutes réalisées. L'IN 159 sera donc déclarée valide.
43. Conformément à l'article 92A, alinéas 2 à 4 de la loi sur l'exercice des droits politiques du 15 octobre 1982 (LEDP; A 5 05), le présent arrêté sera notifié à l'AMG, transmis au Grand Conseil et publié dans la FAO.

Par ces motifs,

#### Arrête

L'initiative populaire cantonale 159 «Garantir le secret médical pour tous protège mieux la société» est déclarée valide.

Conformément aux articles 130B, alinéa 1, lettre c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; E 2 05), 17, alinéa 4, 62, alinéa 1, lettre a, 64 et 65 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA; E 5 10), le présent arrêté est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (18, rue du Mont-Blanc, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les 30 jours qui suivent sa notification au comité d'initiative (article 92A, alinéa 2 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982; LEDP; A 5 05), mais au plus tard dans les 30 jours qui suivent sa publication dans la Feuille d'avis officielle (article 92A, alinéa 4 LEDP). Le délai est suspendu pendant les périodes prévues à l'article 63, alinéa 1 LPA. L'acte de recours doit être signé et parvenir à l'autorité ou être remis à son adresse à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai avant minuit. Il doit indiquer, sous peine d'irrecevabilité, l'arrêté attaqué, les conclusions du recourant, les motifs et moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes à l'envoi.

Certifié conforme,  
La chancelière d'Etat:  
Anja WYDEN GUELPA.