



HAL
open science

Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté

Catelan Nicolas, Caroline Siffrein-Blanc

► **To cite this version:**

Catelan Nicolas, Caroline Siffrein-Blanc. Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté. Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté, Putman E., Giacomelli M. (dir.), Mare et Martin, pp.175-204, 2015, 978-2-84934-196-4. hal-01310937

HAL Id: hal-01310937

<https://hal.science/hal-01310937>

Submitted on 11 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », in *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, sous la direction E. Putman, M. Giacomelli M., Mare et Martin Droit privé et sciences criminelles, 2015, pp.175-204.

Nicolas CATELAN, MCF, au sein du LDPSC , AMU
Caroline SIFFREIN-BLANC, MCF au sein du LDPSC, AMU

*« Le pire des malheurs en prison,
c'est de ne pouvoir fermer sa porte »*
Stendahl, *Le Rouge et le noir*

Pluralité. La privation de liberté est une réalité aux modalités variables : condamné en établissements pour longues peines, suspect gardé à vue, étranger en zone d'attente, ou encore malade dans un établissement psychiatrique sont autant de cas génériques que la réalité se plaît à conjuguer au pluriel.

Cette diversité conduit logiquement à ce que le droit confère aux individus des statuts distincts face à la privation de liberté. Les étrangers ne sont pas *ipso jure* des délinquants ; il en va de même des malades mentaux. Au sein du processus pénal, la présomption d'innocence commande pareillement une gradation entre les situations du suspect, du mis en examen, du prévenu et du condamné.

Cette pluralité dans la diversité laisse néanmoins apparaître une constante : la privation de liberté, le fait de ne plus jouir du droit d'aller et venir, est commune à toutes ces situations.

Or, cette privation du droit fondamental qu'est la liberté d'aller et venir ne laisse d'interroger quant au sort qu'elle réserve aux autres droits de l'homme. Il est en effet logique d'envisager les incidences que cette privation de liberté peut avoir sur les autres droits fondamentaux.

Libertés et Droits fondamentaux. On peut évidemment se réjouir du fait que désormais et à tout le moins en France, privation de liberté ne rime plus avec asservissement. L'incapacité juridique inhérente à la notion de condamnation à de la prison ferme, la quasi mort civile, ne sont plus des réalités juridiques de nos jours.

C'est dans les années 1970, sous l'influence européenne¹, que commence à se matérialiser le fait que la qualité de détenu n'exclut pas celle de sujet détenteur de droits, « *la prison ne doit être qu'une privation de liberté et rien d'autre* »². Le statut juridique des personnes détenues connaît alors une longue et lente évolution, de la privation à la reconnaissance progressive de l'ensemble des droits fondamentaux (à l'exception de celui d'aller et venir). Pendant plus d'un demi-siècle, le droit pénitentiaire français s'est construit par à-coups, sur la base de normes infra-législatives, et il faudra attendre 2009 pour qu'un vrai cadre législatif soit adopté³. Malgré l'influence et les incitations européennes⁴, la France est l'un des derniers pays européens à se doter d'une loi pénitentiaire

¹ Avec sa jurisprudence dynamique, la Cour européenne fait entrer les droits de l'homme en prison le 8 mars 1962 par la décision *Ilse Koch c/ RFA* qui établit que la détention ne prive pas la personne détenue des droits énoncés dans la Convention. Ainsi que la Cour européenne l'a rappelé solennellement, les détenus ne sont pas "hors du droit" de la convention et le simple fait d'être détenu à la suite d'une condamnation ne saurait emporter pour le détenu la déchéance ou la privation de ses droits garantis. V. également CEDH, gde ch., 6 oct. 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, § 69 : *AJDA* 2006, p. 475, chron. J.-F. Flauss

² Propos tenu le Président de la République Valéry Giscard d'Estaing lors de la Conférence de presse lors de sa visite des prisons de Lyon, le 10 août 1974.

³ Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, *JO* 25 nov. 2009, p. 20192.

⁴ Le Conseil de l'Europe s'est très tôt emparé de la question carcérale à travers les contrôles réguliers du Commissaire européen aux droits de l'homme et du Comité européen pour la prévention de la torture (CPT), mais aussi grâce à la combinaison de conventions, telle que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF) et de recommandations comme les règles pénitentiaires européennes (RPE).

générale. Si le texte adopté a été largement critiqué comme n'étant pas la grande loi tant attendue⁵, il n'en demeure pas moins que la personne détenue devient un sujet de droit détenteur de prérogatives substantielles et procédurales toutefois susceptibles de limitation⁶. L'objectif était d'harmoniser le droit avec les règles pénitentiaires prévues par le Conseil de l'Europe⁷ et de tenir compte de la position de la Cour européenne, selon laquelle le détenu « *continue de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux de l'homme qui ne sont pas contraires à la finalité de la privation de liberté* »⁸. Comme l'indique l'exposé des motifs du projet de loi, la personne détenue conserve l'intégralité de ses droits, sous réserve des restrictions que commandent les impératifs de sécurité des personnes et des établissements pénitentiaires⁹. On est passé d'un « détenu sujet » à un « détenu citoyen »¹⁰.

Rétention, hospitalisation et droits fondamentaux. Cette même évolution se retrouve dans le domaine de la rétention. L'étranger en séjour irrégulier retenu le temps de préparer son retour était privé, outre de sa liberté, d'une grande partie de ses droits. Sous l'influence européenne¹¹ une fois de plus, l'idée émerge de concilier les droits fondamentaux des étrangers avec l'impératif de sauvegarde de l'ordre public.

Selon le Conseil Constitutionnel, « *l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participant de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle* »¹² justifie que les conditions de leur entrée et de leur séjour puissent être restreintes par des mesures de police administrative. Mais parallèlement le Conseil constitutionnel a reconnu qu'il appartenait au législateur « *de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* » et que « *s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public* »¹³ figurent parmi ces droits et libertés, « *la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale* ».

Pour les malades mentaux, il aura fallu attendre une question prioritaire de constitutionnalité¹⁴, afin de constater ce que tout le monde savait depuis 1838 (mais sans en tirer les conséquences juridiques fondamentales) : l'internement, c'est-à-dire l'hospitalisation sous la contrainte ou sans consentement, est une privation de liberté, et l'absence de contrôle par un juge des libertés est

⁵ M. Herzog-Evans, « Loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative », *D.* 2010. 31 ; J.-P. Céré, « Virage ou mirage, A propos de la loi du 24 nov. 2009 », *JCP G* 2009. I. 552.

⁶ L'article 22 de la loi du 24 novembre 2009 traduit les principes généraux en affirmant « *L'administration pénitentiaire garantit à toute personne détenue le respect de sa dignité et de ses droits. L'exercice de ceux-ci ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles résultant des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes. Ces restrictions tiennent compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue.* »

⁷ Règle n° 1 : « *Les personnes privées de liberté doivent être traitées dans le respect des droits fondamentaux* ».

⁸ CEDH 6 oct. 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, req. n° 74025/01, § 69.

⁹ A.-M. Leroyer « Famille du détenu - Vie privée et familiale Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (*JO* 25 nov. 2009, p. 20192) », *RTD civ.* 2010 p. 165.

¹⁰ S. Boussard (dir.), *Les droits de la personne détenue*, Actes du colloque de Paris des 26-27 janvier 2012, Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires », 2013.

¹¹ Directive 2008/115/ce du parlement européen et du conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. V ; notamment l'article 17 « *Les ressortissants de pays tiers placés en rétention devraient être traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux et conformément aux dispositions du droit national et du droit international [...]* ».

¹² Cons. constit. Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, « Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », cons. 64, *ADL* du 13 juin 2011 par S. Slama.

¹³ S. Slama, « Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlèvement du statut constitutionnel des personnes détenues », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, *Actualités Droits-Libertés*, 07 mai 2014, URL : <http://revdb.revues.org/652>

V. CESEDA art. R553-11 à 553-13. Une section est consacrée aux droits des étrangers retenus.

¹⁴ Décision n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010 En effet, « *en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L.337 du code de la santé publique méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution* », qui impose que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

contraire aux droits fondamentaux garantis par la Constitution¹⁵. La loi du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques¹⁶ est alors venue valoriser l'individu dans l'exercice de ses droits¹⁷.

Privé de sa seule liberté. Une idée générale semble donc se dégager : l'enfermement ne doit pas s'accompagner d'une privation d'autres droits que celui d'aller et venir. Dans cette mouvance générale de protection des droits fondamentaux de la personne, quelle place accorde-t-on au droit à la vie privée et familiale ?

En fonction du degré de privation de liberté, la vie privée et familiale de l'individu est plus ou moins menacée. En tant que telle, la privation de liberté n'est pas attentatoire à la vie privée et familiale dès lors qu'elle ne s'accompagne pas d'un enfermement sécurisé de l'individu. Ainsi en va-t-il lorsque l'individu est soumis au port d'un bracelet électronique, ou assigné à résidence : il n'est alors privé en soit que de sa liberté au sens strict sans atteindre *ipso facto* son droit à une vie privée et familiale. Toute autre est l'atteinte lorsqu'à la privation pure de liberté, s'ajoute « un lieu » spécifique de privation. De cet enfermement s'ensuit inévitablement une véritable mise à l'épreuve des droits fondamentaux. Les lieux de privation de liberté tels que la prison, les hôpitaux psychiatriques, les centres de rétention (et non pas seulement la privation de liberté) génèrent en eux-mêmes une atteinte à la vie privée et familiale de la personne. En effet, ils constituent une barrière à la construction des liens et une menace à leur préservation. Face à cette mise à l'épreuve, la reconnaissance de la vie privée et familiale a été généralisée et réaffirmée dès lors qu'elle n'est pas contraire à la finalité même de la privation de liberté **(I)**.

Or, la personne comme la famille sont des entités irréductibles qui génèrent des exigences que la privation de liberté ne saurait occulter. Dès lors, il est intéressant de se demander si la vie privée et familiale n'est pas à même de remodeler la privation de liberté afin de concilier les impératifs contradictoires en présence **(II)**.

I - La vie privée et familiale à l'épreuve de la privation de liberté

Reconnaître pour mieux limiter. La vie privée et familiale est par essence mise à l'épreuve par l'enfermement de l'individu. En effet, le droit de mener une vie familiale normale implique nécessairement un rapport à l'autre que l'enfermement empêche. Aussi, pour dissocier cet effet de conséquence, il a fallu réaffirmer la reconnaissance autonome des droits fondamentaux et notamment imposer le respect d'une vie privée et familiale malgré la privation de liberté **(A)**.

Toutefois, le plaidoyer en faveur d'une reconnaissance de ces droits s'est réalisé pour mieux y apporter des dérogations. Les contraintes inhérentes à la privation de liberté vont pouvoir légitimer, toute immixtion dans ces droits **(B)**.

¹⁵ S. Kannas, « La Loi du 5 juillet 2011 : un progrès pour l'accès aux droits des patients ? », *Revue Pluriels*, mars 2013, n°99-100.

¹⁶ Modifiée par la loi n° 2013-869 du 27 septembre 2013.

¹⁷ Art. L.3211-3 du CSP : « Lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée. [...] »

En tout état de cause, elle dispose du droit : 1° De communiquer avec les autorités mentionnées à l'article L. 3222-4 ; 2° De saisir la commission prévue à l'article L. 3222-5 et, lorsqu'elle est hospitalisée, la commission mentionnée à l'article L. 1112-3 ; 3° De porter à la connaissance du Contrôleur général des lieux de privation de liberté des faits ou situations susceptibles de relever de sa compétence ; 4° De prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat de son choix ; 5° D'émettre ou de recevoir des courriers ; 6° De consulter le règlement intérieur de l'établissement et de recevoir les explications qui s'y rapportent ; 7° D'exercer son droit de vote ; 8° De se livrer aux activités religieuses ou philosophiques de son choix.

Ces droits, à l'exception de ceux mentionnés aux 5°, 7° et 8°, peuvent être exercés à leur demande par les parents ou les personnes susceptibles d'agir dans l'intérêt du malade ».

A. La reconnaissance du droit à la vie privée et familiale à l'aune de la privation de liberté

La reconnaissance indépendamment de l'enfermement. L'évolution historique et européenne plaçant l'individu au cœur des préoccupations, a permis de renforcer le respect des droits fondamentaux en général et du droit à la vie privée et familiale en particulier et ce quelle que soit la condition, de détenu, d'étranger, ou de malade mental.

La Cour européenne l'a rappelé solennellement : les détenus ne sont pas "*bors du droit*" de la convention. La condamnation ne saurait emporter pour le détenu la déchéance ou la privation de ses droits garantis. Selon la "*norme de tolérance*" propre à une société démocratique, les détenus "*doivent continuer de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la convention*", à l'exception du droit à la liberté¹⁸. Dans son arrêt "*Messina c/ Italie*"¹⁹, la Cour a clairement admis que les détenus bénéficiaient du droit au respect de la vie privée et familiale, même si toute détention régulière entraîne nécessairement une restriction.

Quant aux étrangers, bien que la Convention ne régleme pas leurs entrée, séjour et sortie, ils bénéficient de la "*protection par ricochet*" du droit au respect de la vie familiale²⁰, garanti par l'article 8. Selon la Cour, un Etat, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de police des étrangers, ne doit pas porter atteinte aux droits garantis par la Convention²¹. Cette position est confirmée par le Conseil constitutionnel qui reconnaît à l'étranger la protection de ses droits fondamentaux parmi lesquels figurent, « *la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale* ». ²²

Dissocier les privations. L'enfermement ne saurait à lui seul justifier une atteinte à la vie privée et familiale. La Cour européenne réaffirme systématiquement la dissociation entre enfermement, qui ne justifie que la privation de liberté, et le respect du droit à la vie privée et familiale qui, en soi, doit être préservé jusqu'à preuve d'un motif contraire²³.

Ainsi, par exemple, le fait d'imposer à des personnes en capacité de se marier, un délai – tenant ici à la sortie de prison – pour contracter mariage est contraire à l'article 12 (§ 97)²⁴. Elle préserve ainsi le droit de se marier, avec la personne de son choix, la seule considération de la qualité de détenue ne pouvant justifier des limitations.

Il en va de même quant à l'exercice de l'autorité parentale. L'interdiction d'exercer les droits parentaux ne saurait être une peine accessoire absolue et applicable automatiquement à tout condamné emprisonné, sans prise en compte du type d'infraction et de l'intérêt de l'enfant²⁵.

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux est également révélateur de cette scission des privations concernant les malades mentaux placés en hôpital psychiatrique. Ainsi, a-t-elle condamné le centre hospitalier spécialisé de Cadillac pour avoir prohibé les rapports sexuels de manière indifférenciée à tous les patients d'une unité de soins ²⁶. L'enferment dans une unité de

¹⁸ CEDH, gde ch., 6 oct. 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni*, § 69, *AJDA* 2006, p. 475, chron. J.-F. Flauss.

¹⁹ CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c/ Italie*, *JCP G* 2001, I, 291, n° 34, chron. F. Sudre.

²⁰ F. Sudre, *J.Cl. Europe Traitée*, Fasc. 6525, n° 60.

²¹ V. par exemple, CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, GACEDH, n° 16

²² S. Slama, « *Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlèvement du statut constitutionnel des personnes détenues* », *La Revue des droits de l'homme [En ligne]*, *Actualités Droits-Libertés*, 7 mai 2014, URL : <http://revdb.revues.org/652>

²³ CEDH, gde ch., 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, *RTDH* 2008, p. 879, note N. Gallus ; *JCP G* 2008, I, 110, chron. F. Sudre.

²⁴ F. Sudre, « *J.Cl. Europe Traitée*, précit., n°10.

V. CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c/ Pologne*, req. n° 22933/02.

²⁵ CEDH, 28 sept. 2004, *Sabou et Pircalab c/ Roumanie*, req. n° 46572/99, *Droit de la famille* 2004, n° 11, alerte 63 par A. Goutenoire. V. aussi CEDH, 14 oct. 2008, *Iordache c/ Roumanie*, req. n° 6817/02.

²⁶ CAA Bordeaux, 6 nov. 2012 n° 11BX01790, *AJDA* 2013. 115, concl. D. Katz ; *D.* 2013. 312, obs. F. Violla, J. Hauser, *RTD civ.*, 2013, p.91.S'appuyant sur l'article 8 de la CESDH elle affirme que « *l'ingérence dans l'exercice du droit*

soin ne peut suffire à justifier dans un règlement intérieur, l'interdiction générale de relations sexuelles entre les patients.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat a récemment annulé partiellement un arrêté contenant en annexe un règlement intérieur restreignant les correspondances écrites et téléphoniques ainsi que les visites des personnes retenues dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Ainsi, le simple fait d'être retenu dans un centre de sûreté ne peut permettre une atteinte générale au respect de la vie privée et familiale, seules des ingérences strictement nécessaires pourraient être admises²⁷.

De la vie privée et familiale à la multiplication des droits « à » dérivés. La reconnaissance d'un droit au respect de la vie privée et familiale en détention a permis à la Cour d'en induire des droits dérivés : le droit de se marier en prison²⁸ ; le droit de maintenir liens personnels et affectifs avec sa famille²⁹ ; le droit d'assister aux funérailles de l'un de ses parents³⁰ ; le droit de correspondre des détenus³¹ ; l'accès des détenus à l'insémination artificielle³² ; le droit d'être détenu dans un environnement sain³³ ; le droit au développement personnel mobilisé pour reconnaître aux détenus un droit de regarder la télévision³⁴.

Ces droits ont été en partie consacrés dans la loi pénitentiaire de 2009. En effet, à la différence des autres catégories de personnes privées de liberté, les détenus bénéficient d'un cadre légal spécifique procédant à l'affirmation d'une série de droits relatif à la vie privée et familiale : droit au maintien des relations familiales (art. 35 précisant le cadre des visites), le droit de correspondre (art. 40), le droit à l'image et à la voix (art. 41), à la confidentialité des documents personnels (art. 42). Pour autant, cette inscription des droits dans la loi apparaît plus comme un symbole que comme une valeur ajoutée. Les droits fondamentaux étant déjà garantis au niveau européen et ce quelle que soit la qualité de la personne, la loi ne constitue en réalité ni un progrès ni une valeur ajoutée à l'égard des autres catégories de personnes privées de leur liberté.

Des régimes différenciés injustifiés. L'affirmation du droit au respect de la vie privée et familiale et l'ensemble de ses dérivés devrait conduire à un traitement égalitaire en termes de reconnaissance des droits.

Paradoxalement, alors qu'ils sont présumés innocents jusqu'à leur condamnation, les prévenus connaissent dans les maisons d'arrêt, seules concernées par la surpopulation carcérale, des conditions de détention plus strictes que les personnes définitivement condamnées. A plusieurs reprises la loi pénitentiaire conditionne les droits des prévenus à une autorisation préalable de l'autorité judiciaire. Ainsi, par exemple la personne prévenue ne peut téléphoner à des proches que sur autorisation judiciaire (art. 39). Il en va de même pour les visites (art.35) et la diffusion de son

d'une personne atteinte de troubles mentaux, hospitalisée sans son consentement, au respect de sa vie privée qui constitue une liberté individuelle et dont le respect de la vie sexuelle est une composante, par une autorité publique, ne peut être légale que si elle répond à des finalités légitimes et qu'elle est adéquate et proportionnée au regard de ses finalités ».

²⁷ Conseil d'Etat ss 6 et 1 réunies, 21 Octobre 2011, n° 332707, *Juris-Data* n° 2011-023906.

²⁸ CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c/ Pologne*, précit.

²⁹ CEDH, 28 juin 2001, *Selmani c/ Suisse* req n° 70258/01.

³⁰ CEDH, 12 nov. 2002, *Ploski c/ Pologne* ; CEDH, 12 janv. 2012, *Feldman c/ Ukraine* n° 2, § 34 ; *JCP G* 2012, act. 80, F. Sudre.

³¹ CEDH, 3 juin 2003, req. n° 38565/97, *Cotlet c/ Roumanie*, *JCP G* 2003, I, 160, n° 10, chron. F. Sudre ; CEDH *Petra c. Roumanie*, 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII, p. 2853, § 36.

³² CEDH, gde ch., 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, § 81, *RTDH* 2008, p. 879, note N. Gallus ; *JCP G* 2008, I, 110, chron. F. Sudre. La cour revient sur sa jurisprudence V. CEDH, 18 avr. 2006, *Dickson c/ Royaume-Uni* : www.echr.coe.int.

³³ CEDH, 7 avr. 2009, *Branduse c/ Roumanie*, *JCP G* 2009, I, doct. 143, F. Sudre

³⁴ CEDH, 13 déc. 2011, *Laduna c/ Slovaquie*, req. n° 31827/02. Rappelant que le droit au respect de la vie privée inclut le droit de maintenir des relations avec le monde extérieur et également le droit au développement personnel, la Cour considère que le fait de regarder la télévision est, pour une personne détenue sur une longue période une activité importante pour maintenir la stabilité mentale, qui est une condition indispensable à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée (§ 53). Elle analyse en conséquence la décision incriminée comme une ingérence dans le droit au respect de la vie privée qui, en l'absence de justification objective et raisonnable de la différence de traitement incriminée, s'avère discriminatoire.

image (art.40). Ces dispositions font de l'interdiction la règle et de son autorisation l'exception. Au-delà de cette inversion de principe par rapport au droit commun régissant l'exercice des libertés publiques, ces dispositions soulèvent des différences de traitement entre le détenu et le prévenu. La consécration des droits devrait constituer le principe³⁵. Afin de faire converger le statut des personnes prévenues vers celui des personnes condamnées et de tenir compte du fait qu'ils bénéficient de la présomption d'innocence, il est proposé d'inverser ce paradigme, à l'instar de ce qui est pratiqué dans d'autres Etats tel que l'Allemagne ; ainsi l'accès au téléphone en détention provisoire serait la règle dès lors que le juge ne s'y serait pas opposé. L'affirmation d'un tel principe ne contreviendrait pas aux exigences de sûreté dans la mesure où l'autorité judiciaire compétente aurait toujours la possibilité de restreindre à tout moment ce droit³⁶.

Entre obligation positive et négative à la charge des Etats. Si l'article 8 prémunit certes l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il engendre par ailleurs des obligations positives inhérentes à un respect effectif des valeurs qu'il protège³⁷. Si l'Etat a l'obligation de s'abstenir d'interférer arbitrairement dans la vie privée et familiale, le domicile et la correspondance d'une personne, il a également l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les intérêts personnels énoncés par cette disposition³⁸.

Ainsi, par exemple, la Cour européenne dans sa décision "Cotlet c/ Roumanie", du 3 juin 2003³⁹, a mis l'accent sur l'importance que revêt dans le monde carcéral le droit au respect de la correspondance. Elle a considéré que le respect de la correspondance impliquait à la charge de l'Etat une l'obligation positive de mettre à disposition du détenu les fournitures nécessaires (papier à lettre, timbre, stylo...)⁴⁰.

En ce qui concerne le maintien des liens familiaux⁴¹, « l'article 8 de la Convention oblige l'Etat à aider autant que possible les détenus à créer et à entretenir des liens avec des personnes extérieures à la prison en vue d'encourager la réadaptation des détenus à la société »⁴². Est compris dans ces obligations positives le fait d'incarcérer la personne le plus près possible de son domicile familial⁴³.

³⁵ « L'administration pénitentiaire et les droits des personnes détenues », promotion 2009-2011, ENA, p. 20.

³⁶ Proposition n°4 « L'administration pénitentiaire et les droits des personnes détenues », promotion 2009-2011, ENA, p. 33.

³⁷ CEDH, 27 oct. 1994, Kroon c/ Pays-Bas, § 31, *RTD Homme*, 1996, p. 184, obs. P. Georjgin.

³⁸ U. Kilkelly, « Le droit au respect de la vie privée et familiale. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Précis sur les droits l'homme*, n°1, 2003, www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/publi/.../946.pdf, p. 21.

³⁹ CEDH, 26 mars 1985, X. & Y. c/ Pays-Bas, req. n° 8978/80 : « [L'article 8] ne se contente pas de commander à l'Etat de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale [...]. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux » (§23). Il est difficile d'identifier les circonstances dans lesquelles le respect de l'article 8 impose une action positive. Selon les Juges de Strasbourg, l'Etat, afin de déterminer l'existence éventuelle d'une obligation positive, doit se demander si un juste équilibre a pu être établi entre l'intérêt général de la collectivité et les intérêts de l'individu. Par exemple, dès lors qu'un droit individuel important est en jeu et que le requérant a subi un préjudice majeur, une obligation positive risque de naître. Par contre, lorsque le préjudice est minime ou lorsque l'enjeu porte sur un intérêt important de l'Etat, les Juges sont moins enclins à adopter cette approche.

³⁹ CEDH, 3 juin 2003, Cotlet c/ Roumanie, req. n° 38565/97, *JCP G* 2003, I, 160, n° 10, chron. F. Sudre

⁴⁰ F. Sudre, *J.-Cl Europe Traité*, Fasc n°6524, n° 35.

⁴¹ Georgia Bechlivanou, « Rendre plus effectif le droit au maintien des liens familiaux », *RSC* 2013 p. 137.

⁴² CEDH, *Douglas Wakefield c/ RU*, 1^{re} octobre 1990, n° D 15817/89, *D.R.* 66, p. 251; CEDH, 28 sept. 2000, n°25498/94, *RFDA* 2001. 1250, chron. H. Labayle et F. Sudre ; *RSC* 2001. 881, obs. F. Tulkens .

Plus récemment si la Cour a rappelé que si la détention ou toute autre mesure privant une personne de sa liberté implique des limitations inhérentes à sa vie privée et familiale, les autorités doivent lui permettre et, le cas échéant, l'aider à maintenir le contact avec sa famille proche : CEDH, 23 février 2012, *Trosin c/ Ukraine*, req. n° 39758/05, § 39.

⁴³ CEDH 12 mars 1990 D n° 13756/88, *Ouinias c/ France*, , *D.R.* 65, p. 265. G. Bechlivanou, « Rendre plus effectif le droit au maintien des liens familiaux », *RSC* 2013 p. 137

Dans le même ordre d'idées, la réforme opérée en 2009 quant au PACS⁴⁴, permet désormais de se conformer à l'obligation positive de mettre à la disposition des personnes privées de liberté les autorités compétentes pour se pacser.

Malgré le développement de ses obligations positives, la sauvegarde essentielle du droit à la vie privée et familiale passe avant tout par le contrôle de la proportionnalité des atteintes qui y sont apportées.

B. Les limitations au droit à la vie privée et familiale induites de la privation de liberté

La limitation, exception ou principe ? Malgré son essor, la protection de la vie privée et familiale n'est pas pour autant absolue. L'effectivité de ce droit doit logiquement s'aménager des contraintes d'un enfermement. En effet, la condition de détenu, d'étranger retenu ou de malade mental hospitalisé sous contrainte implique *ipso facto* des atteintes à la vie privée et familiale inhérentes à l'enfermement. Ainsi, la vie privée et familiale va être confrontée aux contraintes tant matérielles (2) des lieux de privation de liberté qu'aux contraintes sécuritaires (1), limitant toujours un peu plus l'effectivité de ces droits.

1. Les obstacles juridiques à l'exercice effectif des droits

Les justifications. Conformément à l'article 8§2 de CESDH, l'Etat est autorisé à restreindre l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, à une triple condition : l'ingérence doit être prévue par la "loi" ⁴⁵ - qui doit être accessible aux citoyens et définir avec une précision suffisante les conditions et modalités de la limitation au droit -, viser un but légitime (sécurité nationale, sûreté publique, bien-être économique du pays, etc.) et présenter un caractère de nécessité dans une société démocratique (la mesure prise doit être proportionnée au but légitime poursuivi) ⁴⁶. Il s'agit là du régime commun des restrictions.

L'article 22 de la loi pénitentiaire qui fait lui-même écho aux RPE⁴⁷, prévoit que les restrictions doivent être motivées au regard « *des contraintes inhérentes à la détention, du maintien de la sécurité et du bon ordre des établissements, de la prévention de la récidive et de la protection de l'intérêt des victimes.* Ces restrictions doivent tenir « *compte de l'âge, de l'état de santé, du handicap et de la personnalité de la personne détenue* » (art.22). Plus précisément concernant les relations familiales, l'article 35 prévoit que « *l'autorité administrative ne peut refuser de délivrer un permis de visite aux membres de la famille d'un condamné, suspendre ou retirer ce permis que pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions* ». Il en va de même du droit d'accès au téléphone (l'article 39), et des correspondances (l'article 40).

Concernant l'hospitalisation du malade mental, si la sécurité d'autrui peut être avancée, les justifications se recentrent sur la personne elle-même. Aussi, le code de la santé affirme à l'article L.3211-3, que « *lorsqu'une personne atteinte de troubles mentaux fait l'objet de soins psychiatriques en application*

⁴⁴ Avant 2009 le code ne prévoyait pas de façon analogue au mariage la possibilité pour le greffier de se transporter sur les lieux au même titre que l'officier d'état civil pour célébrer le mariage (art. 75 du code civil), ce qui aboutissait à une impossibilité matérielle de s'unir par un pacs lorsque la personne n'était pas autorisée à sortir. Désormais, l'article 515-3 du code civil modifié par la loi pénitentiaire (Art. 37 de la loi de 2009 qui modifie l'article 515-3 du code civil) prévoit que le greffier peut se transporter à la résidence de l'une des parties en cas d'empêchement grave.

⁴⁵ V. CEDH, 12 juin 2007, Frérot c/ France, JCP G 2007, I, 182, n° 8, obs. F. Sudre. Elle retient que la limitation prévue aux correspondances des détenues par la circulaire du 29 décembre 1986, relative aux "correspondances écrites et télégraphiques des détenus" est incompatible avec l'article 8 de la convention en ce qu'elle n'est pas une restriction légalement prévue.

⁴⁶ F. Sudre, *J.-Cl Europe Traité*, Fasc n°6524, n°5.

⁴⁷ RPE Règle 24.2. : « *Toute restriction ou surveillance des communications et des visites nécessaire à la poursuite et aux enquêtes pénales, au maintien du bon ordre, de la sécurité et de la sûreté, ainsi qu'à la prévention d'infractions pénales et à la protection des victimes - y compris à la suite d'une ordonnance spécifique délivrée par une autorité judiciaire - doit néanmoins autoriser un niveau minimal acceptable de contact* ».

des dispositions des chapitres II et III du présent titre ou est transportée en vue de ces soins, les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à son état mental et à la mise en œuvre du traitement requis. En toutes circonstances, la dignité de la personne doit être respectée et sa réinsertion recherchée ». Le CGPL avait rappelé le principe en affirmant que « les limites à la vie privée et familiale n'ont de sens que si l'état du malade l'exige de manière incontestable ; elles sont autrement insupportables et doivent être dénoncées comme telles »⁴⁸.

Quant à l'étranger en situation irrégulière, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle⁴⁹, ce qui justifie des atteintes proportionnées au droit à la vie privée et familiale. Néanmoins, un rapport parlementaire a récemment mis en évidence la nécessité juridique et pratique d'envisager des mesures de contrainte extérieures aux centres de rétention, la restriction de liberté devant être préférée à la privation⁵⁰.

La recherche d'un juste équilibre des intérêts en présence. Dans ces différents contextes, le raisonnement dynamique de la Cour européenne devrait s'imposer. Les motifs invoqués à l'appui des ingérences doivent être "pertinents et suffisants"⁵¹ pour ensuite rechercher si l'ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi et vérifier alors qu'un "juste équilibre" a été ménagé entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. Toute restriction aux droits à la vie privée et familiale doit être justifiée au cas par cas dans une affaire donnée. Reconnaisant la grande importance pour un détenu de pouvoir maintenir des liens personnels et affectifs avec sa famille⁵², le juge européen apprécie la proportionnalité des restrictions aux visites familiales au regard, de la situation personnalité du détenu, de la durée et de la portée de la détention.

Ainsi par exemple, violent l'article 8 des restrictions automatiques à la fréquence des visites de tous les détenus à perpétuité (une visite tous les six mois pendant quatre ans) sans tenir compte de la situation particulière de chacun⁵³. Par ailleurs, une interdiction absolue de visites ne peut, « en tout état de cause », se justifier que « par des circonstances exceptionnelles »⁵⁴. Dans cette affaire, l'épouse et la fille du requérant n'ont pas été autorisées à le visiter pendant trois périodes distinctes, dont la plus longue a duré près d'un an et sept mois. La Cour juge la mesure disproportionnée aux buts légitimes poursuivis (risque de collusion, protection des témoins) et conclut à la violation de l'article 8⁵⁵.

Autre exemple, le refus opposé par l'administration pénitentiaire d'autoriser un détenu à assister aux obsèques constitue une ingérence dans son droit, dont la Cour apprécie la proportionnalité au but légitime poursuivi⁵⁶. Selon le juge européen, nonobstant la marge d'appréciation dont dispose les États en la matière, un tel refus ne peut passer pour compatible avec la convention qu'à la double condition qu'il soit justifié par des "raisons impérieuses" et qu'il n'existe pas de solution alternative⁵⁷. Dans cette affaire, l'autorité pénitentiaire avait refusé au

⁴⁸ Interview de M. Delarue, *Pluriels, La lettre de la Mission Nationale d'Appui, en Santé Mentale*, sept. 2010, n° 84, p. 3.

⁴⁹ Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, « Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », cons. 64

⁵⁰ *Rapport d'information sur les centres de rétention administrative*, Sénat, n° 773, 23 juillet 2014, par E. Assassi et Fr.-N. Buffet. V. spé. p. 46 et s.

⁵¹ CEDH, 24 mars 1988, Olsson, § 68, *JDI* 1989, p. 789, obs. P. Tavernier ; *RSC* 1988, p. 573, obs. L-E. Pettit

⁵² CEDH, déc., 28 juin 2001, Selmani c/ Suisse req n° 70258/01.

⁵³ CEDH, 23 févr. 2012, Trosin c/ Ukraine cité par F. Sudre, précité, n° 75.

⁵⁴ CEDH, 28 nov. 2002, Lavents c/ Lettonie, § 141, *JCP G* 2003, I, 109, n° 18, chron. F. Sudre.

La conclusion est identique dans l'arrêt « Nowicka c/ Pologne », où la requérante n'a été autorisée à recevoir qu'une visite par mois de la part de sa famille pendant sa détention d'une durée de quatre-vingt-trois jours, dans le cadre d'une affaire où elle ne contestait pas les faits qui lui étaient reprochés (F. Sudre, *J.Cl. Europe Traité*, Fasc. 6525, n° 75).

⁵⁵ V. également CEDH, 3 déc. 2002, Nowicka c/ Pologne. La conclusion est identique dans l'arrêt « Nowicka c/ Pologne », où la requérante n'a été autorisée à recevoir qu'une visite par mois de la part de sa famille pendant sa détention d'une durée de quatre-vingt-trois jours, dans le cadre d'une affaire où elle ne contestait pas les faits qui lui étaient reprochés (Cité par F. Sudre, *J.Cl. Europe Traité*, Fasc. 6525, n° 75).

⁵⁶ CEDH, 12 nov. 2002, Ploski c/ Pologne, *op. cit.*

⁵⁷ CEDH, 12 janv. 2012, Feldman c/ Ukraine, § 34 ; *JCP G* 2012, act. 80, F. Sudre

requérant le droit d'assister aux funérailles de son père au seul motif que la législation interne ne prévoyait pas de fournir une escorte policière au détenu dans une telle hypothèse. La Cour juge qu'un tel refus inconditionnel, sans examen des raisons personnelles qui motivaient la demande du détenu, constitue une restriction au droit d'assister aux funérailles d'un parent qui n'est pas "nécessaire dans une société démocratique" et emporte en conséquence violation de l'article 8⁵⁸.

On notera toutefois, que la Cour a récemment admis des ingérences portées à la vie familiale d'un détenu turc (limitation à une visite par semaine, censure de la correspondance, restriction des communications téléphoniques à dix minutes toutes les deux semaines) au nom de la défense de l'ordre et de la sûreté publics et la prévention des infractions pénales⁵⁹.

Un tel raisonnement doit pouvoir être transposé à l'égard de toute personne privée de liberté. En somme, l'impératif de sécurité et l'intérêt de la personne doivent être confrontés dans l'objectif de trouver un juste équilibre. Les restrictions doivent être individualisées, légitimes et proportionnées au but recherché.

Dans le Rapport rétention de 2011, un cas d'espèce aurait certainement donné lieu à une condamnation pour violation de la vie familiale de l'intéressé⁶⁰. Il s'agissait d'un étranger placé en centre de rétention administrative qui n'avait pu assister à l'accouchement de son épouse ni même rencontrer son enfant avant son expulsion. Un tel refus inconditionnel, sans examen des raisons personnelles le justifiant semble excéder la marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales lorsqu'aucune possibilité alternative n'est offerte à l'intéressé de pouvoir assister à la naissance de son enfant.

Dans les hôpitaux psychiatriques, les différentes restrictions observées concernent les visites, l'accès au téléphone mais rarement le courrier⁶¹. Si elles sont toujours présentées comme étant dans l'intérêt des malades, elles semblent toutefois peu homogènes, ce qui peut générer de grandes incompréhensions de la part de patients parfois amenés à séjourner dans plusieurs unités⁶².

⁵⁸ F. Sudre, *J.Cl. Europe Traité*, Fasc. 6525, n°78.

A plusieurs reprises, la Cour a condamné les Etats pour leur réglementation de contrôle des correspondances des détenus dans la mesure où la disposition « ne réglementait ni la durée des mesures de contrôle de la correspondance des détenus, ni les motifs pouvant les justifier, et n'indiquait pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes dans le domaine considéré » (§ 42) : CEDH, 4 mars 2008 Cavallo c. Italie, req. n° 9786/03. La Cour, qui ne fait ici que rappeler la position qu'elle avait adoptée dans les affaires Labita c. Italie (CEDH 6 avril 2000, requête n° 26772/95, §§ 175-185) et Calogero Diana c. Italie (CEDH 15 novembre 1996, requête n° 15211/89, § 33). V. A. Robitaille, « Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 mars 2008.

⁵⁹ CEDH Section 2, 18 mars 2014, Öcalan c/Turquie, req n°24069/03, 00197/04, 06201/06, 10464/07, *Juris-Data* n°2014-004929.

⁶⁰ Rapport rétention 2011, <http://www.osservatoriomigranti.org/assets/files/Cimade%20-%20Rapport%202011.pdf>, p.266.

⁶¹ Interview de M. Delarue, contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Revue Pluriels*, sept. 2010, n° 84, p. 2.

⁶² *Ibidem* p. 6. De très grandes disparités peuvent apparaître entre les secteurs visités y compris au sein d'un même établissement. Devant la mission d'information sur la santé mentale et l'avenir de la psychiatrie, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté 2013 a eu la possibilité de préciser ces observations : « les pratiques sont extrêmement diverses entre les établissements et pas toujours formalisées. L'accès au téléphone, l'organisation des visites et de la correspondance apparaissent parfois contingentés sans une adaptation suffisante aux besoins de chaque patient ». Il a pu affirmer que c'est souvent « la volonté d'un responsable d'unité qui va déterminer un régime particulier ». Il a cité l'exemple de l'accès à un téléphone portable. « Dans certaine unité, on les autorise. Dans d'autres on les mets dans les mains des infirmiers et la personne vient quémander la possibilité d'utiliser son téléphone. Dans des unités, ils sont totalement interdits » a-t-il détaillé. *Quelle est la raison de ces différences ? Aucune* » (« Le droit à la vie privée peu respectée en psychiatrie (contrôleur général des lieux de privation de liberté) », <http://goo.gl/qmBhh> ou <http://psychiatrie.crupa.asso.fr/307>).

Certains droits pourtant reconnus peinent à connaître un exercice effectif du fait des contraintes matérielles que subit l'Etat français.

Les visites familiales conditionnées à l'existence de ces lieux aménagés. Ainsi, le droit reconnu à tout détenu « d'une visite trimestrielle dans une UVF (Unité de vie familiale) ou un parloir familial » (article 36 de la loi pénitentiaire) est en réalité un droit conditionné à l'existence matérielle de ces unités. En effet, une minorité d'établissements dispose aujourd'hui une UVF (une soixantaine pour 190 établissements)⁶³ ou d'un parloir familial⁶⁴.

Au regard de ces difficultés, il est proposé de donner la priorité à la construction d'UVF dans tous les établissements pour peines dans la mesure où ceux-ci accueillent des personnes détenues pour des peines plus importantes, qui peuvent davantage souffrir des conséquences d'isolement et de rupture de lien familial plus longue. Dans la mesure du possible, il serait souhaitable que les personnes détenues au sein des maisons d'arrêt bénéficient également de telles structures, mais si la contrainte de financement s'avérait trop forte, il conviendrait, à défaut, d'y généraliser les parloirs familiaux »⁶⁵.

L'encellulement individuel confronté à la crise du logement pénitentiaire. Quant à l'encellulement individuel sa consécration n'est qu'une vague illusion. Actuellement, le code de procédure pénale définit deux règles relatives à l'encellulement, l'une s'appliquant de principe aux prévenus⁶⁶ en détention provisoire l'autre condamnés traite de la situation des condamnés⁶⁷ selon qu'ils sont en maison d'arrêt ou en établissements pour peines. L'application de ces dispositions fait difficulté en raison de que l'on a appelé « *la crise du logement pénitentiaire* »⁶⁸. Confronté à cette situation de fait, le législateur a imaginé des palliatifs provisoires, destinés à écarter momentanément la portée du principe de l'encellulement individuel posé par le code de procédure pénale.

A cette date, le Gouvernement a imaginé un dispositif, inséré dans la partie réglementaire du code de procédure pénale (article D. 53-1, abrogé et inséré en 2013 dans le règlement intérieur type des établissements, article 38), qui consiste à prévoir que, lorsqu'un prévenu demande à être en cellule seul et qu'il ne peut être satisfait dans l'établissement où il est affecté à cette demande, il peut demander son transfèrement dans un établissement dans lequel il pourra être en cellule seul. Autrement dit, le principe de l'encellulement individuel ne doit pas s'apprécier au regard de l'établissement où la personne est incarcérée, mais par rapport à l'ensemble des maisons d'arrêt⁶⁹.

Bien que le Conseil d'Etat ait validé cette disposition⁷⁰, pour le détenu, cela revient à devoir choisir (sous réserve de l'accord du magistrat), entre la proximité de l'établissement avec les siens et l'encellulement individuel. Ce qui revient à choisir entre vie privée ou vie familiale.

⁶³ V. la carte sur www.justice.gouv.fr/art_pix/Carte_UVF_Parloir_Fam_aout2013.pdf

⁶⁴ Ce droit tend à devenir purement virtuel pour les personnes privées de liberté dans des établissements pénitentiaires déjà construits qui ne sont pas encore dotés ou qui ne pourront jamais être dotés d'UVF. Deux obstacles majeurs s'opposent à l'effectivité future d'un tel droit, le premier est l'absence de surface disponible dans certains établissements pénitentiaires pour les construire ; le second concerne le prix important de ces structures. C'est la raison pour laquelle l'administration pénitentiaire tend parfois à lui préférer la construction de parloirs familiaux, dont la taille plus petite et le coût moindre (coût unitaire d'environ 5 000 euros) semblent mieux se concilier avec ces contraintes.

⁶⁵ Proposition n°3 « L'administration pénitentiaire et les droits des personnes détenues », promotion 2009-2011, ENA, p. 33.

⁶⁶ Article 716 CPP. L'article dispose qu'ils sont placés en cellule individuelle sauf dérogation fondée, à la demande des intéressés.

⁶⁷ Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 24 mars 2014 relatif à l'encellulement individuel dans les établissements pénitentiaires : JORF n° 0095 du 23 avril 2014.

⁶⁸ P. Poncela, « La crise du logement pénitentiaire », *RSC*, 2008, p. 972.

⁶⁹ Article 717-2 CPP. En maison d'arrêt, ils sont soumis à l'emprisonnement individuel de jour et de nuit ; dans les établissements pour peines, à un emprisonnement individuel la nuit seulement. Des dérogations peuvent toutefois être accordées pour les mêmes motifs que précédemment.

⁷⁰ « *Le décret attaqué n'a pas, eu égard aux contraintes matérielles pesant sur l'administration pénitentiaire, méconnu la portée de la disposition législative dont il assure l'application* » : CE6^e /1^{ère} sous-section, 29 mars 2010, n° 319 043, au rec., M. Guyomar, rapp. publ.

Une telle alternative n'est évidemment pas satisfaisante au regard des droits fondamentaux qui, en aucun cas, ne font du droit au respect à la vie privée et familiale une alternative.

Ce dispositif a été retenu à titre subsidiaire dans la loi pénitentiaire de 2009. A titre principal, la loi a maintenu, le principe de l'encellulement individuel avec le système d'un nouveau sursis à l'application de dérogations restreintes à ce principe, dont l'entrée en vigueur a été repoussée à cinq ans après la publication de la loi. Celle-ci ayant été publiée le 25 novembre 2009, *c'est donc à la date du 25 novembre 2014 que le principe de l'encellulement individuel devrait être conçu plus strictement*. Or, les effectifs carcéraux n'ayant pas diminué, voire étant en faible hausse, la problématique des contraintes matérielle se pose toujours comme une barrière à l'effectivité du droit à l'encellulement individuel.

Face à cette réalité, si le CGLPL s'est opposé à un nouveau report de mise en application des principes en ce que cela ébranlerait la crédibilité de ce droit à l'encellulement individuel, il conçoit *a contrario* que la volonté de laisser le délai venir à expiration serait irréaliste : « *La loi peut être prospective, et même volontariste. Elle ne saurait être sans risques tout à fait irréaliste. [...] Il faut donc renoncer à une solution aussi expéditive et sans portée* »⁷¹.

Reste une troisième solution, de portée plus modeste, qui consiste à commencer à rétablir l'encellulement individuel conformément au code de procédure pénale au bénéfice de certaines catégories de personnes détenues, tout en prorogeant, par voie législative, le moratoire afin d'éviter tout risque de mise en cause de la responsabilité de l'Etat⁷².

La Garde des Sceaux a néanmoins déclaré que le Gouvernement s'orientait vers un nouveau moratoire jusqu'en 2017⁷³.

Malgré ces contraintes matérielles, force est de constater que face à une privation de liberté, le principe consiste à reconnaître le maintien des droits fondamentaux et notamment du droit au respect de la vie privée et familiale, leur limitation devant être l'exception toujours justifiée par un motif légitime et proportionné au but recherché.

Dans ce contexte, la privation de liberté doit désormais être pensée et remodelée en fonction du respect de la vie privée et familiale.

II - La privation de liberté remodelée par la vie privée et familiale

La privation de liberté ne pouvant être à elle-seule une entrave à la vie privée et familiale de la personne, le respect de ce droit fondamental conduit nécessairement à repenser la privation de liberté à l'aune de ce droit. Dès lors que l'on exclut les circonstances susceptibles de justifier les limites portées au droit à la vie privée et familiale, ce dernier doit pouvoir se conjuguer avec la privation de liberté.

Dans un premier temps, lorsque l'exigence d'enfermement ne peut être évitée, une « cohabitation » va devoir être pensée entre privation de liberté et vie privée et familiale. Pour ce la vie privée et familiale va s'immiscer, s'inviter, dans les lieux de privation de liberté s'aménageant un espace d'autonomie face à la privation de liberté (A).

Dans un second temps, le droit à la vie privée et familiale va conduire à s'interroger sur l'opportunité de l'enfermement et pourrait être envisagé comme un justificatif de son éviction (B).

A L'immixtion de la vie privée dans les lieux de privation de liberté

L'enfermement devant affecter le moins possible la vie privée et familiale de la personne privée de liberté, des dispositions concrètes ont été prises dans le domaine carcéral pour permettre des contacts avec la famille, qu'il s'agisse de visite, de parloir, d'unité de vie familiale, d'appel

⁷¹ Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 24 mars 2014 relatif à l'encellulement individuel dans les établissements pénitentiaires ; JORF n°0095 du 23 avril 2014.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ « L'interminable moratoire sur l'encellulement individuel », *Dalloz actu* 21 oct. 2014.

téléphonique, de courrier ou de réception d'objets. Si ces aménagements doivent être salués, ils demeurent souvent insuffisants, la vie privée n'étant pas toujours préservée et la famille insuffisamment protégée.

1. *Les aménagements prévus*

Quelle place pour la famille ? Quelle que soit la cause de la privation de liberté, les relations extérieures et tout particulièrement les relations familiales constituent un facteur clé d'insertion ou de réinsertion future, pour le détenu, un facteur de guérison pour le malade, un facteur de sécurité pour l'étranger.

Les aménagements prévus, entre réjouissance et désillusion. C'est dans le domaine pénitentiaire que les aménagements sont les plus aboutis. Par les articles 35 et 36 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, le législateur a consacré le droit au maintien des liens familiaux par l'exercice des permissions de sortir mais aussi des visites, qui étaient jusqu'alors uniquement encadrées par des normes de nature réglementaire. Les parloirs familiaux et les unités de vie familiale (UVF), dont l'existence reposait jusqu'à présent sur des circulaires, bénéficient également de cette consécration législative. Les articles 35 et 36 précités affirment le principe du droit aux visites et précisent les limitations dont il peut être l'objet, pour des motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité, à la prévention des infractions ou à la réinsertion du condamné. L'article 35 de la loi du 24 novembre 2009 prévoit que le droit des personnes détenues au maintien des relations avec les membres de leur famille ou d'autres personnes s'exerce par les visites à raison d'au moins trois fois par semaine pour les personnes prévenues et d'au moins une fois par semaine pour les personnes condamnées. La visite, définie comme la rencontre de courte durée (ces dernières pouvant varier d'une demi-heure dans les maisons d'arrêt à deux heures dans certaines maisons centrales)⁷⁴ s'organise dans un parloir dit « traditionnel », qui ne laisse que peu de place à l'intimité et à l'efficacité des liens. Les relations intimes sont interdites⁷⁵ et les conversations peuvent être écoutées, puisque la visite se déroule sous la surveillance d'un personnel pénitentiaire.

En dehors des dispositifs des visites traditionnelles, se sont développés dans les établissements des parloirs familiaux⁷⁶ ou plus encore des unités de vie familiale⁷⁷. L'article 36 de la même loi prévoit que les unités de vie familiale ou les parloirs familiaux implantés au sein des établissements pénitentiaires peuvent accueillir toute personne détenue, à raison d'au moins une visite trimestrielle, sous réserve de l'accord de l'autorité judiciaire compétente pour les personnes prévenues⁷⁸. Cela permet au prisonnier de retrouver, durant un intermède parfois de quelques jours, une vie familiale presque normale, ainsi qu'une intimité indispensable dans ses rapports avec ses proches. Ces derniers dispositifs pensés pour permettre des visites de plus longue durée dans des conditions d'intimité constituent de réelles avancées pour faire entrer l'extérieur dans les lieux de privation de liberté et permettre ainsi le maintien des liens familiaux de la façon la plus normale : manger, boire dormir ensemble, c'est famille ce me semble.

Toutefois, si ces dispositifs constituent de toute évidence des parenthèses permettant d'allier, vie privée et familiale et incarcération, ils n'ont pu être généralisés dans tous les établissements pénitentiaires et ne peuvent donc être proposés à toutes les personnes privées de liberté⁷⁹, ce qui revient à affirmer que c'est *a minima* dans les conditions d'un parloir traditionnel, que proches et famille peuvent s'immiscer en prison.

⁷⁴ M. Herzog-Evans, « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *AJF*, 2009, p. 484.

⁷⁵ Lors des visites en parloir, il est interdit d'avoir des relations sexuelles. En effet, le fait de soumettre quelqu'un (que ce soit le personnel pénitentiaire, un autre détenu ou des visiteurs) à la vue d'actes obscènes ou d'actes susceptibles d'attenter à la pudeur est une faute disciplinaire.

⁷⁶ Pièces aménagées pour rencontrer la famille ou les proches durant une demi-journée.

⁷⁷ Appartement à l'intérieur de l'établissement pour permettre des visites de longue durée entre six heures et trois jours

⁷⁸ Circulaire du 20 février 2012, relative au maintien des liens extérieurs des personnes détenues par les visites et l'envoi ou la réception d'objets, *BOMJL* n° 2012-02, 29 février 2012.

⁷⁹ V. cf. *infra*

A cette réalité s'en ajoute une autre, relative aux difficultés matérielles pour les familles d'exercer ce droit d'immixtion : les horaires des visites, le coût des visites, la distances des lieux de privation constituent autant d'obstacles à l'effectivité de la préservation des liens familiaux sont généralement la cause de l'étiollement des liens familiaux⁸⁰. A ce titre, s'il convient de se réjouir de ce que l'article 34 pose le principe selon lequel, lorsque l'information est achevée, les prévenus qui attendent leur comparution devant la juridiction de jugement « *peuvent bénéficier d'un rapprochement familial* », il ne s'agit toutefois que d'une faculté et non d'une obligation. La loi a d'ailleurs omis, d'une manière générale, de poser que l'affectation des condamnés après leur condamnation prenait avant tout en compte les liens familiaux. Ainsi, la personne privée de liberté ne bénéficie pas d'un « droit au rapprochement familial » ce qui peut affecter tout autant les relations lorsque la distance géographique sépare de beaucoup la personne et sa famille.

Quelle place pour l'enfant de parent détenu ? Quant au sort des enfants de parents détenus, la France ne semble pas briller par la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans tous les cas, l'enfant, qui est particulièrement vulnérable dans ce contexte, apparaît comme une « victime invisible du système pénitentiaire ». Pour autant, la relation parent-enfant doit être interrogée sous le prisme de son intérêt supérieur : est-ce dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des liens avec un parent incarcéré ? Si la réponse n'est pas absolue et doit être appréciée au cas par cas, de façon concrète pour chaque enfant, elle doit se construire en partant des droits de l'enfant à avoir une vie familiale et d'être élevé dans la mesure du possible par ses parents (art. 7 de la CIDE), le droit de l'enfant à des mesures propres à le réunir à son parent⁸¹. Dès lors, la privation de liberté d'un de ces parents ne doit pas entacher ses propres droits sauf à démontrer qu'il en va de son intérêt supérieur. Or, l'effectivité des visites d'un enfant mineur de moins de 16 ans, reste dans certain cas relative. En effet, les difficultés sont multiples, tantôt elles proviennent d'une attitude de défiance des magistrats⁸², tantôt sont liées à la défiance de l'autre parent récalcitrant dans la mise en œuvre du droit de visite de l'enfant⁸³, tantôt elles résultent des sanctions disciplinaires appliquées au parent détenu privé de son droit de visite privant de la sorte l'enfant de son droit à visiter son parent.

La détention des mères avec leurs enfants : concilier l'inconciliable. La loi française permet qu'une femme enfermée, puisse être emprisonnée avec son enfant en bas-âge.

Le code de procédure pénale limite cette possibilité. Seuls les enfants jusqu'à l'âge de 18 mois peuvent rester auprès de leur mère en détention ; pendant les douze mois suivants, de « courtes périodes » de relations avec la mère (qui ne sont pas autrement définies) sont possibles. On doit comprendre qu'au-delà le régime normal des parloirs, en vigueur dans l'établissement, est applicable. Il peut être dérogé à l'âge limite de 18 mois, mais sur décision exceptionnelle après avis d'une commission : dans la pratique, peu de prolongations sont accordées ; seulement lorsque la date de libération de la mère suit de peu la limite des 18 mois ou par survenue d'un événement

⁸⁰ G. Bechivanou, « Rendre plus effectif le droit au maintien des liens familiaux », *RJC* 2013 p. 137.

⁸¹ CEDH, 7 mars 2013, *Raw c/ France*, req. no 10131/11.

⁸² L'UFRAMA In Recommandations 2013 « Il est constaté de manière régulière que certains juges d'instruction ou magistrats du parquet refusent d'accorder des permis de visite aux enfants sur le seul motif de l'opportunité des visites au parloir en raison de l'âge des enfants. Les convictions qui guident chaque magistrat génèrent des pratiques hétérogènes et discriminantes. Il est à noter, également, l'absence fréquente de réponse écrite motivée du magistrat, ce qui enlève toute possibilité à la famille de faire appel d'une décision de refus ».

⁸³ Défenseur des droits, Groupe de travail « Intérêt supérieur de l'enfant », Rapport sur *Le maintien de liens à l'épreuve de l'incarcération*, oct. 2013, p. 26

En France tout enfant quel que soit son âge doit disposer de son propre permis de visite, ce qui concerne même les bébés que leur mère veut présenter à leur père dans les jours qui suivent la naissance. Il doit néanmoins être accompagné par une personne majeure titulaire d'un permis de visite, à l'exception des mineurs de plus de 16 ans autorisés par accord écrit du titulaire de l'autorité parentale. Dans l'hypothèse où les parents sont séparés et que l'enfant a moins de 16 ans la question devient délicate et le droit de visite de son parent incarcéré du mineur doté de discernement, doit être respecté et ne doit pas être abandonné au bon vouloir de l'autre parent quitte à contraindre le parent non détenu à emmener l'enfant (V. CA Paris, 12 juin 1987, *Gaz. Pal.* 1988. Somm. 355)

exceptionnel. Ainsi, de façon très précoce l'enfant est séparé de sa mère alors même que le Conseil de l'Europe qui avait réalisé une forme de méta-analyse sur le sujet révélait que les risques psychiques étaient bien plus importants à séparer l'enfant de sa mère qu'à le maintenir en détention avec elle⁸⁴.

Les communications avec l'extérieur. A côté du droit de visite, contact physique, les communications téléphoniques constituent une des modalités permettant de maintenir vie privée et familiale. La loi pénitentiaire reconnaît au détenu ce droit (art. 39) tout en le conditionnant à une autorisation judiciaire pour les prévenus. Dans tous les cas, l'usage du téléphone est naturellement subordonné aux exigences du bon ordre et de la sécurité. C'est pourquoi, en particulier, les conversations sont, sauf exception prévue par la réglementation, écoutées ce qui est peu protecteur de la vie privée. Mais si les principes élargissent les possibilités des liens des personnes privées de liberté avec l'extérieur, nombreuses sont les modalités pratiques de l'usage du téléphone qui conduisent à en limiter la portée : le nombre insuffisant de cabines par rapport au nombre de détenus, l'emplacement des cabines dans les cours de promenade ou les coursives laissant peu de place à la confidentialité et encourageant la pression entre codétenus, les horaires d'appel (uniquement en journée et se terminant vers 17h30) peu propice aux échanges familiaux⁸⁵, la durée limitée des appels et le coût élevé⁸⁶. Si les intentions vont dans le bon sens, la réalité est toute autre, vie privée et familiale étant mises à mal.

Les désillusions. La France semble encore loin des recommandations européennes, qui affirment dans les RPE (règles 24.4 et 24.5), que « *les modalités des visites doivent permettre aux détenus de maintenir et de développer des relations familiales de façon aussi normale que possible* ». En effet, si le maintien « normal » est déjà lourdement mis à l'épreuve, le développement des relations semble entièrement mis de côté. En effet, si la loi se concentre sur les liens familiaux actuels, elle ignore totalement les liens familiaux à venir. Or, « *la désistance du crime est un processus qui prend très souvent appui sur la constitution d'un nouveau cercle familial, par exemple par la rencontre d'une future compagne, ce qui ne peut se produire que si la vie privée - et non seulement la vie familiale - laquelle est également protégée par l'article 8 Conv. EDH - est elle-même existante* »⁸⁷.

Les parloirs familiaux ou les unités de vie familiale, en faible nombre, ne sont accessibles que dès lors que la personne qui les sollicite justifie d'un lien affectif quelconque, mais solide, avec le prisonnier. Certes, il peut donc s'agir d'un ami proche comme d'un membre de la famille proche ou élargie⁸⁸ mais l'acceptation d'une demande de visite en UVF étant du pouvoir du chef d'établissement⁸⁹, il semble improbable qu'en absence de lien antérieur, ou en présence d'un lien très faible, ces aménagements soient ouverts, fermant ainsi la porte à une construction des liens en prison.

Quelle place pour l'intime ? Comment construire un lien affectif sans reconnaître un droit aux relations intimes, l'un semble devoir avec l'autre. Un auteur a récemment pointé les paradoxes de la sexualité en prison : elle n'est pas interdite mais les actes obscènes sont condamnables⁹⁰. Cette question touche par essence à l'intime de la personne, à sa vie privée et constitue un élément pour créer du lien affectif. Certes, les UVF et les parloirs constituent des avancées en ce sens. Or, leur

⁸⁴ V. cité par M. Herzog-Evans, « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *AJF*, 2009, p. 484.

⁸⁵ Les membres à l'extérieur ayant généralement une activité professionnelle et les enfants étant à l'école.

⁸⁶ Avis du 10 janvier 2011 du contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif à l'usage du téléphone par les personnes privées de liberté, rendu conformément à l'article 10 de la loi du 30 octobre 2007.

⁸⁷ M. Herzog-Evans, « Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées », *AJF*, 2009, p. 484.

⁸⁸ Conjoint et enfants comme père, mère, fratrie, cousins, grands-parents ou oncles et tantes.

⁸⁹ Qui en décide après étude du dossier de demande, appelant à chaque fois enquête par les travailleurs sociaux auprès du détenu et de ses visiteurs potentiels. V. C. Mandy, *La prison et l'hôpital psychiatrique du XVIIIe au XXIe siècle : institutions totalitaires ou services publics ? Contribution à l'étude de la privation de liberté en France et du paradigme de l'institution totale*, Thèse sous la direction de Emmanuel Cadeau, 2011, Université de Nantes, p. 164.

⁹⁰ Nina Califano, *Sexualité incarcée*, 2012, L'Harmattan.

faible nombre et l'exigence d'un lien stable pour y avoir accès limitent *de facto* le développement des relations familiales futures.

Des aménagements minorés. Au même titre que pour les détenus, le droit d'être visité constitue une modalité du droit à la vie familiale. Pour autant son affirmation autonome et solennelle ne se retrouve pas avec la même intensité.

Ainsi, concernant la personne retenue, ce droit ne connaît pas une reconnaissance autonome mais se déduit l'article R.553-6 du CESEDA⁹¹ qui impose dans les locaux de rétention administrative la mise à disposition de local permettant de recevoir les visites notamment des familles, sans plus ample précision.

Quant aux visites dans l'institution psychiatrique, seule la loi du 27 juin 1990 a clarifié, de manière très implicite, l'état du droit. Cette loi « *renverse la logique de l'ancienne loi* » qui faisait du droit de visite une « *simple tolérance réglementaire* », et institue ce droit comme principe, ravalant l'isolement au titre d'exception⁹². Il est certain que le nouvel article L. 3211-3 du Code de la Santé publique affirme que « *[l]orsqu'une personne atteinte de troubles mentaux est hospitalisée sans son consentement [...], les restrictions à l'exercice de ses libertés individuelles doivent être limitées à celles nécessitées par son état de santé et la mise en œuvre de son traitement. En toutes circonstances, [...] sa réinsertion [doit être] recherchée* ». Dès lors que l'on appréhende les libertés individuelles de manière extensive, on peut éventuellement y glisser le droit de recevoir des visites⁹³. Les preuves restent malgré tout minces concernant la reconnaissance d'un véritable droit aux visites pour les personnes hospitalisées sous contrainte, même si l'esprit du texte laisse pencher pour cette déduction. La relativité de ce droit a de toute façon été clairement recherchée : il a volontairement été écarté de la liste des droits inaliénables reconnus à la personne hospitalisée sous contrainte à l'article L. 3211-3 du Code de la Santé publique⁹⁴ au nom de la pratique psychiatrique et de la particularité de ses techniques⁹⁵.

Concernant les visites familiales ou assimilés, la prison semble presque plus protectrice des droits du détenu que l'hôpital ne l'est de ceux du patient interné ou des centres pour les étrangers. En effet, le maintien des liens familiaux étant devenu un des axes fondamentaux du respect du détenu et du travail en vue de sa réinsertion future, le Code de procédure pénale pose la délivrance d'un permis de visite à ces proches comme une obligation pour le chef d'établissement, sauf « [...] motifs liés au maintien de la sécurité ou au bon ordre de l'établissement [...] » pour les condamnés⁹⁶. L'on ne retrouve ni parloir familial ni unité de vie familiale en centre de détention ou à l'hôpital. La famille n'est pas invitée dans ces lieux. A l'hôpital comme les lieux de rétention : la « vie familiale » n'y est pas accueillie.

Quant aux moyens de communications, et tout particulièrement l'accès à la téléphonie, le CGLPL a là aussi mis en lumière un droit atteint dans son effectivité par des pratiques et des réalités condamnables. Ainsi pour les étrangers, l'équipement des locaux de rétention

⁹¹ Art. R.553-6 du CESEDA : « *Les locaux de rétention administrative doivent disposer des équipements suivants :*

1° Des chambres collectives non mixtes, accueillant au maximum six personnes ; 2° Des équipements sanitaires en libre accès comprenant des lavabos, douches et v.-c. ; 3° Un téléphone en libre accès ; 4° Un local permettant de recevoir les visites : autorités consulaires, familles, médecins, membres d'associations ; 5° Le local mentionné à l'article R. 553-7, réservé aux avocats ; 6° Une pharmacie de secours [...]

⁹² A. Boumaza, *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'Homme*, vol. II : la protection de la personne hospitalisée, Paris, éd. du CTNERHI, coll. « Point sur ... », 2002, p. 94.

⁹³ C. Mandy, *La prison et l'hôpital psychiatrique du XVIII^e au XXI^e siècle : institutions totalitaires ou services publics ? Contribution à l'étude de la privation de liberté en France et du paradigme de l'institution totale*, Thèse, dir. E. Cadeau, 2011, Univ. de Nantes, p. 160.

⁹⁴ Cela apparaît dans les débats parlementaires sur la loi du 27 juin 1990, au cours desquels le sénateur P. Souffrin avait proposé son inscription dans la liste des droits indérogables du patient hospitalisé sous contrainte, ce qui lui a été refusé.

⁹⁵ En conséquence, on rejoint partiellement l'ancien principe, qui faisait du médecin l'autorité décideuse, au détail près que désormais, elle décide des interdictions de visites tandis que sous l'empire de la loi de 1838, elle décidait de l'octroi d'un droit de visite. En conséquence, on rejoint partiellement l'ancien principe, qui faisait du médecin l'autorité décideuse, au détail près que désormais, elle décide des interdictions de visites tandis que sous l'empire de la loi de 1838, elle décidait de l'octroi d'un droit de visite. V. Caroline Mandy, *La prison et l'hôpital psychiatrique du XVIII^e au XXI^e siècle : institutions totalitaires ou services publics ?*, précit., p. 161.

⁹⁶ Caroline Mandy, précit., p. 162.

administrative les plus ordinaires, souvent installés dans des commissariats de police, ne comprennent pas de téléphone, en méconnaissance du 3° de l'article R. 553-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile⁹⁷. Les centres de rétention et les zones d'attente comportent dans la plupart des cas les équipements téléphoniques nécessaires⁹⁸. En revanche, les consignes d'utilisation sont peu diffusées et, généralement, uniquement en langue française. Par ailleurs, le contrôleur relève que « *tous les appareils cellulaires de téléphone comportant un appareil photographique sont confisqués à l'entrée en rétention ou en zone d'attente, motif pris de ce que la prise de vues pourrait porter atteinte au droit à l'image de personnes également privées de liberté dans ces lieux. Dans la mesure où aujourd'hui de très nombreux appareils sont ainsi équipés, cette règle conduit dans la pratique à retenir la plupart des téléphones et à compliquer l'accès prévu aux communications téléphoniques* »⁹⁹. Ces réalités pratiques sont autant d'éléments qui empêchent la réalité des communications et ainsi amoindrissent le maintien effectif des relations familiales.

A l'hôpital, la liberté de téléphoner jouit d'une protection moindre ne reconnaissant qu'aux malades un droit de communication par courrier¹⁰⁰. La liberté téléphonique connaît alors des pratiques totalement hétérogènes d'un établissement à l'autre et même d'un service à l'autre, rendant le droit à la communication imprévisible¹⁰¹.

Aussi, dans une perspective de renfort des droits fondamentaux des personnes privées de liberté, un certain nombre d'aménagements sont à prévoir.

2. *Les aménagements à prévoir*

Faire progresser l'effectivité des correspondances téléphoniques. Faire progresser l'effectivité du droit à une vie familiale peut passer dans un premier temps par un assouplissement des échanges virtuels que constituent le téléphone et l'accès à internet.

Le droit de téléphoner devrait être reconnu à toutes personnes privées de liberté. Pour satisfaire, l'exercice de ce droit, il faudrait généraliser la mise en place de véritables cabines téléphoniques, permettant la protection des conversations vis-à-vis des autres détenus et étendre les horaires d'appel afin de pouvoir communiquer notamment en fin de journée (jusqu'à 20h par exemple) avec les membres de la famille.

Suivant les pas du CGLPL, il faudrait porter une réelle réflexion sur le libre accès aux téléphones portables en prison, en rétention, ou à l'hôpital. Concernant, les prisonniers, « *le téléphone est une manière de faire vivre le droit à la vie familiale. Il y a aujourd'hui des téléphones fixes en prison, mais ils sont insuffisants (accès, prix). Par conséquent, les portables sont une des solutions pour renforcer le maintien des liens familiaux. Naturellement, ils doivent être soumis à contrôle, comme tous les échanges des prisonniers avec l'extérieur.*

⁹⁷ La solution consistant à autoriser les personnes retenues à utiliser un téléphone de service, en présence de fonctionnaires de police, ne peut être regardée comme satisfaisante au regard du droit au respect de la vie privée et familiale.

⁹⁸ En application des dispositions respectives des articles L. 551-2, L. 221-4 et R. 553-3 du CESEDA.

⁹⁹ Avis du 10 janvier 2011 du contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif à l'usage du téléphone par les personnes privées de liberté, rendu conformément à l'article 10 de la loi du 30 octobre 2007.

¹⁰⁰ Il n'en va pas de même pour les communications téléphoniques. Potentialité de communication, certes apparue bien après la loi de 1838 et son règlement afférent de 1857, elle ne figure pour la première fois dans un texte normatif qu'avec la loi « Sécurité et libertés » de 1981 et donc pour les patients hospitalisés avec leur consentement. Apparition-éclair puisque la loi de 1990 l'occulte à nouveau, ne renvoyant plus qu'à la liberté de correspondance épistolaire ; l'article L. 353-2 du Code de la Santé publique issu de la loi de 1981 est abrogé avec la loi de 1990. La fiche d'information n° 0 relative à l'application de la loi du 27 juin 1990 souligne que la liberté de téléphoner jouit d'une protection moindre, seule la liberté de communication épistolaire figurant parmi les droits inaliénables du patient hospitalisé sous contrainte.

¹⁰¹ Généralement, après autorisation médicale, les malades peuvent accéder librement au téléphone c'est-à-dire à une cabine téléphonique ou un téléphone fixe de l'unité, aisément contrôlable par l'équipe de soin. Quant à l'usage du téléphone portable, il n'est pas homogène selon les services et l'ouverture d'une ligne en chambre n'est pas possible dans les services de psychiatrie, contrairement au reste de l'hôpital (Interview de Monsieur Marie Delarue, contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Revue Pluriels*, septembre 2010, n° 84, p. 6).

Mais l'autorisation des portables aurait des effets beaucoup plus positifs que l'interdiction actuelle qui ne réussit même pas à les empêcher»¹⁰².

Quant aux étrangers, il serait souhaitable que ces téléphones soient conservés par leurs propriétaires, ceux-ci étant éventuellement avisés que la prise de vues est interdite pendant le séjour, des sanctions *a posteriori* pouvant être alors prises en cas de méconnaissance de cette interdiction, dès lors qu'elles sont définies par le règlement¹⁰³ : « ces mesures simples conditionnent la pleine efficacité d'un droit que la loi ou le règlement reconnaissent d'ores et déjà aux personnes détenues ou aux étrangers retenus ou placés en zone d'attente »¹⁰⁴.

Enfin, pourrait être engagée une dernière réflexion sur l'autorisation de la communication sécurisée par internet qu'elle soit écrite (courriels) ou verbale et visuelle (type skype) entre une personne privée de liberté et sa famille. En effet, les nouveaux moyens technologiques sont des outils formidables qui permettent de lier des relations certes virtuelles mais avec le son et l'image en plus.

L'élargissement des communications virtuelles ne devrait constituer que le balbutiement du renfort effectif des droits à la vie privée et familiale, c'est en effet, dans la valorisation des contacts physiques que les efforts doivent aussi se porter.

L'ensemble de ces aménagements pourraient être transposé dans les autres contextes de privation de liberté, avec les subtilités de chacune des privations, tout particulièrement concernant le malade en fonction de son état.

D'un droit à un rapprochement familial à la reconnaissance d'un financement public.

Ainsi, est-il important de souligner là encore le rôle fondamental du CGLPL et de la doctrine qui propose¹⁰⁵, à défaut d'un véritable droit au rapprochement familial, une réflexion sur la mise en place d'un financement public. Face aux difficultés matérielles, (éloignement géographique, difficulté d'accès au lieu de privation, coût de la visite) qui sont la cause un étiolement des liens familiaux, il appartient à l'État de réfléchir à la manière de prendre en compte les surcoûts liés à la distance qui pèsent sur les familles. En s'appuyant sur les exemples internationaux et notamment sur la CIP et des exemples en Europe, il n'est pas utopique d'envisager que le financement des visites constitue une obligation positive implicite du droit au respect effectif de la vie familiale. Si l'Espagne et la Grande-Bretagne sont déjà engagées dans cette voie, c'est cette dernière qui est la plus avancée. En Espagne, un début de financement existe en matière de visites, mais il est limité aux personnes en détention provisoire. En droit britannique, le financement concerne l'ensemble des personnes détenues. Il est assuré sous forme d'un service social, sous le nom de « Visites assistées ». L'Administration pénitentiaire dispose d'un service pénitentiaire « Unité des visites assistées en prison » qui gère cet aspect de la vie des personnes détenues et de leurs familles. Les paiements sont gérés par les agences locales de la sécurité sociale au nom du Service pénitentiaire

¹⁰² Interview de J-M. Delarue, http://www.liberation.fr/societe/2014/03/12/posez-vos-questions-au-controleur-general-des-prisons_986434

¹⁰³ Retrait du téléphone cellulaire par exemple. V. Avis du 10 janvier 2011 du contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif à l'usage du téléphone par les personnes privées de liberté, rendu conformément à l'article 10 de la loi du 30 octobre 2007.

¹⁰⁴ Avis du 10 janvier 2011 du contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif à l'usage du téléphone par les personnes privées de liberté, rendu conformément à l'article 10 de la loi du 30 octobre 2007.

¹⁰⁵ G. Bechliwanou, « Rendre plus effectif le droit au maintien des liens familiaux », RSC 2013 p. 137.

Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté dans son rapport en 2010 a relevé en outre que « l'accès à certains établissements n'est de fait, réalisable qu'en voiture automobile ». Et que « parfois, le réseau de transports en commun existe mais la fréquence de passage des autobus est insuffisante ou les horaires sont inadaptés aux horaires de visites ou « ne circule pas les samedis, dimanches et jours fériés, ce qui pénalise les familles venant rendre visite à leurs proches au parloir ». Il conclut : « les familles n'ont pas à supporter les sujétions supplémentaires liées à l'implantation des établissements ou à l'incarcération de leur proche à distance de leur domicile : il appartient à l'Etat de réfléchir à la manière de prendre en compte les surcoûts liés à la distance qui pèsent sur les familles. »

La France pourrait s'inspirer à ce propos de « l'Assisted Visit Prison Visits Scheme » mis en place au Royaume Uni, qui permet à certaines familles de bénéficier d'aides financières pour la prise en charge du coût du déplacement du domicile au lieu de détention ».

via des formulaires qui attestent que la personne est éligible à cette aide et qu'elle est détentrice d'un permis de visite. Le Service pénitentiaire vérifie que les visites pour lesquelles des paiements ont été effectués ont bien eu lieu. L'aide au financement est soumise à la condition de ressources¹⁰⁶. L'admission à cette aide donne droit à une visite assistée tous les quatorze jours et jusqu'à vingt-six visites par an. Elle est ouverte aux proches parents et aux partenaires du détenu. Sont considérés comme des proches : l'épouse, le mari, les enfants, les grands-parents, les soeurs et frères, les beaux-parents ou parents adoptifs. Un partenaire est une personne qui a vécu avec le prisonnier en couple immédiatement avant leur détention. L'aide financière couvre les frais de transport, d'hébergement, et éventuellement de la garde d'enfants et des rafraichissements légers¹⁰⁷.

La France est bien loin d'une telle prise en charge. Pourtant, compte tenu développements précédents, il est temps que le droit français marque le pas vers la reconnaissance du droit au rapprochement familial et, à défaut, du financement public des frais des visites. C'est l'effectivité du droit à la vie familiale et de l'objectif de réinsertion qui est ici en jeu. La reconnaissance d'un tel droit pourrait garantir au bénéficiaire de toutes les familles dont l'un de leur membre est privé de liberté y compris pour les familles des étrangers et des malades dès lors qu'il n'a pu être satisfait à l'obligation de rapprochement familial.

Droit à l'intimité, relation sexuelle et construction de lien futur. Le droit à l'intimité passe par la reconnaissance d'un droit aux relations sexuelles, évocations qui ne devraient pas apparaître comme un tabou, mais comme une réalité qui ne peut être niée, au nom d'un droit à la vie familiale, présente et future, et au nom d'un droit à la vie privée.

Les UVF ou *a minima* les parloirs familiaux dans chaque établissement devraient constituer une priorité, être généralisés dans tous les établissements et ouverts sans condition de lien d'affection préalable. Seul le consentement des deux personnes devrait suffire, l'enquête sociale devant juste s'assurer de l'absence de risque pour la sécurité. Pourrait également être envisagée, sur le model espagnol, la mise à disposition de chambres uniquement destinées au rapprochement intime.

Mais la question de la sexualité n'est pas propre à la prison. Elle doit être également pensée dans les établissements psychiatriques et ce d'autant plus que la décision de la Cour administrative de Bordeaux le 6 novembre 2012¹⁰⁸ a reconnu que le droit à la sexualité était un droit fondamental dont on ne pouvait priver de façon générale tous les patients de l'établissement. Individualiser la question de la sexualité à chaque patient peut en effet paraître très contraignant en termes de moyens humains et matériels, qu'il s'agisse de former les soignants, encadrer les patients, prévoir des lieux adaptés, organiser la contraception, lutter contre les dérives (consentement, prostitution) ; toutefois elle constitue l'un des premiers maillons de la vie privée et un liant à la vie familiale. Aussi, pourquoi ne pas étendre dans les hôpitaux, les aménagements prévus en prison (UVF, et parloirs familiaux) ; prévoir des pièces destinées à la réunion des familles si l'état de la personne le permet et des lieux d'intimité réservée aux relations sexuelles des patients.

Si préserver le droit à la vie privée et familiale en la conjuguant avec les lieux de privation de liberté est une première avancée, tout autre est la protection lorsque la privation de liberté est évincée nom de la vie privée et familiale.

B. L'éviction de l'enfermement au nom du droit à la vie privée et familiale

L'étape ultime de la préservation des droits fondamentaux conduit à penser que le droit à la vie privée et familiale peut justifier une réduction de la privation de liberté voire son éviction. La vie privée et familiale constituerait le motif de sortie, temporaire, définitive ou conditionnée,

¹⁰⁶ G. Bechlihanou, « Rendre plus effectif le droit au maintien des liens familiaux », *RSC* 2013 p. 137.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ CAA Bordeaux, 2ème ch., 6 nov. 2012, n° 11BX01790, *précit*.

l'individu recouvrant totalement ou partiellement sa liberté au nom du droit à la vie privée et familiale. Cet aménagement de la privation de liberté apparaît comme graduel, passant d'une simple permission de sortir à une absence totale d'enfermement.

La famille comme fondement à l'aménagement des peines. La présence auprès des siens et la participation à la vie familiale constituent un fondement de nombreux aménagements de peine : suspension de peine¹⁰⁹, permissions de sortir¹¹⁰, libération conditionnelle de droit commun¹¹¹ et « parentale »¹¹², semi-liberté¹¹³, placements à l'extérieur¹¹⁴, et enfin, le placement sous surveillance électronique mobile¹¹⁵, qui lui aussi peut être prononcé au titre de la « *participation essentielle à la vie de sa famille* ». Si la vie familiale constitue un critère parmi les autres pouvant servir de base à la décision, elle reste soumise à l'appréciation souveraine des juges, principe classique mais dont les conséquences peuvent être humainement critiquables.

Ainsi par exemple, la Cour de cassation¹¹⁶ a pu approuver une cour d'appel d'avoir rejeté une demande de placement sous surveillance électronique, sollicité par un père de famille dont la privation de liberté restant à courir n'était que de 7 mois et produisant une ordonnance du JAF en vertu de laquelle son fils de 15 ans avait sa résidence principale chez lui. L'adolescent de 15 ans, en vertu d'une décision de justice, devrait résider chez son père de manière principale. Or, il va devoir habiter chez sa mère durant le temps de la peine privative de liberté de son père, alors qu'il ne souhaite pas habiter chez celle-ci, ni être en présence de son beau-père. De telles considérations seraient sans grand poids, bien entendu, en présence d'une longue peine à purger ou d'une dangerosité importante du condamné. Ils devraient au contraire avoir un poids important dans la décision relative à un aménagement de peine venant couvrir une courte peine d'emprisonnement¹¹⁷.

Difficile dès lors de nier que, ce faisant, le droit pénal fait des proches de l'auteur de l'infraction des « victimes indirectes » en raison de l'enfermement : « *Or, tout particulièrement, lorsqu'il s'agit d'enfant, il est de la responsabilité de notre société et donc aussi de notre système pénal d'en tenir compte, du moins exclusivement sinon partiellement* »¹¹⁸. Ces difficultés persistantes à développer les aménagements de peine et les peines alternatives¹¹⁹ peuvent s'expliquer dans une certaine mesure par la perception

¹⁰⁹ Article 720-1 CPP.

¹¹⁰ Article D. 145 CPP.

¹¹¹ Art. 729 du CPP : « *La libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive. Les condamnés ayant à subir une ou plusieurs peines privatives de liberté peuvent bénéficier d'une libération conditionnelle s'ils manifestent des efforts sérieux de réadaptation sociale et lorsqu'ils justifient :*

2° Soit de leur participation essentielle à la vie de leur famille ; [...] »

¹¹² Art. 729-3 CPP : « *La libération conditionnelle peut être accordée pour tout condamné à une peine privative de liberté inférieure ou égale à quatre ans, ou pour laquelle la durée de la peine restant à subir est inférieure ou égale à quatre ans, lorsque ce condamné exerce l'autorité parentale sur un enfant de moins de dix ans ayant chez ce parent sa résidence habituelle ou lorsqu'il s'agit d'une femme enceinte de plus de douze semaines* »

¹¹³ Art. 132-25 C. pén. : « *Lorsque la juridiction de jugement prononce une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement, ou, pour une personne en état de récidive légale, une peine égale ou inférieure à un an, elle peut décider que cette peine sera exécutée en tout ou partie sous le régime de la semi-liberté à l'égard du condamné qui justifie : [...]*

2° Soit de sa participation essentielle à la vie de sa famille ; »

¹¹⁴ Art. 132-25, al. 2 C. pén.

¹¹⁵ Article Art. 132-26-1 du C. pén. : « *Lorsque la juridiction de jugement prononce une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement, ou, pour une personne en état de récidive légale, une peine égale ou inférieure à un an, elle peut décider que la peine sera exécutée en tout ou partie sous le régime du placement sous surveillance électronique à l'égard du condamné qui justifie :*

1° Soit de l'exercice d'une activité professionnelle, même temporaire, du suivi d'un stage ou de son assiduité à un enseignement, à une formation professionnelle ou à la recherche d'un emploi ;

2° Soit de sa participation essentielle à la vie de sa famille ; »

¹¹⁶ Cass. Crim, 4 février 2009, n° 08-85.605, *AJP* 2009, p. 277

¹¹⁷ M. Herzog-Evans, obs. ss Cass. Crim, 4 février 2009, n° 08-85.605, *AJP* 2009, p. 277

¹¹⁸ M. Herzog-Evans, obs. ss Cass. Crim, 4 février 2009, n° 08-85.605, *AJP* 2009, p. 277.

¹¹⁹ Rapport d'Étienne Blanc, député, sur l'exécution des décisions de justice pénale concernant les personnes majeures, <http://prison.eu.org/spip.php?article10317#nh3>

erronée de l'aménagement d'une peine privative de liberté vu encore comme une édulcoration de la sanction pénale et un contournement de la décision rendue par la juridiction répressive¹²⁰.

Pour améliorer l'individualisation de la peine, il pourrait être proposé au juge ou à l'autorité administrative compétente des éléments objectifs d'appréciation sur lesquels ils pourraient asseoir leur décision. Ainsi, par exemple, la grossesse de la détenue ou l'exercice de l'autorité parentale sur un enfant mineur et ce quelque soit son âge, ainsi que la fixation de la résidence de l'enfant chez le parent condamné pourrait constituer des critères justifiant un droit à un aménagement dès lors que la personne remplit les conditions de temporalité de la peine prononcée, à charge pour les autorités de justifier d'un motif légitime de refus. L'ajournement « *aux fins d'investigations sur la personnalité ou la situation matérielle, familiale et sociale* »¹²¹ introduit par la loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales¹²², pourra utilement servir cet objectif.

Dans le domaine de la psychiatrie, l'objet de la psychiatrie sous contrainte est d'enfermer le patient afin de mieux le soigner. Les patients peuvent néanmoins demander une autorisation de sortie de courte durée « *pour motif thérapeutique ou si des démarches extérieures s'avèrent nécessaires* », prévu par l'article L.3211-1-1 du même code. Il existe également des sorties d'une durée plus longue dans un but de réintégration¹²³.

Si l'interprétation large des termes permet d'intégrer indirectement la famille du patient dès lors qu'il y va de sa guérison de s'en rapprocher, ou de sa réinsertion, l'on peut regretter qu'une place plus solennelle ne soit reconnue à la famille du patient. Ainsi, la participation à sa vie familiale pourrait être un motif supplémentaire justifiant les autorisations de sorties.

La rétention familiale contraire à la CESDH. Lorsque des étrangers sont privés de liberté, le choix de les séparer de leurs enfants ou, pour éviter les effets de la séparation, d'associer ces derniers à la privation de liberté est une alternative en soi insatisfaisante. Qu'il s'agisse d'enfermer l'enfant avec sa mère détenue ou ses parents retenus, la question de l'atteinte au droit de l'enfant à sa vie familiale normale se pose en confrontation avec l'exigence de privation de liberté.

La Cour européenne s'est récemment prononcée sur le placement d'une famille d'étrangers dans un centre de rétention dans une décision « *Popov c. France* » du 19 janvier 2012¹²⁴. Elle rappelle tout d'abord que le placement d'enfants mineurs en situation de grande vulnérabilité, qu'ils soient séparés ou accompagnés de leurs parents¹²⁵, dans des centres pour adultes inadaptés à leur présence, les expose à des conditions de vie engendrant une situation de stress et d'angoisse constitutive d'un traitement contraire à l'article 3 de la convention. Surtout, la Cour constate pour la première fois une violation du droit au respect de la vie familiale du fait du placement d'une famille d'étrangers dans un centre de rétention. En l'espèce, la Cour analyse la mesure de placement d'une durée de quinze jours, qui a soumis les intéressés (parents et enfants) "à la vie carcérale inhérente à ce type d'établissement", comme une ingérence dans l'exercice effectif de leur vie familiale¹²⁶.

¹²⁰ Comité d'orientation restreint de la loi pénitentiaire, *Orientations et préconisations*, Rapport, Ed. du Ministère de la Justice, 2007, page 39.

¹²¹ Art. 132-70-1 et 132-70-2 C. pén.

¹²² Loi n° 2014-896, 15 août 2014 : JO 17 Aout 2014.

¹²³ Ces sorties d'essai sont prévues à l'article L.3211-11 du Code de la santé publique, qui dispose : « *afin de favoriser leur guérison, leur réadaptation ou leur réinsertion sociale, les personnes qui ont fait l'objet d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office peuvent bénéficier d'aménagements de leurs conditions de traitement sous forme de sorties d'essai* », qui ne peuvent pas dépasser trois mois.

¹²⁴ CEDH 19 janv. 2012, *Popov c. France*, req. nos 39472/07 et 39474/07 ; JCP G 2012, act. 221, F. Sudre.

¹²⁵ V. déjà CEDH, 19 janv. 2010, n° 41442/07, *Muskhadzhiyeva et a.*, JCP G 2010, act. 194, L. Milano.

¹²⁶ Visant l'article 3 de la CIDE et la "directive accueil" du Conseil européen (2003/9/CE), la Cour rappelle qu'il existe aujourd'hui "un large consensus autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer" (§ 140) et note que la France compte parmi les trois seuls pays européens qui "recourent systématiquement à la rétention de mineurs migrants accompagnés" (§ 142). La Cour affirme que « *si le fait pour les parents et les enfants de ne pas être séparés est un élément fondamental garantissant l'effectivité de la vie familiale, il ne saurait en être déduit que le seul fait que la cellule familiale soit*

Un des apports majeurs de l'arrêt Popov tient à la nouvelle interprétation de l'article 8 de la Conv. EDH. Dorénavant, le fait que les parents et leur(s) enfant(s) soient réunis en rétention ne suffit plus à garantir le respect de leur droit à mener une vie familiale normale. D'après la Cour, les autorités nationales doivent prioritairement rechercher des « mesures alternatives » à la rétention de la famille (assignation à résidence ou à l'hôtel), la rétention ne pouvant intervenir qu'exceptionnellement face à un « besoin social impérieux ». Le recours aveugle, systématique à la rétention des familles — qui avait cours jusqu'alors en France — est donc contraire à la Convention.

Un tel raisonnement pourrait être transposé pour les jeunes ou futures mères détenues. En l'état du droit actuel, la solution retenue par le droit français consiste à enfermer l'enfant avec sa mère. Or, en appliquant le raisonnement de la juridiction strasbourgeoise, le seul fait de maintenir l'enfant avec sa mère ne devrait suffire pour respecter le droit à une vie familiale normale.

L'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant impose aux autorités ou aux tribunaux d'avoir « l'intérêt supérieur de l'enfant » comme « considération primordiale » dans toutes les décisions qu'ils prennent » et la Cour européenne des droits de l'homme fait sienne cette exigence. Par ailleurs, la Convention indique enfin (article 37) que nul enfant ne saurait être soumis à la torture ou à un traitement cruel, inhumain ou dégradant : que le recours à l'emprisonnement d'un enfant doit n'être qu'une « mesure de dernier ressort » et « être d'une durée aussi brève que possible ».

Très récemment à la suite des propositions du CGLPL¹²⁷, la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales¹²⁸, a ajouté un nouvel article 708-1 au CPP. Il prévoit que « lorsque doit être mise à exécution une condamnation à une peine d'emprisonnement concernant une femme enceinte de plus de douze semaines, le procureur de la République ou le juge de l'application des peines s'efforcent par tout moyen soit de différer cette mise à exécution, soit de faire en sorte que la peine s'exécute en milieu ouvert ». Si la disposition doit de toute évidence être saluée en ce qu'elle permet d'éviter le placement en détention en cas de grossesse de la condamnée, pour autant elle ne semble pas pouvoir être étendue aux grossesses se déroulant lors d'une période d'emprisonnement. Le système pourrait encore être perfectible et ainsi prévoir que lorsque la grossesse intervient en cours d'exécution de peine, soit obligatoirement prévue une audience aux fins d'aménagement en milieu ouvert ou de libération conditionnelle. La détenue se voit nécessairement accorder un aménagement de peine en milieu ouvert ou accède à une libération conditionnelle.

Conclusion

« Une société se juge à l'état de ses prisons » aurait affirmé Albert Camus tandis que Lucien Bonnafé considérerait qu'« on juge du degré de civilisation d'une société à la manière dont elle traite ses marges, ses fous et ses déviants ». Il est certain que les lieux de privation de liberté que sont la prison, les centres de rétention ou encore les hôpitaux sont révélateurs de l'authenticité des valeurs humanistes d'une société.

S'il semble évident que les droits fondamentaux et tout particulièrement le droit à la vie privée et familiale avaient gagné en reconnaissance et protection, a également été mise en avant leur inégale protection selon le lieu de l'enfermement. Subsiste toujours le danger que les institutions se jouent des dérogations pour maintenir un certain nombre de prérogatives institutionnelles transgressant les droits.

maintenue garantit nécessairement le respect du droit à une vie familiale, et ce particulièrement lorsqu'une famille est détenue ». En l'espèce, constatant que les requérants ne présentaient pas de risque particulier de fuite nécessitant leur détention et que les autorités nationales n'ont pas envisagé une alternative à leur détention, la Cour juge disproportionnée la détention des requérants et conclut à une violation de l'article 8.

¹²⁷ Avis du CGLPL du 8 août 2013 relatif aux jeunes enfants en prison et à leurs mères détenues.

¹²⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, JO 17 août 2014.

Aussi, faut-il réaffirmer que le respect de la vie privée et familiale constitue une valeur fondamentale et irréductible de l'individu même privé de liberté. La nature de la privation ne devrait avoir d'incidences sur l'existence même de ces droits. L'équilibre se situe dans la flexibilité des contraintes, dont la souplesse juridique doit être adaptée à chaque cas d'espèce. En d'autres termes, le droit à la vie privée et familiale doit bénéficier d'un cadre de protection commun pour conserver une harmonie de valeurs humanistes et en assurer le respect. Néanmoins, à l'intérieur de cette reconnaissance de principe, un espace dédié à la limitation de ce droit doit être reconnu de façon à permettre les adaptations de la règle aux particularités de chaque institution et de chaque personne privée de liberté.

Pour autant, cette première reconnaissance n'est pas suffisante pour rendre effective la protection du droit au respect de la vie privée et familiale. En l'absence d'ingérence, doivent s'ajouter à la charge des Etats des obligations positives pour permettre le maintien et le développement de la vie privée et familiale des personnes privées de liberté. Pour ce faire, il convient d'inviter les institutions à concilier privation de liberté et vie privée et familiale, autant que faire se peut.

Si au sein des différentes institutions, les pratiques relatives à la vie privée et familiale ont révélé des aménagements présentant des similitudes, mais également des divergences et des lacunes, l'on peut tirer de chaque expérience des enseignements propres à enrichir la protection de ce droit fondamental. Il semble même possible de défendre une position ultime tendant à faire de la famille un fondement à l'éviction de l'enfermement.

Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté

I - La vie privée et familiale à l'épreuve de la privation de liberté

- A. La reconnaissance du droit à la vie privée et familiale à l'aune de la privation de liberté
- B. Les limitations au droit à la vie privée et familiale induites de la privation de liberté
 - 1. Les obstacles juridiques à l'exercice effectif des droits

II - La privation de liberté remodelée par la vie privée et familiale

- A L'immixtion de la vie privée dans les lieux de privation de liberté
 - 1. Les aménagements prévus
 - 2. Les aménagements à prévoir
- B. L'éviction de l'enfermement au nom du droit à la vie privée et familiale

Conclusion