



HAL
open science

L'assistance médicale à la procréation en prison : ineffectivité d'un recours ou non-reconnaissance d'un droit ?

Ariane Amado

► To cite this version:

Ariane Amado. L'assistance médicale à la procréation en prison : ineffectivité d'un recours ou non-reconnaissance d'un droit ?. *Actualité juridique Famille*, 2021, 2021 (11), pp.603-607. hal-03601948

HAL Id: hal-03601948

<https://hal.science/hal-03601948v1>

Submitted on 8 Mar 2022

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.

L'assistance médicale à la procréation en prison : ineffectivité d'un recours ou non-reconnaissance d'un droit ?

Ariane Amado, Docteure en droit pénal et sciences criminelles de l'université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, Enseignante-chercheure en post-doctorat FNRS à l'université libre de Bruxelles

« Tout le monde en convient, la procréation a été bouleversée par les progrès de la médecine depuis une quarantaine d'années. Il y a désormais "mille et une façons de faire les enfants", d'autant que les procédés d'assistance médicale à la procréation (AMP) peuvent se combiner entre eux : insémination artificielle, fécondation *in vitro* (FIV), avec ou sans guidage du spermatozoïde à l'intérieur de l'ovocyte, cryoconservation des gamètes, utilisation des gamètes d'un tiers donneur, congélation des embryons produits en surnombre (en raison des faibles performances de la FIV), don d'embryons congelés en vue de leur accueil par un autre couple que celui des géniteurs... L'inventaire est à renouveler constamment »⁽¹⁾.

Ainsi que le formule M^{me} Laurence Brunet, l'assistance médicale à la procréation constitue depuis plusieurs années un sujet d'actualité qui a modifié sans nul doute la conception de la famille en droit⁽²⁾. Cependant, la possibilité qu'une personne incarcérée puisse y recourir constitue un impensé du droit⁽³⁾. Aucun texte ne mentionne une quelconque particularité s'agissant des personnes privées de liberté et la jurisprudence française reste muette sur cette question. Pourtant, compte tenu de la hausse continue du nombre de personnes incarcérées chaque année, cette interrogation se pose nécessairement en milieu carcéral.

Selon l'art. L. 2141-1 CSP, « l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception *in vitro*, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle ». Ces processus médicaux sont généralement longs et nécessitent une constance dans le suivi médical. Il n'est donc pas totalement dénué de sens d'imaginer qu'une personne prévenue qui aurait débuté un processus d'assistance médicale à la procréation avec son/sa partenaire avant son incarcération souhaite le poursuivre au cours de son emprisonnement⁽⁴⁾. De même, une personne détenue pourrait souhaiter débiter ce processus médical au cours de son incarcération, qu'elle soit seule ou que son/sa partenaire soit elle/lui-même détenu(e) ou non. Dès lors, la question se pose et mérite que l'on s'y attarde : une personne détenue peut-elle recourir aux techniques de procréation médicalement assistée telles que le don de sperme ou la fécondation *in vitro* ?

Le truisme de l'assistance médicale à la procréation permet d'entrevoir le décalage entre les principes du droit commun de la famille et leur application en milieu carcéral. S'interroger sur la possibilité qu'une personne soumise à une autorité administrative ait recours à un mécanisme médical relevant du droit civil reste un impensé du droit. Les règles pénitentiaires, dont l'objectif est de réguler le comportement des personnes incarcérées, se confrontent à des pans du droit privé qui n'ont pas été pensés pour s'adapter au statut particulier de *détenu*. Par la délivrance d'un titre de détention⁽⁵⁾, une personne prévenue ou condamnée prend le statut de *détenu* en étant écrouée, c'est-à-dire prise en charge par l'administration pénitentiaire⁽⁶⁾. Bien que l'instruction d'une personne prévenue incombe au juge d'instruction et que le parcours d'exécution de la peine relève du juge de l'application des peines, le statut de *détenu* soumet la personne incarcérée à une autorité administrative. D'après le professeur Éric Péchillon, l'écrou constitue « la transition entre l'autorité judiciaire et l'autorité pénitentiaire »⁽⁷⁾. Si la personne détenue continue en théorie de jouir de ses droits civils, en pratique, ces droits se confrontent inévitablement aux contingences liées à son statut de *détenu*.

C'est pourquoi émerge de cette confrontation un véritable conflit de normes entre la loi *stricto sensu*, en l'occurrence les art. L. 2141-1 s\ CSP, et les règles pénitentiaires, c'est-à-dire la partie réglementaire des articles du code de procédure pénale, qui régulent les comportements en prison. Dans ce sens, le statut de *détenu* rendrait inefficace le recours à la procréation médicalement assistée par une personne privée de sa liberté.

En outre, l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux personnes détenues soulève une interrogation plus problématique eu égard à sa connotation morale : une personne détenue bénéficie-t-elle du droit de fonder une famille ? L'art. 8 de la Conv. EDH protège la vie privée et familiale de toute personne, qu'elle soit détenue ou non (8). Imposant une double obligation aux États parties, les autorités doivent non seulement s'assurer que la vie familiale des personnes détenues est respectée mais ils doivent également s'efforcer de ne pas l'entraver (9). Ainsi le maintien des liens familiaux des personnes incarcérées bénéficie des garanties de l'art. 8 de la Conv. EDH, ce qui signifie que les autorités publiques se doivent de protéger les relations qu'un parent incarcéré pourrait entretenir avec ses enfants (10). En revanche, le champ d'application de l'art. 8 s'étend-il à la possibilité pour une personne détenue de recourir aux techniques médicales d'assistance à la procréation en cas d'infertilité ou de risques de maladies génétiques transmissibles ? Eu égard à la stigmatisation des personnes incarcérées comme « mauvais parents » (11), nous posons la question de l'interventionnisme de l'État dans la vie privée des populations marginalisées.

Si les art. L. 2141-1 s\ CSP n'excluent pas les personnes incarcérées du champ d'application de la procréation médicalement assistée, les règles pénitentiaires auxquelles sont soumises ces personnes constituent des obstacles considérables à leur accès. Rendu inefficace, le recours à ces techniques médicales est véritablement éprouvé par le statut de *détenu* des personnes emprisonnées (1^{re} partie). Si le droit pour une personne incarcérée de fonder une famille a été posé de manière ambivalente par la Cour de Strasbourg, la marge décisionnelle conférée aux autorités compétentes en matière de sorties des personnes détenues révèle un contrôle sur leur recours à la procréation médicalement assistée. Dès lors, l'incarcération met à l'épreuve l'existence d'un droit de fonder une famille pour cette population marginalisée (2^e partie).

1. Le recours à l'assistance médicale à la procréation éprouvé par le statut de *détenu*

La confrontation des art. L. 2142-1 CSP aux règles pénitentiaires fait émerger une dichotomie certaine entre l'accès théorique du recours à la procréation médicalement assistée par les personnes détenues et son accessibilité en prison. En créant de fait un conflit de normes, le statut de *détenu* freine le recours à la procréation médicalement assistée pour les personnes privées de liberté.

1.1 L'égalité des droits selon l'art. L. 2141-2 CSP

En théorie, une personne incarcérée devrait seule ou avec son/sa partenaire pouvoir bénéficier d'un recours à la procréation médicalement assistée. Le nouvel art. L. 2141-2-1 CSP ouvre la possibilité d'y recourir aux couples formés d'un homme et d'une femme sans condition d'infertilité, aux couples de deux femmes ou aux femmes seules (12). En prison, de telles conditions pourraient parfaitement s'appliquer à une personne détenue souhaitant fonder une famille seule ou avec son/sa partenaire incarcéré(e) ou non. L'alinéa 2 de l'art. L. 2141-2 (13) précise que « Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons 1° Le décès d'un des membres du couple ; 2° L'introduction d'une demande en divorce ; 3° L'introduction d'une demande en séparation de corps ; 4° La signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'art. 229-1 c. civ. ; 5° La cessation de la communauté de vie [...] ». La séparation de fait d'un couple en raison de l'incarcération d'un ou des deux partenaires constitue-t-elle une cessation de la communauté de vie ? À ce titre, s'agissant de personnes mariées, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que le défaut de cohabitation n'entravait pas les règles de la communauté de vie (13). D'ailleurs, une jurisprudence du tribunal d'Agen du 29 déc. 1993 précisait déjà que la séparation matérielle des époux en raison de l'incarcération de l'un d'entre eux ne pouvait s'assimiler à la cessation de

la communauté de vie (ce d'autant qu'en l'espèce les époux s'étaient mariés en prison si bien qu'ils n'avaient jamais vécu ensemble durant leur mariage) (14). Dans le cas des personnes détenues, la communauté de vie ne peut être appréciée sur le plan matériel de la résidence, elle doit être appréhendée dans son aspect moral et affectif (15). D'une manière générale et compte tenu des multiples manières dont les personnes peuvent souhaiter vivre leur couple à l'heure actuelle, la communauté de vie ne devrait quasiment plus être appréciée au regard d'une cohabitation physique des intéressés. Dans ce cadre, l'incarcération ne devrait pas constituer un obstacle au recours à la procréation médicalement assistée tels qu'ils sont prévus par l'art. L. 2141-2, al. 2, CSP. Néanmoins, en dépit de cette apparente égalité des droits, le recours à l'assistance médicale à la procréation est rendu quasiment inefficace en pratique, en raison des nombreuses règles pénitentiaires qui encadrent les sorties temporaires des personnes incarcérées.

1.2 L'inaccessibilité des recours à la procréation médicalement assistée en prison

Les règles pénitentiaires auxquelles sont soumises les personnes incarcérées rendent quasiment impossibles les sorties d'une personne détenue ayant pour objet le recours à l'assistance médicale à la procréation. Selon l'art. L. 2142-1 CSP, « les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être pratiquées que dans les laboratoires de biologie médicale accrédités ». De ce fait, ces activités ne peuvent être effectuées depuis un établissement pénitentiaire, bien qu'une unité de consultation en soins ambulatoires fasse partie de chaque prison. Or, les sorties temporaires des personnes détenues restent très exceptionnelles. Elles se présentent sous trois formes selon le statut de prévenu ou de condamné de la personne détenue : l'autorisation de sortie sous escorte, l'extraction médicale ou encore la permission de sortie.

Le régime de l'autorisation de sortie sous escorte - Les personnes prévenues ne sont pas autorisées à sortir durant leur placement en détention provisoire sauf en cas d'extraction ou après l'obtention d'une autorisation de sortie sous escorte. Prévue par les art. 148-5 et 723-6 c. pr. pén., l'autorisation de sortie sous escorte est définie comme une autorisation spéciale et exceptionnelle, délivrée par le magistrat compétent, dans le but de permettre à l'intéressé d'assister à un événement particulier. La personne est alors escortée par une garde mobile à l'endroit dans lequel elle doit se rendre. Si les motifs de la délivrance d'une autorisation de sortie sous escorte n'avaient jusque-là jamais été définis, la chambre de l'application des peines a affirmé que seul « un proche gravement malade ou décédé » constituait un motif recevable (16). Il semblerait donc au regard de cette jurisprudence que l'assistance médicale à la procréation n'en fasse pas partie.

Le régime de l'extraction médicale - S'agissant de l'extraction médicale, dont le régime est ouvert aux personnes détenues prévenues et condamnées, le don de sperme ou la fécondation *in vitro* pourraient être considérés comme relevant du régime des extractions médicales. L'extraction médicale constitue l'accompagnement d'une personne détenue dans un établissement de santé pour une consultation ou un examen médicotechnique ne pouvant être dispensés à l'intérieur de l'établissement, ainsi que pour une hospitalisation (17). Cependant, cette mesure doit nécessairement prendre place dans l'établissement de santé public à proximité de la prison, désigné par le directeur général de l'agence régionale de la santé (18). De ce fait, il faudrait déjà que l'établissement de santé désigné par le directeur général de l'agence régionale de la santé pour soigner une personne incarcérée dans une prison donnée soit autorisé à pratiquer les techniques d'assistance à la procréation tel que cela est prévu par l'art. L. 2142-1 CSP, ce qui est loin d'aller de soi. De plus, l'art. L. 2141-10 CSP précise que les demandeur(e)s d'une assistance médicale à la procréation doivent au préalable effectuer plusieurs « entretiens particuliers [...] avec un ou plusieurs médecins et d'autres professionnels de santé de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire du centre ». Aussi le processus est long et nécessite un investissement matériel conséquent de la part des demandeur(e)s. Or, ces entretiens tombent dans une zone grise du droit : sont-ils considérés comme « des consultations ou des examens médicotechniques » au sens du régime des extractions médicales prévues par l'art. D. 396 c. pr. pén. ? Cette question sera laissée à la libre appréciation de l'autorité compétente, le juge d'instruction s'agissant des personnes prévenues et

le directeur interrégional des services pénitentiaires dans le cas de personnes condamnées (19).

Le régime des permissions de sortir - Quant au régime des permissions de sortir prévues par l'art. D. 142-1 s\, c. pr. pén., il n'est réservé qu'à des personnes détenues condamnées qui n'effectueraient pas de période de sûreté (20). Seules les personnes condamnées à une durée inférieure ou égale à cinq ans et les personnes condamnées à une durée supérieure à cinq ans mais ayant déjà exécuté la moitié de leur peine sont éligibles à ce régime (21). Aucune personne prévenue ne peut en bénéficier. Les personnes prévenues ne semblent pas pouvoir recourir aux techniques de procréation médicalement assistée en raison de leur quasi-impossibilité de sortir. Pourtant, une femme prévenue qui aurait commencé un processus de fécondation *in vitro* au dehors pourrait souhaiter le poursuivre une fois incarcérée, d'autant plus eu égard à la lourdeur médicale et au besoin de constance dans la mise en place de ce dispositif. De plus, il n'est pas évident que le recours à la procréation médicalement assistée constitue un motif de nature à satisfaire les conditions des permissions de sortir, y compris pour les personnes condamnées qui y seraient éligibles. Hormis « à l'occasion de la maladie grave ou du décès d'un membre de leur famille proche, ou de la naissance de leur enfant » (22), il existe trois motifs de permissions de sortir : la préparation à la réinsertion professionnelle ou sociale ou le maintien des liens familiaux (23) et l'accomplissement d'une obligation en présenteille (24). Le recours à l'assistance médicale à la procréation pourrait constituer un motif dans « l'accomplissement d'une obligation exigeant la présence du condamné » de nature à octroyer une permission de sortir (25). De même, de telles demandes pourraient s'insérer dans le maintien des liens familiaux prévu par l'art. D. 143 c. pr. pén. La volonté d'avoir des enfants et d'élargir sa famille ferait alors partie d'une conception large du maintien des liens familiaux en prison. Parallèlement, l'art. D. 143-4 dudit code prévoit également la possibilité d'obtenir des permissions de sortie d'une durée maximale d'une journée dans quatre cas spécifiques, l'un d'entre eux étant la « présentation [*de la personne détenue*] à une structure de soins ». En cela, cet article pourrait être le fondement permettant l'obtention d'une permission de sortir pour justifier le recours à une technique d'assistance médicale à la procréation (26). Néanmoins, le don de sperme ou la fécondation *in vitro* peuvent-ils être considérés comme des « soins » *stricto sensu* ? Aucun élément jurisprudentiel ou doctrinal ne permet de l'assurer avec certitude. Ces interrogations théoriques seront laissées à la libre appréciation du juge de l'application des peines qui décidera si le recours à la procréation médicalement assistée constitue un motif de nature à permettre une permission de sortie prévue par les art. D. 142 s\, c. pr. pén. Dès lors l'autorité judiciaire est amenée à statuer sur la possibilité pour une personne incarcérée de fonder une famille.

2. Le droit de fonder une famille à l'épreuve de l'incarcération

S'interroger sur la possibilité d'un recours à la procréation médicalement assistée en prison soulève la question de l'existence même d'un droit de fonder une famille pour une personne incarcérée. Si l'existence de ce droit a été reconnue de manière ambiguë par la Cour européenne des droits de l'homme, son respect en droit interne relève de la discrétion des autorités en charge des personnes incarcérées. Dès lors, il s'agit d'envisager dans quelles mesures l'incarcération d'une personne et le stigmate social qui s'y attache mettent à l'épreuve son droit de fonder une famille.

2.1 Une reconnaissance fragile par la CEDH

L'art. 8 de la Conv. EDH protège la vie privée et familiale de toute personne, qu'elle soit détenue ou non (27). L'arrêt *Dickson c/ Royaume-Uni* rendu en Grande chambre le 4 déc. 2007 par la CEDH a d'ailleurs condamné le Royaume-Uni en violation de l'art. 8 pour n'avoir pas autorisé une personne détenue à recourir à l'assistance médicale à la procréation (28). En l'espèce, un des requérants était une personne détenue qui s'était vu refuser le recours à la procréation médicalement assistée, motif pour lequel il avançait une entrave à l'art. 8 et à l'art. 12 de la Conv. EDH. La sexualité étant proscrite en prison en Angleterre et au pays de Galles, les visites conjugales n'y sont pas autorisées (29). Par conséquent, le requérant alléguait que, au regard de la durée de sa peine d'emprisonnement et de l'âge avancé de son épouse, ils n'auraient pas l'occasion de fonder une famille autrement qu'au moyen d'une assistance médicale à la procréation. Ces demandes avaient été refusées au motif que l'absence d'un parent pendant une longue

période aurait un impact négatif sur l'enfant, si bien qu'il en allait du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant à naître. La CEDH, réunie en grande chambre, a condamné le Royaume-Uni en violation de l'art. 8. Si les juges de Strasbourg ont reconnu que la proscription des visites conjugales devait rester à la libre appréciation des États parties (30), ils ont affirmé que cette interdiction ne pouvait être de nature à empêcher une personne de fonder une famille. Si l'intérêt de l'enfant constituait l'objet même d'un contrôle de proportionnalité de l'entrave à l'art. 8, il ne saurait être utilisé pour priver des personnes de leur droit de procréer - ce d'autant que la deuxième requérante n'était pas incarcérée et pouvait s'occuper seule de l'enfant dans l'attente de la fin de la peine d'emprisonnement de son époux (31). Cet arrêt renforcerait donc la protection que confère l'art. 8 de la Conv. EDH aux personnes incarcérées souhaitant recourir à l'assistance médicale à la procréation.

Cependant, en l'analysant de plus près, cet arrêt permet-il d'assurer aux personnes détenues un véritable droit de fonder une famille ? Les motivations des juges de Strasbourg apparaissant assez conjoncturelles aux circonstances de l'espèce, il n'est pas possible d'affirmer l'existence d'un tel droit européen. Admettons ainsi que les visites conjugales aient été autorisées par le régime carcéral anglais mais que les personnes incarcérées aient fait face à une infécondité, l'issue de cette décision aurait-elle été similaire ? Cet arrêt s'appliquerait-il au cas de la France dont les règles pénitentiaires autorisent les personnes détenues à voir leurs proches dans des parloirs familiaux ou des unités de vie familiales ? En l'espèce, les requérants n'alléguaient pas de problème d'infertilité ou de maladie génétiques graves potentiellement transmissibles. Ils remettaient en question l'impossibilité même, en droit anglais, de pouvoir fonder une famille lorsqu'une personne est emprisonnée. La Cour avait d'ailleurs pris le soin de rappeler que le refus d'autoriser l'assistance médicale à la procréation devait s'apprécier au regard du défaut de visite conjugale (32). Dès lors, cet arrêt ne permet pas de garantir une protection franche de l'art. 8 quant au droit de fonder une famille pour une personne incarcérée. La Cour européenne n'a aucunement posé en principe le droit pour une personne détenue de recourir à la procréation médicalement assistée. Eu égard à un droit européen en demi-teinte, il ne serait pas étonnant de constater qu'en pratique les personnes détenues rencontrent des difficultés manifestes dans leur recours à l'assistance médicale à la procréation.

2.2 Un respect incertain par les autorités compétentes

Qu'il s'agisse du régime de l'extraction médicale ou de la permission de sortir, l'octroi de cette sortie est conditionné par l'aval d'une autorité compétente.

Ainsi l'art. D. 393 c. pr. pén. prévoit que l'extraction médicale doit être autorisée par le directeur interrégional des services pénitentiaires dans le cas d'une personne condamnée (hormis les cas des personnes détenues particulièrement signalées) et par le magistrat saisi de l'instruction concernant une personne prévenue.

La permission de sortir doit être octroyée par le juge de l'application des peines (33). Si la Cour de cassation vérifie que les motivations de la décision du juge d'application des peines ne comportent ni insuffisance ni contradiction (34), elle a rappelé à plusieurs reprises qu'il « relevait de son pouvoir souverain d'apprécier la situation personnelle du condamné » (35). Ce magistrat conserve une discrétion certaine dans l'appréciation des motifs présentés par la personne condamnée pour obtenir une permission de sortir. Par exemple, le juge de l'application des peines autoriserait-il une permission de sortir en vue de pratiquer une insémination artificielle ? Si la réponse à cette question nécessitera une étude qualitative approfondie, il est du moins d'ores et déjà possible d'interroger le pouvoir étendu du juge de l'application des peines dans ces circonstances. Le prononcé de ce magistrat sur une telle demande étendrait considérablement sa compétence qui ne serait plus uniquement circonscrite à l'exécution de la peine d'une personne condamnée. Ne pas autoriser une permission de sortir pour une personne détenue souhaitant recourir à une technique d'assistance médicale à la procréation revient par conséquent à lui refuser son droit de fonder une famille. S'agissant d'une demande d'extraction médicale pour une personne condamnée, l'autorisation doit être délivrée par le

directeur interrégional des services pénitentiaires. Une autorité administrative pourrait donc être indirectement amenée à se prononcer sur une demande de recours médical à la procréation relevant en principe du droit privé.

Les motivations de l'arrêt de la CEDH *Dickson c/ Royaume-Uni* apportent déjà un certain éclairage sur les motifs qui pourraient être invoqués pour fonder le refus de ces demandes. Dans l'arrêt *Dickson c/ Royaume-Uni*, le gouvernement anglais justifiait le refus d'autoriser une personne détenue à recourir à la procréation médicalement assistée par l'effet néfaste que l'éloignement de ce parent aurait sur l'intérêt de l'enfant à naître. Or, loin d'avoir écarté le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour de Strasbourg a effectué une appréciation *in concreto* du principe en considérant qu'il n'était pas entravé en l'espèce puisqu'une personne « libre » (« *at liberty* ») pouvait s'en occuper à l'extérieur^[1](36). Les juges européens auraient-ils conclu de cette manière si le requérant détenu avait été une femme qui souhaitait, après la naissance, garder son enfant auprès d'elle en prison pendant ses dix-huit premiers mois, tel que cela est autorisé par les législations anglaises et françaises^[2](37) ? À partir de ce raisonnement, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant à naître pourrait justifier l'interventionnisme de l'État dans la vie familiale des personnes incarcérées. Cet interventionnisme étatique fait écho aux théories criminologiques avancées par plusieurs auteurs en France et dans les pays anglo-saxons selon lesquelles les personnes incarcérées, et particulièrement les femmes, seraient stigmatisées comme de « mauvais parents »^[3](38). Dérive possible dans l'interprétation de ce principe par les juges, l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait risquer d'être dévoyé de son sens premier au profit d'un contrôle des naissances d'une population marginalisée.

Recours ineffectif ou non-reconnaissance d'un droit, la procréation médicalement assistée en prison constitue assurément un tabou, un impensé du droit. D'un conflit de normes à la mise en place d'un contrôle sur les naissances, les personnes détenues pourraient rencontrer de véritables obstacles dans leur volonté de recourir à l'assistance médicale à la procréation. Preuve que la prison demeure un espace en vase clos, un régime d'exception dans lequel le droit commun ne peut s'appliquer de la même manière qu'au dehors des murs. Or, si le droit reconnaît progressivement qu'il existe bel et bien « mille et une façons de faire les enfants »^[4](39), doivent être également reconnues comme tel ces mille et une familles aux multiples visages, dont certaines vivent assurément derrière les murs des prisons.

Mots clés :

FILIATION * Assistance médicale à la procréation * Personne détenue

(1) L. Brunet, Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de Pandore ou corne d'abondance ?, RDSS 2012. 828^[1] ; B. Pulman, *Mille et une façons de faire les enfants*, Paris, Calmann-Lévy, 2010, 352p.

(2) L. n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Comité consultatif national d'éthique, « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019 », Avis n° 129, publié le 25 sept. 2018, disponible en ligne sur www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_129_vf.pdf ; F. Violla, Bioéthique : avis du Comité consultatif national d'éthique, D. 2018. 1867^[2].

(3) Cet article s'inscrit dans la recherche en droit pénitentiaire comparé que nous conduisons à l'Université libre de Bruxelles pour projet de recherche (PDR) financé par le FNRS. Coordonné par le professeur Damien Scalia, le projet de recherche s'intitule « La famille par-delà l'incarcération » : il porte sur l'union, la filiation et l'exercice de l'autorité parentale en prison en France, en Belgique, en Angleterre & pays de Galles et s'achèvera en avril 2023.

(4) L'auteure remercie chaleureusement M^c Michaël Bendavid, avocat pénaliste au barreau de Paris, pour lui avoir transmis des informations relatives à des affaires en cours concernant cette thématique.

(5) C. pr. pén., art. 725 . - J.-P. Duroché, P. Pédrón, *Droit pénitentiaire*, Paris, Vuibert, Coll. Vuibert Droit, 3^e éd., 2016, p. 125 ; M. Herzog-Evans, *Droit pénitentiaire 2020-2021*, Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2019, § 201-11 s\.

(6) « C'est par l'acte d'écrou, c'est-à-dire "la remise de la personne" au chef de l'établissement, que celle-ci acquiert la condition de "détenue", que son statut judiciaire soit prévenu ou condamné ». J.-P. Duroché, P. Pédrón, *op. cit.*, 2016, p. 123.

(7) E. Péchillon, *Sécurité et droit du service public pénitentiaire*, Paris, LGDJ, 1998, p. 181.

(8) Concernant la protection de la vie privée et familiale des personnes détenues en vertu de l'art. 8 de la Conv. EDH, v. CEDH, 28 sept. 2000, n° 25498/94 , *Messina c/ Italie*, RSC 2001. 881, obs. F. Tulkens  ; JCP 2001. I. 291, obs. F. Sudre ; CEDH, 28 nov. 2002, n° 58442/00 , *Lavents c/ Lettonie*, AJDA 2003. 603, chron. J.-F. Flauss  ; JCP 2003. I. 109, chron. F. Sudre ; CEDH, 3 déc. 2002, n° 30218/96 , *Nowicka c/ Pologne*. A. Amado, *L'enfant en détention en France et en Angleterre, Contribution à l'élaboration d'un cadre juridique pour les enfants accompagnant leur mère en prison*, Paris, Coll. Bibliothèque des thèses, Mare et Martin, 2020, §81 s\ ; A. Simon, *Les atteintes à l'intégrité des personnes détenues imputables à l'État*, Paris, Dalloz, Coll. Bibliothèque de la Justice, 2015, § 23 ; B. Belda, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté*, Bruxelles, Bruylant, 2010, § 52 et 53.

(9) CEDH, 13 juin 1979, n° 6333/74, *Marckx c/ Belgique* ; F. Sudre, CEDH- Droit au respect de la vie privée et familiale, *JCL. E.*, Fasc. 6525, 2016, § 19.

(10) CEDH, 28 sept. 2000, *Messina c/ Italie*, préc. ; CEDH, 28 nov. 2002, *Lavents c/ Lettonie*, préc. ; CEDH, 3 déc. 2002, *Nowicka c/ Pologne*, préc.

(11) A. Amado, *op. cit.*, 2020, § 598 s\ ; C. Touraut, *La famille à l'épreuve de la prison*, Paris, PUF, Coll. Le lien social, 2012, 289p ; C. Cardé, Le féminin maternel ou la question du traitement pénal des femmes, *Pouvoirs*, 2009/1 (n° 128), p. 75-86. ; G. Ricordeau, *Les détenus et leurs proches, Solidarités et sentiments à l'ombre des murs*, Paris, Éditions Autrement, Coll. Mutations, 2008, 265p ; C. Cardé, La « mauvaise mère » : figure féminine du danger, *Mouvements*, 2007/1 (n° 49), p. 27-37 ; K. Hannah-Moffat, Gendering Dynamic Risk : Assessing and Managing the Maternal Identities of Women Prisoners, in Hannah-Moffat K. et O'Malley P. (dir.), *Gendered Risks*, Londres, Glasshouse Press, 2007, p. 229-247.

(12) L. Brunet, Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus, in première partie du dossier « Réforme de la bioéthique », *AJ fam.* 2021. 522 .

(13) Civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873 , Bull. civ. I, n° 35 ; *AJ fam.* 2014. 192, obs. P. Hilt  ; D. 2014. 482  ; *ibid.* 2015. 450, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot  ; *Rev. crit. DIP* 2014. 797, note A. Richez-Pons  ; *RTD civ.* 2014. 340, obs. J. Hauser  ; *Dr. fam.* 2014, Comm. 72, obs. Binet ; *JCP* 2014, n° 953, obs. Lamarche ; *RJPF* 2014-4/8, obs. Putman ; Civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 10-21.914 , *AJ fam.* 2011. 553, obs.

B. de Boysson  ; D. 2012. 971, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau  ; RTD civ. 2012. 95, obs. J. Hauser . M. Lamarche, État matrimonial, in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 8^e éd., 2020-2021, 116.61.

(14) TI Agen, 29 déc. 1993, RTD civ. 1994. 837, obs. J. Hauser  ; LPA 28 déc. 1994, n° 155, 22, note Nicoleau.

(15) M. Lamarche, *op. cit.*

(16) Chambre de l'application des peines de Paris, 10 juill. 2017, n° 1704/190, AJ pénal 2017. 454, obs. M. H-Evans .

(17) C. pr. pén., art. D. 391  s.

(18) CSP, art. R. 6111-27 .

(19) C. pr. pén., art. D. 393 .

(20) C. pr. pén., art. D. 142-1 .

(21) Les personnes détenues en état de récidive légale ne sont éligibles à la permission de sortir qu'après avoir exécuté les deux tiers de leur peine, C. pr. pén., art. D. 146-2 . - E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, Paris, Lexisnexis, 3^e éd., 2019, § 1313-1314.

(22) C. pr. pén., art. D. 143-5 .

(23) C. pr. pén., art. D. 143  s.

(24) C. pr. pén., art. D. 145 .

(25) C. pr. pén., art. D. 145 .

(26) L'art. D. 143-4 c. pr. pén. prévoit ainsi que la permission de sortir doit répondre à l'une de ces conditions :

« 1^o Présentation des personnes détenues prochainement libérables ou susceptibles d'être admises au bénéfice de la libération conditionnelle ou de la libération sous contrainte ou au régime de semi-liberté ou de détention à domicile sous surveillance électronique ou à l'extérieur en application de l'art. D. 136, à leurs éventuels employeur ou auprès

d'une structure de formation professionnelle, de stage ou d'enseignement ;

2° Présentation aux épreuves d'un examen dans les conditions prévues aux art. D. 436-3 et D. 438-2 ;

3° Présentation à une structure de soins ;

4° Sorties pour la pratique d'activités culturelles ou sportives organisées ;

5° Exercice par le condamné de son droit de vote. »

(27) Conv. EDH, art. 8. - S'agissant plus précisément des personnes incarcérées, v. C. Siffrein-Blanc, N. Catelan, Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté, in E. Putman, M. Giacomelli (dir.), *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, Paris, Mare et Martin, Coll. « Droit privé et sciences criminelles », 2015, p. 175-205 ; B. Belda, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté*, Bruxelles, Bruylant, 2010, § 219.

(28) CEDH, gde ch., 4 déc. 2007, req. n° 44362/04¹, *Dickson c/ Royaume-Uni*, D. 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat² ; AJ pénal 2008. 47, obs. M. Herzog-Evans³ ; RSC 2008. 140, obs. J.-P. Marguénaud et D. Roets⁴ ; RTD civ. 2008. 272, obs. J. Hauser⁵. - A. Mulligan, Reproductive rights under article 8 : the right to respect for the decision to become or not to become a parent, *The European Human Rights Law Review*, n° 4, 2014, p. 378-387.

(29) A. Stevens, Sexual Activity in British Men's Prisons : A Culture of Denial, *The British Journal of Criminology*, 2017, p. 1-27 ; A. Steven, Sex in Prison : Experiences of Former Prisoners, Report by the Commission on Sex in Prison, The Howard League for Penal Reform, 2015 ; The Howard League for Penal Reform, Women in Prison : Coercive and Consensual Sex, A Briefing Paper by Commission on Sex in Prison, The Howard League for Penal Reform, 2014 ; S. Banbury, Coercive Sexual Behaviour in British Prisons as Reported by Adult Ex-Prisoners, *Howard Journal of Criminal Justice*, n° 43(2), 2004, p. 113-30.

(30) CEDH, 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, préc., § 81.

(31) CEDH, 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, préc., § 76.

(32) CEDH, 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, préc., § 76.

(33) C. pr. pén., art. D. 142¹ s.

(34) Crim. 3 mai 2007, n° 06-84.691².

(35) Crim. 4 janv. 2012, n° 11-85.553³.

(36) CEDH, 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, préc., §76.

(37) En France, C. pr. pén., art. D. 400 s. ; Circ. du 18 août 1999 relative aux conditions d'accueil des enfants laissés auprès de leur mère incarcérée AP 99-2296 PMJ2/18-08-99, publié au BO n° 76, NOR JUSE9940062C. En Angleterre et au pays de Galles, règle 12(2) des *Prison Rules* 1999, The Prison Service Instruction (PSI) n° 49/2014 - *Mother and Baby Units*, 2014. V. A. Amado, *L'enfant en détention en France et en Angleterre, Contribution à l'élaboration d'un cadre juridique pour les enfants accompagnant leur mère en prison*, Paris, Mare & Martin, 2020, 612p.

(38) C. Cardi, Le féminin maternel ou la question du traitement pénal des femmes, *Pouvoirs*, 2009/1 (n° 128), p. 75-86 ; H. Codd, *In the Shadow of Prison, Families, imprisonment and criminal justice*, Oxon, Routledge, 2008, p. 131 ; K. Hannah-Moffat, Gendering Dynamic Risk : Assessing and Managing the Maternal Identities of Women Prisoners, in K. Hannah-Moffat et P. O'Malley (dir.), *Gendered Risks*, Londres, Glasshouse Press, 2007, p. 229-247 ; C. Cardi, La « mauvaise mère » : figure féminine du danger, *Mouvements*, 2007/1 (n° 49), p. 27-37 ; C. Rostaing, *La relation carcérale : Identités et rapports sociaux dans les prisons de femmes*, Paris, PUF, Coll. Le lien social, 1997, 331p ; P. Carlen, *Women's Imprisonment, A study in social control*, London, Routledge and Kegan, 1983, p. 155.

(39) Référence à L. Brunet., *op. cit.*, 2012, p. 828 et à B. Pulman, *op. cit.*, 2010, 352 p. cités en introduction de cet article.