

La vie affective et sexuelle des personnes détenues : les visites en prison au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

PAR

Frédéric BOUHON

Professeur à l'Université de Liège

ET

Mathilde FRANSSSEN

Assistante à l'Université de Liège

Avocate au barreau de Liège-Huy¹

Résumé

Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, les personnes détenues conservent l'exercice de leurs droits fondamentaux, sous réserve du droit à la liberté. En pratique, la détention entrave la possibilité pour ces personnes de maintenir ou de développer une vie affective ou sexuelle avec un partenaire libre. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit toutefois les privations injustifiées : sauf s'il existe des circonstances exceptionnelles caractérisées par l'existence d'un risque sérieux, le détenu doit pouvoir recevoir la visite d'un partenaire – le voir, et en principe le toucher –, selon une fréquence régulière et pendant une durée raisonnable. La même disposition de la Convention a en revanche un potentiel limité en ce qui concerne la sexualité des détenus. En effet, l'article 8 ne fait actuellement peser aucune obligation sur les États de procurer aux personnes détenues des conditions dans lesquelles elles peuvent rencontrer une autre personne dans l'intimité, en échappant provisoirement à une surveillance directe (visites « conjugales »). Alors que le droit à la sexualité des personnes

¹ L'idée d'étudier ce sujet est venue aux auteurs à la suite de la diffusion en 2022 d'un reportage par la radio publique belge francophone (R.T.B.F.) : E. LELOUP, S. DUCHÊNE, P.-L. GODIER, C. THERER et L. GUIMOT, « Sexualité sous surveillance », disponible sur www.mammoth.media/sexualite-sous-surveillance/ (consulté le 30 juin 2023).

libres est amplement développé, la dimension afflictive de l'emprisonnement semble faire obstacle, par-delà une approche basée sur les risques, au plein développement de ce droit dans le chef des personnes détenues.

Abstract

According to the established case law of the European Court of Human Rights, prisoners retain the exercise of their fundamental rights, apart from the right to liberty. In practice, imprisonment inhibits the ability of these individuals to establish or cultivate emotional or sexual relationships with free partners. Nonetheless, Article 8 of the European Convention on Human Rights prohibits unjustified deprivation. On the one hand, unless there are exceptional circumstances characterized by the existence of a serious risk, prisoners must be allowed to receive visits from a partner – to see and touch them – at regular intervals and for reasonable periods of time. On the other hand, the same provision of the Convention has limited legal effect with regard to the sexuality of prisoners. Indeed, Article 8 does not impose any obligation on States to facilitate private interactions between prisoners and another person, temporarily exempt from direct supervision (“conjugal” visits). While the right to a sexual life for free individuals is firmly established, the afflictive nature of imprisonment seems to impede, beyond a risk based approach, the full development of this right for prisoners.

« Bientôt le ventre de la prison pourra amorcer sa lente digestion, et, lentement, tous les hommes qui l’habitent, eux aussi, le temps d’une courte nuit, disparaîtront dans les oubliettes communes ».

J.-P. DUBOIS,

*Tous les hommes n’habitent pas le monde de la même façon*²

1. De nombreuses personnes désirent développer et maintenir des liens affectifs avec d’autres, mais aussi entretenir des relations sexuelles épanouissantes. Cette aspiration ne s’éteint évidemment pas dans le chef des personnes placées en détention, même si les contraintes engendrées par l’emprisonnement, notamment l’isolement qui lui est inhérent, créent de nombreux obstacles à sa concrétisation effective pour les concernés. Dans le témoignage qu’il a publié à ce sujet, un ancien détenu, par ailleurs psychologue, a ainsi qualifié le système carcéral de « guillotine du sexe »³. Pour l’exprimer plus sobrement à travers la

² Éditions de l’Olivier, Paris, 2019, p. 42.

³ J. LESAGE DE LA HAYE, *La guillotine du sexe. La vie affective et sexuelle des prisonniers*, 3^e éd., Éditions de l’Atelier, Paris, 1998. Pour un autre ouvrage engagé au titre évocateur,

→

voix d'une criminologue et ancienne directrice d'établissement pénitentiaire, « le détenu est non seulement dépossédé du contrôle de son existence mais aussi de toute possibilité de vivre ses relations personnelles de façon libre »⁴.

2. Or, les liens affectifs et la sexualité sont si importants qu'ils se trouvent au cœur des protections offertes par les droits fondamentaux, et en particulier par le droit à la protection de la vie privée et familiale⁵. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît à cet égard que la sexualité a une « importance physique et psychologique pour l'épanouissement » des personnes⁶.

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante développée à partir de l'arrêt *Golder* en 1975⁷, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que, malgré la détention, chacun conserve en principe ses droits fondamentaux, à l'exception du droit à la liberté⁸. En ce sens, on trouve une formule forte dans quelques arrêts rédigés en anglais : « the Convention cannot stop at the prison gate »⁹. De façon générale, la Convention n'envisage de

←

voy. A. MONNEREAU, *La castration pénitentiaire : droit à la sexualité pour les personnes incarcérées*, Lumière et Justice, Paris, 1986. Dans la littérature classique sur le sujet, on peut aussi lire que « le prisonnier se définit tout entier par l'absence de phallus » (S. BUFFARD, *Le froid pénitentiaire. L'impossible réforme des prisons*, Seuil, Paris, 1973, p. 47).

⁴ A. FRANÇOIS, « La sexualité en milieu carcéral : au cœur des représentations de personnes incarcérées », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], 2016, consulté le 30 juin 2023. L'exclusion de la sexualité est une des cinq grandes privations identifiées par Gresham Sykes dans son étude fondatrice (G. SYKES, *The society of Captives. A study of a maximum Security Prison*, Princeton University Press, Princeton, 1958).

⁵ Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « [d]es éléments tels que le sexe, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des composantes importantes du domaine personnel protégé par l'article 8 » de la Convention européenne des droits de l'homme (Cour eur. dr. h., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, § 79). Dans le même sens, voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, § 66 ; arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, 14 janvier 2020, § 109.

⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, 25 juillet 2017, § 52.

⁷ Rappelons que c'est la première décision qui condamne le Royaume-Uni (M. TUGENDHAT et E. DE MONTLAUR MARTIN, « Les droits de l'homme en France et au Royaume-Uni : approche historique », in P. Ducoulombier et C. Haguenu-Moizard (dir.), *La protection des droits et libertés en France et au Royaume-Uni : passé, présent et futur*, Société de législation comparée, Paris, 2022, pp. 9-24, ici p. 10).

⁸ Dans l'affaire *Golder*, la Cour a jugé, au sujet de l'article 8 de la Convention, que « la tournure restrictive dont se sert le paragraphe 2 (art. 8-2) ('Il ne peut y avoir ingérence [...] que pour autant que [...]') ne laisse pas place à l'idée de limitations implicites » qu'auraient à subir les détenus (Cour eur. dr. h., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 44, al. 2).

⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, 25 juillet 2013, § 836 ; arrêt *Klibisz c. Pologne*, 4 octobre 2016, § 354. Voy. aussi une expression similaire dans l'arrêt *Zayidov*

→

mécanisme de déchéance générale des droits fondamentaux pour aucune catégorie d'individus¹⁰. Ceci s'applique notamment aux personnes détenues : il n'est « nullement question qu'un détenu soit déchu de ses droits garantis par la Convention du simple fait qu'il se trouve incarcéré à la suite d'une condamnation »¹¹. Dans la même veine, la Cour européenne des droits de l'homme indique qu'il convient de se détacher de la tendance du grand public, souvent prompt à accepter, voire à souhaiter, la souffrance des personnes détenues : il n'y a pas de place pour une privation d'un droit qui reposerait uniquement sur ce qui pourrait heurter l'opinion publique¹².

3. Ces principes importants ne signifient toutefois pas que les détenus pourraient, sur la base de la Convention, réclamer des conditions de vie – notamment en ce qui concerne leurs relations affectives et sexuelles – qui soient identiques à celles des personnes en liberté. La même jurisprudence apporte en effet une précision essentielle : les exigences normales et raisonnables de la détention peuvent justifier des ingérences plus grandes à l'égard d'une personne détenue que d'une personne libre¹³. En particulier, « [l]es circonstances de l'emprisonnement, notamment des considérations de sécurité ainsi que la prévention du crime et la défense de l'ordre, peuvent justifier des restrictions »¹⁴ apportées à divers droits fondamentaux et rendre juridiquement admissibles des mesures qui, par exemple, limitent les contacts avec les personnes qui se trouvent à l'extérieur de la prison. La possibilité de développer et d'entretenir une vie affective et sexuelle s'en trouve alors inévitablement réduite.

←

c. Azerbaïdjan (n° 2), 24 mars 2022, § 63. Le principe est formulé avec d'autres mots dans la jurisprudence (voy., parmi bien d'autres exemples, arrêt *Maslák c. Slovaquie (n° 2)*, 31 mars 2022, § 138 ; arrêt *Chocholáč c. Slovaquie*, 7 juin 2022, § 52).

¹⁰ L'article 17 de la Convention, qui concerne l'abus de droit, peut tout au plus se lire comme une disposition qui permet de déchoir une personne de l'exercice d'un droit fondamental donné, dans un contexte particulier, mais cette disposition ne peut être interprétée *a contrario* comme privant une personne physique des droits fondamentaux (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Lawless c. Irlande (n° 3)*, 1^{er} juillet 1961).

¹¹ En ce sens, voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 6 octobre 2005, § 70. Dans le même sens, voy. aussi, Gde Ch., arrêt *Boulois c. Luxembourg*, 3 avril 2012, § 82 ; arrêt *Velyo Velev c. Bulgarie*, 27 mai 2014, § 30 ; arrêt *Altay c. Turquie (n° 2)*, 9 avril 2019, § 47.

¹² Voy. *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, préc., § 70 ; Gde Ch., arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*, 18 avril 2006, § 34.

¹³ Voy. *Golder c. Royaume-Uni*, préc., § 45, al. 3. Voy. aussi Cour eur. dr. h., décision *A.M. c. France*, 14 mars 2000.

¹⁴ *Altay c. Turquie (n° 2)*, préc., § 47. Dans le même sens, voy. notamment *Zayidov c. Azerbaïdjan (n° 2)*, préc., § 63.

4. Le présent article prend comme point de départ cette tension entre la faculté des personnes détenues à jouir de leur droit fondamental à la protection de la vie privée et familiale et les restrictions à ce même droit qui sont imposées dans le contexte de l’incarcération. L’objectif est de déterminer l’étendue des obligations négatives et positives qui s’imposent aux États dans des contextes particulièrement importants pour les aspirations affectives et sexuelles des détenus.

Notre contribution se focalise sur les relations affectives qui comportent une dimension potentiellement sexuelle, indépendamment de l’existence éventuelle d’un lien juridique, tel que le mariage, entre les personnes concernées¹⁵. À cet égard, il ressort clairement de la jurisprudence que le droit à la vie familiale protégé par l’article 8 de la Convention « ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d’autres liens ‘familiaux’ de fait lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage »¹⁶. Même en dehors de la situation d’un couple cohabitant, il peut exister, dans certains cas, des liens suffisants pour constater l’existence d’une vie familiale protégée¹⁷. Par ailleurs, les liens affectifs ou sexuels entre deux personnes qui ne sont pas compris dans la notion de famille au sens de l’article 8¹⁸, ne sont pas pour autant exclus de toute protection conventionnelle¹⁹, puisqu’ils relèvent à tout le moins du droit à la vie privée²⁰, lequel n’offre, il est vrai, pas de garanties aussi fortes contre la séparation imposée²¹.

¹⁵ On signale ici, sans développer la question, que le droit de se marier est reconnu dans le chef des détenus par la Cour européenne des droits de l’homme (voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Frasik c. Pologne*, 5 janvier 2010). À cet égard, un détenu, comme une personne libre, n’a pas à devoir démontrer « la profondeur et la qualité de ses sentiments » (*ibid.*, § 96). Cette jurisprudence puise ses racines dans des décisions anciennes (voy. notamment Comm. eur. dr. h., décision *Hamer c. Royaume-Uni*, 13 octobre 1977).

¹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, § 91. Voy. déjà arrêt *Johnston e.a. c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 56.

¹⁷ Voy. par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Azerkane c. Pays-Bas*, 2 juin 2020, § 65.

¹⁸ Les relations entre deux personnes n’entrent pas dans la notion de vie familiale lorsqu’elles sont de nature uniquement sexuelle (voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Ahrens c. Allemagne*, 22 mars 2012, § 59).

¹⁹ En dehors de la Convention européenne des droits de l’homme, on relève que l’article 17 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées garantit que « toute personne privée de liberté sera autorisée à communiquer avec sa famille, son conseil ou toute autre personne de son choix, et à recevoir leur visite, sous la seule réserve des conditions établies par la loi » (c’est nous qui soulignons).

²⁰ Ainsi, dès 1990, la Commission européenne des droits de l’homme a jugé que la question de savoir si une personne détenue pouvait recevoir une visite de sa fiancée relevait du droit à la vie privée (voy. notamment Comm. eur. dr. h., décision *Wakefield c. Royaume-Uni*, 1^{er} octobre 1990).

²¹ La recherche de l’unité familiale ou la réunion de la famille en cas de séparation sont au cœur de la protection spécifique offerte par le droit à la vie familiale (voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Strand Lobben e.a. c. Norvège*, 10 septembre 2019, § 205).

Nous utiliserons le terme « partenaires » pour désigner les personnes qui entretiennent des relations affectives au sens que nous venons d'évoquer. Le partenaire s'entend ici comme une personne extérieure à l'établissement pénitentiaire. Sans être aveugles à l'existence de relations entre détenus²² ainsi qu'entre détenus et membres du personnel pénitentiaire²³, ces aspects ne nous paraissent guère appréhendables à travers notre approche générale, guidée par la recherche de la portée du droit à la vie privée et familiale²⁴. Le champ de la recherche n'inclut pas directement les relations que le détenu entretient le cas échéant avec d'autres personnes de sa famille et de son entourage. La jurisprudence qui concerne ces autres relations sera toutefois exploitée dans la mesure où elle établit des principes susceptibles de s'appliquer à toute relation affective.

5. L'approche retenue nous amène logiquement à nous concentrer sur les visites organisées dans le contexte carcéral. Dans la première partie de la contribution, nous discuterons de ce que l'article 8 de la Convention implique quant à la possibilité de recevoir des visites d'un partenaire et aux modalités de ces rencontres sans lesquelles le maintien de relations affectives ne serait guère possible. La seconde partie interrogera la faculté, toujours au regard du droit à la vie privée et familiale, de rencontrer son partenaire dans un lieu non surveillé qui permet d'assurer une plus grande intimité et de laisser une place à la sexualité. Les dispositifs qui, en autorisant le détenu à quitter provisoirement l'établissement pénitentiaire où il séjourne, permettent les contacts avec un partenaire ne sont pas envisagés ici : l'attention est portée sur la situation de la personne privée de liberté au sein du lieu d'incarcération. La question de la correspondance entre un détenu et son partenaire, même si elle constitue aussi un vecteur important pour maintenir une relation affective²⁵, n'a pas pu être intégrée dans les limites de cette étude²⁶.

²² À ce sujet, voy. notamment C. HENSLEY et R. TEWKSBURY, « Inmate-to-inmate prison sexuality : A review of empirical studies », *Trauma, Violence, & Abuse*, 2002, pp. 226-243.

²³ À ce sujet, voy. notamment A. FRANÇOIS, « La sexualité en milieu carcéral : au cœur des représentations de personnes incarcérées », *op. cit.*

²⁴ Sur la question particulière des relations entre détenus et travailleurs du sexe extérieurs à la prison, voy. notamment A. FRANÇOIS, *Étude sur la sexualité en milieu carcéral belge. De l'enfermement de la sexualité à la liberté d'adaptation*, thèse, Université de Liège, 2015, pp. 131-132.

²⁵ « Les communications téléphoniques et la correspondance favorisent les contacts avec le partenaire et témoignent de la préoccupation des détenus pour ce que vivent leurs proches mais révèlent aussi leurs besoins d'être soutenus affectivement » (A. FRANÇOIS, *ibid.*, p. 195).

²⁶ On se bornera à rappeler un élément essentiel : tout en considérant qu'il peut être nécessaire de surveiller les contacts des détenus avec le monde extérieur, y compris les contacts par correspondance ou par téléphone, les règles en vigueur doivent mettre les intéressés à l'abri d'ingérences arbitraires des autorités (voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Doerga c. Pays-Bas*, 27 avril 2004, § 53).

I. La vie affective des personnes détenues : le droit de voir et de toucher un partenaire

6. Pour un détenu, les visites constituent le moyen le plus évident d'entretenir une relation affective avec un partenaire qui vit à l'extérieur de la prison²⁷. Les conditions dans lesquelles les visites sont organisées ont dès lors une influence directe sur la possibilité de maintenir une relation d'une certaine qualité et sont susceptibles de soulever des questions sous l'angle de l'article 8 de la Convention²⁸. En effet, selon la jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme, « il est essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire autorise ou, le cas échéant, aide le détenu à maintenir le contact avec sa famille proche »²⁹. Ceci est susceptible d'englober les relations avec un partenaire. Pour autant, la Cour admet que « certaines mesures visant à contrôler les contacts des détenus avec le monde extérieur sont nécessaires et non incompatibles en soi avec la Convention »³⁰. Dans cette perspective, les autorités peuvent apporter des restrictions au droit de visite des personnes privées de liberté si elles sont en mesure de les justifier. Ainsi, la Cour admet que les États s'appuient sur la nécessité de protéger les intérêts légitimes d'une enquête en cours ou sur des motifs liés au maintien de l'ordre, de la sécurité et de la sûreté³¹.

Cette affirmation générale doit être précisée et nuancée afin de déterminer les restrictions qui peuvent être envisagées et les hypothèses dans lesquelles elles peuvent être mises en œuvre sans violer l'article 8 de la Convention. Dans cette partie de la contribution, nous nous demanderons d'abord si les visites peuvent être interdites (n° 7) avant d'envisager les modalités dont elles peuvent être assorties lorsqu'elles sont organisées. En fonction de la manière dont le droit de visite est encadré, la capacité du détenu à préserver une relation sera plus ou moins affectée. À cet égard, il nous semble que les éléments les plus importants sont les suivants : la fréquence et la durée des visites (n° 8), le

²⁷ En ce qui concerne les « visites internes », entre deux personnes détenues, voy. O. NEDERLANDT et A. VANLIEFDE, « Le travail et les activités en mixité pour les personnes détenues dans les prisons belges : une avancée vers la normalisation sous haute surveillance », *Droit et société*, à paraître.

²⁸ Pour autant, du moins que le détenu réclame des contacts avec l'extérieur et qu'ils ne lui soient pas accordés, sans quoi il n'y a pas d'interférence dans les droits protégés par l'article 8 (voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Epnens-Gefners c. Lituanie*, 29 mai 2012, § 65).

²⁹ Comm. eur. dr. h., décision *Ouinis c. France*, 12 mars 1990 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Messina c. Italie* (n° 2), 28 septembre 2000, § 61 ; Gde Ch., arrêt *Khoroshenko c. Russie*, 30 juin 2015, § 123.

³⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Aliiev c. Ukraine*, 29 avril 2003, § 187.

³¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Moïsseïev c. Russie*, 9 octobre 2008, § 258 ; arrêt *Pshibiyev et Berov c. Russie*, 9 juin 2020, § 50.

nombre de visiteurs autorisés (n° 9) et les conditions matérielles dans lesquelles la rencontre peut avoir lieu (n° 10).

7. L'obstacle le plus important à la possibilité d'entretenir un lien affectif avec un partenaire est l'interdiction absolue des visites maintenue dans la durée. Selon la jurisprudence de la Cour, une telle mesure ne peut se justifier que dans des cas exceptionnels. À notre connaissance, il n'existe à ce jour aucune affaire dans laquelle de telles circonstances exceptionnelles auraient été identifiées. La mise en œuvre d'une mesure aussi sévère, qui brise presque toute possibilité de maintenir une vie affective, paraît en tout cas incompatible avec la jurisprudence – en particulier avec l'arrêt *Khoroshenko* – quand elle est envisagée au sujet d'une personne condamnée³² ; la question s'est toutefois posée à plusieurs reprises de savoir si elle pouvait être appliquée pendant un certain temps à des personnes placées en détention préventive.

Il est ainsi arrivé à la Cour de juger qu'une mesure d'interdiction ne satisfaisait pas à la condition de légalité consacrée par l'article 8. Dans l'arrêt *Moïsseïev*, elle a estimé que le pouvoir conféré à un enquêteur d'interdire à un prévenu privé de liberté de recevoir des visites ne reposait pas sur une norme suffisamment prévisible, parce que la règle litigieuse ne définissait pas les circonstances dans lesquelles cette mesure pouvait être appliquée³³.

³² Nous n'avons pas relevé d'affaires qui concernent des interdictions de visites adressées à des personnes condamnées. Cela semble indiquer qu'au sein du Conseil de l'Europe, l'interdiction absolue de recevoir des visites n'est pas pratiquée à l'égard des personnes condamnées. Une telle mesure ne paraît d'ailleurs pas concevable au vu de la jurisprudence de la Cour et en particulier de l'arrêt *Khoroshenko* précité. En effet, la Grande Chambre y rappelle que la condamnation à une peine d'emprisonnement, même la plus sévère, n'offre pas toute latitude aux autorités publiques pour introduire des restrictions au droit à la vie privée et familiale des détenus. En l'espèce, le requérant avait pu maintenir des relations avec le monde extérieur par correspondance, mais toutes les autres formes de contact étaient soumises à des restrictions particulièrement strictes. Il ne pouvait passer aucun appel téléphonique sauf en cas d'urgence et ne pouvait recevoir qu'une visite de deux visiteurs adultes tous les six mois. Il était séparé de ses proches par une paroi vitrée et un gardien se trouvait à tout moment à portée d'ouïe. Les restrictions litigieuses, imposées directement par la loi, ont été appliquées au requérant uniquement du fait de sa condamnation à perpétuité, indépendamment de tout autre facteur. Le gouvernement défendeur soutenait que les restrictions visaient « le rétablissement de la justice, l'amendement du délinquant et la prévention de nouvelles infractions ». La Grande Chambre a conclu que « l'ingérence dans la vie privée et familiale du requérant découlant de l'application à celui-ci pendant une longue période, ce uniquement à raison de la sévérité de sa peine, d'un régime caractérisé par une extrême rareté des visites autorisées est en soi disproportionnée aux buts invoqués par le Gouvernement ». Ceci nous paraît confirmer, *a fortiori*, qu'une interdiction absolue de recevoir des visites appliquée à un condamné est incompatible avec la Convention (*Khoroshenko c. Russie*, préc., § 146).

³³ *Moïsseïev c. Russie*, préc., § 250. Voy. aussi arrêt *Kungurov c. Russie*, 18 février 2020, §§ 18-22.

S'il existe une multitude de buts légitimes admis par la Cour quand il s'agit de restreindre le droit de visite d'une personne en détention préventive – à savoir notamment le risque de collusion ou de soustraction, la protection des témoins et la nécessité d'assurer le bon déroulement de l'instruction –, la jurisprudence exige la démonstration d'une nécessité concrète dans chaque cas particulier. Le simple fait qu'une personne privée de liberté fasse l'objet d'une enquête pénale ne suffit donc pas. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt *Mozer* dans lequel la Cour avait demandé au gouvernement moldave d'exposer les raisons qui justifiaient de séparer le requérant de sa famille pendant les six mois que ce dernier avait passés en détention préventive. En l'absence d'explications du gouvernement défendeur, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention, estimant que la mesure litigieuse ne poursuivait aucun but légitime³⁴.

Dans d'autres affaires, les autorités compétentes ne sont pas parvenues à convaincre les juges de Strasbourg qu'une interdiction des visites des proches du requérant était absolument nécessaire en vue de protéger l'enquête pénale menée à son égard. À ce sujet, la Cour a précisé dans un arrêt *Lavents* les éléments essentiels du test de proportionnalité à opérer dans ce type de situations : « la durée de l'interdiction des visites familiales et sa portée sont des facteurs à prendre en considération »³⁵. En l'espèce, l'épouse et la fille du requérant n'avaient pas pu rendre visite à ce dernier pendant trois périodes de détention distinctes, dont la plus longue avait duré un an et sept mois. La Cour a estimé que le recours à une mesure aussi stricte n'apparaissait pas « vraiment indispensable »³⁶ pour atteindre les objectifs avancés par le gouvernement. Elle observe notamment que l'incarcération du requérant avait été précédée d'un confinement à domicile lors duquel rien n'indiquait qu'il avait profité de ses contacts familiaux pour organiser une quelconque collusion ou faire obstacle à l'instruction de son dossier³⁷.

Même lorsque l'existence d'un but légitime ne fait aucun doute, la Cour vérifie que l'interdiction de visites est bien le moyen le moins attentatoire pour atteindre l'objectif retenu. Tel n'était pas le cas dans l'arrêt *Kučera*. En l'espèce, le requérant s'était vu refuser toute visite de sa compagne pendant les treize mois de sa détention préventive. Selon les déclarations du gouvernement défendeur, cette ingérence dans le droit à la vie familiale du requérant était

³⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mozer c. République de Moldova et Russie*, 23 février 2016, § 194.

³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, § 141.

³⁶ *Ibid.*, § 142.

³⁷ *Ibid.*

nécessaire pour empêcher le requérant et sa compagne d'entraver l'enquête en cours. Le gouvernement a en outre exposé que ces derniers étaient tous deux accusés d'avoir commis des crimes graves dans le contexte d'une organisation criminelle et le requérant avait tenté de contacter secrètement sa compagne depuis la prison où il était détenu préventivement. Si la Cour a admis qu'« il est évident qu'il y avait un but légitime d'empêcher le requérant de gêner l'enquête »³⁸, elle n'était néanmoins pas persuadée que la mesure litigieuse était « indispensable »³⁹ pour atteindre cet objectif. En particulier, la Cour n'a aperçu aucune raison de croire qu'une visite soumise à des conditions particulières – comme la surveillance par un agent par exemple – aurait pu présenter un risque du point de vue du bon déroulement de l'enquête⁴⁰. La Cour a également émis des doutes quant à l'utilité de séparer le requérant de sa compagne durant une période aussi longue, même lorsque l'enquête était sur le point de s'achever ou portait sur des charges pour lesquelles le requérant et sa compagne n'étaient pas inquiétés⁴¹. Quant à la tentative du requérant d'envoyer une lettre à sa compagne en secret depuis la prison, la Cour a considéré que cet incident ne présentait pas d'intérêt pour l'examen de la nécessité de l'interdiction litigieuse dès lors que le gouvernement slovaque n'avait pas indiqué que l'envoi de cette lettre avait pour but d'entraver l'enquête en cours⁴². Par conséquent, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention⁴³. Cette affaire illustre la vigilance de la Cour, qui ne se satisfait pas de prétextes d'ordre sécuritaire émanant des autorités compétentes et cherche à s'assurer que l'interdiction de recevoir des visites répond à un risque réel et concrètement démontré dans le contexte d'une enquête.

L'ensemble de la jurisprudence étudiée indique que les interdictions absolues de visite, notamment d'un partenaire, ne peuvent éventuellement se concilier avec l'article 8 de la Convention que dans des cas extrêmes et qu'une telle interdiction doit cesser immédiatement avec le risque caractérisé qui pouvait la justifier.

8. De ce qui précède, il ressort que les visites sont en principe permises. Cependant, les restrictions de fréquence et de durée peuvent venir perturber le bon développement des relations nouées par le détenu avec une personne libre. Des chercheurs ont d'ailleurs démontré qu'une augmentation de la fréquence

³⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Kučera c. Slovaquie*, 17 juillet 2007, § 130.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, § 131.

⁴² *Ibid.*, § 132.

⁴³ *Ibid.*, § 133.

des contacts relationnels et sexuels réduit les souffrances liées à la solitude de l'incarcération⁴⁴. Les restrictions qui les concernent constituent des ingérences dans la vie privée et familiale des détenus⁴⁵ et doivent donc être justifiées pour éviter d'entraîner une violation de l'article 8 de la Convention⁴⁶.

Ce principe est rappelé par la Cour européenne des droits de l'homme notamment dans l'arrêt *Moïsseïev*. Alors qu'une personne détenue se plaignait entre autres de ne pouvoir recevoir que deux visites d'une heure par mois de sa femme et de sa fille, la Cour a d'abord critiqué le caractère automatique de la restriction, qui ne permettait aucune évaluation individualisée. En l'espèce, après avoir observé que la compagne du requérant n'était pas témoin à charge dans l'affaire ouverte à son sujet et que sa fille était encore mineure, la juridiction européenne a estimé que la limitation des rencontres entre le requérant et ses proches à deux visites par mois apparaissait être allée au-delà de ce qui était nécessaire, dans une société démocratique, « à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales »⁴⁷. Dans une autre affaire, la Cour a jugé inacceptable que le droit applicable n'offre pas la moindre flexibilité pour vérifier que des restrictions draconiennes portant sur la fréquence et la durée des visites soient réellement nécessaires dans chaque cas particulier⁴⁸.

Même lorsque la fréquence des visites n'est pas limitée de façon drastique, le rythme des rencontres entre une personne détenue et son partenaire peut être affecté dans les faits en raison de la distance entre le lieu de détention et le domicile du visiteur. La jurisprudence en la matière est contrastée. D'une part, la Cour estime que la distribution géographique de la population carcérale ne peut pas être entièrement laissée à la discrétion des autorités administratives et que les intérêts des détenus à maintenir des liens avec leurs proches doivent être pris en considération dans une certaine mesure⁴⁹. D'autre part, la Cour rappelle de manière constante que la Convention n'accorde pas aux détenus le droit de choisir leur lieu de détention et que la séparation et l'éloignement du

⁴⁴ R. CARCEDO, F. LOPEZ, M. BEGONA ORGAZ, K. TOTH et N. FERNANDEZ-ROUCO, « Men and Women in the Same Prison », *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2008, pp. 641-657.

⁴⁵ Toutefois, il peut ne pas y avoir d'ingérence s'il est démontré que le détenu n'a pas sollicité de visites (voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Kyriacou Tsiakkorumas e.a. c. Turquie*, 2 juin 2015, § 304).

⁴⁶ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Van der Ven c. Pays-Bas*, 4 février 2003, § 69 ; arrêt *Klamecki c. Pologne (n° 2)*, 3 avril 2003, § 144 ; *Kučera c. Slovaquie*, préc., § 127 ; arrêt *Ferla c. Pologne*, 20 mai 2008, § 38 ; arrêt *Vidish c. Russie*, 15 mars 2016, § 36.

⁴⁷ *Moïsseïev c. Russie*, préc., § 255.

⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Trosin c. Ukraine*, 23 février 2012, §§ 42-44.

⁴⁹ Voy. notamment *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, préc., §§ 836-838 et 850 ; arrêt *Rodzevillo c. Ukraine*, 14 janvier 2016, § 83.

détenu de sa famille constituent des conséquences inévitables de la détention⁵⁰. Dès lors, détenir une personne dans une prison éloignée de son entourage – avec les privations affectives que cela emporte – ne constitue une ingérence que « dans certaines circonstances spécifiques »⁵¹, lorsque « toute visite se révèle en réalité très difficile, voire impossible »⁵².

Cette hypothèse a par exemple été rencontrée dans l'affaire *Vintman*, où la Cour a jugé que le refus de transférer le requérant dans une prison plus proche de son domicile constituait, dans les circonstances de l'espèce, une violation de l'article 8 de la Convention. Dans cette affaire, le requérant qui était détenu dans une prison située à 700 kilomètres de son domicile se plaignait d'être privé de contact avec sa mère âgée et malade et les autorités ukrainiennes n'avaient pas adéquatement démontré le manque de places ou l'impossibilité de placer l'intéressé dans un établissement moins éloigné⁵³.

En revanche, dans la décision *Fraile Iturralde*, la Cour a abouti à une conclusion différente. Dans le cas d'une personne qui exécutait une peine d'emprisonnement pour collaboration avec une organisation terroriste dans un établissement situé – comme dans l'affaire *Vintman* précitée – à environ 700 kilomètres du lieu de vie de ses proches, la Cour a certes reconnu l'existence d'une ingérence dans les droits protégés par l'article 8 de la Convention⁵⁴. Elle a toutefois jugé que le refus de transférer l'intéressé vers une prison plus proche était fondé à la fois sur un examen individuel de la situation spécifique du requérant, lequel avait montré que l'intéressé entretenait des contacts réguliers avec sa famille, et sur un examen de la politique carcérale générale, en vertu de laquelle les détenus condamnés pour infraction terroriste devaient être répartis entre plusieurs établissements pénitentiaires pour des raisons de sécurité et pour que leurs liens avec l'organisation criminelle soient rompus⁵⁵. Sur la base de ce raisonnement, la Cour a déclaré la requête irrecevable pour défaut manifeste de fondement⁵⁶.

La jurisprudence n'offre donc que des ressources limitées quand c'est l'éloignement qui nuit à la relation affective. Ainsi, des personnes détenues

⁵⁰ Voy. notamment Cour eur. dr. h., décision *Selmani c. Suisse*, 28 juin 2001 ; décision *Labaca Larrea e.a. c. France*, 7 février 2007, § 42 ; arrêt *Avşar et Tekin c. Turquie*, 17 septembre 2019, § 60.

⁵¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Vintman c. Ukraine*, 23 octobre 2014, § 78. Voy. aussi Comm. eur. dr. h., *Quinas c. France*, préc., et Cour eur. dr. h., décision *Pesce c. Italie*, 29 janvier 2008.

⁵² *Vintman c. Ukraine*, préc., § 78.

⁵³ Pour d'autres exemples de violations de l'article 8 dans des circonstances comparables, voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Polyakova c. Russie*, 7 mars 2017 et *Avşar et Tekin c. Turquie*, préc.

⁵⁴ Cour eur. dr. h., décision *Fraile Iturralde c. Espagne*, 7 mai 2019, §§ 17-20.

⁵⁵ *Ibid.*, §§ 28-32.

⁵⁶ *Ibid.*, § 33.

dans des pays comme la Belgique, la Suisse ou la Slovaquie, dont l'étendue du territoire est limitée, ont peu de chances de convaincre les autorités que le placement dans une prison située à quelques heures du domicile de leur partenaire constitue une violation de la Convention, malgré les difficultés pratiques que cela implique dans de nombreux cas pour la qualité de la relation.

9. À côté des restrictions de fréquence, les visites carcérales peuvent être limitées à un certain nombre de personnes, obligeant ainsi le détenu à opérer un choix parmi ses proches et, le cas échéant, à écarter un partenaire affectif pour privilégier d'autres relations familiales, voire amicales, quand ce n'est pas l'inverse⁵⁷. Or, le bon sens comme la littérature spécialisée indiquent les difficultés psychologiques qu'impliquent de tels choix, tant pour le détenu que pour les personnes concernées⁵⁸. L'affaire *Resin* apporte des enseignements qui limitent la marge d'appréciation des autorités à cet égard. Face à un requérant qui se plaignait de ne pouvoir recevoir de visites que de deux personnes adultes déterminées, et de devoir renoncer à des contacts avec plusieurs autres et alors que le gouvernement russe n'avancait aucune raison permettant d'expliquer cette restriction basée sur une règle générale, pas même la disponibilité ou la capacité des salles de visite, la Cour a considéré que cette mesure n'était pas nécessaire dans une société démocratique⁵⁹.

10. La qualité de la visite qu'un partenaire rend à un détenu dépend également des conditions matérielles dans lesquelles celle-ci se déroule. En particulier, la présence d'une paroi transparente qui sépare les intéressés ou la supervision par un agent pénitentiaire sont des modalités qui diminuent fortement l'intimité dont jouissent les protagonistes de la rencontre⁶⁰. La première empêche tout contact physique et peut rendre plus difficile la communication lorsque le système acoustique est défaillant, tandis que la seconde entache le caractère confidentiel de l'échange. Ces conditions altèrent forcément la capacité pour deux personnes de partager de l'affection.

⁵⁷ Une telle situation est notamment décrite dans l'arrêt *Trosin c. Ukraine*, précité.

⁵⁸ Voy. notamment M. HUTTON, « Prison Visits and Desistance : A Human Rights Perspective », in E. Hart et E. van Ginneken (dir.), *New Perspectives on Desistance*, Palgrave Macmillan, Londres, 2017, pp. 187-209.

⁵⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Resin c. Russie*, 18 décembre 2018, § 27.

⁶⁰ D'ailleurs, pour le Comité européen de prévention de la torture (CPT), la présence d'un treillis métallique séparant les détenus et les visiteurs et empêchant tout contact physique constitue un traitement inhumain et dégradant pour les intéressés (CPT, Report to the Portuguese Government on the visit to Portugal carried out by the CPT from 19 to 27 January 1992, CPT/Inf (94) 9, 1994, § 147).

Concernant la première de ces ingérences, la Cour a déjà jugé à plusieurs reprises que l'interdiction systématique des contacts physiques entre détenus et visiteurs n'est pas compatible avec la Convention. Dans des affaires dirigées contre la Russie, les requérants, détenus en maison d'arrêt dans l'attente d'être jugés, se plaignaient d'avoir été séparés de leurs visiteurs durant toute la durée de leur détention préventive. Le règlement d'ordre intérieur des établissements dans lesquels ils étaient détenus prévoyait une interdiction automatique des contacts physiques entre les détenus et leurs visiteurs. Le seul constat de l'absence de tout examen préalable visant à déterminer si des impératifs de sécurité, la nature de l'infraction en cause ou la situation des requérants rendaient nécessaire la séparation physique de ces derniers avec leurs proches respectifs a suffi à la Cour pour conclure à la violation de l'article 8⁶¹. En d'autres termes, cette jurisprudence indique que les autorités ne peuvent pas fonder l'interdiction des contacts physiques sur le seul fait qu'une personne est en détention préventive et doivent démontrer de manière concrète que cette mesure est nécessaire pour les intérêts concrets de l'instruction en cours.

Dans l'arrêt *Horych*, la Cour expose que dans les affaires impliquant des régimes pénitentiaires de haute sécurité, lorsque les demandeurs sont accusés ou condamnés pour un délit grave représentant un danger social considérable, la séparation physique d'un détenu de ses visiteurs au moyen d'une cloison transparente spéciale peut être justifiée par les besoins de sécurité de la prison ou par le risque qu'un détenu communique avec des organisations criminelles par l'intermédiaire de sa famille⁶². La Cour précise cependant que le maintien de l'interdiction des contacts physiques ne peut être justifié que par l'existence d'un « risque réel et continu de ce type »⁶³. Dès lors qu'aucun événement ni le comportement du requérant pendant sa détention n'ont révélé de motifs permettant de croire que le requérant avait l'intention d'utiliser sa femme ou ses filles comme intermédiaires pour rétablir des contacts avec l'organisation criminelle ou que des visites familiales permettant des contacts physiques mettraient en péril la sécurité de la prison, la Cour a conclu que l'ingérence n'était pas proportionnée⁶⁴.

Dans l'affaire *Van der Ven*, c'était un risque d'évasion que les autorités néerlandaises avaient entendu prévenir en transférant le requérant dans une unité de haute sécurité d'un établissement pénitentiaire. Le régime sécuritaire auquel

⁶¹ *Pshibiyev et Berov c. Russie*, préc., §§ 41-42 ; arrêt *Chaldayev c. Russie*, 28 mai 2019, §§ 64-65 ; arrêt *Andrey Smirnov c. Russie*, 13 février 2018, §§ 55-56.

⁶² Cour eur. dr. h., arrêt *Horych c. Pologne*, 17 avril 2012, § 129.

⁶³ *Ibid.*, § 130.

⁶⁴ *Ibid.*

le requérant était soumis impliquait, outre la limitation du nombre de visites, la séparation par une vitre de protection (sauf une fois par mois, où cette mesure était levée et une poignée de main autorisée au début et à la fin de la visite). Les autorités néerlandaises avaient fait valoir qu'il était extrêmement probable que l'intéressé tente de s'évader si on l'incarcérait sous un régime moins strict et que, s'il venait à fuir, il représenterait un risque de récidive d'infractions violentes graves qui n'est pas acceptable pour la société. La Cour a estimé qu'elle n'avait pas de raison de mettre en doute la motivation des autorités néerlandaises et a jugé que les conditions du régime de détention spécial du requérant n'ont pas dépassé ce qui était nécessaire dans une société démocratique pour assurer la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales⁶⁵.

La nécessité de mettre en place une séparation physique entre le détenu et ses proches lors de leur rencontre doit par ailleurs être réévaluée régulièrement par les autorités lorsqu'elles entendent maintenir cette restriction dans le temps. Ainsi, dans l'arrêt de Grande Chambre *Enea c. Italie*, il a été jugé que « compte tenu de la nature spécifique du phénomène de la criminalité organisée, notamment de type mafieux, et du fait que bien souvent les visites familiales ont permis la transmission d'ordres et d'instructions vers l'extérieur, les restrictions, certes importantes, aux visites et les contrôles qui en accompagnent le déroulement ne sauraient passer pour disproportionnés aux buts légitimes poursuivis »⁶⁶. La Cour a cependant insisté sur la nécessité de réévaluer régulièrement le risque qui permet de justifier ces mesures. En l'espèce, elle a constaté qu'à « chaque prorogation de la mesure, le ministre de la Justice a tenu compte de rapports de police récents attestant que l'intéressé restait dangereux »⁶⁷. Ceci lui a permis de conclure à l'absence de violation de l'article 8 de la Convention à cet égard⁶⁸. La nécessité de vérifier qu'il existe un risque pertinent et actuel a été confirmée dans la jurisprudence ultérieure⁶⁹.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme accorde de l'importance à la cohérence des mesures adoptées par les autorités pénitentiaires. Dans l'affaire *Kurkowski*, le gouvernement polonais n'est pas parvenu à convaincre la Cour qu'il était nécessaire de séparer le requérant de ses proches par une paroi en plastique transparent. Elle a en effet relevé que

⁶⁵ *Van der Ven c. Pays-Bas*, préc. Dans le même sens, à propos d'une situation similaire, voy. arrêt *Lorsé e.a. c. Pays-Bas*, §§ 78-86. Voy. aussi arrêt *Ciorap c. Moldova*, 19 juin 2007, §§ 118-119.

⁶⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Enea c. Italie*, 17 septembre 2009, § 126. Voy. aussi Cour eur. dr. h., décision *Salvatore c. Italie*, 7 mai 2002, et décision *Bastone c. Italie*, 11 juillet 2006.

⁶⁷ *Enea c. Italie*, préc., § 128.

⁶⁸ *Ibid.*, § 131. Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Gallico c. Italie*, 28 juin 2005.

⁶⁹ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Boguslaw Krawczak*, 31 mai 2011, §§ 75-76 ; *Horych c. Pologne*, préc., § 130, al. 2.

la mesure litigieuse n'avait pas été appliquée de manière constante et le gouvernement défendeur n'avait pas été en mesure d'expliquer pourquoi des contacts physiques avaient été tantôt tolérés, tantôt interdits. C'est donc l'application aléatoire de la restriction qui a amené la Cour à juger que cette ingérence n'était pas nécessaire au regard du second paragraphe de l'article 8 de la Convention⁷⁰.

Au sujet d'autres modalités d'organisation de la visite qui sont susceptibles d'entraver la vie affective, on relève que la présence d'un agent pénitentiaire dans le local destiné aux visites est *a priori* incompatible avec l'article 8 de la Convention. En effet, on peut lire dans plusieurs arrêts de la Cour que celle-ci « juge en principe inacceptable la présence d'un gardien de prison pendant la visite familiale »⁷¹. Néanmoins, et de la même manière que l'installation d'une vitre séparant le détenu de son visiteur, la présence d'un agent constitue une modalité que les autorités peuvent envisager si elle permet de prévenir un risque pour la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales. D'ailleurs, dans l'arrêt *Kučera* précédemment évoqué, la Cour a précisément fait grief aux autorités slovaques d'avoir interdit au requérant de recevoir des visites de sa compagne sans avoir préalablement envisagé de mettre en place des modalités, telles que la présence d'un agent, afin de ne pas supprimer le droit de visite du requérant⁷².

11. De façon générale, la question de la tolérance du personnel pénitentiaire dans l'encadrement des visites est importante dans la pratique. Lorsque le détenu et son partenaire ne sont pas séparés par un obstacle physique, la possibilité pour eux de se toucher affectueusement dépend de la réglementation en vigueur, mais aussi de la manière dont elle est appliquée par les agents présents⁷³. Il arrive, dans certains établissements, que la manière dont la surveillance des parloirs est organisée – parfois d'une façon volontairement négligente – permette aux concernés de s'embrasser, voire de poser des gestes explicitement sexuels⁷⁴. Ces comportements s'exposent toutefois au risque d'être surpris par un agent moins tolérant et de subir – outre la gêne – d'éven-

⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Kurkowski c. Pologne*, 9 avril 2013, § 104. Cette question est aussi abordée dans l'arrêt *Horych*, précité.

⁷¹ *Mozer c. République de Moldova et Russie*, préc., § 195 ; *Khoroshenko c. Russie*, préc., § 146.

⁷² *Kučera c. Slovaquie*, préc., § 130.

⁷³ Cette question est évoquée, pour la France, par M. JOËL, *La sexualité en prison de femmes*, Presses de Sciences Po, Paris, 2017, pp. 37-38.

⁷⁴ Voy. notamment G. RICORDEAU, « Sexualités féminines en prison : pratiques, discours et représentation », *Genre, sexualité & société* [En ligne], 2009, consulté le 30 juin 2023. Voy. aussi ce reportage dans la presse quotidienne : M. PIQUEMAL, « L'amour au parloir », *Libération* [En ligne], 17 avril 2015, consulté le 30 juin 2023.

tuelles sanctions disciplinaires⁷⁵. Du point de vue des droits fondamentaux, ces situations soulèvent des questions au regard de l'exigence de prévisibilité des règles qui limitent l'exercice du droit à la vie privée et familiale. Ce n'est que lorsque la personne détenue et son partenaire peuvent s'extraire temporairement de toute surveillance directe qu'ils ont la garantie d'échapper à la subjectivité des décisions susceptibles d'affecter leurs relations. La seconde partie de l'étude se focalise sur cette perspective.

II. La sexualité des personnes détenues : l'absence de droit d'être seul avec un partenaire

12. Le dispositif qui, dans le contexte carcéral, offre à la personne privée de liberté la plus grande possibilité d'intimité avec autrui consiste à lui permettre de recevoir la visite de certaines personnes dans un lieu qui n'est pas directement surveillé. Dans divers États, on trouve au sein des prisons des pièces, voire de petits appartements⁷⁶ qui sont aménagés pour accueillir un détenu et son visiteur dans des conditions leur garantissant de pouvoir passer du temps seuls sans ingérence des agents pénitentiaires⁷⁷. Cette configuration – souvent évoquée sous le nom de « visite conjugale »⁷⁸ – offre aux partenaires le loisir d'exprimer leur affection de façon plus libre et éventuellement d'entreprendre des activités sexuelles⁷⁹. Le caractère contemporain de ce dispositif doit être relativisé : ainsi, dans le cas de la France, on observe certes une restauration

⁷⁵ À propos du contexte carcéral belge, voy. A. FRANÇOIS, *Étude sur la sexualité en milieu carcéral belge. De l'enfermement de la sexualité à la liberté d'adaptation*, op. cit., p. 111.

⁷⁶ On pense par exemple aux « unités de vie familiale » qui existent en France, où les détenus peuvent passer jusqu'à 72 heures avec des proches sans être surveillés. À ce sujet, voy. notamment C. LANCELEVÉE, « Une sexualité à l'étroit. Les UVF et la réorganisation carcérale de l'intime », *Sociétés contemporaines*, 2011/3, n° 83, pp. 107-130. Pour ce qui concerne la Belgique, où l'on parle de « visites hors surveillance » (VHS), voy. notamment A. FRANÇOIS, *Étude sur la sexualité en milieu carcéral belge. De l'enfermement de la sexualité à la liberté d'adaptation*, op. cit., pp. 135-143 ; *id.*, « Approche des visites intimes en milieu carcéral. 'Entre équilibre affectif et contrôle' », *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 19-35 ; C. COUMANNE, « Les visites dans l'intimité en Belgique : application et enjeux », *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, pp. 171-191.

⁷⁷ En 2006, la Cour européenne des droits de l'homme estimait que cette possibilité existait dans plus de la moitié des États du Conseil de l'Europe (*Dickson c. Royaume-Uni*, préc., § 31). Cette donnée était confirmée quelques années plus tard, sans davantage de précisions (Cour eur. dr. h., arrêt *Varnas c. Lituanie*, 9 juillet 2013, § 109).

⁷⁸ Notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que nous résumerons ci-après.

⁷⁹ Sur cette notion, voy. notamment l'article de référence suivant : T. EINAT, « Conjugal visits », in K. Kerley (éd.), *The Encyclopedia of corrections*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2017, pp. 1-5.

progressive de cette possibilité depuis quelques décennies, mais cette faculté existait aussi sous d'autres formes jusqu'à la Révolution et aux réformes du système pénitentiaire qui l'ont suivie⁸⁰.

Dans les États qui prévoient l'organisation de visites hors surveillance, celles-ci sont encadrées par diverses conditions ; ainsi, il convient généralement de pouvoir démontrer un lien particulier, en droit ou en fait, avec le visiteur invité. Par ailleurs, l'accès concret n'est le plus souvent offert qu'à des occasions relativement rares aux détenus qui le demandent.

13. Le principe des visites non surveillées reçoit la faveur de diverses institutions qui se préoccupent du respect des droits fondamentaux. Ainsi, il y a un demi-siècle déjà, la Commission européenne des droits de l'homme considérait avec sympathie les mouvements de réforme dans plusieurs pays européens visant à améliorer les conditions pénitentiaires en facilitant le maintien d'une certaine vie conjugale⁸¹. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a quant à lui recommandé « de donner aux détenus la possibilité de rencontrer leur partenaire sexuel sans surveillance visuelle pendant la visite »⁸². L'Organisation des Nations Unies, à travers l'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus* (plus connues sous le nom de *Règles Nelson Mandela*), insiste sur la nécessité de garantir aux détenus la possibilité d'entretenir des contacts avec l'extérieur⁸³. Ces règles n'imposent toutefois pas aux États d'organiser des visites conjugales, et se bornent à préciser que si ce droit est offert aux détenus, il « doit être exercé sans discrimination, et les femmes doivent pouvoir l'exercer au même titre que les hommes. Des procédures doivent être mises en place et des locaux mis à disposition pour assurer un accès juste et égal dans des conditions de sûreté et de dignité »⁸⁴. C'est la même tendance qui apparaît dans la jurisprudence de Strasbourg.

⁸⁰ M. JOËL, *op. cit.*, p. 67.

⁸¹ Comm. eur. dr. h., décision *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 4 février 1970. La Commission puis la Cour ont répété cette idée dans toutes les affaires où il est question de visite conjugale, y compris récemment (voy. notamment *Chocholáč c. Slovaquie*, préc., § 54).

⁸² Règle 68 de la Recommandation R (98) 7 relative aux aspects éthiques et organisationnels des soins de santé en milieu pénitentiaire, du 8 avril 1998.

⁸³ Règle 58, § 1^{er}, des *Règles Nelson Mandela*.

⁸⁴ Règle 58, § 2, des *Règles Nelson Mandela*. On remarque la mention particulière de l'exigence de non-discrimination entre les hommes et les femmes. Dans la pratique, des inégalités majeures en fonction du sexe ont parfois été observées dans certains États. C'était notamment le cas du Brésil, il y a une vingtaine d'années. Selon un rapport détaillé de *Human Rights Watch* à propos de la politique carcérale de ce pays, « [t]he conjugal visiting policies of many states discriminate against women prisoners. While male prisoners tend to be freely granted such visits, with little or no control being exercised by state authorities, women prisoners are sometimes denied them or allowed them only under extremely tight restrictions » (HUMAN RIGHTS WATCH [J. MARINER et

→

14. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – qui prolonge à cet égard celle de la Commission européenne des droits de l'homme – n'exige pas des États qu'ils organisent des visites conjugales au profit des détenus et de leurs partenaires.

Plusieurs décisions anciennes de la Commission concluent au caractère manifestement infondé des requêtes qui concernent le refus d'une visite conjugale dans des États qui n'organisent pas cette possibilité, tout en admettant que la question relève bien du champ d'application de l'article 8 de la Convention⁸⁵. Dans l'affaire *E.L.H. et P.B.H.*, la Commission a rejeté les prétentions d'un détenu et de son épouse qui aspiraient à obtenir des visites conjugales, non prévues par le droit britannique, au motif qu'il n'existait aucune apparence de violation des articles 8, 12 ou 14 de la Convention⁸⁶. À propos de cette dernière disposition, on peut notamment lire dans la décision de la Commission que « [p]our autant que l'on puisse considérer que les requérants se plaignent d'avoir moins de possibilités de procréer que des personnes qui ne sont pas détenues, la Commission estime que la différence de traitement en question est la conséquence directe d'une peine de prison légalement infligée et a donc une justification raisonnable et objective »⁸⁷. Cette affirmation, qui correspond presque à une approbation de l'automatisme de la privation sexuelle comme résultat de l'incarcération, a pourtant été formulée après l'arrêt *Golder* dont nous avons rappelé l'importance dans l'introduction⁸⁸.

La jurisprudence ultérieure de la Cour européenne des droits de l'homme n'est guère plus nuancée, même si elle s'appuie sur une argumentation plus développée. Dans l'arrêt *Aliev*, prononcé il y a une vingtaine d'années, la haute juridiction a estimé que le refus d'accorder une telle visite pouvait se justifier à des fins de défense de l'ordre et de prévention des infractions au sens du second paragraphe de l'article 8 de la Convention⁸⁹ et a jugé qu'il ne s'agissait pas d'une mesure disproportionnée dans le cas d'un détenu condamné à la peine capitale et soumis à un régime carcéral strict⁹⁰. L'arrêt *Dickson* s'inscrit dans la même ligne ; il y est précisé que la visite conjugale ne peut être imposée à

←

J. CAVALLARO], *Behind bars in Brazil*, Human Rights Watch, New York/Washington/Londres/Bruxelles, 1998, p. 137).

⁸⁵ Comm. eur. dr. h., décision *X. c. République fédérale d'Allemagne*, préc. ; Comm. eur. dr. h., décision *G.S. et R.S. c. Royaume-Uni*, 10 juillet 1991.

⁸⁶ Comm. eur. dr. h., décision *E.L.H. et P.B.H. c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1997.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Voy. *supra*, n° 2.

⁸⁹ *Aliev c. Ukraine*, préc., § 188.

⁹⁰ *Ibid.*, § 189.

un État, même si elle se conçoit comme une alternative à la possibilité d'accéder à une procréation artificielle, refusée en l'espèce aux requérants⁹¹. Dans l'affaire *Nazarenko*, la Cour a confirmé cette jurisprudence et a considéré que le fait d'accorder des visites conjugales longues (6 à 48 heures) aux détenus condamnés, alors que ceux qui se trouvaient en détention préventive ne pouvaient obtenir que des visites conjugales courtes (une à deux heures), ne posait pas de difficulté au regard de l'article 8 de la Convention⁹². Autrement dit, les États ne sont pas obligés d'instaurer les visites non surveillées et, lorsqu'ils les permettent, peuvent éventuellement prévoir différents régimes, pour autant bien entendu que les distinctions établies reposent sur des règles objectives et raisonnables, et sous réserve des développements jurisprudentiels fondés sur l'article 14 de la Convention, sur lesquels nous reviendrons⁹³.

15. La jurisprudence la plus récente ne s'écarte pas de cette tendance, ainsi qu'en témoigne en particulier l'arrêt *Lesław Wójcik*, prononcé le 1^{er} juillet 2021⁹⁴. D'une part, la Cour y rappelle que les États disposent d'une marge d'appréciation large dans le domaine considéré et confirme que la Convention n'impose pas aux États de prendre des mesures pour assurer les visites conjugales⁹⁵. D'autre part, elle admet que l'octroi d'une telle visite puisse être considéré comme un privilège accordé par les autorités pénitentiaires à une personne détenue pour encourager ou récompenser son bon comportement⁹⁶. En l'espèce, dans le cadre du système pénitentiaire polonais examiné par la Cour, le directeur de la prison ou son délégué pouvait autoriser discrétionnairement une visite conjugale en tenant compte du comportement du détenu. Tout en considérant qu'il y a lieu d'examiner la décision de refus adressée au requérant qui n'a pas pu bénéficier de visites conjugales avec son épouse pendant plusieurs périodes, la Cour européenne des droits de l'homme admet qu'un système de privilèges dans le contexte carcéral – qu'elle valide dans son principe – comporte un caractère discrétionnaire qui lui est inhérent⁹⁷. Dès lors, seule une décision arbitraire ou manifestement déraisonnable est, en la matière, susceptible d'engendrer une violation de l'article 8 de la Convention⁹⁸. Dans l'affaire commentée, la Cour estime pouvoir se satisfaire des documents établis par la direction de la prison et le juge de l'application des peines qui

⁹¹ *Dickson c. Royaume-Uni*, préc., § 31.

⁹² Cour eur. dr. h., arrêt *Nazarenko c. Lettonie*, 1^{er} février 2007, §§ 74-76.

⁹³ Voy. *infra*, n° 16.

⁹⁴ Voy. aussi *Epnars-Gefners c. Lituanie*, préc. ; arrêt *Vool et Toomik c. Estonie*, 29 mars 2022.

⁹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Lesław Wójcik c. Pologne*, 1^{er} juillet 2021, § 114.

⁹⁶ *Ibid.*, §§ 111-115 et § 121.

⁹⁷ *Ibid.*, § 122.

⁹⁸ *Ibid.*, § 125.

montrent que la décision de refus s'appuyait sur le constat que le comportement du requérant n'était pas suffisamment bon⁹⁹. Après avoir relevé qu'il ne s'agissait pas d'une mesure qui excluait automatiquement une catégorie de détenus du bénéfice d'un droit consacré par la Convention, les juges de Strasbourg concluent que l'article 8 n'a pas été violé¹⁰⁰.

16. Nous avons toutefois identifié quelques arrêts par lesquels la Cour européenne des droits de l'homme a condamné des États à la suite du refus d'une visite conjugale. Ces condamnations sont intervenues en réponse à des griefs articulés sur l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. Dans son arrêt *Varnas* prononcé en 2013, la Cour admet que les personnes placées en détention préventive – telles que le requérant – subissent des restrictions plus grandes que les détenus condamnés s'agissant de leurs contacts avec l'extérieur, notamment pour assurer la bonne conduite de l'enquête pénale en cours¹⁰¹. Elle considère néanmoins que l'interdiction systématique des visites conjugales pendant la détention préventive, alors qu'elles sont accessibles aux personnes condamnées, n'est pas compatible avec l'article 14 à défaut d'une justification individualisée. Dans le cas du requérant détenu, il n'existait aucune raison de penser que son épouse était impliquée dans les infractions qui lui étaient reprochées ou dans d'autres activités criminelles¹⁰². Dès lors, le fait que les autorités compétentes aient pris leur décision sur la base de la législation applicable sans tenir compte de la situation du détenu engendre une violation de l'article 14. La Cour a en outre jugé que le refus d'accorder la visite conjugale « had been based not only on theoretical security considerations, but equally on the lack of appropriate facilities [...], a reason which cannot withstand the Court's scrutiny »¹⁰³. Ceci ne vaut cependant – comme le reste de la jurisprudence examinée le démontre – que dans le contexte d'un État qui a déjà admis le principe des visites hors surveillance. D'autres condamnations plus récentes sont intervenues à l'occasion d'affaires similaires, lesquelles ont notamment donné lieu aux arrêts *Costel Gaciu*¹⁰⁴ et *Vool et Toomik*¹⁰⁵.

⁹⁹ La Cour relève notamment ceci : « it was hinted to the applicant, albeit in general terms, that a steady and active rehabilitation (rather than occasional displays of good conduct) was necessary for a conjugal visit to be granted » (*ibid.*, § 131).

¹⁰⁰ *Ibid.*, §§ 133 et 135.

¹⁰¹ *Varnas c. Lituanie*, préc., § 119.

¹⁰² *Ibid.*, § 120.

¹⁰³ *Ibid.*, § 121.

¹⁰⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Costel Gaciu c. Roumanie*, 23 juin 2015.

¹⁰⁵ *Vool et Toomik c. Estonie*, préc. Le principe selon lequel le refus d'accorder des visites conjugales à toutes les personnes placées en détention préventive, alors que la possibilité de ces visites est offerte aux autres détenus, est incompatible avec l'article 14 combiné avec l'article 8 a aussi été

→

17. Des développements qui précèdent, il apparaît clairement que, malgré la faveur répétée de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme envers les visites conjugales, aucune disposition de la Convention ne fonde un droit d'obtenir une visite conjugale. En outre, lorsque celles-ci sont possibles, les États disposent d'une marge de manœuvre significative pour configurer le régime applicable et peuvent laisser aux autorités pénitentiaires un pouvoir discrétionnaire pour répondre aux demandes concrètes des personnes détenues. À cet égard, le système de privilèges, admis par la jurisprudence notamment pour ce qui concerne les visites sans surveillance, soulève des questions. Certes, il ne se heurte pas frontalement à l'idée que les détenus ne perdent pas leurs droits fondamentaux, mais il implique que l'exercice concret de ces derniers dépend très largement de la politique carcérale et de la manière dont les autorités pénitentiaires exercent leur pouvoir discrétionnaire. Si certains textes internationaux encouragent les dispositifs qui récompensent les détenus pour leur bon comportement¹⁰⁶, il est pourtant permis de douter de l'adéquation avec l'article 8 de la Convention des mesures qui offrent à certains détenus seulement des avantages qui touchent pourtant à ce qui relève du cœur de ce que protège cette disposition, à savoir la vie affective et sexuelle¹⁰⁷. On se trouve face à un risque d'« instrumentalisation de l'intimité conjugale »¹⁰⁸ par l'administration pénitentiaire. Il convient donc à tout le moins de veiller, au cas par cas, au carac-

←

répété dans une décision concluant toutefois à l'irrecevabilité de la requête (Cour eur. dr. h., décision *Daktaras c. Lituanie*, 3 juillet 2018, § 60).

¹⁰⁶ Voy. par exemple la règle 95 de l'Ensemble de règles *minima* des Nations Unies pour le traitement des détenus (*Règles Nelson Mandela*).

¹⁰⁷ On peut ainsi regretter que la Cour européenne des droits de l'homme rapproche, aux §§ 69 et 70 de l'arrêt *Lestaw Wójcik*, précité, la règle 58 de l'Ensemble de règles *minima* des Nations Unies pour le traitement des détenus (*Règles Nelson Mandela*) – qui concerne les visites – et l'article 95 du même Ensemble – qui concerne les privilèges – pour admettre plus facilement que le système de privilèges puisse notamment porter sur l'octroi de visites aux détenus. Nelson Mandela lui-même, dont le parcours a inspiré l'édiction des règles précitées, a écrit que « [c]ommunication with one's family is a human right : it should not be restricted by the artificial gradations of a prison system » (N. MANDELA, *Long Walk to Freedom*, Abacus, Londres, 1994, p. 474).

¹⁰⁸ Ces termes sont employés par C. CARDON, « Relations conjugales en situation carcérale », *Ethnologie française*, 2002, pp. 81-88, ici pp. 86-87. Dans le même sens, une autre auteure indique que ces visites, quand elles sont conçues comme privilèges, peuvent devenir une arme aux mains du pouvoir des autorités carcérales, « un privilège supplémentaire dans les mains de l'administration à l'égard des personnes incarcérées » (A. FRANÇOIS, *Étude sur la sexualité en milieu carcéral belge. De l'enfermement de la sexualité à la liberté d'adaptation*, op. cit., p. 142). Pour une critique virulente du *Incentives and Earned Privileges (IEP) scheme* en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles, dont les arguments sont largement transposables ailleurs, voy. M. HUTTON, op. cit., pp. 187-209. Voy. aussi H. CODD et D. SCOTT, *Controversial issues in prisons*, Open University Press, Maidenhead, 2010, p. 152.

tère proportionné des décisions par lesquelles ces avantages sont refusés à une personne privée de liberté. Enfin, les arrêts *Varnas*, *Costel Gaciu* et *Vool Toomik*, précités, indiquent que le terrain de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, peut éventuellement offrir un fondement plus efficace que celui de l'article 8 considéré isolément pour les requêtes des détenus auxquels on refuse l'accès à des visites conjugales dans un État où elles sont en principe organisées.

18. Une dernière affaire nous semble devoir être évoquée : celle qui a donné lieu à l'arrêt *Chocholáč* en juillet 2022. Bien qu'elle ne concerne qu'indirectement la question des visites conjugales, elle vient apporter un enseignement jurisprudentiel complémentaire, qui se trouve en creux de la possibilité laissée aux États de limiter fortement, voire d'interdire radicalement les contacts physiques avec autrui. Il s'agit du cas d'une personne condamnée en Slovaquie à une peine de prison à perpétuité et soumise à un régime carcéral strict qui exclut notamment toute visite conjugale. Surpris par le personnel pénitentiaire en possession d'images pornographiques provenant d'un magazine en vente libre dans ce pays, l'intéressé a été soumis à une sanction disciplinaire et n'a pu conserver le matériel en question, dont la possession en détention était proscrite par la réglementation pénitentiaire.

Appelée à se prononcer sur la compatibilité de cette intervention des autorités avec l'article 8 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme a émis des doutes marqués quant à l'existence d'un but légitime au sens du paragraphe 2 de cette disposition – tel que la protection de la morale – puisque le détenu se servait des photographies litigieuses dans une perspective auto-érotique alors qu'il se trouvait enfermé seul dans une cellule¹⁰⁹. C'est toutefois en vérifiant le respect de la condition de proportionnalité que la Cour a définitivement conclu à l'existence d'une violation de la Convention : « [t]he contested ban [...] amounted to a general and indiscriminate restriction not permitting the required proportionality assessment in an individual case »¹¹⁰. Parmi les divers éléments qui tendent à convaincre qu'il n'y avait pas lieu d'interdire au requérant de conserver ces images, la Cour évoque l'absence de toute possibilité de contacts physiques avec des personnes de l'autre sexe, le fait que l'intéressé n'avait pas été condamné pour des infractions à caractère sexuel et la disponibilité en toute légalité de ces images en dehors de la prison¹¹¹. De façon plus générale, la Cour ajoute ce qui suit : « as to the prevention of disorder in prison and the protection of the rights and freedoms of others, the Court

¹⁰⁹ *Chocholáč c. Slovaquie*, préc., §§ 59-63.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 76.

¹¹¹ *Ibid.*, § 68.

notes that no concrete evidence or examples have been furnished supporting the allegation that possession of adult content as in the applicant's case entailed genuine risks in relation to these values »¹¹².

L'arrêt *Chocholáč*, sans révolutionner la jurisprudence relative à la sexualité des détenus, consacre deux timides avancées. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme y indique qu'une interdiction systématique de posséder des images pornographiques adressée au détenu n'est pas compatible avec le droit à la protection de la vie privée. Sur cette base, on pourrait considérer que l'interdiction dans le milieu carcéral d'autres objets destinés à l'auto-érotisme – comme les *sex-toys* – ne pourrait pas davantage être justifiée dans son principe. D'autre part, et de façon sous-jacente, la Cour européenne des droits de l'homme admet que l'activité à laquelle ce matériel est destiné, c'est-à-dire la masturbation, doit *a fortiori* être autorisée dans les cellules des prisons et qu'elle ne peut en principe donner lieu à aucune forme de sanction¹¹³. Elle protège ainsi à tout le moins un aspect de la sexualité individuelle des personnes détenues.

Conclusion

19. Notre temps est marqué par une certaine tendance à l'amélioration de la situation et des droits des personnes détenues. Dès les premières années du XXI^e siècle, il était possible d'affirmer que « [l']époque contemporaine est bien celle de l'avènement d'un détenu sujet de droit, ce qui s'est caractérisé par la création progressive d'un véritable statut, fixant des droits et des obligations, auxquels il faut attacher la maîtrise de voies de recours permettant de les faire respecter »¹¹⁴. Ce progrès se concrétise notamment, dans certains États du Conseil de l'Europe, par des mesures concrètes qui visent à permettre aux détenus de conserver des éléments de leur vie affective et sexuelle. Une vision optimiste des développements à venir peut aussi s'envisager¹¹⁵. La règle selon laquelle « [l]a vie en prison est alignée aussi étroitement que possible sur les

¹¹² *Ibid.*, § 72.

¹¹³ Les sanctions qui portent sur la masturbation ne sont pourtant pas toujours exclues en pratique (voy. notamment OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS, *Le guide du prisonnier*, La Découverte, Paris, 2021, p. 293).

¹¹⁴ J.-M. LARRALDE, « Les droits des personnes incarcérées : entre punition et réhabilitation », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 2003, pp. 63-76, ici p. 64.

¹¹⁵ Certains auteurs considèrent ainsi que « [l]es politiques actuelles laissent présager d'un futur dans lequel la peine de privation de liberté n'impliquera plus forcément la privation d'accès à la sexualité » (G. RICORDEAU et O. MILHAUD, « Prisons : Espaces du sexe et sexualisation des espaces », *Géographie et cultures*, 2012/83, pp. 69-85).

aspects positifs de la vie à l'extérieur de la prison »¹¹⁶ prescrit un objectif qui demeure toutefois imparfaitement atteint. Si – comme nous le rappellerons dans une tentative de synthèse finale¹¹⁷ – la Convention européenne des droits de l'homme offre des moyens effectifs de s'opposer à certaines mesures pénitentiaires qui sont de nature à réduire, voire à anéantir, de façon injustifiée la vie affective des détenus, nombre d'entre eux continuent à être exclus de bien des aspects fondamentaux de la relation qu'ils entretiennent avec un partenaire extérieur à la prison.

Divers universitaires spécialisés dans d'autres disciplines que le droit estiment que l'aspiration à l'affection et à la sexualité des détenus continue à être significativement étouffée en conséquence de l'idée – plus ou moins consciente – que le système carcéral comporte une dimension de supplice, qui implique le rejet du bien-être et du plaisir. Cette thèse était notamment soutenue, il y a un demi-siècle, par le philosophe Michel Foucault¹¹⁸. Dans la pratique – et sans doute dans la conscience collective qui la nourrit¹¹⁹ –, l'emprisonnement ne serait pas seulement une privation de liberté, il emporterait aussi « un supplément de douleur physique et psychique et ce, par les châtiments imposés indirectement au corps et à l'esprit »¹²⁰. Comme l'indique le criminologue Georges Kellens, l'emprisonnement a progressivement remplacé les peines corporelles et capitales, mais les prisons n'ont pas perdu « d'emblée tout caractère de peine corporelle »¹²¹. Ceci se marque tout spécialement dans le domaine affectif et sexuel qui est l'objet de notre étude. En ce sens, la sociologue Myriam Joël pose la question de savoir si la peine d'emprisonnement suppose « la négation du plaisir »¹²² et celle de celui qui est souvent considéré comme « le plus illégitime d'entre tous les plaisirs,

¹¹⁶ Article 5 des Règles pénitentiaires européennes, Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes, Rec 2006(2), 11 janvier 2006. Voy. aussi, *supra*, n° 2, le rappel de la portée de l'arrêt *Golder*.

¹¹⁷ Voy. *infra*, n° 20.

¹¹⁸ Au sujet des prisons contemporaines, l'auteur estimait par exemple que « [l]a relation châtimement-corps n'y est pas identique à ce qu'elle était dans les supplices. Le corps s'y trouve en position d'instrument ou d'intermédiaire : si on intervient sur lui en l'enfermant [...], c'est pour priver l'individu d'une liberté considérée à la fois comme un droit et un bien. Le corps est pris dans un système de contrainte et de privation, d'obligations et d'interdits » (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, coll. Bibliothèque des Histoires, Gallimard, Paris, 1975, pp. 17-18).

¹¹⁹ Sur ce point, voy. *supra*, n° 2, *in fine*.

¹²⁰ A. BONNE-HARBIL, *Les droits de la personne détenue en matière de santé*, thèse, Université de Lorraine, 2016, p. 39.

¹²¹ G. KELLENS, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Éditions juridiques de l'Université de Liège, Liège, 2000, p. 175.

¹²² M. JOËL, *op. cit.*, p. 67.

le plaisir sexuel »¹²³, tandis que la psychiatre Liesbeth Merotte compare la privation forcée de sexualité au jeûne chrétien¹²⁴. En d'autres mots, et en retournant vers une perspective juridique suggérée par Jean-Manuel Larralde, « la pratique montre que les restrictions à l'exercice des droits sont motivées [notamment] par le souci, plus ou moins conscient, de conserver un certain caractère afflictif et pénible à la peine »¹²⁵.

20. Les droits fondamentaux, et spécialement le droit à la protection de la vie privée et familiale, sont de nature à contrebalancer, à tout le moins dans une certaine mesure, cette tendance observée dans la réalité¹²⁶. Même si l'éloignement par rapport au partenaire est inhérent à l'emprisonnement et à l'isolement social qu'il implique, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme oblige en effet les États à justifier *in concreto* toute autre privation qui porte sur la vie affective des détenus et condamne celles qui ne sont pas adéquates pour satisfaire à des nécessités démontrées par des éléments concrets.

Ainsi, sauf s'il existe des circonstances exceptionnelles caractérisées par l'existence d'un risque sérieux (pour le bon déroulement d'une enquête en cours, pour la sécurité à l'intérieur de la prison, etc.), le détenu doit pouvoir recevoir la visite d'un partenaire¹²⁷, selon une fréquence et pendant une durée raisonnables¹²⁸. Il doit en principe non seulement avoir la possibilité de voir ce partenaire au parloir, mais aussi de se rapprocher de lui, sans être séparé par un obstacle qui empêche tout contact physique, le cas échéant affectif¹²⁹. La jurisprudence analysée dans la présente contribution montre que des restrictions à ces facultés ne peuvent en tout cas pas être imposées de façon systématique à des catégories de détenus – comme ceux qui sont en détention préventive et font l'objet d'une enquête en cours ou ceux qui sont condamnés à une peine lourde, fût-ce l'emprisonnement à perpétuité¹³⁰. De la première

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ L. MEROTTE, *La sexualité en prison : le désir menotté*, thèse, Université du droit et de la santé, Lille, 2010, p. 19.

¹²⁵ J.-M. LARRALDE, *op. cit.*, pp. 63-76, ici p. 70.

¹²⁶ On peut d'ailleurs ajouter que la situation de vulnérabilité et de dépendance du détenu peut impliquer une protection renforcée de ses droits par les autorités. À ce sujet, voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Torreggiani e.a. c. Italie*, 27 mai 2013, § 65. Voy. aussi C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *cette Revue*, 2015, pp. 317-340 ; C. BOITEUX-PICHERAL (dir.), *La vulnérabilité en droit européen des droits de l'homme*, Anthemis, Limal, 2018, 232 p.

¹²⁷ Voy. *supra*, n° 7.

¹²⁸ Voy. *supra*, n° 8.

¹²⁹ Voy. *supra*, n° 10.

¹³⁰ Voy. *supra*, notamment n° 8 et n° 10.

partie de l'étude, il ressort que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme offre aux détenus un fondement solide à un droit – certes non absolu – de recevoir des visites, notamment d'un partenaire affectif.

La même disposition a en revanche un potentiel limité en ce qui concerne la sexualité des détenus. Même si l'article 8 de la Convention impose aux États de favoriser le maintien des contacts avec les proches, la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme ne fait peser aucune obligation sur les États de procurer aux personnes incarcérées des conditions dans lesquelles elles peuvent rencontrer une autre personne dans l'intimité, en échappant provisoirement à une surveillance directe¹³¹. Dans la seconde partie de l'étude, nous avons montré que les États sont libres de décider s'ils organisent ou non des visites conjugales hors surveillance et qu'ils disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder de telles visites – parfois conçues comme des privilèges – lorsqu'elles sont prévues¹³². L'article 14 de la Convention, combiné à l'article 8, s'oppose toutefois à ce que les États interdisent systématiquement à une catégorie de détenus – comme ceux qui se trouvent en détention préventive – l'accès à ces visites conjugales, quand elles sont organisées pour les autres¹³³. Alors que la sexualité des personnes libres est fortement protégée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁴, on observe que celle des détenus n'y reçoit qu'une attention très limitée. Pour ces derniers, on est loin du droit à la sexualité dont le développement est recommandé notamment par la criminologue Axelle François, qui y voit un moyen de lutter contre des privations qui « affecte[nt] la santé physique et psychique des détenus en les touchant au cœur de leur potentialité désirante »¹³⁵. L'arrêt *Chocholáč* n'offre à cet égard qu'un maigre embryon de protection juridique, en encadrant la possibilité pour les autorités d'intervenir face à des pratiques masturbatoires, tout en confirmant la possibilité d'interdire à un détenu toute sexualité avec autrui¹³⁶. Le contraste qui se marque avec l'importance donnée à la sexualité dans la jurisprudence générale de la Cour convainc pourtant

¹³¹ Voy. *supra*, n° 14.

¹³² Voy. *supra*, n° 15.

¹³³ Voy. *supra*, n° 16.

¹³⁴ On ne donnera qu'un aperçu de la question en rappelant que le droit pénal ne peut pas sanctionner l'orientation sexuelle (Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981), qu'il existe un droit d'entretenir des relations sexuelles, qui découle du droit de disposer de son corps et qui est partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle (*K.A. et A.D. c. Belgique*, préc.) ou encore qu'il est reconnu que la sexualité a une importance physique et psychologique pour l'épanouissement des personnes (*Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, préc., § 52).

¹³⁵ A. FRANÇOIS, « La sexualité en milieu carcéral : au cœur des représentations de personnes incarcérées », *op. cit.*

¹³⁶ Voy. *supra*, n° 18.

certain auteurs – que nous rejoignons – à considérer qu’une interprétation logique de l’article 8 de la Convention devrait conduire à reconnaître un droit à la sexualité dans le chef des personnes détenues¹³⁷.

21. Comme l’affirme Krešimir Kamber en conclusion d’un récent article, « [l]a Convention représente aujourd’hui un instrument constitutionnel européen commun dans le domaine de la protection des droits des détenus. Cependant, il faut beaucoup de courage pour résister à toutes les tendances populistes »¹³⁸. Il en faut notamment pour poursuivre le processus – peu populaire – de normalisation de l’exercice des droits fondamentaux par les détenus¹³⁹, proclamé depuis l’arrêt *Golder* de la Cour européenne des droits de l’homme, mais souvent altéré dans la pratique, notamment en ce qui concerne les aspects les plus essentiels de la vie affective et sexuelle des personnes détenues. Dans une perspective qui sert tant l’individu privé de liberté que la société dans laquelle il sera réintégré¹⁴⁰, on contribue ainsi à restituer à chacun la « personnalité que l’incarcération tend à effacer »¹⁴¹.

¹³⁷ Voy. notamment D. SCALIA, *Droit international de la détention. Des droits des prisonniers aux devoirs des États*, Helbing Lichtenhahn/L.G.D.J., Bâle/Paris, 2015, p. 352.

¹³⁸ K. KAMBER, « Note sur l’évolution de la jurisprudence de la CEDH concernant les droits des prisonniers », *Civitas Europa*, 2022, pp. 225-235, ici pp. 233-234.

¹³⁹ Le terme « normalisation » est emprunté à S. LIVINGSTONE, « Prisoners’ Rights in the Context of the European Convention on Human Rights », *Punishment & Society*, 2000, pp. 309-324, ici notamment p. 311 et p. 318.

¹⁴⁰ Sur l’importance donnée à cette dimension par la Cour européenne des droits de l’homme, voy. notamment *Khoroshenko c. Russie*, préc., §§ 121-122.

¹⁴¹ R. BADINTER, « Avant-propos », in B. Rheims, *Détenues*, Gallimard, Paris, 2018.