

Maternité et détention provisoire ne font pas bon ménage : un regard hybride entre droit pénal et droit des familles

Camille Montavon¹ et Jérôme Saint-Phor²

I. Objet des arrêts

Dans les arrêts 1B_122/2020 et 1B_148/2020, en matière de procédure pénale, le Tribunal fédéral examine les demandes formulées par une personne enceinte durant sa détention provisoire et relatives à l'octroi d'autorisation d'appels téléphoniques, de visites et d'assister à l'accouchement en faveur de son concubin, sous l'angle des droits fondamentaux des prévenu-e-s et de la proportionnalité des mesures de restrictions. La question du droit de visite du père après la naissance, hors la présence de la mère, est également abordée sous l'angle de la qualité pour agir.

II. Résumé des arrêts

A. Les faits

Le 15 décembre 2019, le Ministère public central du canton de Vaud a ouvert une instruction pénale contre A. (ci-après « la recourante ») pour infraction grave et contravention à la LStup (not. pour transport de cocaïne destinée à la vente). La recourante, actuellement séparée de son mari et en concubinage avec son nouveau compagnon, est enceinte et le terme est prévu pour le 28 mars 2020.

La recourante a été placée en détention provisoire en raison des risques de fuite et de collusion par ordonnance du 18 décembre 2019 du Tribunal des mesures de contrainte,

¹ Assistante-doctorante pour la Chaire de droit pénal et de criminologie de l'Université de Neuchâtel.

² Assistant-doctorant pour la Chaire de droit civil et de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel.

confirmée par la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud, puis par le Tribunal fédéral (TF 1B_61/2020 du 14 février 2020).

Les 31 décembre 2019 et 7 janvier 2020, la recourante a rempli le formulaire de demande d'autorisation de téléphoner à son concubin, qu'elle dit être le père de l'enfant à naître. Les demandes ont été refusées par la Procureure cantonale, une première fois sans motivation, puis une seconde avec motivation suite à l'admission du recours de A. contre la première décision.

En janvier et février 2020, la recourante a sollicité à diverses reprises du Ministère public des autorisations de visites et de téléphones en faveur de son concubin ; elle a par ailleurs formulé une demande tendant à ce que ce dernier puisse assister à son accouchement. Ces requêtes ont à nouveau été rejetées par ordonnance du Ministère public du 14 février 2010, puis par arrêt du 27 février 2020 de la Chambre des recours pénale.

Agissant par la voie du recours en matière pénale, la recourante demande au Tribunal fédéral de réformer l'arrêt attaqué en autorisant son concubin à lui téléphoner, à lui rendre visite et à assister à son accouchement.

En parallèle (arrêt du TF 1B_148/2020), la recourante a demandé à recevoir la visite de sa mère et son frère à l'hôpital après son accouchement, ainsi qu'à autoriser son concubin à voir l'enfant à l'hôpital, hors sa présence. Les demandes ont été rejetées par le Ministère public le 6 mars 2020, puis le 20 mars 2020 par la Chambre des recours pénale, qui a considéré par substitution de motifs qu'en raison de la situation sanitaire liée à la pandémie de Covid-19, le Service pénitentiaire avait décidé de supprimer toutes les visites (argument valable *a fortiori* pour des visites dans une maternité).

Par acte du 24 mars 2020, la recourante forme un recours en matière pénale et demande à nouveau au Tribunal fédéral que son concubin puisse assister à l'accouchement et voir son enfant jusqu'à 2 heures après la naissance, subsidiairement qu'il soit autorisé à voir son enfant, cas échéant hors présence de la recourante, durant 2 heures au maximum.

B. Le droit

1B_122/2020

Après avoir admis la recevabilité du recours (consid. 1), le Tribunal fédéral examine le grief de la recourante qui se plaint notamment d'une violation de sa liberté personnelle (art. 10 Cst.) et de la garantie de la vie privée et familiale consacrée aux articles 13 Cst. et 8 CEDH (consid. 2).

Le Tribunal fédéral commence par rappeler les contours de l'article 235 CPP (consid. 2.1). Selon cette disposition, la liberté des prévenus en détention ne peut être restreinte que dans la mesure requise par le but de la détention et par le respect de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement (al. 1). Tout contact entre le prévenu en détention et des tiers est soumis à l'autorisation de la direction de la procédure. Les visites sont surveillées si nécessaire (al. 2).

Cette règle constitue la base légale permettant de restreindre les droits des prévenus dans la mesure où le but de la détention l'exige³.

Le Tribunal procède ensuite à l'examen des bases constitutionnelles et légales relatives aux droits fondamentaux des prévenu·e·s en détention et les conditions de sa restriction (consid. 2.2). Ainsi rappelle-t-il que la garantie de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.) et le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH et 13 Cst.) permettent aux personnes détenues d'entretenir des contacts avec les membres de leur famille, dans les limites découlant de la mesure de contrainte qui leur est imposée et du rapport de sujétion spécial qui les lie à l'Etat⁴. Conformément aux exigences de l'article 36 Cst., les restrictions à ces droits doivent reposer sur une base légale et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire au but de l'incarcération et au fonctionnement de l'établissement de détention⁵. Le principe de proportionnalité, consacré de manière générale à l'article 36 Cst. et rappelé en matière d'exécution de la détention avant jugement à l'article 235 al. 1 CPP, exige que chaque atteinte à ces droits fasse l'objet d'une pesée d'intérêts. Dans le cadre de celle-ci, l'autorité doit alors tenir compte de l'ensemble des circonstances, en particulier des buts de la détention (prévention des risques de fuite, de collusion ou de réitération), des impératifs de sécurité de l'établissement pénitentiaire, de la durée de l'incarcération et de la situation personnelle du ou de la prévenu·e (not. le lieu de résidence des proches et les besoins et possibilités réelles de correspondre et de recevoir des visites⁶). Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les visites ou les appels téléphoniques, même en faveur des proches, peuvent être refusés à la personne placée en détention provisoire en cas de danger important de collusion⁷. À cet égard, le Tribunal fédéral mentionne le règlement sur le statut des personnes détenues placées en établissement de détention avant jugement qui prévaut dans le canton de Vaud⁸ (consid. 2.3)⁹.

Dans le cas d'espèce, la cour cantonale a considéré que l'existence d'un risque de collusion sérieux et concret entre la recourante et son concubin était patent. À l'instar du Ministère public avant elle, elle a notamment relevé que la recourante avait déjà participé à divers trafics de cocaïne et de marijuana avant cette affaire, que son implication dans un plus important trafic de drogue ne pouvait être exclue et qu'au vu des éléments déjà recueillis en cours d'enquête (not. de l'extraction des données de son téléphone portable, des versements d'argent à l'étranger et des mises en cause de son ex-mari), une implication de son concubin (également mis en cause par l'ex-mari) était à examiner. Dès lors que des mesures d'instruction étaient encore en cours et que des auditions devaient avoir lieu, la cour cantonale a considéré que la recherche de la vérité était susceptible d'être sérieusement compromise si la recourante était autorisée à entretenir des contacts, à tout le moins directs, avec son compagnon (consid. 2.4).

³ SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3^e éd. 2018, n°1 *ad* art. 235 CPP ; arrêt 1B_17/2015 du 18 mars 2015, consid. 3.1.

⁴ ATF 145 I 318, consid. 2.1, p. 321.

⁵ ATF 145 I 318, *op. cit.* ; 143 I 241, consid. 3.4, p. 245 s. et les réf. cit.

⁶ ATF 145 I 318, *op. cit.*

⁷ ATF 143 I 241, consid. 3.6, p. 247 et les réf. cit.

⁸ RSDAJ, RS VD 340.02.5.

⁹ Cf. *infra* partie III A pour un commentaire plus approfondi du règlement.

Le Tribunal fédéral considère que les éléments avancés apparaissent suffisants pour retenir un risque de collusion. Cela étant, il estime que, compte tenu des circonstances particulières, à savoir l'accouchement imminent de la recourante, l'interdiction totale faite à cette dernière d'entretenir tout contact avec son compagnon apparaît disproportionnée. Le Tribunal fédéral en conclut que la recourante doit être autorisée, à titre exceptionnel, à faire un appel téléphonique, sous surveillance, à son compagnon, avec interdiction pour ceux-ci d'évoquer l'affaire en cours et à la condition que leur conversation soit enregistrée. Toutefois, au vu du caractère sérieux et concret du risque de collusion, le Tribunal fédéral indique qu'il n'y a pas lieu d'autoriser le concubin à rendre visite à la recourante ni à assister à l'accouchement (consid. 2.4 et 2.5). Par conséquent, le recours est partiellement admis (consid. 4)¹⁰.

1B_148/2020

S'agissant du deuxième recours introduit dans la même affaire et à l'occasion duquel la recourante réclame notamment que son concubin soit autorisé à voir l'enfant après l'accouchement, hors sa présence, le Tribunal fédéral estime qu'elle n'a pas la qualité pour agir. En effet, selon l'article 81 al. 1 let. b LTF, la recourante doit disposer d'un intérêt juridique et personnel à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée et ne saurait en particulier faire valoir les intérêts d'un tiers¹¹. Le Tribunal fédéral retient que seul le père de l'enfant est concerné par le droit de visite requis et qu'il lui revient donc personnellement de formuler une demande en ce sens. Le recours est en conséquence déclaré irrecevable (consid. 2 et 3).

III. Analyse

A. Remarques générales sur la restriction à la liberté des personnes placées en détention avant jugement

Sans doute convient-il dans un premier temps, au vu de la problématique au cœur de la présente contribution, de procéder à quelques brefs rappels relatifs à la détention provisoire, laquelle constitue, aux côtés de la détention pour des motifs de sûreté, l'une des formes de détention avant jugement prévues par les articles 220 ss CPP¹². En tant qu'elles consacrent toutes deux une atteinte importante à la liberté du ou de la prévenu-e (art. 10 Cst.), leur prononcé est en soi subordonné à la réalisation de trois conditions strictes : le ou la prévenu-e doit être fortement soupçonné-e d'avoir commis un crime ou un délit ; il y a sérieusement lieu de craindre qu'il ou elle se soustraie à la procédure pénale ou à la sanction prévisible (on parle généralement de « risque de fuite »), qu'il ou elle compromette la recherche de la vérité en exerçant une influence sur des personnes ou en altérant des moyens de preuves (il est plus communément question de « risque de collusion »), ou qu'il ou elle compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou délits graves du même genre que les infractions déjà commises (art. 221 al. 1 CPP) ; enfin, il ne doit pas exister de mesures de

¹⁰ À mesure que le second grief de la recourante relatif à un déni de justice (en lien avec les art. 29 al. 1 Cst. et 5 al. 1 CPP) est rejeté et qu'il n'est pas pertinent pour la présente analyse, les considérants y afférents (consid. 3 s.) ne sont pas résumés ici.

¹¹ ATF 131 IV 193, consid. 1.

¹² Conformément à l'art. 110 al. 7 CP, la détention avant jugement s'entend de toute détention ordonnée au cours d'un procès pénal pour les besoins de l'instruction, pour des motifs de sûreté ou en vue de l'extradition.

substitution moins sévères que la détention provisoire qui permettraient d'atteindre un but identique à celle-ci (art. 237 CPP).

Dans l'arrêt qui nous occupe, ce n'est toutefois pas la justification de la détention provisoire en tant que telle qui interroge, mais plutôt celle des restrictions portées à la liberté de la prévenue dans le cadre de sa mise en œuvre. L'exécution de la détention provisoire est régie aux articles 234 ss CPP¹³, l'article 235 revêtant ici une importance capitale, d'où la place particulière que lui réserve le Tribunal fédéral dans sa réflexion. Cette disposition représente tout à la fois l'affirmation selon laquelle il convient d'apprécier strictement les restrictions portées aux droits fondamentaux des personnes placées en détention provisoire et la base légale propre à fonder de telles restrictions à ces droits dans la mesure où le but de la détention l'exige. Comme le rappelle le Tribunal fédéral, les droits à la liberté personnelle (art. 10 Cst.) et au respect de la vie privée et familiale (art. 13 Cst. et 8 CEDH) des personnes détenues provisoirement doivent être garantis de sorte à permettre à celles-ci d'entretenir des contacts avec l'extérieur, en particulier avec les membres de leur famille, ce dans les limites inhérentes à la mesure de contrainte qui leur est imposée et du rapport de sujétion spécial qui les lie à l'État. Il apparaît à la lecture de l'article 235 CPP que l'exercice de ces droits est essentiellement réalisé par l'entremise des visites (al. 2) et de la correspondance épistolaire ou téléphonique (al. 3), étant précisé que tout contact entre le ou la prévenu·e en détention et des tiers est soumis à l'autorisation de la direction de la procédure, que les visites sont surveillées si nécessaire (al. 2) et que le courrier entrant et sortant est contrôlé par la direction (al. 3)¹⁴.

Il mérite d'être noté au passage et à la suite des précisions apportées par le Tribunal fédéral à ce propos que le droit de visite évoqué à l'article 235 al. 2 CPP ne se limite pas à la réception « passive » de visites en détention mais couvre plus largement les visites que se rendraient mutuellement deux concubin·e·s incarcéré·e·s dans des établissements différents¹⁵. Du reste, le Tribunal fédéral précise que la Convention européenne des droits de l'homme n'offre pas une protection plus large que la Constitution fédérale. La Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) reconnaît d'ailleurs que la défense de l'ordre public et la prévention de la criminalité justifient des restrictions plus importantes à la liberté d'une personne détenue qu'à celle d'un individu qui n'est pas en détention¹⁶.

Toujours est-il que, comme nous l'avons rappelé ci-dessus, de telles restrictions aux droits fondamentaux des personnes détenues en application de l'article 235 al. 1 CPP doivent

¹³ Sur les différences entre le régime de détention avant jugement, celui de l'exécution anticipée de la peine et celui de l'exécution ordinaire des sanctions, cf. ATF 143 I 241, consid. 3.5. Le Tribunal fédéral y rappelle notamment que le régime d'exécution anticipée des peines privatives de liberté devrait être au plus proche de celui prévu pour l'exécution ordinaire de celles-ci.

¹⁴ Toujours en vertu de l'art. 235 al. 3 CPP, la correspondance échangée avec les autorités de surveillance et les autorités pénales échappe à ce contrôle. Il en va de même, selon l'art. 235 al. 4 CPP, des communications entre le ou la prévenu·e et le ou la professionnel·le qui assure sa défense, sous réserve de l'hypothèse où il existerait un risque fondé d'abus, auquel cas la direction de la procédure peut, avec l'accord du tribunal des mesures de contrainte, limiter temporairement leurs relations après les en avoir averti·e·s.

¹⁵ ATF 143 I 241, consid. 4.2.

¹⁶ ATF 145 I 318, consid. 2.1 où le TF se réfère à CourEDH, *Laurent c. France* du 24 mai 2018 (requête n°28798/13), §§ 42 ss. Dans cette affaire, la Cour admet notamment le caractère nécessaire d'une restriction au droit d'un détenu à la confidentialité de sa correspondance, tout en précisant qu'une telle ingérence doit s'apprécier au regard des exigences normales et raisonnables de la détention (§ 35).

répondre aux exigences de l'article 36 Cst. À teneur de cette disposition du Code pénal, la liberté des prévenu·e·s en détention provisoire ne peut ainsi être restreinte que dans la mesure requise par le but de la détention et par le respect de l'ordre et de la sécurité dans l'établissement. En somme, l'enjeu dont est porteuse toute restriction à la liberté des prévenu·e·s placé·e·s en détention provisoire est celui de sa proportionnalité, étant admis que les autorités d'instruction jouissent, dans le cadre de son appréciation, d'une marge de manœuvre considérable. C'est précisément sur cette mise en balance des intérêts en présence qu'il s'agira de s'appesantir plus loin, en examinant la solution retenue par le Tribunal fédéral dans son jugement.

Il sied de noter encore que l'article 235 al. 5 CPP est pour le moins évasif quant aux conditions de détention avant jugement, laissant alors le soin aux cantons de régler cette matière. Nous nous limitons ici à quelques remarques générales sur ce point, pour l'approfondir au regard du cas d'espèce dans la partie suivante du présent commentaire. À ce stade, il apparaît en particulier intéressant d'interroger l'importante latitude dont disposent les cantons dans ce domaine, en tant qu'elle ouvre inévitablement la voie à ce que nous pourrions nommer un « éclatement » des systèmes réglementaires cantonaux, en soi peu optimal du point de vue de la sécurité juridique. C'est notamment ce que déplore une partie de la doctrine, dont BAPTISTE VIREDAZ qui constate de surcroît une « *normalisation très lacunaire des États fédérés* »¹⁷. On peut néanmoins compter, comme le fait cet auteur, sur le rôle que certains textes juridiques européens sont susceptibles de jouer pour pallier ce risque d'insécurité juridique, en offrant une vue relativement claire et complète des conditions d'exécution que devrait respecter une détention avant jugement¹⁸. Nous pensons principalement aux deux recommandations promulguées en la matière par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, soit les recommandations Rec. (2006)2 sur les Règles pénitentiaires européennes du 11 janvier 2006 et Rec. (2006)13 du 27 septembre 2006 sur la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus¹⁹. En dépit de leur absence de caractère contraignant pour les États, le Tribunal fédéral – qui utilise dès lors le qualificatif de « *soft law* » pour les caractériser²⁰ – dit toutefois tenir compte de ces règles supranationales dans la concrétisation des droits fondamentaux des détenu·e·s garantis par la Constitution fédérale et la CEDH²¹. Tel est le cas par exemple dans l'ATF 143 I 241 (auquel il est fait référence à d'autres fins dans l'arrêt qui fait l'objet de ce commentaire), où le Tribunal fédéral mobilise la règle 24.2 de la Rec. 2006(2), qui prévoit notamment que « *toute restriction ou surveillance des communications et des visites nécessaires à la poursuite et aux enquêtes pénales, au maintien du bon ordre, de la sécurité et de la sûreté, ainsi qu'à la prévention d'infractions pénales et à la protection des victimes – y compris à la suite d'une ordonnance spécifique délivrée par une autorité judiciaire – doit néanmoins autoriser un niveau minimal acceptable de contact* ». Nous reviendrons d'ailleurs sur ce « *niveau minimal*

¹⁷ CR CPP-VIREDAZ, art. 235 N 16.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Cf. www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/smv/rechtsgrundlagen/international/euoparat.html. Peut également être citée la Recommandation Rec. (2018)5 du Conseil de l'Europe concernant les enfants de détenus. Pour ne pas en rester au seul niveau régional, mentionnons encore, à l'échelon international, l'ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (règles Nelson Mandela ; résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 8 janvier 2016, A/RES/70/175).

²⁰ ATF 143 I 241, consid. 4.3.

²¹ ATF 143 I 241, consid. 2.2 ; TF 1B_410/2019, consid. 3.4.

acceptable de contact », lorsque nous examinerons la pesée d'intérêts effectuée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt traité dans cette contribution (*infra*, partie D).

Avant cela toutefois, il est de rigueur de s'intéresser davantage aux règlements cantonaux traitant des conditions de détention avant jugement, dont l'importance ne saurait être négligée dans ce contexte. Plus spécifiquement encore et compte tenu de la réalité géographique du cas d'espèce, une attention particulière doit être portée au règlement vaudois du 28 novembre 2018 sur le statut des personnes détenues placées en établissement de détention avant jugement (RSDAJ)²².

B. Aperçu des règlements cantonaux en matière de détention avant jugement

En Suisse, un début d'harmonisation des règles en matière d'exécution des peines et des mesures a été entamé au début des années 2000 au niveau régional. Trois concordats intercantonaux ont ainsi vu le jour : un Concordat du 29 octobre 2004 pour la Suisse orientale ; un Concordat du 5 mai 2006 pour la Suisse du nord-ouest et de la Suisse centrale ; et un Concordat du 10 avril 2006 pour la Suisse latine. Les trois textes consacrent le principe de la collaboration intercantonale et inter-concordataire, principalement pour garantir une planification coordonnée des établissements d'exécution des peines et des mesures, ainsi qu'une offre suffisante de places. En ce qui concerne en particulier la Suisse latine, les cantons de Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève et Tessin (adhésion partielle) ont signé le Concordat sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latins (concordat latin sur la détention pénale des adultes, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2007)²³. Les cantons partenaires doivent garantir au moins une application uniforme des principes régissant les règles et les régimes d'exécution des sanctions pénales, conformément à l'article 372 al. 3 CP. Il appartient néanmoins aux cantons de mettre à disposition des établissements adéquats (art. 11 du concordat latin) pour que les sanctions privatives de liberté, y compris l'exécution anticipée, puissent y être exécutées dans le respect des standards fixés tant par le droit international que par la législation fédérale. Les cantons ont en plus l'obligation d'avoir des établissements pour l'exécution de la détention avant jugement, respectivement de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté (art. 110 al. 7 CP et art. 234 CPP). Cela étant, des types différents de privation de liberté s'exécutent dans des établissements qui doivent ainsi être conçus et gérés pour appliquer des régimes très différents. Quant au statut des personnes détenues dans un établissement concordataire, celles-ci sont soumises aux prescriptions légales et réglementaires du canton où siège l'établissement (art. 19 du concordat).

Le canton de Neuchâtel connaît une loi du 24 mai 2016 sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes (LPMPA)²⁴ qui règle toutes les formes de détention, avant et après jugement, le concordat susmentionné étant réservé (art. 4). L'article 6 prévoit le régime de restriction des droits fondamentaux des personnes détenues, possible « *dans la mesure où la privation de liberté ou l'exécution de la sanction, la vie commune ou encore des impératifs de sécurité de l'établissement ou de la collectivité l'exigent* », pour autant qu'une base légale suffisante existe (al. 1) et que le principe de proportionnalité soit respecté (al. 3). S'agissant plus spécifiquement des visites, la loi neuchâteloise prévoit dans les généralités

²² RS/VD 340.02.5.

²³ Cf. le site de la Conférence latine des Chefs des Départements de justice et police (CLDJ) : www.cldjp.ch

²⁴ RS NE 351.0.

qu'elles sont surveillées (art. 77). Pour les personnes en détention provisoire, un régime particulier s'applique. Le principe des contacts extérieurs pour ces personnes est libellé comme suit : « aucune visite n'est autorisée aux personnes en détention provisoire sans l'accord de la direction de la procédure » (art. 78) ; principe qui s'applique également pour les communications téléphoniques (art. 73 al. 3).

À Genève, il existe un règlement du 30 septembre 1985 sur le régime intérieur de la prison et le statut des personnes incarcérées (RRIP)²⁵ régissant la prison de Champ-Dollon, établissement réservé aux personnes placées en détention préventive. Les articles 37 ss réglementent les contacts avec l'extérieur. En particulier, les détenu·e·s ont droit à une visite (autorisée et sous contrôle) d'une durée d'une heure une fois par semaine (art. 37 al. 1 et al. 2). Un élargissement peut être prévu dans des cas urgents ou exceptionnels (art. 37 al. 4). L'usage du téléphone n'est en revanche pas réglementé.

Dans le canton de Fribourg, la loi du 7 octobre 2016 sur l'exécution des peines et des mesures (LEPM)²⁶, applicable à « toutes les formes de détention avant et après jugement » (art. 1 al. 2), prévoit avant tout que « les droits de la personne concernée ne sont limités que dans la mesure exigée par le but de la privation de liberté et la bonne marche de l'Établissement » (art. 38 al. 2). Pour les personnes en détention provisoire, les contacts avec l'extérieur sont soumis à autorisation de l'autorité compétente et peuvent être contrôlés et limités, voire interdits « aussitôt qu'un abus ou une mise en danger de la sécurité et de l'ordre est à craindre ou lorsqu'ils vont à l'encontre du but de l'exécution » (art. 41 al. 2). L'ordonnance relative à l'exécution des peines et des mesures (OEPM)²⁷ précise que « les règles relatives aux relations avec l'extérieur, en particulier la correspondance écrite, l'utilisation du téléphone, les colis postaux et les visites, sont définies dans les règlements internes » (art. 14 de l'ordonnance).

D'après l'ordonnance valaisanne sur les droits et les devoirs de la personne détenue du 18 décembre 2013²⁸, le ou la détenu·e·e en principe droit à une visite d'une heure par semaine au moins. Les visites n'ont lieu que moyennant autorisation préalable du ou de la responsable de l'établissement, qui peut la refuser si les visites risqueraient de perturber l'ordre et la discipline (art. 79). Quant à l'usage du téléphone, il peut être autorisé en cas d'urgence, les entretiens téléphoniques pouvant être surveillés et enregistrés (art. 77).

Comme le rappelle le Tribunal fédéral au considérant 2.3 de l'arrêt commenté, le canton de Vaud dispose d'un règlement du 28 novembre 2018 sur le statut des personnes détenues placées en établissement de détention avant jugement (RSDAJ)²⁹. Ce règlement est applicable à toutes les personnes majeures détenues avant jugement dans un établissement de détention avant jugement (art. 2 et 3). Les relations des détenu·e·s avec l'extérieur sont précisées aux articles 53 ss RSDAJ. L'article 54, consacré aux visites, prévoit que les personnes détenues avant jugement peuvent recevoir une visite d'une heure par semaine, aux jours et heures fixés par la direction de chaque établissement (al. 2) ; seules les personnes munies d'une autorisation délivrée par l'autorité dont les personnes détenues avant jugement dépendent sont admises à visiter une personne détenue (al. 1). L'usage du téléphone est,

²⁵ RS GE F 1 50.04.

²⁶ RS FR 340.1.

²⁷ RS FR 340.11.

²⁸ RSV 430.100.

²⁹ RS VD 430.02.5.

quant à lui, réglementé à l'article 63, dont l'alinéa 1 dispose que, pour autant que l'autorité dont elles dépendent les y ait autorisées, les personnes détenues avant jugement peuvent, sous le contrôle du personnel pénitentiaire, effectuer des appels téléphoniques, en principe à raison d'un par semaine. Les appels téléphoniques des personnes détenues avant jugement à leurs avocats ne sont pas soumis à autorisation (al. 2). Les appels s'effectuent durant les heures fixées par la direction de chaque établissement (al. 3). Les conversations sont enregistrées et peuvent être contrôlées (al. 6).

Le Tribunal fédéral précise que la réglementation vaudoise correspond aux exigences de la jurisprudence, faisant référence à l'ATF 118 la 64. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a examiné une liste de restrictions qui peuvent être apportées à la liberté personnelle durant la détention, allant de l'inventaire des biens personnels à la suppression de la promenade, en passant par la réglementation des repas et l'usage de la télévision. Les restrictions aux visites sont examinées aux considérants 3n à 3o, notamment aux regards des articles 8 § 2 et 10 § 2 CEDH. Une restriction est conforme dans le but de maintenir l'ordre et la sécurité ou d'empêcher la diffusion d'informations confidentielles. Le Tribunal fédéral relève que, dans le cas des personnes en détention provisoire, la situation est délicate :

« Bei Untersuchungsgefangenen ist in den ersten Tagen der Haft (insbesondere bis zu den ersten Einvernahmen) regelmässig schwieriger abzuschätzen, zu welchen Personen in welcher Hinsicht Kollusionsgefahr bestehen könnte, und welche Sicherungs- und Überwachungsmaßnahmen bei Besuchen zur Gewährleistung des Haftzwecks notwendig sind. Für alle Gefangenenkategorien gilt, dass Besuche einen erheblichen Verwaltungsaufwand mit sich bringen. Im Interesse der Sicherheit des Gefängnisses und der Nichtgefährdung des Haftzweckes muss insbesondere eine Besuchsbewilligung erteilt werden (§ 55 Abs. 1, § 56 Abs. 2 GVO), alle Besuche müssen überwacht werden, notfalls müssen die Gespräche auf Tonband aufgezeichnet oder es muss eine Kleider- und Effektdurchsuchung vollzogen werden (§ 57 GVO, Art. 5 Abs. 3 VStGB 1), unter Umständen sind weitere Sicherheitsmassnahmen erforderlich. Es liegt im öffentlichen Interesse, den personellen und zeitlichen Aufwand im Verwaltungsbetrieb von Gefängnissen nach Möglichkeit auf ein vertretbares Mass zu beschränken, solange die daraus resultierenden Eingriffe verhältnismässig bleiben »³⁰.

La difficulté d'établir le risque de collusion permet donc de surveiller les visites et d'enregistrer les conversations, voire de prévoir des mesures de sécurité supplémentaires. Il est dans l'intérêt public de limiter les effectifs et le temps consacré à l'administration des prisons à un niveau acceptable, tant que les interventions qui en résultent restent proportionnées.

Dans tous les cas, il sied de relever que tous les cantons romands disposent d'une base légale *a priori* suffisante pour restreindre la liberté de visite et de contact avec l'extérieur des personnes détenues (conformément à l'art. 36 Cst.), quand bien même une grande marge de manœuvre est laissée aux établissements pénitentiaires, ce qui se justifie dans le contexte d'une détention pénale. Néanmoins, suivant le canton dans lequel la personne est incarcérée, l'application d'un régime spécifique ou non, ou encore le principe général prévu pour la visite (par ex. une heure par semaine) peut varier. Une différence de traitement, aussi légère soit-elle, peut en résulter et atteindre une « résonance » accrue lorsqu'elle se révèle dans un

³⁰ ATF 118 la 64, consid. 3n aa.

contexte aussi particulier que celui du cas examiné dans l'arrêt commenté. Il apparaît dès lors pertinent à ce stade de revoir brièvement le contenu du droit au respect de la vie familiale.

C. Rappel sur l'étendue du droit au respect de la vie privée et familiale

L'article 8 § 1 CEDH garantit notamment le droit au respect de la vie familiale. Il en résulte que l'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit qu'aux conditions strictes du § 2³¹. La protection accordée dans ce domaine par l'article 13 al. 1 Cst. correspond matériellement à celle de l'article 8 CEDH³². D'après une jurisprudence constante, les relations à caractère « familial » visées par l'article 8 CEDH sont avant tout celles qui concernent la famille dite nucléaire, soit celles qui existent entre époux ainsi qu'entre parents et enfants mineur·e·s en ménage commun³³. Sous réserve de circonstances particulières, les concubin·e·s ne sont donc pas habilité·e·s à invoquer cet article³⁴. Le champ d'application s'étend exceptionnellement aux concubin·e·s si leur relation est effective et durable au point d'être assimilable à une véritable union conjugale³⁵. En particulier, la jurisprudence a souligné qu'une durée de vie commune de trois ans, respectivement de quatre ans, sans la présence d'enfant et de projet de mariage imminent, était insuffisante pour qu'un couple de concubin·e·s puisse se prévaloir d'une relation atteignant le degré de stabilité et d'intensité requis pour pouvoir être assimilée à une union conjugale protégée par l'article 8 CEDH³⁶. Par ailleurs, la jurisprudence de la CourEDH n'a accordé une protection à des couples de concubins, sous l'angle de l'article 8 CEDH, qu'à des relations qui étaient bien établies dans la durée, soit de six à vingt-six ans, et pour des couples qui, en outre, vivaient avec des enfants³⁷. Dans une affaire plus ancienne, la CourEDH a toutefois admis qu'une union libre qui n'avait duré que deux ans tombait sous l'empire de la protection de la vie familiale, à mesure que le couple concerné avait, d'une part,

³¹ L'ingérence est possible pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés. Par exemple, la mise en œuvre d'une politique restrictive en matière de séjour des étrangers constitue un but légitime au regard de cette disposition conventionnelle (ATF 137 I 284, consid. 2.1 ; 135 I 153, consid. 2.2.1).

³² ATF 129 II 215, consid. 4.2 ; 126 II 377, consid. 7.

³³ ATF 144 II 1, consid. 6.1 ; 135 I 143, consid. 1.3.2.

³⁴ Voir, pour un exemple récent, arrêt du TF 2C_976/2019 du 2 février 2020, consid. 4 ss.

³⁵ En droit des migrations, un·e étranger·ère peut, selon les circonstances, se prévaloir de l'art. 8 § 1 CEDH, pour autant qu'il ou elle entretienne une relation étroite et effective avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse (ATF 139 I 330, consid. 2.1 et les références citées). Sous cet angle, le TF a précisé à de nombreuses reprises que l'étranger·ère qui vit en union libre avec un·e ressortissant·e suisse ou une personne ayant le droit de s'établir en Suisse ne peut prétendre à une autorisation de séjour que s'il ou elle entretient depuis longtemps des relations étroites et effectivement vécues avec son ou sa concubin·e, assimilable à une véritable union conjugale (TF 2C_389/2017 du 10 janvier 2018, consid. 5.1 et les références citées), ou s'il existe des indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent (TF 2C_401/2018 du 17 septembre 2018, consid. 6 et les arrêts cités ; 2C_481/2017 du 15 décembre 2017, consid. 4.2 et les arrêts cités). Les autorités de police des étrangers·ères sont ainsi tenues de délivrer un titre de séjour, cas échéant en vue du mariage, lorsqu'il n'y a pas d'indice d'invocation abusive des règles sur le regroupement familial et qu'il apparaît clairement que l'intéressé·e remplira les conditions d'une admission en Suisse (cf. ATF 139 I 37, consid. 3.5.2 ; 138 I 41, consid. 4 ; 137 I 351, consid. 3.7).

³⁶ Cf. arrêts du TF 2C_832/2018 du 29 août 2019, consid. 2.2 et 2C_97/2010 du 4 novembre 2010 consid. 3.3, respectivement 2C_1035 du 21 décembre 2012, consid. 5.2.

³⁷ Affaires *Serife Yigit c. Turquie* du 2.11.2010, no 3976/05, § 94 et 96 et les références ; *Emonet et autres c. Suisse* du 13.12.2007, no 39051/03, § 34 et 36.

conçu un enfant ensemble et, d'autre part, formé le projet de se marier³⁸. Au surplus, la jurisprudence du Tribunal fédéral ne reconnaît pas (directement) un droit de recours à celui ou celle qui se prétend victime uniquement d'une violation de l'article 8 CEDH³⁹.

En droit suisse, le droit d'entretenir une relation avec sa famille et son ou sa partenaire est déduit directement du droit à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.). La restriction du droit de visite de la personne détenue (*cf. supra*) avec la famille, le ou la conjoint·e et même le ou la concubin·e constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale, du moins de la vie privée, qui doit donc respecter les conditions de l'article 36 Cst. Dans le cas d'espèce, l'interdiction de visite concerne en particulier le compagnon de la recourante (non son époux), mais leur relation est également couverte par la protection de l'article 13 Cst.

Par ailleurs, le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant découle de l'établissement du lien de filiation, au sens du droit suisse. La restriction du droit de visite avec l'enfant est une ingérence (grave)⁴⁰, qui doit respecter les mêmes conditions de restriction susmentionnées. L'établissement du lien de filiation juridique avec la mère résulte de la naissance (art. 252 al. 1 CC). En revanche, pour un couple non marié, la filiation paternelle s'établit par la reconnaissance (art. 260 ss CC)⁴¹, voire par constatation judiciaire via une action en paternité (art. 261 ss CC)⁴². De l'établissement de la filiation découle un droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances avec l'enfant, qui peut être limité (art. 273 ss CC). Toutefois, en l'espèce, la filiation juridique du père allégué n'a pas été établie. Selon les faits, bien que séparée, la mère est toujours mariée, de sorte qu'à la naissance de l'enfant le père juridique ne sera pas le concubin mais l'époux de la mère, par application de la présomption légale (art. 255 al. 1 CC), à moins que l'époux ou l'enfant représenté n'agisse d'abord en désaveu de paternité (art. 256 ss CC). Cela étant, dans la configuration actuelle des faits, la mère ne pourrait *a fortiori* pas invoquer une violation de son droit au respect de la vie familiale par le refus d'autoriser le père à voir l'enfant. La question de la qualité pour agir du père se pose néanmoins (voir *infra* partie E).

D. Commentaire sur la pesée d'intérêts à effectuer et critique de la solution retenue par le Tribunal fédéral

Conçu comme une consécration du principe de proportionnalité en matière de détention avant jugement, l'article 235 al. 1 CPP suppose que toute restriction à la liberté personnelle ou à la garantie de la vie privée et familiale du ou de la détenu·e fasse l'objet d'une pesée des intérêts en présence. Dans ce cadre, il s'impose de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, parmi lesquelles sont particulièrement pertinentes la durée de

³⁸ Affaire *Keegan c. Irlande* du 26.05.1994, no 16969/90.

³⁹ *Cf.* arrêts du TF 6B_493/2019 du 1^{er} juillet 2019, consid. 2.4 ; 6B_96/2019 du 7 juin 2019, consid. 2.1 ; 6B_996/2018 du 31 octobre 2018, consid. 3.2 ; 6B_695/2017 du 26 avril 2018, consid. 1.3 ; 1B_729/2012 du 28 mai 2013, consid. 2.

⁴⁰ À titre d'exemple, l'ordonnance valaisanne sur les droits et les devoirs de la personne détenue (RS VS 340.100) prévoit d'ailleurs une dérogation possible au nombre maximal de personnes admises par visite à la personne détenue, lorsqu'il s'agit de ses enfants, sur décision du ou de la responsable de l'établissement (art. 79 al. 4).

⁴¹ En dehors des cas d'adoption, réglés aux art. 264 ss CC.

⁴² Pour un développement, voir par ex. PHILIPPE MEIER, *Droit de la filiation*, 6^e éd., Zurich 2019, pp. 21 ss ; OLIVIER GUILLOD, SABRINA BURGAT, *Droit des familles*, 5^e éd., Neuchâtel 2018, pp. 51 ss ; *Commentaire Romand CC I – GUILLOD*, Bâle 2010, *ad* art. 260 ss.

l'incarcération, la situation personnelle de la personne détenue, les impératifs de sécurité de l'établissement pénitentiaire et la prévention des risques de fuite, de réitération et de collusion⁴³. De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère en effet qu'un important danger de collusion justifie le refus des visites et des correspondances par téléphone, et ce même en faveur des proches de la personne détenue provisoirement⁴⁴. À l'inverse, une ingérence dans le droit des détenu·e·s à avoir des contacts réguliers et convenables avec leur famille (y compris leur concubin·e) ne se justifie notamment pas lorsque la durée de la détention avant jugement est longue et que le risque de collusion n'existe plus⁴⁵.

En l'espèce, le Tribunal fédéral retient, à la suite des juridictions cantonales, un risque « patent » de collusion entre la recourante et son compagnon. Au vu de la participation de la première à un trafic de cocaïne et, conjointement, la mise en cause du second dans ce même réseau, le fait que des contacts entre les deux intéressé·e·s soit susceptible de sérieusement compromettre la recherche de la vérité ou de prévenir la commission d'autres infractions ne devrait, selon le Tribunal, souffrir aucune contestation. Le fait que l'enquête pénale arrive à son terme n'est au demeurant guère pertinent à cet égard. Ainsi est-ce moins l'existence du risque de collusion en elle-même que la proportionnalité des restrictions aux droits fondamentaux de la recourante qui mérite d'être examinée. À cet égard, la position du Tribunal fédéral s'inscrit sur deux pans interdépendants : d'une part, compte tenu des circonstances singulières du cas d'espèce – à savoir l'accouchement imminent de la recourante et la paternité alléguée de son compagnon – les juges de Mon-Repos estiment que le refus de tout contact constitue une atteinte disproportionnée à la liberté personnelle et au droit à la vie privée et familiale de la recourante. Un appel téléphonique doit alors lui être accordé, à la condition qu'il s'assortisse d'une interdiction d'évoquer l'affaire et qu'il fasse l'objet d'une surveillance et d'un enregistrement. En revanche et compte tenu du risque sérieux et concret de collusion tel qu'établi par les juridictions cantonales, le Tribunal fédéral donne raison à ces dernières en considérant qu'il se justifie de n'autoriser ni la visite du compagnon à la recourante, ni sa présence lors de son accouchement.

Sur le premier point et celui-ci uniquement, la posture du Tribunal fédéral n'est guère discutable, dès lors que la surveillance de l'appel téléphonique apparaît appropriée pour limiter le risque de collusion et qu'il ne semble pas exister d'autres moyens, moins incisifs, propres à atteindre ce même but. Telle qu'elle est appréhendée par les juges, cette mesure est au demeurant conforme à l'approche jurisprudentielle du droit de téléphoner en tant que substitut au droit de visite⁴⁶. On peut gager que la solution ici retenue serait probablement jugée par la Cour européenne des droits de l'homme conforme au « niveau minimal de contact » évoqué par les Règles pénitentiaires européennes, en particulier si l'on garde à l'esprit que la Cour admet, depuis toujours, que les autorités nationales fassent preuve d'une « grande fermeté » face aux auteur·e·s d'infractions en matière de stupéfiants⁴⁷. Tout au plus pourrait-on questionner le fait qu'un seul appel soit autorisé mais force est d'admettre, très

⁴³ Cf. ég. ATF 145 I 318, consid. 2.1.

⁴⁴ Cf. ég. ATF 143 I 241, consid. 3.6.

⁴⁵ ATF 143 I 241, consid. 3.4.

⁴⁶ Cf. not. TF 1B_17/2015 du 18 mars 2015, consid. 3.4 et les références citées

⁴⁷ Une position que la Cour aura d'ailleurs eu l'occasion de confirmer récemment dans CourEDH, *Diala Barthlomew Uchenna c. Suisse* du 10 décembre 2019 (décision d'irrecevabilité n° 35201/18), § 36, bien que dans une configuration différente puisqu'il était ici question d'une expulsion pénale.

pragmatiquement, que cette décision n'exclut aucunement que d'autres contacts téléphoniques soient autorisés ultérieurement, à mesure que la situation évoluerait et, par là même, que le risque de collusion viendrait à être relativisé.

Autre est le sujet de la proportionnalité de la restriction aux articles 8 CEDH et 13 Cst. découlant du refus d'autoriser le compagnon de la recourante à assister à son accouchement, ce d'autant plus qu'il est présenté par cette dernière comme le père de l'enfant à naître. Au-delà du fait que l'on peut raisonnablement se demander si le risque de collusion est toujours aussi aigu dans une telle situation, se pose à tout le moins la question de savoir si d'autres mesures, moins sévères mais néanmoins suffisantes à atteindre le but recherché, auraient pu être prises en l'espèce. De manière toute générale, la négation du droit d'une personne détenue à recevoir une visite ou à entrer en contact avec autrui devrait à notre sens demeurer, dans tous les cas, une *ultima ratio*, en tant que les mesures de surveillance prévues à l'article 235 al. 2 CPP permettent déjà de limiter sensiblement les risques de collusion⁴⁸. À ce titre, on pensera notamment aux contrôles de sécurité effectués à l'entrée des visteur·euse·s dans l'établissement ou aux fouilles des détenu·e·s en amont et aval de leurs contacts avec les tiers.

Bien entendu, la difficulté dans le cas d'espèce relève du *lieu* où devrait survenir le contact entre les intéressé·e·s, soit dans un hôpital et non un établissement de détention, de sorte que les possibilités de surveillance sont, si ce n'est limitées, du moins plus difficiles à mettre en œuvre. Pour autant et en admettant que le risque de collusion mérite sans doute d'être relativisé au cours d'un accouchement, il peut être défendu que la fouille du compagnon de la recourante à l'entrée de l'hôpital, ainsi que l'interdiction d'évoquer l'affaire ou encore de laisser le couple seul sans surveillance auraient vraisemblablement permis de maîtriser le risque craint par les autorités⁴⁹. S'il est vrai que l'exercice d'un tel contrôle suppose réalistement la présence d'un·e agent·e de détention sur les lieux et que l'on concède volontiers que ceci soit également invasif, l'atteinte ainsi portée aux droits fondamentaux de la prévenue aurait néanmoins été moindre dans un tel cas. Enfin, quand bien même les mesures ici imaginées ne suffisent certes pas à exclure totalement le risque de collusion, il faut constater qu'il en va de même d'un contact téléphonique dont ni la surveillance, ni l'enregistrement ne sont susceptibles d'évincer tout risque à cet égard (pensons ne serait-ce qu'à un échange d'informations en un langage « codé » ou avec une rapidité telle qu'il ne serait pas possible d'intervenir en temps voulu). À dire vrai, le risque nous apparaît même réduit dans les circonstances singulières d'un accouchement. Reste que c'est ce même contexte particulier qui, paradoxalement, oblige à nuancer cette mise en rapport, en ce sens que l'instauration d'un contrôle de sécurité à l'entrée de l'hôpital et la mobilisation d'un·e gardien·ne sur place ne s'accommode pas si aisément de l'exigence (soulignée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 118 la 64 précité) de limiter le temps et les dépenses liées aux interventions de l'administration pénitentiaire. Il n'en demeure pas moins que, dans ce cas également, les circonstances extraordinaires d'une grossesse durant la détention plaident en faveur de la

⁴⁸ C'est aussi la position de BAPTISTE VIREDAZ (CR CPP-VIREDAZ, art. 235 N 8). L'argument semble du reste trouver un soutien dans les Règles pénitentiaires européennes, dont la règle 99, à lire en parallèle de la règle 24, « *souligne que les restrictions concernant les contacts avec le monde extérieur devraient être les moins contraignantes possibles dans le cas des prévenus* » (Commentaire de la Recommandation Rec (2006)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2006, p. 103).

⁴⁹ On peut également envisager que le compagnon soit autorisé à être présent dans une autre salle et à voir l'enfant après sa naissance, sans qu'aucun contact direct avec la mère n'ait lieu.

prise en compte de certaines difficultés liées à la maternité, qui pourraient alors justifier que des efforts supplémentaires soient entrepris pour limiter l'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale. Dans la pesée d'intérêts qui doit intervenir afin de déterminer si une ingérence aux droits de la personne détenue (en l'occurrence une restriction de contacts avec l'extérieur) est justifiée, il est primordial, à notre avis, d'examiner non seulement l'intérêt privé de celle-ci à se voir accorder les visites, mais également l'impact négatif qu'un tel refus pourrait engendrer sur sa personnalité. Plus spécialement, pour le cas d'espèce qui s'inscrit dans un contexte très particulier, il aurait été nécessaire de prendre en compte l'aspect psychologique (par ex. le stress découlant de la maternité et le besoin de soutien des proches, en particulier du père lors de l'accouchement, le soulagement moral de savoir que le père est bien présent et qu'il pourra voir l'enfant), sans que ce raisonnement n'ait forcément un impact sur la décision finale.

C'est donc sans pour autant remettre en cause l'opportunité de la solution retenue par le Tribunal fédéral que nous déduisons de ce qui précède que d'autres mesures auraient à tout le moins mérité d'être *discutées* par celui-ci. On peut regretter en effet que les juges n'aient pas davantage élargi le champ des possibles – quitte bien sûr à exclure, de manière argumentée, les alternatives envisagées –, en particulier si l'on admet que l'importance des intérêts privés en jeu aurait symétriquement justifié de reconsidérer le poids accordé à l'intérêt public. Une chose est certaine : au vu des enjeux passionnants soulevés par cette affaire et, avec eux, des nombreuses questions condamnées ici à demeurer ouvertes, il aurait été intéressant de connaître la position du Tribunal fédéral quant à l'interdiction pour le compagnon de rendre visite au nouveau-né hors présence de la mère⁵⁰. Cette question n'a toutefois pas été tranchée en l'espèce, à mesure que la qualité pour agir de la recourante a été niée, ce qui appelle enfin quelques brefs commentaires à ce sujet.

E. Bref commentaire sur la qualité pour agir

Dans l'arrêt 1B_148/2020, le Tribunal fédéral discute de la recevabilité du recours, au travers duquel la recourante agit afin d'autoriser la visite du père auprès de l'enfant après l'accouchement, hors sa présence. Le Tribunal fédéral relève qu'elle doit disposer d'un intérêt juridique et personnel (art. 81 al. 1 let. b LTF) et qu'elle ne saurait en particulier faire valoir les intérêts d'un tiers. Autrement dit, c'est au père de l'enfant d'agir (consid. 2 et 3).

À titre liminaire, il convient de soulever que l'article 81 al. 1 let. b LTF exige « *un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée* » pour avoir la qualité pour recourir, le caractère *personnel* étant implicite. Pour appuyer son argumentation, le Tribunal fédéral se base sur l'ATF 131 IV 193. Bien que la qualité pour recourir dans l'intérêt d'un tiers ait également été réfutée, l'arrêt précité s'insère dans un état de fait très différent. Il s'agit d'une procédure pénale au cours de laquelle le beau-père des enfants, accusé d'infractions d'actes d'ordre sexuels sur ceux-ci, tente un pourvoi en nullité de la contre-expertise qu'il a lui-même demandée pour évaluer la crédibilité des déclarations des enfants. Il introduit son recours sous couverture des intérêts de ces derniers, argumentant que l'expertise aurait des effets néfastes sur eux. Dans ces conditions, et par le biais d'une interprétation téléologique et historique, le Tribunal fédéral a considéré que l'accusé n'avait pas la qualité pour agir (consid. 1), ce qui ne porte pas flanc à la critique. Le Tribunal fédéral

⁵⁰ Nous préjugeons ici, par voie de logique au regard de l'attitude générale du Tribunal dans cette affaire, que celui-ci aurait probablement admis la proportionnalité d'une interdiction de visite en sa présence.

avait par ailleurs déjà déclaré recevable un pourvoi en nullité déposé par l'enfant victime⁵¹. Toutefois, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral met en évidence le caractère personnel de l'intérêt à invoquer le pourvoi en nullité⁵². Dans ce cas, les enfants auraient pu agir. En revanche, l'accusé n'étant pas touché directement par la décision, son grief a été jugé irrecevable (consid. 1.2.1 et 1.2.2).

Malgré la différence des faits, le Tribunal fédéral fait un parallèle avec l'ATF 131 IV 193 pour nier, semble-t-il, de manière générale la qualité pour agir dans l'intérêt de tiers. Cette position peut sembler discutable. En tout état de cause, nous pouvons nous demander si un intérêt personnel de la recourante à ce que le père puisse voir leur enfant ne serait pas envisageable dans ce cas⁵³. La question reste ouverte, puisque le Tribunal fédéral n'a pas examiné cette approche.

F. Conclusion

Au terme de la lecture critique de la « double décision » du Tribunal fédéral dans cette affaire, c'est avant tout le contexte si particulier dans lequel celle-ci s'inscrit qui demeure présent à l'esprit et qui conduit à s'interroger sur la proportionnalité de la solution retenue en l'espèce. Si l'on ne saurait se départir du raisonnement des juges relativement à la surveillance de l'appel téléphonique entre la recourante et son compagnon compte tenu du risque aigu de collusion que ce contact emporte, le strict refus d'autoriser la présence du père présumé de l'enfant lors de sa naissance pour cette même raison n'échappe pas si aisément à toute contestation. Parce qu'il est à notre sens hautement probable qu'un tel risque soit, par la force des choses, moindre durant un accouchement et, conjointement, parce que l'intérêt privé au respect de la vie privée et familiale devrait se voir attribuer un poids particulier dans la mise en balance, des mesures moins sévères auraient mérité d'être envisagées dans le cas concret. En cela, l'interdiction d'assister à l'accouchement, particulièrement incisive, aurait été appréhendée comme une *ultima ratio*, à laquelle il convient de recourir dans la seule hypothèse où les mesures de surveillance prévues par l'article 235 al. 2 CPP ne permettent pas à elles seules de limiter le risque de collusion.

Là où il s'impose néanmoins de donner crédit à la position du Tribunal fédéral, c'est que des contrôles de sécurité en dehors de l'établissement de détention auraient à l'évidence requis des démarches plus astreignantes pour l'administration pénitentiaire, ce que les juges n'évoquent toutefois pas dans leurs considérants. Et c'est précisément ce qui pourrait être regretté dans cet arrêt : le caractère relativement elliptique de l'argumentaire du Tribunal, qui n'approfondit guère les raisons qui le mènent à s'en tenir à une stricte interdiction de présence du compagnon de la recourante durant son accouchement. On pouvait en effet attendre du Tribunal fédéral qu'il adresse à tout le moins la question de la potentielle disponibilité d'autres mesures, respectivement qu'il justifie qu'il y soit renoncé en raison soit de leur insuffisance pour pallier le risque de collusion, soit des efforts disproportionnés qu'aurait impliqués leur mise en œuvre. Enfin, on ne peut s'empêcher de se demander si la

⁵¹ ATF 129 IV 179.

⁵² Se référant aux ATF 128 IV 34, consid. 1b, p. 36 ; 124 IV 94, consid. 1a, p. 95 ; 101 IV 324, consid. 1, p. 325 ; 96 IV 64, consid. 1, p. 67.

⁵³ Ou du moins sous l'angle de la qualité pour agir de la recourante au nom de l'enfant, qui a aussi droit aux relations personnelles (à supposer bien sûr que le concubin reconnaisse au préalable l'enfant ; c'est du reste ce qu'il aurait dû faire aussi pour augmenter les chances d'assister à l'accouchement).

réponse du Tribunal à la question ici posée aurait été identique pour un couple marié, voire dans l'hypothèse où le concubin aurait fait une reconnaissance prénatale ou si, au contraire, cette constellation aurait ébranlé la pesée des intérêts en présence. Reste ce fait difficilement contestable : maternité et détention provisoire ne font manifestement pas bon ménage lorsqu'un risque de collusion s'imisce dans ce tandem... mais cela ne saurait dispenser de rechercher, en accord avec les prescriptions de la loi et quel que soit le cas de figure, la solution la moins liberticide pour les individus au cœur de cette relation.