

N° 6181¹²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2012-2013

PROJET DE LOI**portant modification**

- 1. de la loi du 8 septembre 2003 sur la violence domestique;**
- 2. de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police;**
- 3. du Code pénal;**
- 4. du Nouveau Code de procédure civile**

* * *

DEUXIEME AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(4.6.2013)

Par dépêche du Président de la Chambre des députés du 27 mars 2013, le Conseil d'Etat a été saisi d'amendements au projet de loi sous rubrique élaborés par la commission de la Famille, de la Jeunesse et de l'Egalité des chances. Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire ainsi que d'un texte coordonné du projet de loi tenant compte des amendements.

*

EXAMEN DES AMENDEMENTS

Les amendements sont précédés de remarques préliminaires qui apportent une série de modifications de nature terminologique au projet de loi. Le Conseil d'Etat marque son accord avec ces adaptations qui, d'un point de vue de technique législative, revêtent également la nature d'un amendement.

Amendement 1

Sans observation.

Amendements 2 et 3

Les amendements sous examen modifient les articles 1er et 6 du projet de loi en complétant l'article 1er(2), alinéa 1er, première phase, de la loi du 8 septembre 2003 sur la violence domestique et le nouvel alinéa 4 de l'article 439 du Code pénal en ce sens que l'expulsion ne comporte pas seulement interdiction pour la personne expulsée de prendre contact avec la personne protégée, mais également avec „les enfants qui cohabitent dans un cadre familial“. Les auteurs des amendements exposent qu'„en cas de violence domestique les enfants sont des victimes directes au même titre que les adultes violentés“. Ils expliquent cette extension de l'interdiction de prendre contact par l'intérêt supérieur de l'enfant et se réfèrent à l'article 19.1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'aux articles 18.3 et 26 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique.

Le Conseil d'Etat note que les amendements sont fondés sur une pétition de principe ou, en termes juridiques, sur une présomption irréfragable que les enfants sont victimes, au même titre que la personne à protéger. Il s'interroge sur la nature du caractère de victime dont les auteurs des amendements font état. Les enfants sont-ils à considérer comme des victimes directes au même titre que la personne qui sollicite la mesure d'expulsion? Sont-ils à considérer comme des victimes par ricochet ou comme des

victimes indirectes? Les enfants ne seraient-ils pas à considérer comme victimes de violences morales ou mentales? Or, le libellé du paragraphe 1er de l'article 1er répond à une logique différente et cela depuis l'adoption de la loi en 2003. Le texte vise expressément et exclusivement le risque d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne. Il n'est pas question d'une violence morale, ni à l'encontre de la victime directe, ni, *a fortiori*, à l'encontre de victimes indirectes.

Il est vrai que dans sa recommandation 1905(2010) l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹ retient, à son tour, la notion de victimes secondaires. Les auteurs des amendements entendent réaliser la protection des enfants victimes par l'extension de l'interdiction pour la personne expulsée de „prendre contact“ avec „les enfants qui cohabitent dans un cadre familial“.

D'un point de vue juridique, cette démarche n'est pas sans soulever des problèmes de précision et de cohérence des textes, de respect du principe de la personnalité des mesures et de proportionnalité.

La future loi comportera deux groupes différents de victimes, la personne victime potentielle d'une infraction au sens de l'article 1er, alinéa 1er, de la loi sur la violence domestique, dont la mise en danger justifie l'expulsion, et un groupe de personnes élargi, englobant les enfants qui cohabitent dans le cadre familial, avec lesquelles la personne expulsée ne pourra plus entrer en contact.

L'article 1er de la loi sur la violence domestique, telle que modifiée par la loi en projet, continuera d'opposer la ou les personnes auteurs potentiels d'infractions et „une personne avec laquelle elles cohabitent“, seule considérée comme victime potentielle. A noter que la loi autrichienne, qui sert de référence à la législation luxembourgeoise, suit, à l'article 38a SPG „Wegweisung und Betretungsverbot bei Gewalt in Wohnungen“ la même logique en mettant en relation „einen Menschen von dem Gefahr ausgeht“ et „ein Gefährdeter“². La loi autrichienne précitée n'inclut d'ailleurs pas les enfants dans le groupe des personnes avec lesquelles tout contact est interdit.

Le Conseil d'Etat considère que, même dans la logique d'une extension de la notion de victime, il y aurait lieu d'apporter des critères de précision et de distinction selon l'âge des enfants, leur lien de parenté avec la victime principale à protéger ou avec l'auteur potentiel d'infractions. Se pose encore la question de savoir s'il ne faudrait pas spécifier l'interdiction de contact, contact physique, par écrit, par moyen de télécommunication etc. Il est vrai que l'examen de tels critères et une décision nuancée et circonstanciée sont difficiles à imaginer au niveau d'une intervention urgente des forces de l'ordre.

Les auteurs des amendements invoquent l'article 19 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'appui de leur choix.

Aux termes de l'article 19(1) de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, les Etats parties „prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées

1 2. L'Assemblée invite donc le Comité des Ministres à charger le Comité *ad hoc* pour prévenir et combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (CAHVIO):

- 2.1. de prendre en compte la question des enfants témoins de violence domestique dans une future convention du Conseil de l'Europe consacrée à la violence à l'encontre des femmes, y compris la violence domestique, comme l'a déjà préconisé l'Assemblée dans sa Recommandation 1847(2008) „Combattre la violence à l'égard des femmes: pour une convention du Conseil de l'Europe“;
- 2.2. d'accorder aux enfants concernés, dans les articles respectifs, un véritable statut de „victimes secondaires“ afin de prendre en compte de façon appropriée, et tenant compte de la perspective de genre, l'impact que des situations de violence domestique peuvent avoir sur eux;

2 Sicherheitspolizeigesetz § 38:

(1) Ist auf Grund bestimmter Tatsachen, insbesondere wegen eines vorangegangenen gefährlichen Angriffs, anzunehmen, es stehe ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit bevor, so sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, einen Menschen, von dem die Gefahr ausgeht, aus einer Wohnung, in der ein Gefährdeter wohnt, und deren unmittelbarer Umgebung wegzuweisen. Sie haben ihm zur Kenntnis zu bringen, auf welchen räumlichen Bereich sich die Wegweisung bezieht; dieser Bereich ist nach Maßgabe der Erfordernisse eines wirkungsvollen vorbeugenden Schutzes zu bestimmen.

(2) Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, einem Menschen das Betreten eines nach Abs. 1 festzulegenden Bereiches zu untersagen; die Ausübung von Zwangsgewalt zur Durchsetzung dieses Betretungsverbotes ist jedoch unzulässig. Bei einem Verbot, in die eigene Wohnung zurückzukehren, ist besonders darauf Bedacht zu nehmen, daß dieser Eingriff in das Privatleben des Betroffenen die Verhältnismäßigkeit (§ 29) wahrt. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, dem Betroffenen alle in seiner Gewahrsame befindlichen Schlüssel zur Wohnung abzunehmen; sie sind verpflichtet, ihm Gelegenheit zu geben, dringend benötigte Gegenstände des persönlichen Bedarfs mitzunehmen und sich darüber zu informieren, welche Möglichkeiten er hat, unterzukommen. Sofern sich die Notwendigkeit ergibt, daß der Betroffene die Wohnung, deren Betreten ihm untersagt ist, aufsucht, darf er dies nur in Gegenwart eines Organs des öffentlichen Sicherheitsdienstes tun.

pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle". L'observation générale n° 13 du Comité des droits de l'enfant précise que la „violence mentale“ comprend le „fait d'être exposé à la violence conjugale“.

A cet égard, le Conseil d'Etat tient à rappeler que le droit luxembourgeois répond à ces impératifs internationaux par la loi du 10 août 1992 sur la protection de la jeunesse. Au titre de cette loi, l'adoption de mesures de protection de mineurs exposés à des risques ou dangers relève du juge de la jeunesse. Si les enfants sont les victimes d'agissements d'un parent qui est, par ailleurs, auteur potentiel de violences domestiques, des mesures sont à prendre au titre de cette loi. Les amendements sous examen relèvent d'une logique de présomption de victimes par ricochet qui cadre mal avec la systématique de la loi précitée de 1992. Une interdiction de contact entre la personne expulsée et ses propres enfants est difficile à envisager sans intervention du juge de la jeunesse.

Dans son premier avis du 8 mars 2011, le Conseil d'Etat avait encore attiré l'attention des auteurs du projet de loi sur l'article 9 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant qui garantit le droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses parents, „à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant“; or, dans l'ordre juridique luxembourgeois, il y a lieu de se référer à la loi sur la protection de la jeunesse.

S'il s'agit de protéger la victime potentielle d'actes de pression par le biais de l'enfant, susceptibles d'émaner de la personne expulsée, la logique est encore différente et l'interdiction de contact avec les enfants n'est pas fondée sur leur qualité de victimes par ricochet ou indirectes. A admettre que les enfants sont victimes au même titre que la personne ayant demandé la mesure de protection, il est inadmissible de faire dépendre la protection des enfants de la seule volonté de la personne à l'origine de la demande d'expulsion, voire d'une réconciliation éventuelle avec la personne expulsée. La protection des enfants ne peut se faire par le biais d'un effet collatéral de la protection de la victime principale et dépendre de l'attitude de celle-ci.

L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales impose aux Etats l'obligation de protéger les individus des atteintes que peuvent porter les tiers à leur intégrité physique et psychique, en particulier lorsqu'il s'agit de personnes vulnérables, victimes de violence familiale. D'autres instruments internationaux vont en ce sens³. En matière de violence domestique, la Cour européenne des droits de l'homme s'est référée tant au droit à la vie qu'à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, d'où une obligation positive de protéger l'intégrité physique et mentale des personnes en particulier lorsqu'il s'agit de personnes vulnérables et d'appliquer de manière effective un dispositif susceptible de réprimer la violence domestique et de protéger les victimes.

Il faut toutefois également relever que l'interdiction de contact avec les enfants constitue une ingérence dans les rapports familiaux et notamment dans le droit du parent expulsé et de l'enfant de ne pas être séparés. Le Conseil d'Etat doute que cette interdiction, qui s'applique d'office, soit dans tous les cas proportionnée au but poursuivi qui est la protection de l'enfant contre d'éventuelles violences. L'interdiction de contact résulterait, en effet, automatiquement de la décision d'expulsion sans prise en considération de la situation particulière en cause et de la question de savoir si l'interdiction envisagée est nécessaire et proportionnelle au but de protection de l'enfant. Or, le critère de proportionnalité est appliqué par la Cour européenne des droits de l'Homme quand elle examine si les autorités d'un Etat ont eu des raisons pertinentes et des motifs suffisants pour prononcer une interdiction de contact à l'égard des enfants. Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard à un arrêt de la Cour européenne des droits

3 Arrêt du 30 novembre 2010, *Hajduova c/ Slovaquie*:

46. As regards respect for private life, the Court has previously held, in various contexts, that the concept of private life includes a person's physical and psychological integrity. Under Article 8 the States have a duty to protect the physical and moral integrity of an individual from other persons. To that end they are to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection against acts of violence by private individuals (see *X and Y v. the Netherlands*, §§ 22 and 23; *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, 25 March 1993, § 36, Series A n° 247-C; *D.P. and J.C. v. the United Kingdom*, n° 38719/97, § 118, 10 October 2002 and *M.C. v. Bulgaria*, n° 39272/98, §§ 150 and 152, ECHR 2003-XII, and most recently the Court's judgment in the case of *A v. Croatia*, n° 55164/08, § 60, 14 October 2010 (not yet final)). The Court notes in this respect that the particular vulnerability of the victims of domestic violence and the need for active State involvement in their protection has been emphasised in a number of international instruments (see the reference to the Court's judgment in the case of *Opuz* at paragraph 27 above and the Court's judgments in *Bevacqua*, §§ 64-65, and *Sandra Janković v. Croatia*, n° 38478/05, § 44-45, ECHR 2009-... (extracts)).

de l'homme dans lequel la Cour a précisément jugé que les restrictions aux contacts entre parents et enfants doivent être proportionnées au but légitime poursuivi (*Andersson c/ Suède*, arrêt du 25 février 1992)⁴. La loi autrichienne précitée insiste d'ailleurs sur ce principe important absent de la loi luxembourgeoise, en relevant la „Verhältnismässigkeit“ entre la mesure d'expulsion et l'„Eingriff in das Privatleben des Betroffenen“.

Le Conseil d'Etat relève encore le caractère peu précis du concept utilisé dans l'amendement qui vise „les enfants qui cohabitent dans un cadre familial“ sans définir le lien juridique entre les enfants et la personne protégée ou la personne expulsée. Il renvoie à la terminologie plus précise du nouvel article 1017-1 du Nouveau Code de procédure civile qui vise „les enfants mineurs de la personne expulsée cohabitant, au moment de l'expulsion, au domicile duquel elle a été expulsée“. Il est vrai que ce texte ne prévoit que la possibilité pour la personne expulsée de rétablir un contact avec ses propres enfants étant entendu qu'elle est frappée de l'interdiction de contact pour la période de l'expulsion. La disposition a toutefois l'avantage de mettre en exergue qu'il y a lieu de prendre en considération les liens juridiques entre les enfants et la personne expulsée.

Au regard de l'absence de précision des dispositions, en particulier de la détermination de la notion de victime, de l'absence de prise en considération du critère de proportionnalité et de l'empiètement sur les compétences du juge de la jeunesse au titre de la loi de 1992, le Conseil d'Etat, sous peine d'opposition formelle, insiste sur l'abandon des amendements 2 et 3 dans la mesure où ils prévoient l'interdiction de prendre contact avec les enfants qui cohabitent dans le cadre familial. Le Conseil d'Etat considère qu'en cas de danger moral pour les enfants, le juge de la jeunesse est appelé à intervenir. Des considérations pratiques relatives à l'existence d'un juge unique en matière de violence domestique ou à un risque de divergence d'approche ne devraient pas s'opposer à ce que le juge de la jeunesse continue à exercer les compétences qui sont les siennes au titre de la loi, sans se voir lié ou limité, dans la pratique, par des mesures d'expulsion entraînant une interdiction de contact décidées d'ailleurs sans l'intervention de tout juge.

Le Conseil d'Etat rappelle encore la position exprimée dans ses avis antérieurs mettant en garde contre une multiplication des instances juridictionnelles intervenant au regard des enfants.

Amendements 4 et 5

Sans observation.

Amendement 6

Le Conseil d'Etat ne voit pas la nécessité de l'amendement. La notion de clé vise tous les mécanismes d'ouverture des portes. Le Conseil d'Etat renvoie à l'article 487 du Code pénal sur les fausses clés qui vise expressément les clés électroniques.

Amendements 7 et 8

Sans observation.

Amendement 9

L'amendement 9 rétablit la version initiale du projet de loi modifiant l'article 1017-1 du Nouveau Code de procédure civile en ce sens que le président du tribunal d'arrondissement peut prendre des mesures provisoires en matière de droit de visite et d'hébergement des enfants mineurs de la personne expulsée.

Dans son avis du 8 mars 2011, le Conseil d'Etat s'était interrogé „sur le nouveau paragraphe 2 qu'il est envisagé d'introduire à l'article 1017-1. Les questions de droit de visite et d'hébergement relèvent de la compétence exclusive du juge de la jeunesse ou du juge du divorce“. Il avait renvoyé „à son examen de l'article 25bis des amendements gouvernementaux au projet de loi portant modification de la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse, objet de la partie II du présent

⁴ Dans l'affaire *Andersson c/ Suède*, une mère et son fils se plaignaient d'une sévère limitation à leur droit de visite et à l'interdiction de tout contact par lettre ou par téléphone pendant une période qui dura au moins dix-huit mois. Malgré la pertinence des raisons avancées par les autorités – l'enfant risquait de s'enfuir du centre de traitement et de se soustraire au traitement requis –, la Cour refusa de leur reconnaître un caractère suffisant pour justifier les sévères mesures imposées et conclut à une violation de l'article 8 (Résumé de l'affaire extrait du Guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, p. 58, publié sur le site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme).

avis. En toute logique, cette nouvelle disposition de l'article 25bis de la loi du 10 août 1992 devrait entraîner la suppression du paragraphe 2 nouveau de l'article 1017-1 du Nouveau Code de procédure civile, sous examen et de la disposition inscrite à l'avant-dernier tiret de l'article 1017-8 du Nouveau Code de procédure civile⁴.

Le Gouvernement, dans ses amendements du 11 novembre 2011, avait suivi le Conseil d'Etat et abrogé le paragraphe 2 en considérant ce qui suit: „Dans la mesure où toutes les dispositions ayant trait à un éventuel droit de visite ou de garde des enfants ont été intégrées dans la législation sur la protection de la jeunesse, le Gouvernement suit le Conseil d'Etat dans son raisonnement qui recommande que les questions relatives au droit de visite et d'hébergement des enfants de la personne expulsée et de la personne protégée relèvent de la compétence exclusive du juge de la jeunesse. Il propose en conséquence de supprimer le paragraphe (2) de l'article. Ces questions seront dorénavant réglées par la nouvelle disposition de l'article 25bis de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse“.

La commission parlementaire revient sur cet amendement sans se prononcer sur la question fondamentale de l'articulation des compétences entre le juge de la jeunesse, le juge du divorce et le juge du référé et en invoquant comme seul argument l'intérêt supérieur de l'enfant.

Le Conseil d'Etat a du mal à suivre les auteurs de l'amendement et ne peut que proposer de revenir aux amendements gouvernementaux. Il rappelle que, dans son avis du 8 mars 2011, il s'était réservé le droit de refuser la dispense du second vote constitutionnel si l'incohérence juridique entre les dispositions des articles 1017-1, paragraphe 2, et 1017-8, 8e tiret du Nouveau Code de procédure civile investissant le président du tribunal d'arrondissement de la compétence pour prendre des mesures concernant les enfants et l'article 25bis consacrant la compétence du juge de la jeunesse pour toute mesure destinée à protéger les enfants était maintenue. Le Conseil d'Etat maintient l'analyse qu'il a faite dans son avis du 8 mars 2011.

Il s'interroge encore sur la suppression de la référence aux parties qui peuvent demander au président de fixer des mesures en matière de droit de visite et d'hébergement. Est-ce à dire que le président peut, voire doit, agir d'office? Dans une optique de droits de la défense, cette question devrait être débattue devant le juge. La suppression du paragraphe 2, proposé par les auteurs des amendements, s'impose d'autant plus au regard de cette dernière observation.

Amendement 10

L'amendement 10 abroge le chapitre 4 du projet de loi initial portant modification de l'article 24, paragraphe 5, du Code d'instruction criminelle. Le commentaire relève que la commission parlementaire „en sa majorité, (...) s'est prononcée pour l'exclusion de la médiation dans les cas où une mesure d'expulsion est ordonnée. Or, le caractère général de la loi pénale ne permet pas de prévoir une solution se limitant à la seule infraction de la violence domestique. La Commission, dans sa majorité, renvoie aussi à la possibilité de recourir dans une phase ultérieure à la médiation familiale mieux adaptée“.

Le Conseil d'Etat avait marqué son accord avec la version initiale du projet de loi. Il reconnaît toutefois que la question de l'exclusion de la médiation dans le cadre de violences domestiques relève d'un choix de politique criminelle appartenant au législateur.

Amendement 11

La modification proposée s'inscrit dans la logique de l'extension de la mesure de protection aux enfants. Le Conseil d'Etat rappelle que l'article 1er de la loi sur la violence domestique continuera à viser „une personne“ à protéger et il renvoie à ses observations à l'endroit des amendements 2 et 3.

Amendement 12

Sans observation.

Amendement 13

L'amendement procède encore de la logique que les enfants pourraient être parties à la procédure devant le président du tribunal d'arrondissement.

Au regard de son opposition formelle concernant les amendements 2 et 3, le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité et sur la pertinence d'un renvoi exprès à l'article 388-1 du Code civil qui de toute manière est applicable dans toute procédure concernant un mineur.

Amendements 14 et 15

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 4 juin 2013.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Victor GILLEN

