

N° 4801⁷**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2001-2002

PROJET DE LOI

sur la violence domestique portant modification

- 1) de la loi du 31 mai 1999 sur la police et l'inspection générale de la police;
- 2) du code pénal;
- 3) du code d'instruction criminelle;
- 4) du nouveau code de procédure civile et
- 5) du code civil

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(4.6.2002)

Par dépêche en date du 30 mai 2001, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique.

Au texte du projet de loi, élaboré par la ministre de la Promotion féminine, étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Le 26 novembre 2001, le Conseil d'Etat s'est vu transmettre les avis de la Chambre de commerce, de la Chambre des employés privés et de la Chambre de travail, ainsi que l'avis de l'asbl Femmes en détresse.

Le Conseil d'Etat, suite à sa demande, s'est vu communiquer en date du 3 décembre 2001 les avis des autorités judiciaires sur le projet de loi sous examen, suivis, le 19 avril 2002, d'un complément d'avis de la Cour supérieure de Justice.

Finalement, par dépêche du 19 décembre 2001, les avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics et de la Chambre des métiers ont été transmis au Conseil d'Etat.

*

Le projet de loi aborde un phénomène sur lequel l'attention du grand public n'est en général attirée que s'il se manifeste sous forme d'actes extrêmes, qualifiés alors de „dramas familiaux“. Faits divers parmi tant d'autres, ces drames familiaux n'arrivent guère à susciter une prise de conscience générale sur le drame que vivent au quotidien tant de personnes, et il s'agit en grande partie de femmes, du fait qu'elles sont victimes de „violences domestiques“. L'expression allemande de „häusliche Gewalt“ caractérise peut-être encore mieux le phénomène dont s'agit, et surtout la réaction à ce phénomène: „In unserer Werte- und Rechtsordnung gilt die Sphäre des Privaten, gelten persönliche Beziehungen und persönlicher Lebens- bzw. Wohnraum, als besonders schutzwürdig. Der Schutz der Privatsphäre soll Freiraum schaffen für die individuelle Lebensgestaltung.“ (*Ein Interventionsprogramm für Rheinland-Pfalz, Neue Wege des Opferschutzes in engen sozialen Beziehungen, Tagung vom 10. Februar 2000 im Kurfürstlichen Schloss in Mainz*) Les violences domestiques constituent une perversion de ce domaine de liberté individuelle. Malheureusement, trop souvent, les témoins directs ou indirects de telles exactions (voisins, amis, etc.), sous prétexte de ne pas vouloir s'immiscer dans la vie privée d'autrui, préfèrent se taire. Il en découle que les affaires de violences domestiques qui éclatent au grand jour ne constituent que la pointe de l'iceberg. Il est significatif de constater qu'on estime par exemple en République fédérale d'Allemagne „dass fast jede dritte Frau durch ihren Ehemann/Partner Gewalt

erfährte“ (symposium de Mayence, précité), étant précisé que le terme „violences“ ne recouvre pas seulement les violences physiques, mais toutes formes de violences qui portent atteinte à la liberté individuelle des victimes, à leur dignité et à leur droit de disposer d’elles-mêmes (*Résolution du Parlement européen du 11 juin 1986*).

Si certaines manifestations de la violence sont aujourd’hui ressenties comme particulièrement préoccupantes, et sont en tant que telles analysées – on peut citer la violence lors de manifestations sportives, la violence à l’école, ou encore l’évolution générale de la criminalité pour faits de violence et son incidence sur la situation, objective et subjective, en matière de sécurité – la violence à l’intérieur de la famille n’est pas le premier sujet de préoccupation, bien qu’il soit possible, sans grand risque de se tromper, d’affirmer que c’est la forme de violence la plus répandue (*Revue internationale de criminologie et de police technique, 1990, p. 402*). Le projet de loi sous avis a très certainement le mérite de tenter de susciter une prise de conscience généralisée du phénomène, condition indispensable à la prévention et à la répression de cette forme de violence.

Les auteurs du projet de loi entendent développer un concept global pour réagir contre les violences domestiques.

Ce concept global se caractérise par plusieurs points forts:

- 1) Au niveau de l’intervention policière, c’est la mesure d’expulsion de l’auteur des violences domestiques qui constitue l’innovation la plus incisive. A signaler encore la base de données spéciale à créer, en vue de mieux cibler l’intervention policière. Finalement, et ce n’est pas le moindre aspect de la loi en projet, l’accent est mis sur une collaboration active entre la Police et d’autres intervenants sociaux.
- 2) Au niveau du code d’instruction criminelle, il est proposé de modifier la définition de l’infraction flagrante, à l’effet de permettre à la Police d’accéder au domicile, qui est normalement le lieu où se commettent les violences domestiques.
- 3) Au niveau du Nouveau code de procédure civile, il est prévu d’introduire des procédures d’urgence à l’effet de prononcer une interdiction de retour au domicile consécutive à l’expiration de la mesure d’expulsion policière, ou à l’effet d’enjoindre à une personne de quitter le domicile, avec interdiction d’y retourner, ou encore à l’effet de prononcer à l’encontre d’une personne des injonctions ou interdictions en raison de son comportement à l’encontre d’un proche, destinées à éviter tout contact avec ce dernier.
- 4) Au niveau du code pénal, les auteurs du projet de loi entendent introduire des circonstances aggravantes qui viendraient se greffer sur les infractions relevant des violences domestiques, pour ainsi permettre une appréhension spécifique, par le droit pénal, des violences domestiques.
- 5) L’aide aux victimes constitue enfin un volet important du projet de loi sous avis.

Les auteurs du projet de loi partent de la prémisse que les moyens légaux existants sont insuffisants pour garantir une prévention et une répression adéquate de la violence au sein des familles.

Il est vrai qu’il n’existe pas de politique d’ensemble au niveau législatif qui permettrait d’appréhender spécifiquement la violence intrafamiliale. Le Conseil d’Etat est toutefois à s’interroger s’il n’aurait pas été plus opportun, avant d’engager le processus législatif, de réunir tous les acteurs, associés d’une manière ou d’une autre à la lutte contre cette forme de violence, aux fins d’inventorier les moyens actuellement disponibles pour y faire face, d’analyser les déficiences constatées, et de proposer des solutions ou des alternatives pour y remédier. Il aurait ainsi été possible de développer une stratégie, qui aurait permis d’orienter plus précisément l’intervention du législateur.

L’exposé des motifs procède bien à l’inventaire de l’arsenal législatif existant, en en relevant les points faibles. On peut toutefois regretter que les auteurs du projet se limitent le plus souvent à un constat des faiblesses, sans approfondir ni les raisons à leur origine, ni les voies et moyens (autres qu’une intervention du législateur) pour y remédier. Il ne faudrait pas que les ambitions des auteurs du projet de loi soient déjouées, parce que sur le terrain les acteurs impliqués dans leur réalisation ne sont pas à même d’y satisfaire, ou ne le seront qu’après une période d’adaptation plus ou moins longue.

EXAMEN DES TEXTES

Intitulé du projet de loi

Quant à l'intitulé, le Conseil d'Etat renvoie à l'observation qu'il formulera à l'endroit des articles VII et XI du projet.

Article 1er

Ainsi que le Conseil d'Etat l'a relevé dans la partie générale de son avis, une des innovations les plus incisives du projet de loi sous avis consiste dans la possibilité, pour la Police, d'expulser „de leur domicile et de ses environs immédiats les personnes contre lesquelles existent des indices graves, précis et concordants qu'elles vont commettre à l'égard d'une personne proche avec laquelle elles cohabitent une infraction visée à l'article 375, 393, 394, 395, 396, 401*bis* ou 409 du Code pénal“.

A l'origine de la nouvelle disposition, il y a le constat qu'en particulier les femmes, victimes de violences domestiques, sont actuellement le plus souvent (hormis les hypothèses où un internement de l'auteur peut être envisagé) réduites à fuir leur domicile et à se réfugier auprès d'amis, de membres de leur famille ou d'institutions spécialisées (foyers pour femmes battues par exemple). Si elles ne peuvent pas s'y résoudre, en raison notamment des conséquences pratiques multiples qu'une telle décision risque d'avoir pour elles-mêmes et le cas échéant pour leurs enfants, elles resteront à la merci de l'auteur des violences domestiques. Le Conseil d'Etat de citer dans ce contexte un projet pilote initié à Berlin en 1994 qui retient, en retraçant la situation de départ à l'origine de ce projet pilote (étant précisé que l'approche est essentiellement axée sur les violences à l'encontre des femmes): „Für die Täter selbst bleiben ihre Gewalttätigkeiten gegen Frauen meist ungeahndet und ohne Folgen, während die betroffenen Frauen und ihre Kinder in Frauenhäusern und Zufluchtswohnungen Schutz suchen, ihren Lebensraum verlassen, Schule und Kindertagesstätte wechseln müssen und häufig genug ihre Arbeit verlieren.“

La nouvelle disposition s'inspire de la législation autrichienne, en l'espèce l'article 38a Sicherheitspolizeigesetz: le paragraphe 1er de cet article dispose: „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.“

Cette nouvelle mesure préconisée par les auteurs du projet de loi tient par ailleurs compte d'une donnée fondamentale, formulée ainsi par le projet pilote initié à Berlin, dont déjà question ci-dessus: „Die Polizei hat eine besondere Bedeutung, denn sie ist meist die erste Institution, die zur Intervention bei häuslicher Gewalt eingeschaltet wird. An der Reaktion der Polizeibeamtinnen messen misshandelte Frauen und männliche Gewalttäter, wie sich „Gesetzesvertreterinnen“ ihnen und deren Straftat gegenüber verhalten.“ Les auteurs du projet de loi rejoignent cette analyse en relevant que „l'intervention policière en matière de violence domestique a une forte signification symbolique, puisqu'elle constitue chronologiquement la première réaction des autorités publiques à la violence domestique. Dans le cadre de la lutte contre la violence domestique, il est donc important de la rendre plus efficace en responsabilisant le coupable et non plus la victime“.

Le Conseil d'Etat retient que l'intervention policière est actuellement jugée trop peu efficace, voire inefficace.

Cette inefficacité de l'intervention policière n'est pas spécifique à la situation luxembourgeoise; on peut retenir, à titre d'illustration, des exemples tirés de la pratique à l'étranger:

- les policiers appelés sur les lieux se comportent souvent de façon passive (*Revue internationale de criminologie et de police technique, 1990, Causes, prévention et contrôle de la violence, Résumé du rapport de la Commission allemande sur la prévention et la répression de la violence, pp. 369 à 437, spécialement p. 434*), se cantonnant dans ce que l'exposé des motifs qualifie de „Streitschlichtung“;

l'approche du phénomène par les policiers se révèle souvent inappropriée: „bei der häufig verwendeten Formulierung „Familienstreitigkeiten“ als Einsatzauftrag kommt nicht zum Ausdruck, dass Gewalt und damit auch Straftaten vorliegen. So besteht die Gefahr, dass Tat und Täter unterschätzt und das Opfer ... gefährdet wird.“ (*Berliner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt*)

Les déficiences constatées au niveau de l'intervention policière semblent en tout cas avoir un point commun: les policiers s'estiment le plus souvent dépassés (*Revue Internationale de criminologie et de police technique*, 1990, précitée), ce qui s'explique en règle générale par un manque de formation. Aussi y a-t-il consensus, à l'étranger, sur la nécessité d'une telle formation spécifique des policiers (*Berliner Interventionsprojekt*, précité: „in der polizeilichen Aus- und Fortbildung steht eine intensive und zusammenhängende Beschäftigung mit den Ursachen und Folgen, der Dynamik und der angemessenen Intervention darauf, bisher noch aus“; *Revue de science criminelle*, 1998, p. 660, *Notes bibliographiques*, Violences en famille in Les Cahiers de la sécurité intérieure: les difficultés de l'intervention de la police nécessitent une amélioration de la formation des policiers).

L'introduction de la mesure d'expulsion, telle que préconisée par le projet de loi sous avis, n'est donc à elle seule pas de nature à accroître l'efficacité de l'intervention policière. Une formation adéquate des policiers apparaît à cet égard comme une condition préalable et indispensable (étant précisé que la nécessité d'une formation adéquate ne se limite pas aux seuls policiers).

L'aspect „formation“ est indissociable de l'aspect „conditions d'application“ de la mesure d'expulsion envisagée. Pour que la mesure en question puisse être légitimement appliquée par les policiers, il faut des critères précis.

Le Parquet général a plus particulièrement abordé, dans son examen de la conformité de la mesure envisagée au regard des dispositions pertinentes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la justification de la mesure. Force est de constater que le texte, dans sa teneur actuelle, risque de placer les policiers dans une situation identique à celle qui existe déjà actuellement, et qui a été esquissée ci-dessus: les policiers se sentiront très souvent dépassés par la tâche que le législateur entend leur confier.

Le passage clé du texte sous examen se lit comme suit: la Police ... „expulse de leur domicile et de ses environs immédiats les personnes contre lesquelles existent des indices graves, précis et concordants qu'elles vont commettre à l'égard d'une personne proche avec laquelle elles cohabitent une infraction visée à l'article 375, 393, 394, 395, 396, 401bis ou 409 du Code pénal“.

Toute la difficulté provient du fait que les auteurs du projet de loi entendent autoriser la Police à prendre à l'encontre d'une personne une mesure individuelle qui relèverait de la police administrative, en l'obligeant cependant à procéder au préalable à une appréciation de la situation qui relève en définitive de l'exercice de la police judiciaire: il existe un certain parallélisme avec l'article 39 du code d'instruction criminelle, qui permet de retenir une personne contre laquelle il existe des indices graves et concordants de nature à motiver une inculpation. On entend en l'espèce imposer aux policiers de relever des indices graves, précis et concordants d'une possible future inculpation de la personne à expulser, puisque la mesure d'expulsion est à justifier au regard de l'imminence d'une infraction déterminée ou du moins d'une infraction relevant des „lésions corporelles volontaires“. Dans leurs avis, les procureurs d'Etat de Diekirch et de Luxembourg, qui, d'après le texte sous examen, seraient appelés à devoir autoriser les mesures d'expulsion, ont parfaitement illustré les difficultés d'application du texte sous examen. Les critères fixés ne délimitent qu'en apparence le pouvoir que les auteurs du projet de loi entendent voir confier à la Police, et ne seront en définitive guère de nature à guider de manière objective l'action préventive de la Police. L'application ou la non-application de la mesure envisagée risque en conséquence d'être fonction d'une appréciation essentiellement subjective.

Aux yeux du Conseil d'Etat, une application du texte sous examen, conciliant les impératifs de la prévention et de la garantie des libertés individuelles, risque donc de se révéler malaisée. L'intervention contraignante de la Police ne doit pas devenir arbitraire; or ce risque est réel, si l'intervention de la Police ne peut pas s'appuyer sur une réalité concrète, qui en tant que telle est perceptible par tous.

En faisant le rapprochement avec l'article 45 du code d'instruction criminelle, qui autorise également la Police à prendre une mesure coercitive, relevant des missions de prévention de la Police, à l'encontre d'une personne à l'égard de laquelle il existe un indice faisant présumer qu'elle se prépare à commettre une infraction, il y a lieu de retenir que le pouvoir „accordé à la Police n'est pas abandonné à une appréciation arbitraire des agents de la Force publique; bien au contraire il faut que l'indice qui, d'après Littré se définit „comme signe apparent qui indique avec probabilité“, présente un caractère objectif et concret qui ... fait présumer qu'une personne se prépare à commettre un crime ou un délit“ (*conclusions du Procureur général d'Etat sous Cass. 22 avril 1993, Pasicrisie 29, pp. 209 et ss.*).

Au regard des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat propose en premier lieu de s'orienter davantage sur le texte de l'article 45 précité. Il recommande encore de faire abstraction d'un renvoi à

des incriminations spécifiques comme le viol, le meurtre, l'assassinat, le parricide, l'infanticide, les violences et privations d'aliments ou de soins envers des enfants âgés de moins de 14 ans accomplis, et même d'un renvoi générique au nouvel article 409 à introduire au code pénal. Il y aurait lieu de se limiter, de manière plus réaliste, à la prévention d'une infraction imminente contre la vie ou l'intégrité physique d'une autre personne.

Il reste que la nouvelle disposition, même amendée de la manière préconisée par le Conseil d'Etat, risque de ne pas couvrir toutes les hypothèses qui sont susceptibles de se présenter. Les auteurs partent de la prémisse que la mesure d'expulsion est de nature à prévenir qu'une personne devienne victime de violences domestiques. Qu'en est-il si entre le moment où la Police est alertée et son arrivée sur les lieux, l'auteur est passé à l'acte? Les situations concrètes auxquelles la Police sera confrontée risquent de ne pas rentrer dans un schéma unique. Aussi le Conseil d'Etat donne-t-il à considérer s'il ne faudrait pas élargir quelque peu ledit schéma, quitte à ce que les contours en deviennent de ce fait plus flous.

Le Conseil d'Etat fera une proposition en ce sens. Si la Chambre des députés se ralliait à l'approche du Conseil d'Etat, il y aurait lieu de maintenir l'intervention des procureurs d'Etat, dans la mesure où il ne serait plus possible de faire toujours une distinction nette entre police administrative et police judiciaire.

*

Le Conseil d'Etat estime ensuite qu'il y a lieu de restreindre le cercle des victimes potentielles.

La loi autrichienne semble protéger „jede in einer Wohnung oder einem Haus wohnende Person (z.B. Ehefrau, Lebensgefährtin, Kinder, Verwandte, aber auch Untermieterin, Mitbewohnerin, usw.)“. Cette loi distingue toutefois „Wegweisung“ au sens de l'article 38a, paragraphe 1er et „Betretungsverbot“ au sens de l'article 38a, paragraphe 2. „Bei einem Verbot, in die eigene Wohnung zurückzukehren, ist besonders darauf Bedacht zu nehmen, dass dieser Eingriff in das Privatleben des Betroffenen die Verhältnismässigkeit wahrt.“

Le texte sous avis ne fait pas cette distinction: l'expulsion emporte l'interdiction pour la personne expulsée d'entrer dans son domicile. Si on élargit par trop le cercle des personnes à protéger, il devient d'autant plus difficile d'évaluer objectivement et partant de respecter l'exigence de proportionnalité, qui doit être considérée comme sous-jacente, même si elle n'est pas consacrée expressément.

Le Conseil d'Etat considère dès lors qu'il y a lieu de restreindre le cercle des proches aux personnes suivantes: le conjoint ou la personne avec laquelle l'„auteur“ vit habituellement, les ascendants et les descendants légitimes, naturels ou adoptifs de ce même „auteur“. Une extension au-delà de ces proches risque de placer les agents de la Police dans des situations extrêmement délicates, puisqu'ils seront appelés à régler des situations dont ils ne sont le plus souvent pas à même de connaître tous les tenants et aboutissants, et ils risquent en définitive d'être amenés à devoir arbitrer des intérêts divergents à la base d'une situation conflictuelle déterminée.

Le Conseil d'Etat part de toute façon de l'idée que la mesure d'expulsion aura vocation à s'appliquer, sinon exclusivement, du moins prioritairement, si a) il y a un conjoint ou un partenaire de la personne à expulser et b) si ce conjoint ou ce partenaire est, directement ou indirectement, une victime potentielle à protéger. On voit en effet mal la Police expulser une personne à l'égard de laquelle il existe des indices qu'elle se prépare à commettre une infraction à l'encontre de ses enfants mineurs ou de ses ascendants âgés, si par ailleurs cette personne vit seule avec ses enfants ou ses parents, et que les proches dont s'agit ne sont pas à même de pourvoir seuls à leur entretien. D'un autre côté, la mesure d'expulsion risque de se révéler inefficace, si le conjoint ou le partenaire de la personne à expulser a toléré les agissements de celle-ci, sans pouvoir se réclamer d'une situation (intimidations physiques ou psychiques, par exemple) qui pourrait expliquer son comportement, puisque, dans pareille hypothèse, la mesure d'expulsion ne modifierait pas fondamentalement la situation des proches à protéger.

*

La mesure d'expulsion est à considérer comme une mesure d'urgence. A ce titre, elle doit pouvoir être décrétée alors même que la victime potentielle n'en demande pas l'application.

D'un autre côté toutefois, la mesure d'expulsion doit rester une mesure essentiellement provisoire: elle est destinée en tout premier lieu à prévenir dans l'immédiat une infraction. Une fois la situation de crise aiguë désamorcée, c'est à la victime potentielle d'entreprendre elle-même les démarches néces-

saires pour se protéger, avec l'aide au besoin d'un service d'assistance aux victimes de violences domestiques. Et à cet égard les juridictions civiles ont un rôle déterminant à jouer: „Für Opfer häuslicher Gewalt ist das Zivilrecht von grosser Bedeutung, weil sie hier selbst rechtliche Massnahmen zu ihrem Schutz ergreifen können.“ (projet pilote initié à Berlin)

Le Conseil d'Etat estime donc qu'il y a lieu de limiter dans le temps les effets de la mesure d'expulsion. Pour tenir compte du fait que des situations conflictuelles peuvent se présenter notamment en fin de semaine, il propose de limiter les effets de la mesure d'expulsion à 3 jours.

Pour permettre cependant à la victime de bénéficier d'une protection au-delà de ce délai, le Conseil d'Etat proposera de prévoir tout d'abord une prolongation moyennant ordonnance sur requête, sans débat contradictoire, cette procédure unilatérale pouvant ensuite être relayée par une procédure contradictoire, sur opposition de la personne expulsée.

En ce qui concerne le champ d'application matériel de la mesure, le Conseil d'Etat recommande de se limiter à une mesure „réelle“, ne visant que le domicile et ses dépendances. La définition d'un „rayon de sécurité“, qui relève plus d'une mesure „personnelle“ destinée à éviter le contact entre l'„auteur“ et sa „victime“, risque de se révéler non seulement malaisée, mais aussi peu efficace, alors qu'elle n'empêche pas la personne expulsée d'aborder les proches en des endroits non sécurisés. Le Conseil d'Etat estime qu'il n'est pas possible de régler au titre d'une mesure d'urgence tous les aspects d'une situation conflictuelle. Il faut parer au plus pressé, sans cependant prétendre à vouloir couvrir tous les aspects. Si vraiment une personne expulsée présente un tel risque pour ses proches, la question se pose de toute façon si la mesure d'expulsion constitue le remède adéquat.

Le Conseil d'Etat signale dans ce contexte que le domicile au sens de la loi en projet ne devrait pas se confondre nécessairement avec le domicile légal. Autrement, il ne serait pas possible d'appréhender des situations où la personne à expulser a un domicile autre que l'habitation où elle est susceptible d'exercer des violences.

*

S'agissant des modalités d'exécution de la mesure d'expulsion, le Conseil d'Etat estime en premier lieu indispensable de prévoir qu'un procès-verbal sera dressé par la Police. Cette exigence s'impose ne fût-ce que pour des raisons d'ordre pratique: il n'y a pas lieu d'oublier en effet que sur base de l'organisation actuelle de la Police, les centres d'intervention seront amenés à connaître des situations conflictuelles visées par le texte sous avis ainsi que du suivi des mesures d'expulsion. Il faudra donc que les agents appelés sur les lieux pour assurer au besoin le suivi – et ce ne seront pas nécessairement les mêmes que ceux qui ont ordonné l'expulsion – soient à même de connaître exactement dans quelles circonstances la mesure d'expulsion a été ordonnée. Ensuite, et au vu de la proposition que fera le Conseil d'Etat quant à une prolongation de la mesure de protection par le biais d'une procédure unilatérale, le magistrat appelé à prolonger cette mesure doit pouvoir asseoir sa décision sur un minimum de données: le procès-verbal devrait lui fournir à cet égard des éléments d'appréciation pour prendre une décision. Enfin, l'établissement d'un procès-verbal s'impose encore, compte tenu du fait que les auteurs du projet de loi entendent incriminer pénalement la violation, par la personne expulsée, de l'interdiction d'entrer dans son domicile.

Le Conseil d'Etat recommande de limiter le recours à la force à la seule exécution première de la mesure ordonnée. Il y aurait donc lieu de se limiter à autoriser la Police à faire déguerpir, au besoin par la force, la personne expulsée qui refuse d'obtempérer. A l'encontre d'une personne expulsée qui chercherait à gagner de nouveau accès au domicile, en violation notamment des dispositions du nouvel article 439 du code pénal, il y aurait lieu d'appliquer les dispositions de l'article 39 du code d'instruction criminelle (rétention). Le Conseil d'Etat proposera d'ailleurs, à l'effet de permettre au besoin une plus large application des dispositions de l'article 39 précité, d'incriminer la tentative d'infraction aux nouvelles dispositions à insérer à l'article 439 du code pénal.

Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat propose de libeller comme suit l'article 1er:

„Art. 1er. (1) Dans le cadre de ses missions de prévention des infractions et de protection des personnes, la Police, avec l'autorisation du procureur d'Etat, expulse de leur domicile et de ses dépendances les personnes contre lesquelles il existe des indices qu'elles se préparent à commettre à l'égard d'une personne proche avec laquelle elles cohabitent une infraction contre la vie ou

l'intégrité physique, ou qu'elles se préparent à commettre à nouveau à l'égard de cette personne, déjà victime, une infraction contre la vie ou l'intégrité physique.

Sont à considérer comme personne proche au sens du présent article le conjoint ou la personne avec laquelle la personne qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion vit habituellement, ses ascendants et ses descendants légitimes, adoptifs ou naturels.

La personne qui fait l'objet d'une mesure d'expulsion ne peut exciper d'éventuels droits réels ou personnels par rapport au domicile pour s'opposer à la mesure.

(2) L'expulsion emporte interdiction pour la personne expulsée d'entrer au domicile et à ses dépendances.

La Police donne à la personne qui fait l'objet de la mesure d'expulsion la possibilité d'emmener les objets personnels dont elle a un besoin urgent.

La personne faisant l'objet de la mesure d'expulsion est informée que si elle s'introduit ou tente de s'introduire dans son domicile ou ses dépendances nonobstant la mesure d'expulsion, elle est susceptible de s'exposer aux sanctions pénales prévues par l'article 439 du code pénal.

Si la nécessité se présente pour la personne expulsée d'entrer au domicile ou à ses dépendances, nonobstant l'interdiction visée à l'alinéa premier, elle ne peut le faire qu'en présence d'un agent de la Police.

(3) La personne expulsée est tenue de remettre à la Police toutes les clés donnant accès au domicile et à ses dépendances.

Elle indique à la Police les coordonnées où elle peut être jointe.

Si la personne expulsée ne peut ou ne veut fournir ces coordonnées, elle est réputée faire une élection de domicile à l'administration communale du lieu du domicile.

(4) Lorsque l'intéressé refuse d'obtempérer volontairement à la mesure d'expulsion ordonnée, la Police est autorisée à l'expulser au besoin par la force.

(5) L'expulsion fait l'objet d'un procès-verbal à dresser incontinent par les agents de la Police et à transmettre au procureur d'Etat. Ce procès-verbal mentionne notamment:

- les indices à la base de la mesure d'expulsion;
- le jour et l'heure de la mesure ordonnée;
- les coordonnées fournies par la personne expulsée permettant de la joindre.

Si l'exécution de la mesure ordonnée a dû être assurée par la force, il en est fait mention au procès-verbal.

Le procès-verbal mentionne toutes autres déclarations que la personne expulsée entend faire.

Le procès-verbal est présenté à la personne expulsée pour signature. Copie lui est remise. En cas de refus de signer, ou en cas de refus d'accepter la remise de la copie, mention est faite du refus et des motifs de celui-ci.

Copie du procès-verbal est également remise à la personne proche à protéger. Si cette personne, pour des motifs de fait ou de droit, n'est pas à même de se voir remettre une copie, et s'il n'y a aucune autre personne à même de recevoir la copie en lieu et place de la personne proche à protéger, mention en est faite.

(6) La mesure d'expulsion produit ses effets durant un laps de temps qui expire à 24 heures le troisième jour qui suit celui où la mesure a été ordonnée, sous réserve des dispositions de l'article 1017-2 du Nouveau Code de procédure civile.

A l'expiration de la mesure d'expulsion ordonnée, et en l'absence d'une interdiction d'entrée au domicile prononcée sur base des articles 1017-1 à 1017-5 du Nouveau Code de procédure civile, la Police restitue les clés à l'intéressé qui les réclame. Cette restitution ne peut en tout état de cause intervenir que le surlendemain du jour où la mesure d'expulsion doit normalement prendre fin."

Article II

Les auteurs du projet de loi entendent mettre l'accent sur une appréhension intégrée du phénomène de la violence domestique. Il s'agit de garantir aux victimes non seulement une intervention policière,

mais encore une assistance par d'autres services. A ce titre, la Police doit informer un service d'assistance aux victimes de violence domestique de la mesure d'expulsion, et communiquer à ce service l'adresse et l'identité de la personne protégée. Le Conseil d'Etat souscrit à cette approche, quitte à ce qu'il faudra que les uns et les autres apprennent à collaborer, compte tenu de leurs rôles respectifs, dans une approche convergente. Là encore un travail de formation semble indispensable. Ceci étant, il n'y a pas lieu de confondre les rôles respectifs de la Police et des services sociaux: la Police ne doit pas être une assistante sociale, et les assistants sociaux ne doivent pas non plus être des auxiliaires de la Police (*Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1997, pp. 195 et ss., Police et assistance sociale, par Guy-Olivier Segond). Le Conseil d'Etat recommande en conséquence de libeller la dernière phrase de l'alinéa 3 de l'article II sous rubrique comme suit:

„... Les activités de l'organisme doivent s'effectuer en collaboration (concertation) avec la Police, les instances judiciaires et autres instances étatiques compétentes, compte tenu de la spécificité des rôles qui leur sont respectivement dévolus, ainsi que dans le respect de la volonté et de la dignité de la personne protégée.“

Le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu de faire de cette obligation une condition à l'obtention ou au maintien de l'agrément: ce ne sont pas seulement les organismes tombant dans le champ d'application de la loi du 8 septembre 1998, dite loi ASFT, qui devront apprendre à travailler ensemble avec la Police, et/ou les autorités judiciaires ou étatiques. Compréhension mutuelle et collaboration seront également requises de la part des acteurs étatiques impliqués, ce qui implique tout un processus d'adaptation de part et d'autre à l'effet d'arriver à une approche convergente de la problématique. Il n'y a pas lieu de tenter de forcer ce processus par un texte contraignant, et encore moins de mettre à charge d'un seul des acteurs concernés le fardeau de la réussite dudit processus.

S'agissant de l'alinéa 4 de l'article sous examen, le Conseil d'Etat préconise d'étendre l'obligation au secret professionnel à „toute personne qui, à un titre quelconque, participe aux activités d'un service d'assistance aux victimes de violence domestique, obtient ou reçoit communication de données personnelles en application ...“. Il est par ailleurs suggéré de faire abstraction de la dernière phrase de l'alinéa 4. Outre le fait que cette disposition s'articule difficilement avec l'article 4, alinéa 3 de la loi du 8 septembre 1998 (le retrait de l'agrément ne peut en principe intervenir qu'après une mise en demeure du ministre invitant l'organisme concerné à se conformer à la loi ou à ses dispositions d'exécution), la disposition dont s'agit se caractérise par son flou: qu'est-ce qu'une violation répétée du secret professionnel? (deux fois, trois fois ou plus, sur une période de référence déterminée ou sans considération du temps qui s'est écoulé depuis une précédente violation?) Un retrait de l'agrément est-il possible alors même que l'organe qualifié pour la gestion n'a en tant que tel pas connaissance de cette violation du secret professionnel? Suffit-il d'établir qu'un membre, pris à titre individuel, ait connaissance de tels faits? Ne serait-ce pas sanctionner l'organisme en raison d'une faute individuelle d'un membre de l'organe de direction ou de gestion?

Article III

Les auteurs du projet de loi envisagent la création d'une banque de données à caractère personnel qui permettrait de traiter toutes les informations ayant trait aux infractions constitutives de violences domestiques. Y seraient enregistrées les condamnations pénales du chef de ces infractions, les plaintes, les dénonciations et dépositions en rapport avec ces infractions, les constatations des agents verbalisants en relation avec ces infractions, les mesures d'expulsion et les autres interventions policières en la matière, les permis de détention ou de port d'arme délivrés à l'auteur présumé d'une de ces infractions.

La banque de données ainsi créée serait constituée essentiellement dans le cadre de la prévention des infractions relevant de la notion de „violences domestiques“: d'après le commentaire, „puisque la mesure d'expulsion remplit une finalité de prévention d'infractions, la police pourra consulter les données figurant dans ce fichier au moment où elle se voit confrontée à une situation de violence domestique ...“. Le même commentaire d'ajouter que le fichier informatique, qui existe également en Autriche, s'est montré extrêmement important en pratique, parce qu'il permet mieux à la Police d'apprécier, sur base des antécédents, si la personne en présence est capable de passer à l'acte.

Force est de constater que le fichier à créer en l'occurrence renseignera pêle-mêle toutes sortes d'informations. Outre les antécédents judiciaires proprement dits, seraient saisies des informations se situant en amont de toute poursuite pénale: le texte sous examen part à ce sujet d'une prémisse erronée, lorsqu'il énonce „dans la mesure où il s'agit d'infractions commises contre des personnes ...“. Ces informations pourraient ainsi être saisies indépendamment des suites y réservées: les auteurs du projet

de loi font certes valoir que les informations relatives aux plaintes, dénonciations et dépositions, aux constatations, aux mesures d'expulsion et aux autres interventions policières relèvent de la compétence de la Police elle-même et sont à sa disposition sous forme de rapports et procès-verbaux. C'est négliger toutefois la compétence des procureurs d'Etat qui, aux termes de l'article 23 du Code d'instruction criminelle, reçoivent les plaintes et les dénonciations et apprécient la suite à leur donner. Le Conseil d'Etat de renvoyer dans ce contexte à son avis du 2 décembre 1997 relatif au projet de loi (Doc. parl. 4292) portant approbation de la Convention sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Europol), signée à Bruxelles, le 26 juillet 1995. Ladite Convention prévoit notamment la saisine de données relatives à des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction relevant de la compétence d'Europol. Le Conseil d'Etat avait estimé pouvoir partager l'idée qu'en matière de criminalité grave, des mesures contraignantes s'imposent, mais qu'on ne saurait méconnaître dans un Etat de droit la présomption d'innocence, et qu'il s'impose donc d'entourer l'enregistrement de telles données d'un certain nombre de garanties.

Ces réflexions sont aussi d'application en la présente matière, au regard également des dispositions de l'article 6 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, approuvée par la loi du 19 novembre 1987.

Le Conseil d'Etat estime que le projet de loi sous avis ne prévoit pas de garanties adéquates, ni au niveau de la saisine et du traitement des données, ni au niveau de leur consultation.

Au niveau de la saisine, ce sont les rapports et procès-verbaux dressés par la Police qui servent de source aux données à saisir. Telle que formulée, la disposition en question est susceptible de conduire à des abus, dans la mesure où il suffirait à une personne malintentionnée de dénoncer une personne déterminée, pour que cette dernière soit ensuite fichée dans la banque de données à créer sur base du rapport ou du procès-verbal dressé par la Police suite à cette dénonciation. Le texte n'exige d'ailleurs pas d'autres vérifications par la Police quant au fondement réel de la dénonciation: un rapport de police relatant les soupçons émis suffirait à la saisine des données à caractère personnel de la personne dénoncée.

Le Conseil d'Etat constate encore que les données peuvent être traitées aussi longtemps que l'action publique résultant de l'infraction ne sera pas prescrite. Une telle précision ne fait pas de sens, s'agissant des condamnations pénales: l'action publique ayant été exercée, elle ne peut évidemment plus prescrire. Cette précision est encore dénuée de sens s'agissant des mesures d'expulsion, qui constituent donc des mesures de police administrative destinées à prévenir une infraction.

Au niveau de la consultation, le texte ne pose aucune limite expresse à la consultation du fichier par tous les membres de la Police. Il n'est fait non plus aucune restriction suivant les catégories de données pour lesquelles l'accès est sollicité.

Finalement, le projet de loi entend faire du procureur d'Etat territorialement compétent le responsable du traitement. Les auteurs du projet de loi se prévalent à cet égard de l'article 17 du projet de loi relatif à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Les raisons développées par le Conseil d'Etat dans son avis du 29 janvier 2002 à l'encontre dudit article 17 (*Doc. parl. 4735⁶*, p. 19), valent également en l'espèce. S'agissant d'une banque de données de la Police, le responsable du traitement en sera donc le directeur général de la Police.

Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat ne saurait marquer son accord à l'article III sous examen, dont les dispositions en question sont à revoir impérativement.

Article IV

Le Conseil d'Etat estime que cet article peut être supprimé.

Pour parer aux situations de crise, le Conseil d'Etat propose de modifier les solutions préconisées par les auteurs du projet de loi de manière à ce que l'expulsion, mesure de police administrative, soit limitée dans ses effets à 3 jours, quitte à pouvoir être „confirmée“ pour une durée limitée par une décision judiciaire, intervenant sur requête et sans débat contradictoire. Aux yeux du Conseil d'Etat, on réduirait ainsi aussi le risque de possibles violations de la mesure d'expulsion, et il suffirait d'autoriser l'emploi, au besoin, de moyens de contrainte physique pour l'exécution première de la mesure de police administrative d'expulsion, ainsi que le Conseil d'Etat le recommande d'ailleurs à l'endroit de l'article 1er. Toute violation de la mesure de police administrative ou de la décision de prorogation judiciaire sera constitutive d'une violation des dispositions du nouvel article 439 du Code pénal (si par ailleurs les éléments constitutifs de l'infraction sont donnés) et permettra le cas échéant une rétention de l'auteur sur base des dispositions de l'article 39 du Code d'instruction criminelle.

Pour ce qui est des hypothèses où une mesure d'expulsion judiciaire est décidée, sans que celle-ci ait été précédée d'une mesure de police administrative, le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de s'en tenir au droit commun de l'exécution forcée des jugements, qui permet d'ailleurs à l'huissier de justice de s'adresser à la force publique pour obtenir main-forte.

Article V (IV selon le Conseil d'Etat)

Encore qu'il semble au Conseil d'Etat que l'établissement de statistiques ne nécessite pas l'intervention du législateur, il n'entend toutefois pas s'opposer à la disposition sous rubrique.

Article VI

Le Conseil d'Etat est à s'interroger sur la portée exacte de la disposition sous avis, qui prévoit donc la possibilité de la création d'un „groupe de coopération entre professionnels dans le domaine de la violence“.

Qui est visé par les termes „professionnels dans le domaine de la violence“?

En quoi consiste exactement la mission de ce „groupe de coopération“? Que signifient les termes „examiner la mise en œuvre des articles I à IV“ de la loi en projet, „des articles 1017-1... du Nouveau Code de procédure civile et de l'article 7^{quater} du Code d'instruction criminelle“?

Il ne faudrait pas que certains acteurs aient l'impression d'être en quelque sorte contrôlés par d'autres. Outre qu'il pourrait en résulter des problèmes en relation avec certains principes, tel le principe de l'indépendance des juges, ou le principe de l'opportunité des poursuites, cette façon de procéder risque aussi d'hypothéquer la réalisation d'une concertation effective et fructueuse, dans le respect des compétences spécifiques de chacun des acteurs impliqués, à laquelle le Conseil d'Etat souscrit par ailleurs pleinement.

En l'absence de plus amples précisions et explications quant aux tenants et aboutissants de ce groupe de coopération, le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu d'en faire en l'état abstraction.

Article VII

Cette disposition est superfétatoire. Il n'est en effet pas nécessaire d'intégrer, dans la loi „organique“ du 31 mai 1999 sur la police et l'inspection générale de la police, une référence aux dispositions de la loi en projet. Pour que les attributions dont s'agit puissent être exercées par la Police, il faut et il suffit que, conformément à l'article 97 de la Constitution, ces attributions fassent l'objet d'une loi, ce qui est le cas en l'espèce. L'intitulé du projet de loi est en conséquence également à modifier, à l'effet de supprimer le point 1. Le Conseil d'Etat profite de l'occasion pour signaler que le commentaire de l'article VI (groupe de coopération entre les professionnels dans le domaine de la violence) fait état de l'analyse „de la mise en œuvre des articles 36-1 à 36-4 de la loi modifiée de la loi du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police“. Le Conseil d'Etat ignore à quels articles ledit commentaire entend se référer, la loi du 31 mai 1999 ne contenant pas de telles dispositions, et le projet de loi sous examen ne proposant pas d'intégration de telles dispositions dans la loi en question.

Article VIII (V selon le Conseil d'Etat)

Les auteurs du projet de loi envisagent différentes modifications au Code pénal.

Il est proposé tout d'abord d'introduire des circonstances aggravantes qui, selon le commentaire, viendraient se greffer sur certaines infractions, en particulier les menaces d'attentat (articles 327, 329 et 330 du Code pénal), le viol (article 375), les lésions corporelles volontaires (articles 398, 399, 400, 401), les attentats à la liberté individuelle (articles 434, 435, 436, 437 et 438) et l'injure-délit (article 448).

D'après le commentaire, ces circonstances aggravantes nouvelles ne visent ni expressément ni spécifiquement les violences domestiques. Les auteurs du projet de loi font valoir que „la qualité particulière des personnes énumérées justifie des sanctions pénales plus lourdes indépendamment du contexte dans lequel les violences ont eu lieu“.

Si le cercle des personnes énumérées se recoupe dans une très large mesure avec le cercle des personnes proches visées à l'article 1er, et que l'exposé des motifs souligne que „le concept du projet de loi est constitué par quatre points essentiels intimement liés les uns aux autres. Il s'agit des circonstances aggravantes, de l'expulsion par la police de l'auteur de violences, des procédures de référé spéciales et du renforcement du rôle des associations de défense des droits des victimes“, il n'en reste pas moins que

l'application des circonstances aggravantes n'est pas subordonnée à l'existence d'une cohabitation entre l'auteur et la victime. Les auteurs du projet de loi s'alignent ainsi sur la jurisprudence française, qui, s'agissant plus particulièrement de la circonstance aggravante tirée de la qualité de conjoint, a décidé que cette circonstance aggravante n'exige pas une communauté de vie pour recevoir application. La circonstance aggravante sera donc d'application sans avoir égard au fait que le prévenu résidait, au moment des faits, séparé de son épouse (*Cass. fr. 7 avril 1998, Bull. crim. No 136*). Dans une telle optique, l'adaptation du cadre répressif n'est effectivement pas spécifique à la violence domestique, quitte à avoir vocation à y trouver un domaine d'application privilégié.

Une prise de conscience généralisée du phénomène des violences domestiques, à l'effet d'aboutir à ce que le projet initié à Berlin appelle „gesellschaftliche Ächtung der Gewalttaten und der Täter“, implique que l'auteur soit poursuivi pénalement („der Gewalttäter muss rechtlich belangt werden“). La question se pose toutefois de savoir si à cet effet il est nécessaire d'adapter le cadre légal aux spécificités de la violence domestique. A cet égard, le constat des auteurs du projet de loi de ce que „au Luxembourg, la violence domestique ne constitue pas une infraction spécifique. Les différentes formes de violences domestiques, à savoir les violences psychologiques, sexuelles et physiques, ne tombent sous le coup du droit pénal que si elles répondent à la définition légale des menaces, des injures, du harcèlement, de la détention illégale et arbitraire, des coups et blessures, de l'attentat à la pudeur commis avec violence ou menaces, du viol, du meurtre ou de l'assassinat“ laisse quelque peu perplexe. Le propre des circonstances aggravantes consiste à aggraver la peine encourue par l'auteur d'un crime ou d'un délit lorsque l'infraction a été commise dans une circonstance considérée par la loi comme en aggravant la criminalité. La circonstance aggravante n'a donc pas d'incidence sur la définition légale de l'infraction de base.

Si l'adaptation du cadre légal aux spécificités de la violence domestique relève dans une très large mesure d'un choix en opportunité, il est toutefois permis de s'interroger si cette adaptation doit se faire tous azimuts. L'aggravation de la peine encourue devrait correspondre à une criminalité plus grande chez le délinquant par l'oubli d'un devoir spécial ou le mépris d'un sentiment naturel, si, comme en l'espèce, les circonstances aggravantes ont leur source dans une qualité particulière de la victime. On peut toutefois s'interroger si, en l'espèce, de par le cercle des personnes énumérées devant bénéficier d'une protection particulière de la loi, les auteurs du projet de loi n'entendent pas rétablir en quelque sorte la proportion de la peine au délit: cette remarque vaut en particulier pour l'infraction de coups et blessures volontaires, où le Procureur général d'Etat relève que les auteurs des codes pénaux du XIXe siècle se sont montrés d'une clémence peu compréhensible de nos jours à l'égard d'auteurs de violences. Il ne faudrait pas que les circonstances aggravantes deviennent pour ainsi dire le droit commun de la répression en la matière, sous peine de risquer de banaliser les faits qui ne relèvent „que“ de l'infraction de base.

Les circonstances aggravantes semblent au Conseil d'Etat avoir encore à un autre titre un champ d'application trop étendu. Du fait que les auteurs du projet de loi proposent d'ériger en circonstance aggravante la qualité de conjoint divorcé (et de même la qualité d'ex-concubin), le champ d'application *ratione temporis* sera également étendu aux ascendants, descendants, frères et sœurs du conjoint divorcé ou de l'ex-concubin, même après que les relations entre l'auteur et son conjoint ou son concubin auront définitivement pris fin.

Le mécanisme qu'il est proposé de mettre en place n'est par ailleurs pas sans soulever certains problèmes et sans susciter certaines interrogations:

- a) Il est de principe qu'un même fait ne peut être retenu comme constitutif à la fois d'un crime ou d'un délit et d'une circonstance aggravante accompagnant une autre infraction (*Cass. fr. 14 février 1990, Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle, No 77*). Le Conseil d'Etat signale que le fait de frapper un témoin en raison de sa déposition est puni par l'article 282 du code pénal des peines portées par les articles 275, 278 et 279 et constituerait par ailleurs une circonstance aggravante de l'infraction de coups et blessures volontaires au titre du nouvel article 409.
- b) Les auteurs du projet proposent de compléter l'article 377 du code pénal à l'effet de prévoir une aggravation de la peine encourue en cas de viol commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur.

Or, le viol est caractérisé par „tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'autrui, soit à l'aide de violences ou de menaces

graves, soit par ruse ou artifice, soit en abusant d'une personne hors d'état de donner un consentement libre ou d'opposer de la résistance". La particulière vulnérabilité de la victime ne saurait être considérée comme circonstance aggravante si elle a été envisagée à titre d'élément constitutif.

Dans ce même contexte, le Conseil d'Etat signale les difficultés auxquelles le maintien de cette circonstance aggravante pourrait conduire, s'agissant d'une victime âgée de moins de 14 ans accomplis: dans pareil cas, la jurisprudence retient que la loi présume de façon irréfragable que la victime a été incapable d'émettre un consentement libre à l'acte sexuel qu'on exigeait d'elle (Cour 10 juin 1967, P. 20, 348). Si la circonstance aggravante tirée de la particulière vulnérabilité de la victime due à son âge n'est toutefois donnée que si cette vulnérabilité particulière était apparente ou connue de l'auteur, les contestations y relatives risquent d'avoir des répercussions aussi dans le cadre de la constitution de l'infraction.

- c) Le Conseil d'Etat s'interroge encore, s'agissant du viol, si l'ajout d'une circonstance aggravante tirée de la qualité de conjoint n'est pas en réalité destinée à faire ancrer expressément dans la loi qu'il peut y avoir viol entre époux, hypothèse que les termes de l'article 375 du Code pénal n'excluent pas et que la jurisprudence semble d'ailleurs reconnaître, comme le relève le commentaire. S'il était effectivement dans les intentions des auteurs de dissiper toutes hésitations à ce sujet, la voie choisie ne semblerait guère adéquate.
- d) Toujours à propos du viol, le Conseil d'Etat renvoie à l'observation du procureur d'Etat de Diekirch pour ce qui est de la circonstance aggravante tirée de l'existence d'un lien de subordination: il n'y a donc pas lieu d'ériger l'autorité de droit ou de fait dont est investi l'auteur sur la victime et l'existence d'un lien de subordination de la victime par rapport à l'auteur en deux circonstances aggravantes distinctes. Les auteurs du projet de loi n'ont d'ailleurs pas repris, dans l'ajout proposé à l'article 377 du Code pénal, la circonstance aggravante, dans le chef de la victime, de la qualité de descendant de l'auteur, puisque la loi tient déjà compte, dans le chef de l'auteur, de sa qualité d'ascendant de la personne sur laquelle ou à l'aide de laquelle l'attentat a été commis.

Au regard des considérations qui précèdent, et tenant par ailleurs compte des observations formulées notamment par les autorités judiciaires consultées, le Conseil d'Etat propose:

- de limiter, d'une manière générale, le cercle des personnes protégées au conjoint et au concubin, aux ascendants et descendants légitimes, naturels ou adoptifs de l'auteur (avec la condition particulière tenant à l'âge des descendants dans le cadre de l'article 409, compte tenu des dispositions de l'article 401bis du Code pénal), ainsi qu'aux personnes à vulnérabilité particulière.
- s'agissant plus particulièrement de la modification proposée à l'endroit de l'article 377, de ne pas reprendre la circonstance aggravante tirée de la particulière vulnérabilité de la victime, compte tenu du risque de confusion entre élément constitutif de l'infraction et circonstance aggravante.

Le Conseil d'Etat signale encore que le texte proposé ne fait état que du „viol“, alors que les auteurs du projet de loi semblent viser aussi bien l'attentat à la pudeur que le viol. Il y aurait donc lieu de libeller le nouvel alinéa à ajouter à l'article 377 comme suit:

„Si la victime est

1° le conjoint ou la personne avec laquelle le coupable vit habituellement,

2° un ascendant légitime, naturel ou adoptif du coupable.“

- à l'article 409 nouveau, il y aurait lieu de libeller la circonstance aggravante tirée de la qualité de descendants comme suit:

„... à un descendant légitime, naturel ou adoptif âgé de quatorze ans accomplis“

- à l'article 439, il y aurait lieu d'inclure la tentative d'intrusion, et le texte débiterait donc comme suit:

„Sera puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 501 euros à 5.000 euros, celui qui se sera introduit ou aura tenté de s'introduire dans une maison ...“

Le texte serait encore à adapter pour ce qui est des références au Nouveau Code de procédure civile, compte tenu des modifications que proposera le Conseil d'Etat à l'endroit de l'article X du projet de loi.

La modification à l'endroit de l'article 448 du Code pénal serait à abandonner, alors qu'elle n'est que d'un intérêt symbolique. Le législateur ne devrait pourtant pas s'engager dans une telle voie.

Les auteurs du projet de loi proposent finalement encore de rendre punissable la tentative de coups et blessures à l'égard des personnes énumérées à l'article 409 nouveau. Le Conseil d'Etat se prononce contre cette modification.

D'une part, il est difficile de justifier objectivement pourquoi la tentative d'infraction à l'article 409 serait punissable, alors qu'elle ne l'est pas s'agissant des infractions aux articles 398, 399 et 400, alinéa 1 du Code pénal.

D'un autre côté, la mise en œuvre de la nouvelle disposition risque de se révéler extrêmement malaisée. S'il est vrai qu'en matière de lésions corporelles volontaires, la tentative est déjà à l'heure actuelle punissable, en droit, s'agissant des infractions réprimées de peines criminelles, et ce en vertu de l'article 52 du Code pénal, il reste qu'il est difficile d'envisager par exemple une qualification de tentative de coups mortels (article 401), dès lors que le résultat caractérisant le crime n'a pas été obtenu. Certains vont même jusqu'à dire qu'il y a incompatibilité entre la notion de tentative et l'article 401 du code pénal (*Novelles, Droit pénal, t. IV, No 6823*). L'incrimination de la tentative de délits de coups et blessures volontaires se heurtera aux mêmes problèmes.

Dans la mesure où la résolution criminelle doit se matérialiser dans des actes extérieurs qui forment un commencement d'exécution par rapport à une infraction déterminée, la difficulté résidera dans la fixation du seuil du „commencement d'exécution“. Il sera pour ainsi dire impossible d'élaborer un critère aisé et sûr, applicable, sinon à tous, du moins à la plupart des cas d'espèce.

Il existe sans doute des situations où certains comportements, sans atteindre matériellement une personne, sont cependant de nature à l'impressionner vivement. La jurisprudence luxembourgeoise admet que les mots „coups et blessures“ comprennent dans leur intégralité toutes les atteintes portées à l'intégrité corporelle ou à la santé d'une personne et visent par conséquent non seulement des lésions externes, mais encore les lésions internes, les maladies et même les troubles internes (*Cour d'appel 13 octobre 1987, Pasicrisie, 24, p. 198*). Un arrêt de la Cour d'appel du 20 décembre 2000 (*LJUS, No 99820098*) retient que la jurisprudence en matière pénale admet que constitue une atteinte à l'intégrité physique d'autrui un simple choc psychologique ou un geste qui, sans atteindre matériellement la personne, est cependant de nature à provoquer une sérieuse émotion et qui en tant que tel rentre dans la prévention de violences légères. La jurisprudence semble évolutive en la matière, encore qu'il ne soit pas possible de tirer d'ores et déjà des conclusions définitives.

Il reste, en tout cas, qu'une incrimination de la tentative de coups et blessures volontaires n'est pas de nature à clarifier le débat, bien au contraire. Surtout, l'incrimination de la tentative n'est pas de nature à modifier les éléments constitutifs de l'infraction de base: il ne sera donc pas possible, du seul fait de l'incrimination de la tentative, de faire abstraction de la notion d'atteinte à l'intégrité physique, qui caractérise les infractions prévues aux articles 398, 399 et suivants du Code pénal, y compris le nouvel article 409.

Le Conseil d'Etat recommande dès lors de ne pas s'engager dans la voie préconisée par les auteurs du projet de loi.

Article IX (VI selon le Conseil d'Etat)

Point 1

La loi du 19 juillet 1997 complétant le code pénal en modifiant l'incrimination du racisme et en portant incrimination du révisionnisme et d'autres agissements fondés sur des discriminations illégales a conféré en son article VI aux associations d'importance nationale, dotées de la personnalité morale et agréées par le ministre de la Justice, le pouvoir d'exercer les droits reconnus à la partie civile. Les auteurs du projet de loi proposent d'étendre ce pouvoir s'agissant des faits constituant une infraction au sens des articles 375, 401*bis* et 409 du Code pénal. Le Conseil d'Etat n'entend pas s'y opposer.

Il est encore proposé d'intégrer la disposition dans sa nouvelle teneur au Code d'instruction criminelle. Le Conseil d'Etat se rallie à cette approche. Il estime toutefois que cette intégration ne doit pas se faire sous les dispositions du Code d'instruction criminelle traitant de questions de droit pénal international. Par ailleurs, depuis la loi du 24 avril 2000 modifiant, entre autres, certaines dispositions du Code d'instruction criminelle, suite à l'adaptation du droit interne aux dispositions de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, les articles 7*bis* et 7*ter* du Code d'instruction criminelle sont numérotés 7-1 et 7-2, la loi précitée du 24 avril 2000 ayant elle-même complété le Code d'instruction criminelle par deux nouveaux articles 7-3 et 7-4. Le Conseil d'Etat propose de faire figurer la nouvelle disposition au Code d'instruction criminelle en tant que nouvel article 3-1.

Point 2

Pour les raisons développées de manière exhaustive dans l'avis du Parquet de Luxembourg, auquel le procureur général d'Etat s'est rallié, le Conseil d'Etat demande à son tour la suppression de ce point. La question mérite un examen approfondi dépassant le cadre du projet de loi sous examen.

Point 3

Le Conseil d'Etat se prononce contre l'exclusion, par principe, de la médiation, toutes les fois que l'auteur de l'infraction et la victime cohabitent. Les auteurs du projet de loi semblent partir de la prémisse qu'en pareille hypothèse aucune solution satisfaisante pour la victime n'est susceptible d'être négociée, vu l'état d'infériorité dans lequel se trouve la victime. Cette approche semble au Conseil d'Etat trop absolue. Il va sans dire que les violences physiques ou sexuelles graves ne feront de toute façon pas l'objet d'une médiation. Faut-il pour autant exclure légalement cette possibilité dans tous les cas? Une victime qui décide de porter plainte peut souhaiter mettre fin à la violence, mais elle ne veut pas nécessairement rompre la relation avec son conjoint. Une approche pénale dure ne contribuerait certainement pas à l'aider (*Travaux parlementaires belges dans le contexte de différentes propositions de loi ayant finalement abouti à la loi du 24. 11. 1997 visant à combattre la violence au sein du couple, Sénat de Belgique, session 95/96, doc. 1-269/2, rapport fait au nom du comité d'avis pour l'égalité des chances entre les femmes et les hommes*). Le Conseil d'Etat est bien conscient de ce que le projet de loi sous examen est axé sur la protection des victimes. Il devrait pourtant y avoir des auteurs chez lesquels une médiation serait susceptible d'engendrer une prise de conscience et de déclencher un processus d'autocritique débouchant sur des pistes (médicales, psychologiques, etc.) autres que la seule voie répressive.

Point 4

La disposition sous examen propose une modification à l'endroit de l'article 30 du Code d'instruction criminelle. Sous l'empire des dispositions actuelles de l'article 30(3), „est assimilé au crime ou au délit flagrant tout crime ou délit qui même non commis dans les circonstances prévues aux alinéas précédents a été commis dans une maison dont le chef requiert le procureur d'Etat ou un officier de police judiciaire de le constater“.

Le Conseil d'Etat n'entrevoit à vrai dire ni la nécessité ni l'utilité de modifier les dispositions de l'article 30(3) du Code d'instruction criminelle. Les infractions se divisent d'après l'époque de leur constatation en flagrantes et non flagrantes. L'infraction flagrante est celle qui vient de se commettre et dont les preuves sont encore saisissables. L'infraction non flagrante est celle qui a été commise depuis un certain temps déjà et dont les preuves sont moins certaines. Les règles particulières édictées par la loi, s'agissant des crimes et des délits flagrants, poursuivent le but d'empêcher par un trop long délai le dépérissement des preuves.

S'il est vrai que l'infraction commise à l'intérieur d'une maison est assimilée à l'infraction flagrante, que l'infraction soit commise ou non dans les circonstances prévues aux paragraphes 1er et 2 de l'article 30 du Code d'instruction criminelle, les pouvoirs exorbitants reconnus au procureur d'Etat et aux officiers de police judiciaire ne font toutefois de sens que si ces pouvoirs peuvent être utilement exercés, comme par exemple les pouvoirs de l'article 33 du Code d'instruction criminelle (perquisitions et saisies). Ne ferait guère de sens la réquisition de l'autorité qui n'interviendrait pas dans un temps proche de la commission de l'infraction. Que pourrait en effet encore constater l'autorité si elle n'était requise que plusieurs jours après l'infraction?

Les auteurs du projet de loi, à l'appui de la modification envisagée, tirent argument de la loi belge du 24 novembre 1997 visant à combattre la violence au sein du couple. Cette loi a modifié l'article 46 du Code d'instruction criminelle belge, qui constitue le pendant de l'article 30 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois. Il reste que cette nouvelle disposition est perçue comme habilitant désormais le procureur du Roi à pénétrer, de jour comme de nuit, en tous lieux privés où les infractions visées sont commises à l'égard de l'époux ou du concubin, sur appel non seulement du chef de cette maison, mais également de cette victime (*Revue de droit pénal et de criminologie, 1999, Chronique de législation pénale, p. 348*).

Or, s'il y a flagrant délit à l'intérieur d'une maison, la réquisition du chef de la maison n'est pas nécessaire lorsque des cris partis de l'intérieur d'une maison pour appeler au secours sont proférés par d'autres que le chef de la maison (*Beltjens, Encyclopédie du droit criminel belge, Le code d'instruction*

criminelle, article 46, No 6). La Police a le pouvoir et le devoir de pénétrer dans un domicile privé dès l'instant où il y a appel au secours de l'intérieur, ou même appel ou dénonciation venant de l'extérieur, lorsqu'un crime ou un délit est en train ou vient de se commettre (*Journal des Tribunaux, 1978, La violence au sein du couple, ébauches de réponses juridiques en droit continental, p. 608*).

Il semble par ailleurs devoir être retenu que depuis la loi du 12 décembre 1972, ayant réformé les droits et devoirs respectifs des époux, conférant à la femme mariée des droits égaux à ceux de son mari, chaque conjoint possède le droit de requérir l'autorité et la réquisition d'un seul suffit (cf. pour une telle approche, en relation avec les termes „chef de la maison“, *Cass. belge, 29 octobre 1962, Pasicrisie belge 1963, p. 283*).

La modification proposée à l'endroit de l'article 30 du Code d'instruction criminelle n'est en tout cas pas apte à autoriser la Police à pénétrer dans une habitation privée dans le contexte de l'article Ier du projet de loi sous avis: en effet, au vu de l'article Ier dans sa teneur actuelle, l'intervention de la Police est préventive, et les dispositions de l'article 30 du Code d'instruction criminelle y demeurent étrangères. C'est d'ailleurs aussi cette considération qui a amené le Conseil d'Etat à formuler un texte alternatif, s'agissant de l'article Ier.

Le Conseil d'Etat signale, pour être complet, que si le législateur français a lui aussi érigé en circonstance aggravante spéciale l'état de conjoint ou de concubin, il n'en a pas moins circonscrit la notion de crime ou de délit flagrant aux véritables situations de flagrance. La loi No 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale a en effet supprimé l'assimilation, à l'infraction flagrante, du crime ou du délit commis dans une maison dont le chef requiert l'autorité de venir le constater.

Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat recommande de faire abstraction de la modification sous examen.

Article X (VII selon le Conseil d'Etat)

L'article X entend introduire au Nouveau Code de procédure civile un nouveau titre VIIbis intitulé „*De l'intervention de justice en cas de violence domestique*“.

Bien qu'il existe déjà à l'heure actuelle en droit civil des mesures de protection, et l'exposé des motifs y renvoie, ces mesures de protection ne sont cependant pas destinées spécifiquement à protéger la victime de violences domestiques. C'est cette lacune que le projet de loi sous examen entend combler, tel que, par exemple, le projet pilote initié à Berlin le préconise: „im Zivilrecht sind eigenständige auf häusliche Gewalt zugeschnittene Anspruchsgrundlagen für Frauen zu schaffen ...“

Le Conseil d'Etat salue donc en principe l'initiative des auteurs du projet de loi de prévoir des mesures de protection spécifiques, dont le bénéfice ne sera par ailleurs pas limité au conjoint marié.

Renvoyant à ses observations à l'endroit de l'article Ier du projet de loi sous avis, le Conseil d'Etat suggère toutefois une refonte des dispositions prévoyant la possibilité de proroger l'expulsion, mesure de police administrative, à l'effet d'y substituer une procédure unilatérale, sans débat contradictoire. A l'instar de ce qu'il a préconisé à l'endroit dudit article Ier, s'agissant de la notion de „personne proche“, le Conseil d'Etat proposera de restreindre le cercle des personnes pouvant obtenir une telle prorogation aux seuls conjoint, concubin, ascendants et descendants légitimes, adoptifs ou naturels de la personne expulsée.

Suit la proposition de texte du Conseil d'Etat, pour la section 1: *De l'interdiction de retour au domicile consécutive à l'expulsion-mesure de police administrative*:

„**Art. 1017-1.** Dans les cas où une mesure d'expulsion a été ordonnée sur base des dispositions de l'article Ier de la loi du ... sur la violence domestique, il peut être demandé, par simple requête au président du tribunal d'arrondissement, de proroger à l'égard de la personne expulsée l'interdiction d'entrer dans son domicile pour une période maximale de deux mois, et ce sans égard aux droits réels ou personnels de la personne expulsée par rapport au domicile.

Sont habilités à présenter pareille demande, le conjoint de la personne expulsée ou la personne avec laquelle la personne expulsée vit habituellement, ainsi que les ascendants et descendants légitimes, adoptifs ou naturels de la personne expulsée, à condition d'avoir cohabité avec la personne expulsée avant son expulsion, et de justifier que le domicile satisfait leurs besoins urgents de logement.

Art. 1017-2. La requête doit être présentée avant l'expiration de la mesure d'expulsion ordonnée. Au cas où la mesure d'expulsion expire un samedi, dimanche ou jour férié légal, elle

pourra encore être présentée le premier jour ouvrable suivant. Si la demande a été introduite en conformité des dispositions du présent alinéa, l'expulsion ordonnée continuera à produire ses effets en attendant la décision à intervenir.

La requête est déposée au greffe par l'intéressé ou par son avocat, et consignée sur un registre spécial tenu à cet effet au greffe.

La requête indique les noms, prénoms et professions des demandeur et défendeur, l'adresse du défendeur, s'il a fourni lors de son expulsion des coordonnées permettant de le joindre, ainsi que l'objet de la demande et l'exposé des moyens.

A la requête est jointe la copie du procès-verbal dressé au moment de l'expulsion.

Art. 1017-3. Si le défendeur a fourni les coordonnées permettant de le joindre, copie de la requête lui est envoyée sans retard, à la diligence du greffier. Copie en est également transmise à la Police, ensemble la copie du procès-verbal qui doit être jointe à la requête.

Au plus tard dans les trois jours à dater du dépôt de la requête, il est statué sur la demande par ordonnance du président, sans que la partie contre laquelle la prorogation de l'expulsion est demandée puisse, en cet état de la procédure, présenter d'observation.

L'ordonnance prorogeant l'interdiction d'entrer au domicile est exécutoire par provision et sans caution, sur minute et avant enregistrement.

L'ordonnance prorogeant l'interdiction d'entrer au domicile n'est susceptible d'être entreprise que par la voie de l'opposition. La décision refusant de faire droit à la demande n'est susceptible d'aucune voie de recours.

Art. 1017-4. L'ordonnance faisant droit à la demande fixe au demandeur le délai, qui ne peut être supérieur à huit jours, dans lequel la signification de la décision doit être effectuée sous peine de caducité.

Si la signification ne peut être faite à la personne du destinataire, copie de l'acte peut être valablement délivrée à son domicile élu.

Art. 1017-5. L'opposition doit être relevée dans un délai de huit jours à partir de la signification. L'opposition consiste dans une déclaration à faire au greffe. Cette déclaration comporte l'indication de l'adresse de l'opposant.

L'opposition sera jugée d'urgence comme en matière de référé, sur convocation des parties à l'audience, par le greffier, moyennant lettre recommandée à la poste.

La décision rendue sur l'opposition n'est susceptible d'aucune voie de recours.“

S'agissant des dispositions figurant sous la section 2: *De diverses autres interdictions et injonctions en matière de violence*, il y aurait lieu d'en adapter la numérotation, ce qui peut comporter l'adaptation des références dans d'autres dispositions du présent projet de loi.

Concernant l'article 1017-8, le Conseil d'Etat recommande de nouveau de restreindre le cercle des personnes habilitées à solliciter l'injonction de quitter le domicile. Puisque le texte utilise également la notion de personne proche, il y a lieu de se limiter aux mêmes personnes proches qui sont visées par l'article 1er (dans la version du Conseil d'Etat).

Il y a lieu de supprimer, au premier alinéa, après les termes „le président du tribunal d'arrondissement“, l'ajout „ou le juge qui le remplace“, compte tenu des dispositions de la loi sur l'organisation judiciaire relatives aux empêchements et aux remplacements.

Le Conseil d'Etat rejoint l'observation du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qu'il y a lieu d'écrire à la fin de l'alinéa 1 „... et lui interdit d'y retourner avant l'expiration d'un délai maximal de trois mois“. De ce fait, le dernier alinéa de l'article peut être supprimé.

Pour tenir en partie compte des observations formulées par ce même tribunal, l'article pourrait être complété par un nouvel alinéa final de la teneur suivante:

„L'injonction et l'interdiction visées au premier alinéa prennent de plein droit fin dès qu'une décision intervient pour régler la résidence des époux durant l'instance en divorce.“

A l'article 1017-9, il y a également lieu de supprimer les termes „ou le juge qui le remplace“.

Le juge a la possibilité de prononcer des condamnations à des astreintes, de par le renvoi à l'article 940 du Nouveau code de procédure civile opéré par l'article 1017-13.

L'article 1017-10 serait à reformuler à l'effet de suivre la recommandation du tribunal d'arrondissement de Luxembourg de s'en tenir en l'espèce aux dispositions de l'article 934 du Nouveau Code de procédure civile:

„La demande est portée à l'audience conformément aux dispositions de l'article 934 du présent code.“

Au paragraphe 1 de l'article 1017-11, il y a lieu d'écrire „par un avocat“ au lieu de „par le ministère d'un avocat“.

Il y a lieu de supprimer le paragraphe 2 de l'article 1017-11, qui a trait à la représentation en justice des parties, et ce au regard des observations pertinentes des autorités judiciaires consultées. Le paragraphe 3 de l'article semble également superfétatoire.

A l'article 1017-12, il y a lieu d'écrire „Il est statué d'urgence sur la demande“.

Article XI

Aux termes de l'article 3, paragraphe 1er de la Convention relative aux droits de l'enfant, approuvée par la loi du 20 décembre 1993, „dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale“. Le paragraphe 2 du même article 3 de continuer:

„Les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.“

L'article 9 de la Convention dispose que

„1. Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, 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. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.“

Finalement, l'article 12 de la Convention fait obligation aux Etats parties de garantir à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

L'article sous examen n'est pas sans susciter de nombreuses interrogations, tant en fait qu'en droit. Au-delà des questions de cohérence que le texte suscite, il soulève des interrogations au regard de sa compatibilité avec les dispositions ci-dessus citées de la Convention relative aux droits de l'enfant, et, le cas échéant, avec les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'article 8 ayant trait au respect de la vie privée et familiale.

Le nouvel article 381-1 à introduire au Code civil semble partir de prémisses contradictoires: d'un côté, le parent concerné est investi du droit de garde et d'hébergement, ce qui laisse supposer (du moins pour les enfants légitimes et hormis le cas d'une séparation de fait des parents) que les deux parents et les enfants résident ensemble. D'un autre côté toutefois, la suspension du droit de garde et d'hébergement ne se conçoit que si les enfants et le parent concerné sont matériellement éloignés. Comment y a-t-il lieu d'articuler ces deux prémisses? A quel titre le parent concerné sera-t-il éloigné matériellement de ses enfants en cas de suspension du droit de garde et du droit d'hébergement?

L'article fait état d'„indices graves, précis et concordants“: l'utilisation d'une terminologie à nette connotation pénale établit-elle donc un lien nécessaire entre la suspension de certains attributs de l'autorité parentale et le volet pénal des violences à la base de la suspension? Si tel était le cas, faut-il que l'action publique soit mise en mouvement, ou suffit-il d'une plainte ou d'une dénonciation?

Il n'est pas clair si cette suspension du droit de garde et d'hébergement a lieu de plein droit, ou si à cet effet une action aux fins de suspension est à introduire. La première hypothèse semble difficilement concevable aux yeux du Conseil d'Etat, au regard des dispositions précitées de l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant, d'une part, au regard de l'exigence de l'existence d'indices graves, précis et concordants, d'autre part, cette exigence impliquant nécessairement une appréciation des indices existants.

Il semble donc qu'il y ait lieu d'admettre qu'il revient à une juridiction d'apprécier les indices existants. Quelle sera cette juridiction? Est-ce le tribunal d'arrondissement, soit du domicile ou de la résidence habituelle du mineur, soit du domicile ou de la résidence du père ou de la mère, suivant les distinctions établies en matière de délégation et de déchéance de l'autorité parentale? Est-ce le juge des tutelles, dans la mesure où la nouvelle disposition serait insérée sous le chapitre Ier „*De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant*“ du titre IX du Livre Ier du Code civil, qui, en plusieurs de ses dispositions, attribue compétence au juge des tutelles? Le texte fait état, s'agissant de la désignation d'une structure spécialisée pour l'exercice du droit de visite, d'une décision respectivement du juge des tutelles ou du tribunal, laissant donc la question ouverte.

Le juge n'a pas de marge d'appréciation: s'il constate l'existence d'indices graves, précis et concordants, il doit décider la suspension du droit de garde et du droit d'hébergement, quelle que soit l'opinion exprimée par les enfants sur la question. S'il est possible de s'en satisfaire en cas de violences physiques ou sexuelles exercées par le parent concerné sur ses enfants, un tel automatisme n'est guère admissible si les enfants ne sont pas les victimes directes du parent concerné, sans que le Conseil d'Etat ne veuille pour autant méconnaître qu'en cas de violences exercées par un parent sur l'autre, les enfants sont en règle générale aussi les victimes indirectes de ces violences.

Est-ce que l'exercice de l'autorité parentale sera, en cas de suspension, dévolu en entier et de plein droit à l'autre parent?

Il n'est pas clair quand cette suspension prendra fin. Le texte dispose „jusqu'à ce qu'il soit certain que l'enfant ne court plus aucun risque d'atteinte à sa santé physique ou psychique“. Il y a lieu de souligner la différence existant entre le déclenchement de la suspension et la fin de cette même suspension: tandis que la suspension est déclenchée sur base d'indices, c'est-à-dire en définitive sur base d'une probabilité, la suspension ne prendra fin qu'en cas de certitude qu'il n'y a plus de risque d'atteinte à la santé physique ou psychique de l'enfant. La suspension pourrait-elle donc être maintenue aussi longtemps qu'il ne peut pas être exclu que le parent concerné ne présente pas de risque pour la santé physique ou psychique de l'enfant? En d'autres termes, le doute, qui en matière pénale doit profiter au prévenu, risque-t-il de se retourner contre ce même prévenu en matière de suspension du droit de garde et du droit d'hébergement, et de restriction du droit de visite?

Qu'en est-il si le parent concerné est effectivement condamné pénalement? L'article 387-9, 1° du code civil prévoit dans ce cas la possibilité d'une action en déchéance de tout ou partie de l'autorité parentale. Si cette action aboutit, la déchéance produira effet pendant au moins cinq ans. Ensuite le parent concerné peut demander à être réintégré dans ses droits. La suspension prend-elle alors fin, pour laisser la place, le cas échéant, à une action en déchéance de l'autorité parentale? Reste-t-elle en vigueur en attendant l'issue d'une telle action en déchéance? Pourrait-elle être maintenue alors même qu'il n'a pas été fait droit à une action en déchéance (en appliquant l'adage „qui peut le plus, peut le moins“)?

Finalement, l'articulation du nouveau texte avec les compétences reconnues au président du tribunal d'arrondissement, sur base de l'article 267bis du Code civil, ou encore au juge ou au tribunal de la jeunesse, sur base des dispositions de la loi relative à la protection de la jeunesse, ne semble pas évidente.

Au regard de l'ensemble des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord au texte proposé, et il devrait refuser la dispense du second vote constitutionnel si, lors du vote du présent projet, le texte sous examen était adopté dans sa teneur actuelle. Au regard des possibilités offertes d'ores et déjà par le droit positif, le Conseil d'Etat recommande de faire abstraction d'un nouvel instrument juridique. Si la Chambre suivait le Conseil d'Etat, il y aurait lieu d'en tenir compte dans l'intitulé de la loi en projet.

Article XII (VIII selon le Conseil d'Etat)

L'abrogation de l'article VI de la loi du 19 juillet 1997 ci-dessus citée fait suite à la proposition des auteurs du projet de loi d'intégrer les dispositions faisant l'objet dudit article VI, dans une teneur nouvelle, au Code d'instruction criminelle.

Article XIII (IX selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat marque son accord à l'abrogation de l'article 413 du Code pénal, prévoyant une cause d'excuse atténuante pour l'homicide, les coups et les blessures volontaires commis par un époux sur l'autre et son complice „à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère“.

Articles XIV et XV (X et XI selon le Conseil d'Etat)

Ces dispositions finales ne suscitent pas d'observations.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 4 juin 2002.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

Le Président,
Marcel SAUBER

