

DU MONDE PÉNAL

Droit pénal, criminologie et politique criminelle,
police et exécution des sanctions,
procédure pénale

MÉLANGES EN L'HONNEUR
DE
PIERRE-HENRI BOLLE

Edités par

Piermarco Zen-Ruffinen

Helbing & Lichtenhahn

Bâle • Genève • Munich

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

La personne, la violence domestique et les mesures de protection en matière pénale

par

JOSÉ HURTADO POZO¹

A la fin des années 60, lors de notre premier séjour en Suisse, nous avons eu la chance et l'opportunité de faire la connaissance de Pierre-Henri Bolle, alors chef des travaux de la Chaire de droit pénal du Professeur François Clerc. Depuis, nous avons pu remarquer la dimension internationale et humaniste qu'il attribue aux études du droit pénal. Nous avons pu également constater son ouverture d'esprit vers des horizons géographiques et intellectuels plus larges que ceux de la Suisse et de la pure dogmatique. Afin de lui rendre hommage, il nous est donc apparu opportun de présenter quelques idées sur la réaction pénale face au grave problème de la violence familiale ou domestique. Ce sujet relève de la politique criminelle, laquelle constitue un de ses domaines préférés. D'ailleurs, nous espérons corriger en partie le fait de n'avoir pas toujours mis en évidence la façon dont les femmes étaient, d'une part, traitées par le système de contrôle pénal et, d'autre part, négligées dans l'analyse de celui-ci.

I. La personne en droit pénal

A titre d'introduction au sujet, il nous semble opportun de rappeler brièvement quelques-unes de nos contributions précédentes, dans lesquelles nous nous sommes penché sur la perception de la personne de la part de spécialistes en droit pénal.

Dans un bref article sur l'homme délinquant², nous avons tenté d'exposer quelle conception du délinquant se trouvait à la base du Code pénal suisse. Cette recherche nous a permis de passer brièvement en revue divers courants de pensées sur les fondements du droit pénal (classique, positiviste, etc.), ainsi que des explications des sciences humaines sur le comportement délictueux (psychologie, sociologie, etc.).

1 L'auteur remercie Mme Khanh Pitteloud et M. Samuel Carera, assistants, de leur aide à préparer ce texte.

2 JOSÉ HURTADO POZO, «L'homme délinquant, un inconnu en droit pénal?», in: Adrian Holderegger/José Hurtado Pozo/Marcel Piérart/Wolfram Schultz, *L'homme et inconnu. Der unbekannte Mensch*, Fribourg, Ed. universitaires, 1986, p. 45 (cité: HURTADO POZO, 1986).

Le fil conducteur de notre démarche pourrait se résumer à l'affirmation de Franz von Liszt : « La finalité de la punition n'est point le « délinquant » et le « délit » en tant qu'« entités juridiques » mais plutôt l'homme et son acte ». Influencé par cette idée, nous avons considéré que les pénalistes devaient essayer de « mieux intégrer les connaissances acquises par les sciences humaines sans négliger les grandes difficultés méthodologiques existantes »³. Et en analysant la culpabilité comme limite et fondement de la peine, nous avons souligné que « la conception de l'homme, en tant que personne capable de s'autodéterminer, est à la base de l'organisation sociale telle que nous la connaissons »⁴, conception qui impliquait « une consécration de la dignité humaine de par le fait que le sentiment de liberté humaine est pris en considération ». Cette approche fait ressortir la conception unilatérale et abstraite de comprendre la personne en tant que sujet moyen : rationnel et libre, conception qui voile les inégalités des rapports entre les personnes.

Dans un deuxième travail sur l'image de l'homme en droit pénal⁵, nous avons expliqué un peu plus la manière dont le législateur suisse concevait le délinquant. Ainsi, nous avons exposé les critères que les rédacteurs du Code pénal avaient utilisés pour classer celui-là dans des catégories définies. Tout d'abord, leur point de référence était le délinquant normal, caractérisé par le libre arbitre et possédant une capacité double : celle de se rendre compte que sa façon d'agir était incorrecte et celle de se déterminer d'après cette appréciation. Ensuite, en tenant compte de certaines spécificités personnelles ou sociales, ils ont procédé à l'établissement d'autres catégories de délinquants : anormaux, d'habitudes, fainéants. Après avoir montré comment le législateur retranscrit sa pensée en termes juridiques lors de l'établissement des conditions de punissabilité, nous avons affirmé que « la prise en considération de l'ensemble de ces données manifeste clairement les intentions du législateur : d'une part, envisager le sujet du droit pénal comme un homme concret, d'autre part, concevoir l'individu comme un être capable de se maîtriser et de diriger ses comportements »⁶.

La manière de percevoir le délinquant dit « normal » démontre que les auteurs du Code pénal s'étaient référés à l'idée de la pensée de l'Illustration, selon laquelle les hommes sont libres, égaux et rationnels. Cependant, eu égard au fait que les lois sont d'application pratique, ils considérèrent qu'il ne fallait pas prendre parti pour ou contre l'indéterminisme ou le déterminisme. En effet, il fut finalement admis que l'homme avait, en réalité, une marge de liberté, alors même qu'il pouvait être partiellement conditionné par des circonstances personnelles ou sociales.

3 HURTADO POZO, 1986, p. 50.

4 HURTADO POZO, 1986, p. 47.

5 JOSÉ HURTADO POZO, « L'image du délinquant en droit pénal suisse », in : *L'image de l'homme en droit: mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg*, Paul-Henri Steinauer (éditeur), Fribourg, Editions universitaires, 1990, p. 265 ss (cité: HURTADO POZO, 1990).

6 HURTADO POZO, 1990, p. 271.

Par notre analyse, nous avons cherché à préciser dans quelle mesure le droit pénal était en accord avec la « réalité », en particulier celle de l'individu, d'où mon souhait que le juriste devrait prendre plus en considération des critères des sciences humaines. Ainsi, le droit pénal et la dogmatique en particulier tiennent compte de l'être humain concret. Néanmoins, dans ce deuxième travail, nous avons mis l'accent sur l'aspect normatif de la question, en attirant l'attention sur le fait que, malgré cette image de l'homme libre et rationnel, il est très difficile d'établir avec certitude la possibilité concrète et individuelle d'agir librement au moment de commettre une infraction. Ce qui a amené à résoudre la question dans le cadre d'une appréciation socio-comparative : un individu moyen se trouvant à la place de l'auteur aurait-il pu agir autrement ? L'application de ce critère aboutit à une appréciation normative générale, fondée sur la « possibilité pour une personne abstraite moyenne d'agir autrement »⁷.

Sur la base de ces constatations, nous sommes arrivé, tout d'abord, à la conclusion que « la personne morale et responsable constitue alors le modèle de référence auquel il faut comparer l'auteur de l'infraction ». Ensuite, nous avons ajouté que « ce modèle abstrait constitue plus précisément un type «réel normatif» (*normativer Realtypus*) qui permet de saisir une certaine réalité » et qu'il ne s'agissait pas « d'une description (*Abbild*) plus ou moins exacte de la réalité – dans notre cas, l'homme – mais plutôt de l'image ou du concept (*Vorbild*), conçu à partir de la réalité, de l'homme tel qu'il est perçu le plus fréquemment »⁸.

Ni la personne du délinquant, ni son comportement concret ne sont décrits dans les dispositions de la loi pénale. Par contre, leur contenu fixe les conditions auxquelles une personne peut être qualifiée de délinquant et son comportement considéré comme une infraction pénale. Cette régulation n'est donc pas uniquement déterminée par les résultats des sciences humaines, mais surtout par des critères normatifs et axiologiques.

II. Notion de violence et réalité sociale

Cet aspect axiologique et idéologique est si important qu'il conditionne sensiblement notre manière d'aborder l'étude de la matière choisie. La lecture des travaux brièvement présentés met en évidence l'absence de toute référence à la femme, aussi bien dans la terminologie que dans les dispositions légales relatives aux conditions de la punissabilité ou celles prévoyant comme auteur d'une infraction une personne de sexe féminin.

En ce qui concerne la terminologie, il suffit de rappeler que les titres de nos deux travaux se réfèrent souvent à l'homme délinquant et non à la femme délin-

7 HANS-HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berlin 1988, p. 367 ss ; 5^e éd. Berlin 1993, p. 428.

8 HURTADO POZO, 1990, p. 278.

quante, à l'image de l'homme et non à celle de la femme. En outre, les dispositions légales dans les domaines ayant des intérêts significatifs pour les femmes, par exemple l'avortement, l'infanticide, le viol et d'autres infractions sexuelles, n'ont pas été mentionnées. Ainsi, il aurait été opportun de signaler, par exemple, que la version originale du Code pénal suisse ne réprimait pas le viol commis par le mari sur son épouse, mais prévoyait les conséquences pénales d'une interruption de la grossesse commise par la femme enceinte.

Cette perspective très masculine d'effectuer l'analyse s'explique surtout par l'adoption d'une conception qui, sans aucune nuance, place tous les individus dans une seule catégorie caractérisée par son unicité et universalité : tous sont égaux et libres. Lorsque le terme « homme » est utilisé, l'on pense à la catégorie asexuée d'être humain au sens du terme allemand « *Menschen* ». Il serait donc plus correct, concernant le titre de l'ouvrage dans lequel le deuxième travail cité est publié, de parler de « *Menschenbild im Recht* » que de « l'image de l'homme en droit ».

Une telle conception permet certes de parler de liberté, d'équité et d'égalité. Toutefois, en parallèle, de nombreuses inégalités et discriminations fondées sur l'ethnie, la religion, la situation économique et en particulier le sexe des personnes étaient instaurées et consolidées. Cette contradiction explique, entre autres, que les régimes démocratiques ont reconnu pleinement aux femmes leurs droits civils et politiques bien plus tard qu'aux hommes.

Il faut également tenir compte du contexte dans lequel ces travaux ont été élaborés. Les mouvements féministes s'étaient déjà formés et développés dans les années 70 et 80. Or, en Suisse, une large conscience sur le comportement violent exercé par l'homme sur son épouse ou sur sa compagne n'existait pas encore. Cela peut expliquer le fait que les premières mesures concrètes pour faire face à la violence à l'égard des femmes ne furent prises que dans les années 80. Pour l'essentiel, ces mesures consistèrent en l'organisation de centres pour s'occuper des femmes battues. S'il n'y avait pas de prise de conscience significative de la portée de ce phénomène de violence, c'est parce que la fréquence des « cas » en découlant n'avait, jusqu'alors, pas pu être déterminée. D'ailleurs, le système pour établir des statistiques n'est pas encore organisé pour bien recueillir ce genre de données. Ces dernières ne peuvent, en fait, être obtenues qu'indirectement, par le biais des dénonciations auprès de la police ou des condamnations relatives aux infractions violentes contre les personnes. Les statistiques concernant l'application de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) constituent une autre source importante.

L'appréciation de ces informations doit aussi tenir compte d'une série de circonstances. Par exemple, les femmes agressées par leur partenaire ne souhaitent souvent pas l'intervention de la police dans leur foyer. Elles s'abstiennent de dénoncer les actes violents subis par peur ou en raison de la situation de dépendance dans laquelle elles se trouvent. En ce qui concerne les condamnations pénales, il faut garder à l'esprit que celles-ci constituent l'aboutissement d'un long processus, dont les diverses étapes sont souvent des obstacles. Quant aux données sur l'aide appor-

tée aux victimes d'infractions, force est de constater que les statistiques ne restent que des chiffres avec fonction indicatrice qui ne peuvent, par nature, contenir tous les paramètres. Ainsi, il est indispensable de signaler que les raisons encourageant les femmes à demander de l'aide aux services d'assistance ne sont toujours pas claires ; de surplus, une même femme peut demander de l'aide à plusieurs reprises. Les statistiques ne précisent pas non plus en quoi consistent les actes de violence et, surtout, que toutes les femmes victimes des mauvais traitements ne recourent pas à ces services pour les raisons déjà mentionnées.

Un apport significatif, bien qu'incomplet, sur l'étendue du problème a été fourni par une recherche réalisée au début des années 90, à l'initiative du Groupe Solidarité femmes Genève⁹ (Centre d'accueil et conseil pour femmes victimes de la violence). Son but original était d'analyser le phénomène de la violence à l'encontre des femmes, mais également dans une perspective élargie aux rapports familiaux, aux conséquences de la violence sur les victimes et aux manières de faire face à ces actes violents. L'enquête fut réalisée par téléphone et sur la base d'un questionnaire structuré auprès de 1500 femmes, qui vivaient en couple au moment de l'enquête ou peu de temps avant. Les résultats indiquent que 20,7% des femmes interrogées avaient été victimes de violence physique et/ou sexuelle de la part de leur partenaire et que, dans la moitié de ces cas, la violence n'avait été que sexuelle ou accompagnée de violence sexuelle (coups de poing, bourrades, rixes). Le pourcentage des victimes augmente à 40%, lorsque l'on inclut aussi les cas de violence psychique (injures, vexations).

Selon les auteurs mêmes de la recherche, les données obtenues reflètent la portée du phénomène de la violence domestique, mais ne correspondent pas tout à fait à la réalité. A leur avis, il suffit de se référer aux résultats obtenus par des recherches similaires effectuées aux Pays-Bas ou au Canada. Ils avancent deux facteurs pour expliquer les résultats de leur travail. Premièrement, les personnes réellement concernées ont pu refuser de répondre, puisque la violence domestique constitue encore un tabou. Il est d'ailleurs très difficile de contrôler si les réponses données étaient conformes à la réalité. Deuxièmement, les questions méthodologiques ont plus ou moins faussé les résultats, dans la mesure où toute agression peut être qualifiée d'acte de violence si l'on ne tient pas compte du contexte dans lequel elle est commise.

L'une des principales difficultés rencontrées à l'occasion de ces recherches est la délimitation de la notion de violence. De par son caractère culturel, celle-ci évolue d'après l'époque et le lieu. Les actes de violence n'étant pas des faits naturels, leur qualification comme tels dépend de la conception théorique adoptée et des buts

9 Cette initiative fut financée par le Fonds national suisse de la recherche scientifique. La recherche commença en 1993 et les résultats furent publiés en 1997 : LUCIENNE GILLIOZ/JACQUELINE DE PUY/VÉRONIQUE DUCRET, *Domination et violence envers la femme dans le couple*, Payot, Lausanne 1997.

visés¹⁰. Par exemple, la définition de violence pour qualifier certains comportements comme des infractions pénales est différente de celle utilisée pour délimiter les domaines d'interventions des services sociaux ou pour cerner les actes d'agression à niveau international¹¹.

Selon l'OMS, la violence consiste en « l'usage délibéré ou la menace d'usage délibéré de la force physique ou de la puissance contre soi-même, contre une autre personne ou contre un groupe ou une communauté qui entraîne ou risque fort d'entraîner un traumatisme, un décès, un dommage moral, un mal développement ou une carence »¹². La violence familiale est considérée comme un cas de violence interpersonnelle et est définie en tant que violence entre partenaires, qui se présente « essentiellement entre membres d'une famille et entre proches, et qui se manifeste généralement, mais pas toujours, à l'intérieur du foyer ». Il s'agit, par exemple, des formes de maltraitance des enfants, de la violence infligée par le partenaire et de la maltraitance des personnes âgées.

D'après la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence contre la femme (1993)¹³, il faut comprendre « tous les actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée ». Afin de mieux l'expliquer, la même Déclaration reconnaît que « la violence à l'égard des femmes traduit des rapports de force historiquement inégaux entre hommes et femmes, lesquels ont abouti à la domination et à la discrimination exercées par les premiers et freiné la promotion des secondes, et qu'elle compte parmi les principaux mécanismes sociaux auxquels est due la subordination des femmes aux hommes ».

En Suisse, les auteurs définissent différemment la violence domestique¹⁴. Il existe toutefois des éléments communs avec les définitions précitées : tous ces actes

10 En droit pénal, par exemple, c'est une notion très discutée; cf. GÜNTHER STRATENWERTH/G. JENNY, *Schweizerisches Strafrecht*, BT I, 6^e édition, Berne, 2003, § 5, n. 5 ss. Une notion plus large au sens social et psychologique est donnée par M. AESCHLIMANN/S. KNOLL, *Modul zum Thema: Halt Gewalt gegen Frauen in Ehe und Partnerschaft, Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern des Kantons Bern*, p. 3; MARIANNE SCHWANDER, *Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt: Neue Erkenntnisse – neue Instrumente*, in: *RPS* 2003, p. 195 ss, 197 s.

11 LUCIENNE GILLIOZ/JACQUELINE DE PUY/VÉRONIQUE DUCRET, p. 33.

12 WHO Global Consultation on Violence and Health. *Violence: a public health priority*. Genève, Organisation mondiale de la Santé, 1996 (document non publié WHO/EHA/SPI.POA.2), cité dans le *Rapport mondial sur la violence et la santé*: résumé. Organisation mondiale de la Santé, Genève 2002, p. 5.

13 Résolution adoptée par l'Assemblée générale du 23 février 1994, *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*. A/RES/48/104 (<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/095/06/PDF/N9409506.pdf?OpenElement>).

14 ALBERTO GODENZI, *Gewalt im Sozialen Nahraum*, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Frankfurt am Main, 1993.

contre l'intégrité physique et psychique de la victime sont commis volontairement et comportent fréquemment un abus de position dominante de l'agresseur par rapport à la victime. Dans un document diffusé par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes¹⁵, la violence est définie comme le fait de porter « atteinte à l'intégrité physique, psychique et/ou sexuelle d'autrui, de manière intentionnelle et systématique. Elle s'exerce individuellement et/ou collectivement dans le but d'instaurer et/ou de maintenir des rapports de domination et de force. La violence, quelle qu'elle soit, est toujours une violation des droits humains ».

Cette caractérisation de la violence domestique a été influencée par les mouvements féministes, dont les membres ont agi aussi bien dans le champ de la politique sociale qu'au niveau de l'analyse et des débats. Ces mouvements ont réussi à faire évoluer significativement les mentalités et le comportement. Il n'est pas exagéré d'affirmer que la vision de genre s'est convertie en un instrument important pour le renouvellement des relations entre femmes et hommes¹⁶.

III. Remise en question des rapports entre femmes et hommes

La notion générale et abstraite du sujet, provenant de la philosophie de l'Illustration, a été fortement critiquée depuis très longtemps, ceci surtout dans la mesure où les idées traditionnelles d'universalisme, d'humanisme et de rationalisme n'étaient (et ne sont) pas considérées comme acquises. Cette remise en question est devenue la pierre d'achoppement des conceptions générées et prônées par les mouvements féministes. Ceux-ci proposent un changement profond dans les rapports entre hommes et femmes, car ils estiment que ces relations se sont établies dans un contexte de domination patriarcale et au détriment des femmes. Le caractère injuste des relations entre hommes et femmes a été voilé par la proclamation réitérée de l'égalité des personnes. Or, dans les faits, nous nous trouvons plutôt face à un Etat qui ne reconnaît aux femmes qu'un statut légal purement formel, en leur attribuant des droits et des obligations correspondants à ceux des hommes, sans cependant se soucier réellement que cette égalité soit réelle et effective.

Un aspect de la conception traditionnelle et patriarcale qui a été particulièrement remis en question par les mouvements féministes était le partage entre les domaines public et privé. Dans le domaine public, les personnes développent des activités concernant l'intérêt général ; par contre, dans le domaine privé, elles réalisent des activités relatives à leurs intérêts personnels. Ainsi, les rapports de couple étaient considérés comme relevant de la seule sphère privée et, par conséquent, l'Etat et les particuliers ne devaient pas intervenir dans ce domaine pour réprimer

15 REGULA STROBEL, *La violence*, Bureau fédéral de l'égalité, Berne. (http://www.against-violence.ch/f2/dokumente/artikel_schritte_ins_offene_fr.pdf).

16 Cf. TERRELL CARVER et autres, *Genre et politique. Débats et perspectives*, Gallimard, Folio Essais, 2000.

d'éventuels actes de violence. Une telle vision des choses faisait obstacle à la protection des intérêts des femmes et à la reconnaissance d'une problématique les concernant.

Par exemple, les relations sexuelles dans le mariage étant ainsi considérées comme une affaire privée, le droit pénal ne pouvait pas être utilisé pour régler les conflits entre époux. L'une des conséquences était que la femme n'était pas protégée contre l'imposition par la violence des relations sexuelles de la part de son mari. Un autre effet négatif était le refus absolu de reconnaître aux femmes le droit de décider sur leur maternité et une plus grande liberté quant aux décisions touchant leur projet de vie personnelle.

Les efforts entrepris par les mouvements féministes ont notablement fait évoluer les idées et les mentalités sur le sujet, ce qui a provoqué dans le domaine pénal des changements importants, surtout en matière de politique criminelle. En droit pénal matériel, les répercussions ont concerné les dispositions sur les infractions sexuelles et les mauvais traitements, dont les modifications législatives sont souvent citées en exemple de réussite du combat mené par le mouvement féministe. La situation des victimes de violence domestique a ainsi sensiblement changé en rapport avec la modification de certaines dispositions de la partie spéciale du Code pénal. En revanche, la conception et l'interprétation des dispositions générales relatives aux conditions de punissabilité n'ont pas beaucoup été influencées, dans la mesure où ces dispositions prévoient la réalisation libre d'un comportement, le caractère illicite de celui-ci, l'imputabilité et la culpabilité. Il s'agit là de circonstances concernant tout individu et qui ne dépendent pas, par exemple, de son sexe ou de la couleur de sa peau.

Eu égard à l'évolution sociale, les abus commis au sein d'un couple ne peuvent plus être considérés comme des affaires privées, libres de toute répression. La violence de genre n'est qu'un aspect des relations sociales, et particulièrement familiales. Dans ces dernières, la position de l'homme et celle de la femme sont conditionnées par la prééminence du premier sur la seconde. Les femmes sont en effet souvent soumises à un régime de domination et de discrimination à l'intérieur du couple. C'est le cas de la femme par rapport au mari, de la concubine par rapport à son compagnon ou de l'un des partenaires au sein d'un couple homosexuel. Ce système de relation n'est pas déterminé par des caractéristiques biologiques naturelles qui distinguent la femme de l'homme. C'est plutôt la structure sociale qui conditionne les effets de domination générés par le système familial¹⁷. Cette situation se présente souvent et est perçue, même pour les personnes affectées, comme « naturelle » ; tout ce qui se passe dans la famille est considéré comme n'appartenant qu'à leurs propres membres.

17 PIERRE BOURDIEU, *La domination masculine*, Editorial du Seuil, Paris 2002, p. 48 s.

IV. Cadre normatif général

Afin de mieux comprendre les mesures prises par le législateur dans le domaine du droit pénal, il convient de rappeler celles prises pour protéger plus efficacement les personnes en général.

La nouvelle Constitution prévoit expressément les droits fondamentaux, notamment les droits à la vie, à l'intégrité corporelle, à la liberté et à la dignité personnelle, lesquels étaient déjà reconnus par le Tribunal fédéral en tant que «libertés non écrites»¹⁸. Le respect de ces droits implique que les mauvais traitements ou les comportements dégradants ne doivent pas être exercés sur des tiers. D'ailleurs, l'Etat a l'obligation de protéger et de promouvoir ces droits. Dans cette direction, la Suisse a ratifié la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination de la femme¹⁹.

Au niveau international, il est opportun de signaler que lors de la 4^e Conférence mondiale des Nations Unies en 1995 à Pékin, il a été souligné que l'égalité, le développement et la paix ne pourraient être atteints que si la violence à l'encontre des femmes n'était pas efficacement combattue, car cette violence enfreint et restreint la jouissance des droits humains tout en portant atteinte aux libertés fondamentales. La violence constitue une des manifestations de l'inégalité dans le rapport entre femmes et hommes, dans le sens admis par la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination sur les femmes (1979) et par la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence sur les femmes (1993). Conformément à la Résolution de l'OMS (WHO 49.25 de 1996), la violence est désormais considérée comme un problème prioritaire de santé publique. A cet égard, il faut rappeler le rapport du Parlement européen en juillet 1997, la Résolution de la commission de droits humains des Nations Unies de 1997 et la Déclaration de l'an 1999 comme l'Année européenne de la lutte contre la violence de genre. Il en est de même du Programme Daphné II (décision n° 803/2004/CE du Parlement européen) concernant les mesures concrètes pour prévenir et combattre la violence sur les enfants, les jeunes et les femmes, ainsi que pour protéger les victimes et les groupes à risque.

Le législateur suisse n'a pas édicté une loi fédérale cadre sur la violence domestique traitant de toutes les questions concernant ce phénomène. Cette façon de procéder rappelle celle utilisée pour lutter contre le terrorisme, dans la mesure où les dispositions topiques ne sont pas toutes contenues dans une seule loi mais les divers textes légaux concernés ont été modifiés afin de contenir de nouvelles dispositions sur la question.

18 MICHEL ROSSINNELLI, *Les libertés non écrites*, Lausanne 1987; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 2, *Les droits fondamentaux*, Staempfli, Berne 2000, n° 75.

19 RS 0.108, ratifiée par la Suisse le 27 mars 1997, en vigueur depuis le 26 avril 1997.

Sur ce point, le législateur suisse légifère de manière différente, par exemple, de son homologue espagnol. Ce dernier a préféré édicter une loi cadre dans laquelle il essaie de prévoir toutes les mesures de protection intégrale contre la violence de genre²⁰. Celles-ci doivent tenir compte de l'égalité, de la dignité humaine et de la liberté des personnes à tous les niveaux de la socialisation. Elles doivent intervenir dans les domaines de l'éducation, de la santé, en apprenant aux victimes leur droit à l'information, à l'assistance gratuite et à la protection sociale et économique. Les prescriptions légales comprennent donc le droit civil et le droit pénal (matériel et formel). Finalement, dans un but pragmatique, le législateur espagnol prévoit la formation du personnel sanitaire et juridique ainsi que de la police pour faciliter une meilleure application de la loi.

En admettant que, par les circonstances sociales qui la provoquent, la violence domestique a une spécificité différente de toute autre violence, le législateur espagnol prévoit même des infractions spéciales concernant les mauvais traitements (art. 153) et des cas aggravés de menaces (art. 171, al. 4 à 6). L'art. 153 de la loi espagnole réprime celui qui, par un moyen ou un procédé quelconque, cause un préjudice de nature psychique ou une lésion non prévus par le Code pénal espagnol, ou frappe, commet des voies de fait sur un tiers sans lui causer de lésion, à la condition que la victime est ou a été son épouse, ou une femme qui, sans faire ménage commun avec l'auteur, était liée à lui par une relation analogue, ou une personne spécialement vulnérable cohabitant avec l'auteur. La peine prévue est l'emprisonnement de plus de six mois et de moins d'un an, ou le travail communautaire de trente à quatre-vingts jours et, en tout cas, la privation du droit de porter les armes. Si le juge l'estime nécessaire pour les intérêts du mineur ou du pupille, il prononcera la suppression de l'autorité parentale, de la tutelle, de la curatelle, ou de la garde pour une durée maximale de cinq ans. L'art. 171 al. 4 prévoit, pour les mêmes sanctions, la répression de celui qui profère des menaces à une des catégories de victime énumérées à l'art. 153.

Cette loi a été fortement critiquée pour son manque de cohérence et son cadre très large des nouvelles incriminations. L'argument selon lequel la violence domestique est de nature différente de la violence ordinaire est jugé faible. En outre, il est difficile de distinguer les cas de violence déjà sanctionnés par le Code pénal des mauvais traitements, menaces ou contraintes prévus par la loi sur la violence domestique. Toutes ces raisons justifient le choix du législateur suisse de procéder par des réformes partielles des dispositions concernées dans des divers domaines de la législation. Une autre critique sur la conformité de la loi avec la Constitution a été formulée : le principe de l'égalité ne serait respecté que si les infractions pénales prévues sont commises par les hommes.

20 Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE n. 313, 22.12.2004, p. 42116.

V. Réformes législatives en Suisse

Après avoir constaté que le droit suisse manquait de moyens indispensables pour faire face aux actes violents commis dans le milieu familial ou au sein d'un couple, le législateur a décidé de modifier et de parfaire les législations civile et pénale. Il poursuit ainsi une double finalité : prévenir les actes de violence et réprimer plus efficacement les personnes responsables. Dans cette perspective, il tient compte du fait que les actes de violence domestique se commettent aussi bien au sein des couples mariés que de ceux vivant en concubinage ou des couples homosexuels. La situation juridique varie injustement en fonction de l'état civil des personnes concernées (couple marié ou non marié), et du lieu d'habitation, en raison des disparités dans la législation et la pratique d'un canton à l'autre.

A. Droit civil

En droit civil²¹, la protection contre la violence conjugale au sein d'un couple marié est garantie essentiellement par les dispositions du Code civil sur les mesures de protection de l'union conjugale (art. 171 ss CC). Les deux mesures principales sont la suspension de la vie commune (art. 175 CC) et l'attribution du logement à l'épouse (art. 176 al. 1 ch. 2 CC). Ces mesures, en tant que *lex specialis*, excluent les normes générales relatives à la protection de la personnalité contre les atteintes illicites (art. 28 ss CC). Cependant, la doctrine récente considère que les articles 28 ss CC pourraient s'appliquer aux conjoints lorsque l'atteinte peut être aussi bien le fait d'un tiers que du conjoint (par exemple lésion corporelle). Mais lorsque le conflit porte sur des devoirs conjugaux, l'application de ces règles est exclue.²²

Les couples concubins ne bénéficient d'aucune protection légale particulière. La jurisprudence et la doctrine majoritaire y rejettent l'application par analogie du droit du mariage²³. La victime de violence d'un pareil cas peut faire valoir des mesures de protection de sa personnalité fondées sur les articles 28 ss CC. Elle dispose ainsi de deux actions défensives. La première, l'action en prévention de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 1 CC), tend à interdire un comportement futur s'il existe une menace sérieuse à la personnalité de la victime. La deuxième, l'action en cessation de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 2 CC), vise à mettre fin au comportement

21 ANDREA BÜCHLER, « Zivilrechtliche Interventionen bei Gewalt in Lebensgemeinschaften », in : *La pratique du droit de la famille*, 2000, p. 583 ss (cité : BÜCHLER, 2000).

22 HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, t. II 1/3/2, Bern 1999, Vorbem. zu art. 171 ss, n. 25 ; Rapport et avant-projet de la commission des affaires juridiques du Conseil national sur la protection contre la violence dans la famille et dans le couple, (25.08.2003), p. 5 (http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/haeusliche_gewalt.Par.0002.File.tmp/ber-rk-n-f.pdf).

23 Rapport et avant-projet de la commission des affaires juridiques (25.08.2003), p. 5.

violent²⁴. La violation de ces mesures par l'époux peut être l'objet d'une sanction pénale, à savoir l'arrêt ou l'amende selon l'art. 292 CP²⁵.

Cependant, ces dispositions n'assurent pas une protection suffisante sans les mesures d'accompagnement ordonnées par le juge. Afin de résoudre ce problème, le législateur a décidé d'introduire le nouvel article 28b²⁶ dans le Code civil. Le but de cette disposition, dont la note marginale est « Protection contre la violence domestique », est de compléter la régulation actuelle du droit de la personnalité.

L'art. 28b CC prévoit que le juge peut prendre des mesures nécessaires, à la demande de la victime d'une « atteinte illicite à sa personnalité du fait d'une agression physique ou de la menace d'une telle agression et si elle fait ou a fait ménage commun avec son auteur ». Il existe trois types de mesures. La première consiste en l'injonction à l'auteur de quitter le logement et l'environnement immédiat ; la deuxième pose l'interdiction d'approcher de la victime ou de prendre contact avec elle, notamment par téléphone, par écrit ou par voie électronique ; finalement, il est interdit à l'auteur de causer à la victime d'autres dérangements, de se rendre dans des lieux déterminés, notamment des rues, places ou quartiers. La durée de ces mesures ne peut dépasser le délai de deux ans.

En outre, si la personne concernée montre avec vraisemblance « qu'une atteinte à sa personnalité est imminente et qu'elle risque de lui causer un préjudice difficilement réparable », le juge peut prononcer ces mesures à titre provisoire. D'ailleurs, en cas de danger imminent, il est possible de renoncer à l'audition préalable de la partie adverse.

Pour rendre efficace l'intervention du juge, les alinéas 4 et 5 de l'art. 28b précisent que les cantons doivent prévoir une « procédure simple et rapide » et instituer des centres d'information et de consultation en matière de protection contre la violence domestique.

B. Droit pénal matériel

En matière pénale, comme nous l'avons déjà indiqué, le législateur suisse part de l'idée que la violence domestique est constituée par un ensemble de comportements qui, lorsqu'ils ont une certaine gravité, tombent sous le coup de divers énoncés de fait légaux prévus par le Code pénal. C'est le cas, par exemple, de l'homicide, des lésions graves ou de la séquestration. L'auteur de ces infractions est suffisamment puni conformément aux dispositions du Code pénal qui prévoient la

24 HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER/MARGARETA BADDELEY, *Les effets du mariage*, Berne 2000, p. 202.

25 BÜCHLER, 2000, p. 598. Cet auteur souhaite que cette sanction de nature pénale soit aussi prononcée par le juge civil qui a ordonné l'interdiction, ce qui éviterait à la victime de mener deux procédures, pénale et civile, simultanément.

26 Rapport et avant-projet de la commission des affaires juridiques (25.08.2003), p. 3 ss.

poursuite d'office et des peines relativement lourdes. Par contre, en cas d'infractions de moindre gravité poursuivies sur plainte du lésé, la protection est insuffisante pour certaines victimes. Par conséquent, le législateur a aggravé la répression des infractions de lésions corporelles simples (infractions contre l'intégrité corporelle et la santé), des menaces (infractions contre la liberté individuelle) et d'actes d'ordre sexuel réalisés par violence ou menace (infractions contre l'intégrité sexuelle), en prévoyant la poursuite d'office lorsque ces infractions ont été commises dans un contexte de vie en commun²⁷.

Plus précisément, l'art. 123 chiffre 2 paragraphes 4 et 5 (lésions corporelles simples) prévoit que la poursuite aura lieu d'office « si l'auteur est le conjoint de la victime et que l'atteinte a été commise durant le mariage ou dans l'année qui a suivi le divorce, si l'auteur est le partenaire hétérosexuel ou homosexuel de la victime pour autant qu'ils fassent ménage commun pour une durée indéterminée et que l'atteinte ait été commise durant cette période ou dans l'année qui a suivi la séparation ».

Ainsi, le législateur fait une nette distinction entre les couples mariés et les concubins. Primo, l'infraction est commise pendant la vie en commun ou l'année qui suit le divorce ou la séparation. Secundo, l'auteur et la victime constituent un couple soit par le lien du mariage (en cas d'hétérosexuels), soit par la volonté de vivre en commun pendant un laps de temps indéterminé (en cas d'hétérosexuels ou d'homosexuels). Tertio, ils doivent former une cellule familiale, dans laquelle ils assument les droits et devoirs réciproques et maintiennent des relations intimes.

Les actes de violence se produisent souvent dans les relations de couple à cause de la situation de soumission ou de dépendance de la victime par rapport à l'auteur, ce qui rend nécessaire la protection de la victime par une intervention directe de l'autorité compétente. D'ailleurs, la victime ne possède toujours pas la liberté complète pour dénoncer le coupable, par peur ou par manque de moyen de réaction.

La protection postérieure au divorce ou à la séparation se justifie par l'attitude violente du conjoint ou partenaire résultant de l'ambiance tendue entre les parties. En outre, même après la rupture, la victime se trouve dans une situation difficile et fragile qui la rend très vulnérable.

L'art. 180 CP prévoit, aux mêmes conditions, la poursuite d'office de l'auteur des menaces à l'encontre de son partenaire. Cette modification élargit la protection

27 Loi fédérale du 3 octobre 2003, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2004, RO 2004 1403-1407 ; FF 2003 1750 1759. Cf. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur l'initiative parlementaire sur la classification parmi les infractions poursuivies d'office des actes de violence sur des femmes. Révision de l'art. 123 (28.09.2002), FF 2003, p. 1757 et sur l'initiative parlementaire sur la classification parmi les infractions poursuivies d'office des actes de violence à caractère sexuel commis sur un conjoint. Modifications des art. 189 et 190 CP (28.09.2002), FF 2003, p. 1759. Avis du Conseil fédéral sur la même initiative (19.02.2003), FF 2003, p. 1781 ; BÜCHLER, 2000, p. 199 ss ; STEPHAN TRECHSEL / PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht*, AT I, *Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, p. 302 ss.

C. Procédure : la LAVI et le futur Code de procédure pénale fédéral

La loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), dont certaines dispositions protègent les victimes de la violence, constitue également un moyen pour lutter contre la violence domestique. L'origine de la LAVI date des années 70, lorsque la Confédération s'est engagée à s'occuper davantage du sort des victimes²⁹. Le souci prédominant n'était cependant pas la protection des femmes, mais plutôt l'atténuation des préjudices causés aux victimes des actes de terrorisme. Néanmoins, lors des travaux législatifs, les idées prônées par les mouvements féministes eurent une influence décisive. L'adoption de la loi impliqua la modification préalable de la Constitution afin d'attribuer à la Confédération la compétence de légiférer en la matière³⁰. L'aboutissement de ce processus fut double : la présentation par le Conseil fédéral d'un projet de loi d'aide aux victimes (la LAVI) et la ratification de la Convention européenne du 24 novembre 1983 relative à l'indemnisation des victimes d'infractions violentes³¹.

Les motifs du législateur furent divers. D'abord, il s'agit du souci d'équité sociale et de solidarité collective avec les victimes des actes de violence. Ensuite, le législateur voulut compléter la protection juridique des victimes par les droits civil, pénal et administratif. Il est donc question d'une aide, aussi bien financière que morale, à la victime pour sortir du traumatisme provoqué par l'infraction. Cependant, cette aide a un caractère subsidiaire, car elle n'est octroyée que si la victime n'a pas de moyens suffisants.

Afin de poursuivre ces buts, la LAVI s'applique dans trois domaines : assistance à la victime, protection de celle-ci dans la procédure pénale et réparation du préjudice par l'Etat. Les dispositions de la LAVI ont un caractère minimaliste dans le sens qu'elles laissent aux cantons la possibilité de les compléter conformément à leurs besoins particuliers. Elles sont en particulier destinées à renforcer la position des victimes dans la procédure pénale.

La LAVI fait actuellement l'objet d'une révision totale. L'élaboration d'un Code de procédure pénale suisse en vue d'unifier la procédure pénale au niveau fédéral

29 Cf. Initiative parlementaire Goll du 16 décembre 1994 (94.441) : « *Exploitation sexuelle des enfants. Meilleure protection* » ; Motion Vermot du 15 mars 2000 (00.3055) : « *Traite de femmes. Programme de protection pour les victimes* » ; Initiative parlementaire Vermot du 14 juin 2000 (00.419) : « *Protection contre la violence dans la famille et dans le couple* ».

30 Art. 64^{ter} de l'ancienne Constitution, art. 124 de la Constitution en vigueur depuis 1998. Cette dernière disposition modifie légèrement l'art. 64^{ter} et prévoit : « La Confédération et les cantons veillent à ce que les victimes d'une infraction portant atteinte à leur intégrité physique, psychique ou sexuelle bénéficient d'une aide et reçoivent une juste indemnité si elles connaissent des difficultés matérielles en raison de l'infraction. »

31 La loi est entrée en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1993. Selon son art. 1, al. 1, le but est de protéger efficacement les victimes et de renforcer leurs droits. Cf. : GÉRARD PIQUERETZ, *Manuel de procédure pénale*, Schulthess, Zurich 2001, n. 983 ss ; BERNARD CORBOZ, « Les droits procéduraux découlant de la LAVI », *SJ* 1996, p. 53 ss.

al. 5 AP reconnaissent à la victime un droit plus large de s'opposer à la confrontation. En effet, la confrontation ne doit pas être ordonnée contre la volonté de la victime, sauf si le droit d'être entendu du prévenu l'exige impérativement.

La LAVI garantit également à la victime d'infractions le droit d'être mise en contact avec un centre de consultation. Les autorités doivent informer la victime de l'existence de ces centres (art. 6 al. 1 LAVI) et transmettent d'office à ceux-ci le nom et l'adresse de la victime (art. 6 al. 2 LAVI).

Le caractère particulier des infractions sexuelles justifie une protection plus étendue de la victime. Cette dernière peut exiger d'être entendue par une personne du même sexe pendant la procédure préliminaire, c'est-à-dire l'enquête de la police et l'instruction de l'autorité de poursuite (art. 6 al. 3 LAVI, 163 al. 2 AP). Qui plus est, elle peut se faire accompagner d'une personne de confiance lors de son interrogatoire (art. 7 al. 1 LAVI, 163 al. 3 AP) et refuser de déposer sur les faits concernant sa sphère intime (art. 7 al. 2 LAVI). L'art. 10 LAVI accorde à la victime d'infractions sexuelles le droit d'exiger la présence d'un juge du même sexe.

La victime peut intervenir comme partie dans la procédure pénale pour faire valoir ses prétentions civiles (art. 8 al. 1 LAVI, 129 al. 1 AP). Elle a également le droit d'exiger une décision du juge pénal sur les conclusions civiles (art. 9 LAVI, 132 al. 1 AP). Ces dispositions tendent à éviter que le juge pénal, pour se simplifier la tâche, ne renvoie systématiquement le lésé à agir par la voie civile ; ce qui engendrerait des frais de procédure, de faibles chances de recouvrer la créance, voire la crainte d'une nouvelle confrontation avec l'auteur de l'infraction³⁴.

Enfin, au cas où la victime est convoquée en tant que témoin par les autorités pénales, l'art. 176 AP prévoit que, eu égard à ses relations personnelles avec le prévenu (époux, partenaire, parent, frère ou sœur, etc.), la victime peut refuser de témoigner, à l'exception des infractions graves contre la vie (art. 111 à 113 CP), l'intégrité corporelle (art. 122 CP), le patrimoine (art. 140 CP) et l'intégrité sexuelle (art. 184, 185, 187, 89, 190 et 191 CP).

VI. Conclusion

La situation des femmes en Suisse, similaire à celle des autres pays, se caractérise par l'inégalité et la discrimination. Malgré la prospérité économique et les différences sociales relativement atténuées par le niveau de vie élevé, une certaine dépendance des femmes à l'égard des hommes subsiste et se développe aussi bien dans le domaine public que privé. Les femmes sont insuffisamment représentées à tous les niveaux des organes politiques (fédéral, cantonal et communal) ainsi que dans la

34 Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, FF 1990 II 935 s. ; BERNARD CORBOZ, « Les droits procéduraux découlant de la LAV », in : *La Semaine judiciaire*, 1996, p. 85.

direction des entreprises privées. En outre, elles subissent encore des discriminations salariales par rapport à leurs collègues masculins.

Cette situation est due au fait que les droits des femmes ne sont pas encore pleinement reconnus. Si ces dernières sont victimes de comportements violents, c'est parce que les hommes profitent de leur position de force par rapport à leur épouse ou compagne. Sur ce point, l'admission récente de la punissabilité du viol dans le mariage et la poursuite d'office du mari responsable de l'agression constitue un progrès. Il en est de même pour la faculté octroyée à la femme enceinte de décider, sous certaines conditions, d'interrompre ou non sa grossesse.

Dans le procès pénal, les femmes, en tant que victimes, n'ont pas toujours été bien protégées. Une modification substantielle des dispositions de protection est donc indispensable. Dans ce but, le futur Code de procédure pénale fédéral complète et améliore sensiblement les normes de procédure de la LAVI.

Il est clair que de simples modifications législatives ne suffisent pas. Il faudra en outre organiser un système efficace au niveau du personnel et du matériel pour rendre l'application des mesures légales plus efficace. La volonté politique de procéder aux investissements nécessaires est également cruciale. Reste que le point central consiste en une prise de conscience généralisée d'éliminer ou de diminuer la perception traditionnelle de la situation des femmes dans la Suisse actuelle afin de poser les jalons d'une société plus juste.

VI. Conclusion