

Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen

Erläuternder Bericht zum Vorentwurf

Oktober 2015

Übersicht

Die geltenden Bestimmungen zum Schutz gewaltbetroffener Personen im Zivil- und Strafrecht sollen punktuell ergänzt werden. So kann der Schutz vor häuslicher Gewalt verbessert und gewaltbetroffene Personen können noch besser geschützt werden. Damit werden bestimmte Schwachstellen des geltenden Rechts namentlich bei der prozessualen Geltendmachung behoben, die zwei Evaluationen in beiden Rechtsbereichen aufgezeigt haben. Mit dem Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen sollen das Zivilgesetzbuch, die Zivilprozessordnung, das Strafgesetzbuch und das Militärstrafgesetz angepasst werden.

Um die Wirksamkeit der **zivilrechtlichen Gewaltschutznorm von Artikel 28b ZGB** zu erhöhen, schlägt der Bundesrat vor, gewisse zivilprozessuale Hürden abzubauen, die sich bei der Evaluation von Artikel 28b ZGB zeigten. So sollen der verletzten Person bei Verfahren nach Artikel 28b ZGB im Entscheidverfahren keine Gerichtskosten mehr überbunden werden und ein Schlichtungsverfahren in allen Fällen entfallen. Um die Schnittstellenproblematik zu entschärfen, soll das Gericht seinen Entscheid den Strafverfolgungsbehörden, der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, der kantonalen Interventionsstelle sowie allfällig weiteren betroffenen Personen mitteilen. Zur besseren Durchsetzbarkeit angeordneter Schutzmassnahmen und in Erfüllung der Motion Perrin «Geschlagene Frauen schützen» (09.4017) schlägt der Bundesrat weiter vor, eine gesetzliche Grundlage für die gerichtliche Anordnung einer elektronischen Vorrichtung zu schaffen, mit der ein gerichtlich angeordnetes Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbot überwacht und kontrolliert werden kann, indem die Tatperson einen elektronischen Sender in der Form eines Armbands oder einer Fussfessel trägt.

Strafrechtlich soll die **Einstellung von Strafverfahren wegen einfacher Körperverletzung, wiederholter Tötlichkeiten, Drohung oder Nötigung in Paarbeziehungen** neu geregelt werden. Mit dem Ziel, das Opfer zu entlasten, sollen die Artikel 55a StGB und 46b MStG wie folgt angepasst werden: Erstens soll der Entscheid über den Fortgang des Strafverfahrens nicht mehr ausschliesslich von der Willensäusserung des Opfers abhängig sein. Die Verantwortung über Sistierung, Wiederanhandnahme oder Einstellung des Verfahrens soll vielmehr bei den Behörden liegen, die neben der Erklärung des Opfers auch weitere Umstände berücksichtigen und würdigen. Dabei soll auch das Verhalten der beschuldigten Person Berücksichtigung finden, so etwa der Umstand, dass diese ein Lernprogramm gegen Gewalt besucht. Zweitens sollen Verfahren bei Verdacht auf wiederholte Gewalt nicht mehr sistiert werden können. Wurde die beschuldigte Person bereits wegen eines Delikts gegen Leib und Leben, die Freiheit oder die sexuelle Integrität gegenüber dem aktuellen oder einem früheren Partner verurteilt, so soll eine Sistierung nicht mehr zulässig sein. Drittens soll das Opfer vor der Einstellung noch einmal angehört werden und seinen Willen zur Verfahrenseinstellung bestätigen. Mit diesen Gesetzesänderungen werden die Motion Keller-Sutter «Opfer häuslicher Gewalt besser schützen» (12.4025) und die aus dem Bericht zur Motion Heim «Eindämmung der häuslichen Gewalt» (09.3059) gewonnenen Erkenntnisse umgesetzt.

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	5
1.1	Zivilrechtlicher Gewaltschutz im geltenden Recht	5
1.1.1	Gewaltschutznorm im ZGB	5
1.1.2	Artikel 28b ZGB: Materiellrechtliche Aspekte	6
1.1.3	Artikel 28b ZGB: Prozessuale Aspekte (ZPO)	8
1.2	Strafrechtlicher Schutz vor Gewalt in Paarbeziehungen im geltenden Recht	9
1.2.1	Revision der Strafverfolgung in Paarbeziehungen	9
1.2.2	Artikel 55a StGB: Rechtsprechung	10
1.2.3	Kontakt- und Rayonverbote im Strafrecht	10
1.3	Kantonales Recht	11
1.4	Staatsvertragsrecht	12
1.4.1	Übereinkommen und Resolutionen der Vereinten Nationen	12
1.4.2	Europäische Menschenrechtskonvention	14
1.4.3	Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention)	15
1.5	Statistische Zahlen	16
1.6	Rechtsvergleich	19
1.6.1	Electronic Monitoring im Zivilrecht anderer europäischer Staaten	19
1.6.2	Gewalt in Paarbeziehungen im Strafrecht anderer europäischer Staaten	21
1.7	Parlamentarische Vorstösse	22
1.7.1	Überblick	22
1.7.2	Ankündigung einer Evaluation zur Umsetzung von Artikel 28b ZGB	22
1.7.3	Vollzug mittels elektronischer Vorrichtungen: Motion Perrin 09.4017	23
1.7.4	Untersuchung der Einstellungspraxis: Motion Heim 09.3059	23
1.7.5	Anhörung des Opfers: Motion Keller-Sutter 12.4025	24
2	Evaluation und Untersuchung des Gewaltschutzes im geltenden Recht	25
2.1	Evaluation von Artikel 28b ZGB	25
2.1.1	Ausgangslage	25
2.1.2	Ziel der Evaluation	25
2.1.3	Vorgehen	25
2.1.4	Evaluationsergebnisse	26
2.1.5	Würdigung der Evaluationsergebnisse	28
2.2	Untersuchung der Praxis zu Artikel 55a StGB	29
2.2.1	Ziele der Untersuchung und Vorgehen	29
2.2.2	Ergebnisse	29

3	Grundzüge der beantragten Neuregelung	30
3.1	Überblick und Ziele der Vorlage	30
3.2	Die beantragte Neuregelung	31
3.2.1	Verbesserung der Weiterbildung der mit dem Gewaltschutz betrauten Personen und der Information zwischen den verschiedenen Behörden	31
3.2.2	Umsetzung der Motion Perrin (09.4017)	32
3.2.3	Vereinfachung und Kostenlosigkeit der Zivilverfahren	34
3.2.4	Umfassende Interessenabwägung bei der Sistierung, Wiederanhandnahme und Einstellung des Strafverfahrens	35
3.2.5	Verknüpfung der Sistierung, Wiederanhandnahme und Einstellung des Strafverfahrens mit Lernprogrammen	36
3.2.6	Fortsetzung des Strafverfahrens bei Verdacht auf wiederholte Gewalt	37
3.2.7	Umsetzung der Motion Keller-Sutter (12.4025): Anhörung des Opfers vor der definitiven Einstellung des Strafverfahrens	38
3.3	Umsetzung	38
3.4	Erledigung parlamentarischer Vorstösse	38
4	Erläuterung der Bestimmungen im Einzelnen	39
4.1	Zivilgesetzbuch (ZGB)	39
4.2	Zivilprozessordnung (ZPO)	44
4.3	Strafgesetzbuch (StGB)	45
4.4	Militärstrafgesetz (MStG)	49
5	Auswirkungen	50
5.1	Auswirkungen auf den Bund	50
5.2	Auswirkungen auf die Kantone	50
5.3	Auswirkungen auf die Gesellschaft	51
6	Rechtliche Aspekte	51
6.1	Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	51
6.2	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	52
6.2.1	EMRK	52
6.2.2	Istanbul-Konvention	52
6.3	Datenschutz	53

Gemäss internationalen und nationalen Studien und Statistiken sind die Fälle von häuslicher Gewalt und Nachstellungen (Stalking) in den vergangenen Jahren trotz der zahlreichen dagegen unternommenen Anstrengungen und Massnahmen nicht zurückgegangen.¹ Aufgrund einer Analyse und Evaluation des zivil- und strafrechtlichen Gewaltschutzes im geltenden Recht² und insbesondere in Erfüllung mehrerer parlamentarischer Vorstösse³ schlägt der Bundesrat nachfolgend verschiedene Gesetzesänderungen vor, mit denen der Schutz gewaltbetroffener Personen verbessert werden soll.

1.1

Zivilrechtlicher Gewaltschutz im geltenden Recht

1.1.1

Gewaltschutznorm im ZGB

Artikel 28b des Zivilgesetzbuches⁴ (ZGB) geht auf die parlamentarische Initiative von Alt-Nationalrätin Ruth-Gaby Vermot-Mangold «Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft» (00.419) vom 14. Juni 2000 zurück. Absicht dieser Initiative war die Schaffung eines Gewaltschutzgesetzes, «*das die von Gewalt betroffenen Personen schützt und die sofortige Wegweisung von gewalttätigen Personen aus der Wohnung und das Betretungsverbot über eine bestimmte Zeitdauer festlegt*».⁵ Der Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 21. Februar 2001 hielt fest, dass die neu zu erlassenden Bestimmungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Natur sein sollten. Das damalige Recht bot keine spezielle Handhabe, um Opfern häuslicher Gewalt genügend Schutz zu bieten. Die rechtliche Situation hing vom Wohnort der betroffenen Personen ab, da sich die Praxis und die Gesetze – insbesondere mit Blick auf polizeiliche Massnahmen – von Kanton zu Kanton unterschieden. Gemäss dem Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 18. August 2005⁶ stand dabei das folgende Ziel im Vordergrund: «Die Opfer müssen wirksam geschützt werden, dies umso mehr, als sie mit der Person, die gegen sie Gewalt ausübt, zusammenwohnen.»

In der Folge wurde mit Artikel 28b ZGB eine zivilrechtliche Gewaltschutznorm geschaffen, die sowohl Opfer häuslicher Gewalt als auch Stalkingopfer schützen sollte. Auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmung am 1. Juli 2007 bezeichneten alle Kantone die von Absatz 4 verlangte Interventionsstelle für den Krisenfall und regelten das Verfahren. Viele Kantone hatten dazu ihre Polizeigesetze und -verordnungen entsprechend angepasst, einige Kantone hatten eigene Gewaltschutzgesetze erlassen. Die Aufforderung an die Kantone, die Intervention im

¹ Vgl. dazu die Informationsblätter Nr. 9 und 10 des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, abrufbar unter: www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00442/index.html?lang=de (Stand: 24.8.2015); vgl. ferner die Ausführungen unter Ziff. 1.5.

² Dazu ausführlich Ziff. 1.7.2 und 1.7.4.

³ Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 1.7.1.

⁴ SR 210

⁵ Pa. Iv. Vermot-Mangold (00.419), Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 21. Februar 2001, abrufbar unter: http://www.parlament.ch/sites/kb/2000/Kommissionsbericht_RK-N_00.419_2001-02-21.pdf (Stand: 24.8.2015).

⁶ BB1 2005 6871

Krisenfall zu regeln, brachte in denjenigen Kantonen, in denen zuvor keine entsprechenden Bestimmungen erlassen worden waren, eine Verbesserung des Schutzes bei häuslicher Gewalt. In Kantonen, in denen bereits vor Erlass der Bundesnorm entsprechende Schutzbestimmungen erlassen worden waren, führte Artikel 28b ZGB in erster Linie zu einer Erweiterung der bestehenden rechtlichen Möglichkeiten.⁷

1.1.2 Artikel 28b ZGB: Materiellrechtliche Aspekte

Der zivilrechtliche Gewaltschutz ist Teil des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes von Artikel 28 ff. ZGB. Voraussetzung für die Anordnung einer Massnahme im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes ist eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Grundsätzlich stehen dabei die folgenden zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten zur Verfügung:

1. Verbot einer drohenden Verletzung,
2. Beseitigung einer bestehenden Verletzung,
3. Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung sowie
4. Mitteilung und Veröffentlichung des Urteils.

Diese Massnahmen können unabhängig davon angeordnet werden, ob die Tatperson ein Verschulden trifft oder nicht.

Artikel 28b Absatz 1 ZGB konkretisiert den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz, indem die Bestimmung Massnahmen auflistet, die durch das Gericht getroffen werden können, um eine drohende rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung durch Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen abzuwenden oder eine bestehende Verletzung zu beseitigen.

Zugunsten der klagenden Partei kann das Gericht beispielsweise Annäherungs-, Orts- sowie Kontaktaufnahmeverbote anordnen. Der Massnahmenkatalog ist nicht abschliessend: Das Gericht kann somit auch andere Massnahmen anordnen, die geeignet sind, die klagende Person vor Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen zu schützen.⁸ Die Regelung von Artikel 28b ZGB gilt gemäss Artikel 172 Absatz 3 ZGB sowie Artikel 276 Abs. 1 und Art. 307 der Zivilprozessordnung (ZPO)⁹ sinngemäss auch für das Eheschutz- und Scheidungsverfahren sowie das Verfahren zur Auflösung der eingetragenen Partnerschaft.

Die Artikel 28b Absätze 2 und 3 ZGB ermöglichen eine Ausweisung aus der Wohnung, wenn Opfer und gewaltausübende Person zusammenleben, und erlaubt zudem im Einverständnis mit dem Vermieter eine Übertragung des Mietvertrages. Ziel dieser Bestimmung ist es, dem Opfer eine Alternative zur Flucht zu bieten.

Absatz 4 richtet sich an die Kantone (vgl. oben Ziff. 1.1.1 sowie unten Ziff. 1.2) und betrifft die Schaffung einer Kriseninterventionsstelle.

⁷ Vgl. dazu Pa. Iv. Vermot-Mangold (00.419), Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 18. August 2005, BB1 **2005** 6871, hier 6878 ff.

⁸ Vgl. dazu Bericht Pa. Iv. Vermot-Mangold 2005 (Fn. 7), hier 6885 f.

⁹ SR 272

Bei der Anordnung von Schutzmassnahmen hat das Gericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren (Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV¹⁰). Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Dauer solcher Massnahmen, die durch das Gesetz nicht beschränkt wird. Das Gericht hat diejenige Massnahme zu treffen, die zum Schutz des Opfers notwendig und für die Tatperson am wenigstens einschneidend ist. Um den angeordneten Schutzmassnahmen Achtung zu verschaffen, wird das Gericht diese in der Regel unter die Androhung einer Bestrafung nach Artikel 292 des Strafgesetzbuches¹¹ (StGB) stellen (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen).

Mit Artikel 28b ZGB wurde auf Bundesebene eine Norm geschaffen, die es gewaltbetroffenen Personen ermöglichen soll, sich mittels zivilrechtlicher Massnahmen gegen eine Beeinträchtigung und Gefährdung ihrer physischen, psychischen, sexuellen und sozialen Integrität durch Gewalt, Drohungen und Nachstellungen (Stalking) im engeren und weiteren sozialen Nahraum zu schützen. Als zivilrechtliche Norm ist Artikel 28b ZGB nicht auf die Bestrafung der Tatperson ausgerichtet, sondern will der bedrohten oder verletzten Person einen persönlichkeitsrechtlichen Schutz vor weiterer Gewalt, weiteren Drohungen oder weiteren Nachstellungen bieten.

Um dieses Ziel zu erreichen, erlaubt Artikel 28b ZGB die Anordnung von Massnahmen unabhängig davon, in welcher rechtlichen und tatsächlichen Beziehung die betroffenen Personen zueinander stehen. Ob Opfer und Tatperson verheiratet sind oder nicht, ob sie (noch) zusammenleben oder je zusammengelebt haben, ist ebenso irrelevant wie die Form ihrer Beziehung, das heisst, ob es sich um Paare handelt oder um eine Wohngemeinschaft oder gar um ein Eltern-Kind-Verhältnis, ob die Gewalt gegen betagte Hausgenossen gerichtet ist oder beispielsweise von erwachsenen Kindern ausgeht. Schliesslich ist die Bestimmung auch anwendbar zum Schutz gegen Personen, die dem Opfer nicht persönlich bekannt sind und zu diesem in keiner Beziehung stehen oder je gestanden haben.

Der Grad der Verletzung muss eine gewisse Intensität aufweisen; nicht jedes sozial unkorrekte Verhalten ist auch eine Persönlichkeitsverletzung. Dasselbe gilt für Drohungen, worunter ein Inaussichtstellen von widerrechtlichen Verletzungen der Persönlichkeit zu verstehen ist. Das Opfer muss um seine physische, psychische, sexuelle oder soziale Integrität oder allenfalls diejenige einer ihm nahestehenden Person fürchten; es darf sich somit nicht um eine harmlose Bedrohung handeln.

Bei den Nachstellungen, besser bekannt unter dem Begriff «Stalking», handelt es sich um ein zwanghaftes Verfolgen und Belästigen einer Person über einen längeren Zeitraum. Dieses persönlichkeitsbeeinträchtigende Verhalten tritt in der Form des Stalking durch eine Fremdperson auf (Fremdstalking), kann sich aber auch während der Trennungsphase eines Paares (verheiratet oder nicht) und der Zeit darüber hinaus zutragen (Trennungsstalking). Auch hier gilt, dass die Vorkommnisse wiederholt auftreten sowie von einer gewissen Intensität sein und beim Opfer starke Furcht (Hilflosigkeit, Ohnmacht, Gefühl des übermächtigen Bedrängtwerdens) hervorrufen müssen.

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.
¹¹ SR 311.0

1.1.3

Artikel 28b ZGB: Prozessuale Aspekte (ZPO)

Die Inanspruchnahme des zivilrechtlichen Schutzes von Artikel 28b ZGB verlangt von der gewaltbetroffenen Person ein Handeln, indem sie oder ihre Vertretung beim zuständigen Gericht eine Klage gegen die Tatperson einreichen und die Anordnung von Schutzmassnahmen nach Artikel 28b ZGB beantragen muss. Dabei trägt sie die Beweislast dafür, dass eine Verletzung der Persönlichkeit durch Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen tatsächlich bevorsteht oder bereits vorliegt. Die in der Bestimmung beispielhaft genannten Schutzmassnahmen setzen von denjenigen Personen, die von Gewalt in einer Partnerschaft betroffen sind, insbesondere auch eine (mindestens vorläufige) Trennungsbereitschaft voraus, weil Massnahmen wie Annäherungs-, Kontakt- oder Rayonverbote zwangsläufig eine Distanz oder gar Trennung zwischen Opfer und Tatperson herbeiführen.

Obschon Artikel 28b ZGB grundsätzlich allen gewaltbetroffenen Personen zur Verfügung steht, ändert sich das anwendbare Verfahrensrecht je nach Art der Beziehung zwischen Opfer und Tatperson. Sind die beiden Personen miteinander verheiratet, können die Massnahmen des Persönlichkeitsschutzes im Rahmen des Eheschutzes beantragt und angeordnet werden (Art. 172 Abs. 3 ZGB). Somit kann das Gericht im Eheschutzverfahren auch Massnahmen gemäss Artikel 28b ZGB anordnen. Auf alle Massnahmen im Rahmen des Eheschutzes ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 271 Bst. a ZPO), und das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Untersuchungsgrundsatz; Art. 272 ZPO). In den übrigen Fällen und somit insbesondere dann, wenn die Personen nicht miteinander verheiratet sind, gilt dagegen das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO).

Das vereinfachte Verfahren zeichnet sich durch geringere Formstrenge, grössere Mündlichkeit und verstärkte materielle Prozessleitung aus. So gilt gemäss Artikel 247 Abs. 2 Bst. a ZPO die *soziale Untersuchungsmaxime*, wonach das Gericht den Sachverhalt ebenfalls von Amtes wegen feststellt. Im Unterschied zum summarischen Verfahren ist dem vereinfachten Verfahren grundsätzlich ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor einer Schlichtungsbehörde vorgelagert (Art. 197 ff. ZPO). Vereinfachtes und summarisches Verfahren unterscheiden sich in der Regel auch bezüglich der Prozesskosten.

Hat ein Paar minderjährige Kinder, müssen allenfalls die nötigen Massnahmen nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses (Art. 270 ff. ZGB) getroffen werden (z.B. Regelung des persönlichen Verkehrs oder der Unterhaltsansprüche). Bei einem verheirateten Paar ist das Gericht im Rahmen des Eheschutzverfahrens dafür zuständig (Art. 176 Abs. 3 und 315a ZGB), bei unverheirateten Paaren ist es die Kindesschutzbehörde (Art. 315 ZGB).

Da zivilrechtliche Verfahren oftmals mehr Zeit in Anspruch nehmen, mit der Anordnung von Schutzmassnahmen jedoch nicht zugewartet werden kann, ist der Erlass von vorsorglichen Massnahmen vorgesehen. Dafür genügt die Glaubhaftmachung der Gefährdung oder Verletzung (Art. 261 ZPO). Bei besonderer Dringlichkeit kann das Gericht auch eine superprovisorische Massnahme (Art. 265 ZPO) ohne (vorgängige) Anhörung der beklagten Person anordnen. In beiden Fällen werden die Massnahmen nicht im ordentlichen, sondern im summarischen Verfahren erlassen (Art. 248 Bst. d ZPO) und gewährleisten damit einen raschen Schutz des Opfers.

1.2

Strafrechtlicher Schutz vor Gewalt in Paarbeziehungen im geltenden Recht

1.2.1

Revision der Strafverfolgung in Paarbeziehungen

Bis 2004 wurden einfache Körperverletzung, wiederholte Tötlichkeiten und Drohung wie auch Vergewaltigung unter Ehepartnern nur auf Antrag hin verfolgt. Der Entscheid über die Einleitung des Strafverfahrens oblag damit allein dem Opfer, womit die Gefahr bestand, dass dieses aus moralischem Skrupel, Resignation, Abhängigkeit oder Angst vor dem Partner keinen Strafantrag stellte¹² oder diesen zurückzog¹³. Dem damaligen Recht wurde deshalb vorgeworfen, es schaffe für Gewalt in der Ehe de facto einen rechtsfreien Raum. In der Praxis wurde denn auch eine grosse Zahl von Verfahren wegen Rückzugs des Strafantrags eingestellt. Zeigten unbeteiligte Dritte eine Straftat unter Ehegatten an, konnten die Strafbehörden nicht tätig werden, solange kein Strafantrag des Opfers vorlag.

Am 1. April 2004 trat eine Revision des StGB und des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927¹⁴ (MStG) in Kraft, welche diese Mängel beseitigen sollte. Für sexuelle Nötigung und Vergewaltigung unter Ehegatten entfiel das Erfordernis eines Strafantrags (Art. 189 und Art. 190 StGB). Einfache Körperverletzung, wiederholte Tötlichkeiten und Drohung, begangen vom Ehegatten oder der Lebenspartnerin bzw. dem Lebenspartner des Opfers, wurden zu Offizialdelikten. Im Jahr 2007 wurden diese Regelungen auch auf Delikte in der eingetragenen Partnerschaft ausgedehnt (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3–5, Art. 126 Abs. 2 Bst. b, b^{bis} und c sowie Art. 180 Abs. 2 StGB).¹⁵

Mit dieser Officialisierung ging die Einführung einer neuen prozessrechtlichen Bestimmung einher: Artikel 55a StGB und die Parallelbestimmung des MStG tragen den Interessen jener Opfer Rechnung, die keine Verfolgung und Bestrafung der beschuldigten Person wünschen. Bei einfacher Körperverletzung, wiederholten Tötlichkeiten, Drohung oder Nötigung in der Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebenspartnerschaft (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3–5, Art. 126 Abs. 2 Bst. b, b^{bis} und c, Art. 180 Abs. 2 und Art. 181 StGB) kann das Strafverfahren zunächst sistiert und danach eingestellt werden. Dies sofern das Opfer (bzw. sein gesetzlicher Vertreter) um Sistierung ersucht oder einem entsprechenden Antrag der Behörde zustimmt (Art. 55a Abs. 1 Bst. b StGB). Widerruft das Opfer seine Zustimmung innerhalb von sechs Monaten seit der Sistierung, so wird das Verfahren wieder an die Hand genommen (Art. 55a Abs. 2 StGB). Andernfalls verfügt die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die definitive Einstellung des Verfahrens (Art. 55a Abs. 3 StGB).

Nach dem Willen des damaligen Gesetzgebers führt ein Gesuch um Sistierung nicht zwingend zur Sistierung des Verfahrens. Vielmehr muss die zuständige Behörde bloss prüfen, ob sie das Verfahren sistieren will, kann aber das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung höher gewichten als die Willensäusserung des Opfers und das Verfahren dennoch weiterführen. Artikel 55a StGB ist deshalb als «Kann-Vorschrift» ausgestaltet. Der Entscheid über die Sistierung sollte nach dem Wortlaut

¹² BBl **2003** 1937, hier 1939

¹³ BBl **2003** 1909, hier 1912

¹⁴ SR **321.0**

¹⁵ Ehe und Lebenspartnerschaft: AS **2004** 1403; BBl **2003** 1909 sowie 1937; eingetragene Partnerschaft: AS **2005** 5685; BBl **2003** 1288.

des Gesetzes sowie nach dem Sinn und Zweck nicht alleine auf dem Opfer lasten und die Behörden sollten eine solche nicht blind verfügen.¹⁶

Wurde das Verfahren aber sistiert, ist eine Wiederanhandnahme nur auf Antrag des Opfers möglich; die Behörden dürfen das Verfahren nicht aus eigener Initiative wieder aufnehmen. Ebenfalls sind die Behörden, wenn das Opfer seine Zustimmung nicht fristgemäss widerruft, zur Einstellung des Verfahrens verpflichtet.

1.2.2 Artikel 55a StGB: Rechtsprechung

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führt nun aber eine entsprechende Willensäußerung des Opfers zwingend zur Einstellung des Verfahrens. Gemäss Bundesgericht darf die Behörde grundsätzlich nur an der Strafverfolgung festhalten, wenn sie zum Schluss kommt, der Antrag auf Verfahrenseinstellung entspreche nicht dem freien Willen des Opfers. Ein Übergehen des Einstellungsbegehrens sei nur zulässig, wenn dieses nicht Ausdruck einer selbstbestimmten Entscheidung sei, das Opfer also durch Gewalt, Täuschung oder Drohung beeinflusst worden oder nicht über Hilfs- und Handlungsalternativen informiert sei.¹⁷

Diese Rechtsprechung beruht auf der Überlegung, dass der Gesetzeswortlaut ausschliesslich an den Willen des Opfers anknüpft. Artikel 55a Absatz 1 StGB ist zwar als «Kann-Vorschrift» ausgestaltet; das Gesetz enthält aber nebst der Willensäußerung des Opfers keine weiteren Kriterien, wann die Behörden das Verfahren sistieren bzw. wann sie auf eine Sistierung verzichten dürfen. Wurde das Verfahren sistiert und widerruft das Opfer seine Zustimmung nicht, muss das Verfahren nach dem Gesetzeswortlaut sodann definitiv eingestellt werden.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts führt dazu, dass die Verantwortung für den Entscheid über die Sistierung und die darauffolgende Einstellung des Verfahrens dem Opfer übertragen wird. Damit kommt den Behörden wenig Ermessen zu.¹⁸ Leidet die Erklärung des Opfers nicht nachweislich an einem Willensmangel, so muss das Verfahren eingestellt werden. Dies betrifft auch jene Fälle, in welchen zwar eine Fortsetzung der Gewalt absehbar ist oder die beschuldigte Person erwiesenermassen wiederholt Gewalt ausgeübt hat, das Opfer die Desinteresse-Erklärung aber im Wissen um das Risiko weiterer Delikte abgibt.

1.2.3 Kontakt- und Rayonverbote im Strafrecht

Per 1. Januar 2015 wurde mit der Erweiterung des Berufsverbots im StGB, MStG und im Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003¹⁹ (JStG) auch ein Kontakt- und Rayonverbot eingeführt. Das Kontakt- und Rayonverbot kann als strafrechtliche *Massnahme* angeordnet werden, wenn jemand ein Verbrechen oder Vergehen gegen eine oder mehrere bestimmte Personen oder gegen Personen einer bestimmten Gruppe begangen hat und die Gefahr besteht, dass bei erneutem Kontakt zu diesen

¹⁶ BBl **2003** 1909, hier 1922

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 6S.454/2004 vom 21. März 2006 E. 3 mit Hinweis auf BBl **2003** 1937, hier 1941; 6B_835/2009 vom 21. Dezember 2009 E. 4.2.

¹⁸ Riedo *Christof*, Strafverfolgung um jeden Preis?, ZStrR 2009, 420 ff., 432 f.

¹⁹ SR **311.1**

Personen weitere Verbrechen oder Vergehen begangen werden (Art. 67b StGB). Das Verbot dient gerade auch der Verhinderung von häuslicher Gewalt und zwanghafter Belästigung. Für den Vollzug dieses Verbots können technische Geräte eingesetzt werden, die mit dem Täter fest verbunden sind. Sie können insbesondere der Feststellung des Standortes des Täters dienen (Art. 67b Abs. 3 StGB).

Die Strafprozessordnung²⁰ (StPO) sieht vor, dass das Gericht anstelle der Untersuchungs- oder der Sicherheitshaft eine Ersatzmassnahme anordnen kann, namentlich die Auflage, sich nur oder nicht an einem bestimmten Ort oder in einem bestimmten Haus aufzuhalten, oder auch das Verbot, mit bestimmten Personen Kontakte zu pflegen (Art. 237 Abs. 2 Bst. c und g StPO). Zur Überwachung solcher Auflagen oder Verbote kann das Gericht den Einsatz technischer Geräte und deren feste Verbindung mit der zu überwachenden Person anordnen (Art. 237 Abs. 3 StPO).

Das sogenannte *Electronic Monitoring* soll zudem im Rahmen des *Strafvollzugs* eingesetzt werden können. Mit den Änderungen des Sanktionenrechts im StGB und MStG, die das Parlament am 19. Juni 2015 angenommen hat,²¹ wird der elektronisch überwachte Strafvollzug ausserhalb der Vollzugeinrichtung als ordentliche Vollzugsform für kurze Freiheitsstrafen bzw. als zusätzliche Vollzugsphase bei langen Freiheitsstrafen eingeführt (Art. 79b StGB in der Fassung der Änderung vom 19. Juni 2015). Die Regelung schliesst nicht aus, dass die elektronische Überwachung mittels GPS durchgeführt wird.²² Im Gegensatz zu den beiden oben genannten Formen kann die elektronische Überwachung im Strafvollzug nur angeordnet werden, wenn die Täterin oder der Täter nicht wiederholungsgefährdet ist. *Electronic Monitoring* im Strafvollzug hat daher keine Sicherungsfunktion. Mit der vorgeschlagenen Regelung wird eine Rechtsgrundlage für die vom Bundesrat bewilligten und bis zum Inkrafttreten der genannten Regelung, längstens bis zum 31. Dezember 2019 befristeten Versuche verschiedener Kantone mit dieser Vollzugsform geschaffen.²³

1.3 Kantonales Recht

Mit dem Inkrafttreten von Artikel 28b ZGB am 1. Januar 2007 haben die Kantone eine Stelle bezeichnen müssen, die in Krisensituationen für die sofortige

²⁰ SR 312.0

²¹ BBl 2015 4899

²² Bereits in der Vernehmlassung wurde vereinzelt explizit gefordert, dass GPS für den Schutz von Opfern eingesetzt werde: Bundesamt für Justiz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts) vom 12. Oktober 2011, abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/ve-ber-d.pdf (Stand: 24.8.2015), 36.

²³ Seit 1999 führen die Kantone Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Bern, Waadt, Genf und Tessin sowie seit 2003 auch der Kanton Solothurn befristete Versuche dieser Form des Strafvollzugs durch; vgl. dazu den Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 4. August 2009 «Erfahrungen mit dem Electronic Monitoring nach dem Inkrafttreten des revidierten AT-StGB (2007/2008), Zusammenfassung der Evaluationsergebnisse der Kantone BE, SO, BS, BL, TI, VD und GE», abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/monitoring/eval-em-2007-2008-d.pdf (Stand: 24.8.2015).

Wegweisung der verletzenden Person aus der Wohnung zuständig ist (Art. 28b Abs. 4 ZGB). Mit speziellen Gewaltschutzgesetzen²⁴, besonderen Bestimmungen in kantonalen Polizeigesetzen²⁵ sowie in den anwendbaren Einführungsgesetzen zum ZGB²⁶ sind Regelungen für polizeiliche Sofortmassnahmen geschaffen worden, die der verletzten Person eine kurze Schonfrist und Überlegungszeit einräumen. So sind beispielsweise polizeiliche Schutzmassnahmen zwischen 10 und 20 Tagen vorgesehen, die mit einer Strafandrohung nach Artikel 292 StGB kombiniert und allenfalls mit Polizeizwang, unter Umständen mit kurzfristigem Polizeigewahrsam, durchgesetzt werden können.²⁷ Eine Verlängerung solcher polizeilicher Schutzmassnahmen (in der Regel bis zu maximal drei Monaten) kann von den Gerichten angeordnet werden.

Insbesondere regeln die von gewissen Kantonen geschaffenen Gewaltschutzgesetze die Problematik von häuslicher Gewalt und Stalking in zum Teil umfassender Weise und bieten dabei den Opfern nicht selten einen niederschweligen Zugang zu Schutzmassnahmen, welchen die zivilrechtliche Gewaltschutznorm in dieser Form nicht anbieten kann.²⁸

1.4 Staatsvertragsrecht

1.4.1 Übereinkommen und Resolutionen der Vereinten Nationen

In verschiedenen Gremien der Vereinten Nationen (UNO) ist Gewalt, die sich gegen Frauen richtet, Gegenstand langjähriger Verhandlungen.²⁹ Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979³⁰ (CEDAW) ist im September 1981 in Kraft getreten und wurde mittlerweile von 188 Staaten, unter anderem auch der Schweiz, ratifiziert.³¹ Die

²⁴ Loi sur la lutte contre la violence dans les relations de couple (LVCouple) vom 30. März 2004 des Kantons Neuenburg (RSN 322.05); Loi sur les violences domestiques vom 16. September 2005 des Kantons Genf (F 1 30); Gewaltschutzgesetz vom 19. Juni 2006 des Kantons Zürich (LS 351); Gesetz vom 21. Mai 2010 über den Schutz bei häuslicher Gewalt des Kantons Obwalden (GDB 510.6).

²⁵ Art. 29 f. Polizeigesetz vom 8. Juni 1997 des Kantons Bern (BSG 551.1); § 56 ff. Polizeigesetz vom 9. November 2011 des Kantons Thurgau (RB 551.1); Art. 43 ff. Polizeigesetz vom 10. April 1980 des Kantons St. Gallen (sGS 451.1); § 34 Polizeigesetz vom 6. Dezember 2005 des Kantons Aargau (SAR 531.200).

²⁶ So beispielsweise Art. 6 EGZGB vom 10. Februar 2012 des Kantons Freiburg (SGF 210.1); § 13a ff. EGZGB vom 20. November 2000 des Kantons Luzern (SRL Nr. 200).

²⁷ *Hrubesch-Millauer Stephanie/Vetterli Rolf*, Häusliche Gewalt: die Bedeutung des Artikels 28b ZGB, FamPra.ch 2009, 535 ff., 558 m.w.H.

²⁸ Siehe dazu *Gloor Daniela/Meier Hanna/Büchler Andrea*, Schlussbericht zur Evaluation «Umsetzung und Wirkung von Art. 28b ZGB», Mai 2015, abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/gewaltschutz.html>.

²⁹ Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Internationaler Schutz der Rechte der Frau, insbesondere der Schutz vor Gewalt im Rahmen der UNO, Oktober 2013, abrufbar unter: www.ebg.admin.ch/themen/00009/00089/00159/index.html?lang=de (Stand: 24.8.2015).

³⁰ **SR 0.108**. Die Abkürzung folgt der englischen Bezeichnung: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

³¹ Der aktuelle Stand der Vertragsstaaten ist abrufbar unter: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (Stand: 24.8.2015).

Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Frauen zu ergreifen. Auch wenn die Konvention Gewalt gegen Frauen bzw. deren Schutz davor nicht explizit thematisiert, hielt der für die Überwachung der Konvention zuständige Ausschuss (CEDAW) im Jahr 1992 in seiner Allgemeinen Erklärung Nr. 19 fest, dass genderspezifische Gewalt eine Form der nach der Konvention verbotenen Diskriminierung von Frauen darstelle.³² Der Begriff «genderspezifische Gewalt» erfasst dabei jegliche Formen von Gewalt, die sich gegen eine Frau aufgrund ihres Geschlechts richtet oder von der Frauen unverhältnismässig stark betroffen sind.³³ Die Vertragsstaaten können damit indirekt für die Gewalt von Privatpersonen verantwortlich sein, wenn sie nicht mit der nötigen Sorgfalt vorgehen, um Rechtsverletzungen zu verhindern oder Gewalttätigkeiten zu untersuchen und zu bestrafen sowie für Entschädigung zu sorgen.³⁴ Das im Jahr 2000 in Kraft getretene Fakultativprotokoll³⁵ zur Konvention ermächtigt den Überwachungsausschuss (CEDAW) zur Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen von Einzelpersonen oder Personengruppen, die Opfer einer Diskriminierung im Sinne der Konvention geworden sind. Im Rahmen der Prüfung einer solchen Mitteilung zu einem Fall häuslicher Gewalt aus Ungarn, bei dem ein Ehemann seine Ehefrau während Jahren psychisch und physisch misshandelte, hielt der Ausschuss fest, dass Ungarn keine ausreichenden Instrumente zur Verfügung stellen würde, um Frauen vor häuslicher Gewalt effektiven Schutz bieten zu können. Der Ausschuss empfahl Ungarn, sowohl individuelle Massnahmen zugunsten der Beschwerdeführerin als auch generelle Massnahmen bezüglich des Rechtssystems und des politischen Rahmens zu treffen.³⁶

Zu nennen ist zudem die UN-Resolution 48/104 vom 20. Dezember 1993 über die Beseitigung der Gewalt gegen Frauen. Artikel 4 Buchstabe c der Resolution hält die Mitgliedsstaaten an, eine Politik zur Beseitigung von Gewalt gegen Frauen zu verfolgen und zu diesem Zweck unter anderem mit der gebührenden Sorgfalt vorzugehen, «um Gewalthandlungen gegen Frauen zu verhüten, zu untersuchen und im Einklang mit ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften zu bestrafen (...)».³⁷

³² Die Allgemeine Erklärung Nr. 19 ist abrufbar unter: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom19 (Stand: 20.5.2015).

³³ Siehe Ziff. 6 der Allgemeinen Erklärung Nr. 19 (Fn. 32).

³⁴ Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann/Direktion für Völkerrecht, Von der Idee zur Tat – das heisst CEDAW, abrufbar unter: www.ebg.admin.ch/dokumentation/00068/00311/00335/index.html?lang=de (Stand: 24.8.2015), 28.

³⁵ Fakultativprotokoll vom 6. Oktober 1999 zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR **0.108.1**. Das Fakultativprotokoll wurde bisher von 102 Staaten – und damit von gut der Hälfte der Vertragsstaaten der Konvention – ratifiziert. Die Ratifikation durch die Schweiz erfolgte am 29. September 2008. Eine aktuelle Liste der Vertragsstaaten ist abrufbar unter: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en (Stand: 24.8.2015).

³⁶ Die Stellungnahme des CEDAW ist abrufbar unter: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/CEDAW%20Decision%20on%20AT%20vs%20Hungary%20English.pdf (Stand: 24.8.2015).

³⁷ *Riedo Christof/Allemann Reto*, in: Basler Kommentar, Niggli Marcel (Hrsg.), *Strafrecht I*, Art. 1–110 StGB, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 55a N 2.

Die Europäische Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten³⁸ (EMRK) enthält keine Bestimmung, welche die Vertragsstaaten explizit dazu verpflichten würde, den Schutz von Opfern häuslicher Gewalt oder Stalking³⁹ zu gewährleisten. Allerdings kann von Opfern häuslicher Gewalt insbesondere die Verletzung von Artikel 2, 3 oder 8 EMRK geltend gemacht werden, sofern die Justizbehörden ihren positiven Schutzpflichten nicht nachkommen. Werden Frauen aufgrund kultureller und gesellschaftlicher Weltanschauungen als minderwertig betrachtet und deshalb von den Justizbehörden ungleich behandelt, kann insbesondere auch eine Verletzung von Artikel 14 EMRK in Verbindung mit den eingangs genannten Artikeln geltend gemacht werden. So kam der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem grundlegenden Entscheid *Opuz gegen Türkei*⁴⁰ aus dem Jahr 2009 zum Schluss, dass durch die psychischen und physischen Misshandlungen einer Ehefrau und der Schwiegermutter durch den Ehegatten Artikel 3 beziehungsweise Artikel 2 EMRK verletzt seien. Die Türkei habe es versäumt, ein System einzuführen, um häusliche Gewalt wirksam zu bestrafen und die betroffenen Opfer effektiv zu schützen. Vielmehr hätten die verantwortlichen Behörden nicht alle zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel ausgenutzt, sondern viele der eingeleiteten Verfahren aus nicht nachvollziehbaren Gründen sogar eingestellt. Das Urteil bejaht eine Verpflichtung zur Strafverfolgung allenfalls auch nach dem Rückzug der Strafanzeige und gegen den Willen des Opfers: Zu berücksichtigen seien etwa die Schwere des Delikts, die Verletzungen des Opfers sowie auch die Auswirkungen auf Kinder, die im selben Haushalt leben. Je schwerer das Delikt und je grösser die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten, umso eher sei das Verfahren im öffentlichen Interesse fortzusetzen, auch wenn das Opfer den Antrag zurückgezogen hat.⁴¹ Darüber hinaus stellte der EGMR – erstmals in einem Fall von häuslicher Gewalt – eine Verletzung von Artikel 14 EMRK in Verbindung mit den Artikeln 2 und 3 EMRK fest, weil hauptsächlich Frauen von häuslicher Gewalt betroffen seien und die in der Türkei vorherrschende Passivität seitens der Gesellschaft im Allgemeinen und der Justizbehörden im Besonderen zur erhöhten Gewaltanwendung im häuslichen Kontext beitragen würde. In neueren Entscheiden⁴² bestätigte der EGMR, dass die Vertragsstaaten aufgrund des Verbots unmenschlicher und grausamer Behandlung verpflichtet sind, Opfer häuslicher Gewalt aktiv zu schützen. Zum einen hätten die Staaten die Verpflichtung, gesetzliche Massnahmen vorzusehen, um Misshand-

³⁸ SR 0.101

³⁹ Der EGMR hat bisher keinen Fall entschieden, bei dem es nur um Stalking gegangen wäre. In den Fällen, auf die oben unter «häusliche Gewalt» Bezug genommen wird, wird Stalking zwar teilweise erwähnt, dabei aber lediglich als Erscheinungsform häuslicher Gewalt wahrgenommen.

⁴⁰ Urteil des EGMR *Opuz gegen Türkei* vom 9. Juni 2009 (Beschwerde Nr. 33401/02).

⁴¹ *Riedo/Allemann* (Fn.37), Art. 55a N 5.

⁴² Urteil des EGMR *Rumor gegen Italien* vom 27. Mai 2014 (Beschwerde Nr. 72964/10), wobei das Gericht hier eine Verletzung von Art. 3 EMRK verneinte; *T.M. und C.M. gegen die Republik Moldawien* vom 28. Januar 2014 (Beschwerde Nr. 26608/11; Verletzung von Art. 3 EMRK bejaht); *Eremia und andere gegen die Republik Moldawien* vom 28. Mai 2013 (Beschwerde Nr. 3564/11; Verletzung von Art. 3 EMRK insbesondere auch in Verbindung mit Art. 14 EMRK bejaht). Im Urteil des EGMR *A. gegen Kroatien* vom 14. Oktober 2010 (Beschwerde Nr. 55164/08) hielt das Gericht fest, dass diese Verpflichtungen auch im Rahmen des Schutzes der physischen und psychischen Integrität einer Person (Art. 8 EMRK) gelten.

lungen von Personen im Rahmen häuslicher Gewalt verhindern und die Tatpersonen zur Verantwortung ziehen zu können. Zum anderen umfasse diese Verpflichtung der Staaten aber auch eine effektive Umsetzung der Gesetze in der Praxis.

1.4.3 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention)

Das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2011⁴³ (Istanbul-Konvention) ist am 1. August 2014 in Kraft getreten.

Primärer Zweck der Konvention ist es, Frauen und Mädchen vor allen Formen von Gewalt zu schützen und Gewalt gegen Frauen und Mädchen sowie häusliche Gewalt zu verhüten, zu verfolgen und zu beseitigen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a der Konvention). Der Anwendungsbereich der Konvention umfasst alle Formen von Gewalt gegen Frauen, einschliesslich der häuslichen Gewalt, die Frauen unverhältnismässig stark betrifft (Art. 2 Abs. 1 der Konvention). Die Vertragsparteien werden aber dazu ermutigt, die Konvention auf alle Opfer häuslicher Gewalt anzuwenden und nicht auf Frauen zu beschränken (Art. 2 Abs. 2 der Konvention). Bereits in der Präambel wird darauf hingewiesen, dass auch Männer und Jungen Opfer von häuslicher Gewalt sein können.

Im Allgemeinen verpflichtet die Konvention die Vertragsstaaten dazu, aktiv Massnahmen zu ergreifen, um alle Formen der Gewalt gegen Frauen zu verhindern, Opfer zu schützen, Tatpersonen zu verfolgen und zu bestrafen sowie umfassende Strategien zur Koordination der notwendigen Massnahmen zu entwickeln. Im Besonderen legt die Konvention unter anderem fest, dass die Vertragsstaaten gewisse Formen von Gewalt gegen Frauen sowie häuslicher Gewalt unter Strafe stellen müssen. Dazu gehören die Ausübung psychischer oder physischer Gewalt, die Nachstellung («Stalking»), die Ausübung sexueller Gewalt (einschliesslich Vergewaltigung), die Zwangsheirat, die Verstümmelung weiblicher Genitalien, die Zwangsabtreibung und Zwangssterilisation sowie die sexuelle Belästigung (vgl. Art. 33–40 der Konvention). Bezüglich der Ausübung von psychischer Gewalt und Stalking kann sich allerdings jeder Staat bei der Unterzeichnung oder Hinterlegung der Ratifikationsurkunde das Recht vorbehalten, Widerhandlungen mit nichtstrafrechtlichen anstelle von strafrechtlichen Sanktionen zu ahnden (Art. 78 Abs. 3 der Konvention). Ferner sieht die Konvention die Einführung von präventiven Massnahmen vor, darunter die Bereitstellung von Interventions- und Behandlungsprogrammen für Täterinnen und Täter (Art. 16 der Konvention). Die Konvention enthält zudem Bestimmungen über Opferschutz, Strafverfahren, Migration und Asyl sowie Regeln zur internationalen Zusammenarbeit. Im Hinblick auf die Verbesserung des Opferschutzes müssen die Vertragsstaaten insbesondere die erforderlichen Massnahmen treffen, um sicherzustellen, dass angemessene Kontakt- und Näherungsverbote oder Schutzanordnungen für Opfer aller in den

⁴³ SEV-Nr. 210. Der aktuelle Stand über die Unterzeichnung, Ratifizierung und das Inkrafttreten des Übereinkommens in den Mitgliedstaaten des Europarates ist abrufbar unter:
conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=210&CM=1&DF=&CL=ENG
(Stand: 24.8.2015).

Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Formen von Gewalt zur Verfügung stehen (Art. 53 Abs. 1 der Konvention). Unter anderem haben die Staaten dafür zu sorgen, dass diese Anordnungen für den sofortigen Schutz und ohne eine unangemessene finanzielle oder administrative Belastung für die Opfer bereitstehen, für einen bestimmten Zeitraum erlassen werden und unabhängig von oder zusätzlich zu anderen Gerichtsverfahren zur Verfügung stehen (Art. 53 Abs. 2 der Konvention). Für Verstösse gegen die ausgestellten Kontakt- und Näherungsverbote oder Schutzanordnungen sind effektive strafrechtliche oder nichtstrafrechtliche Sanktionen vorzusehen (Art. 53 Abs. 3 der Konvention).

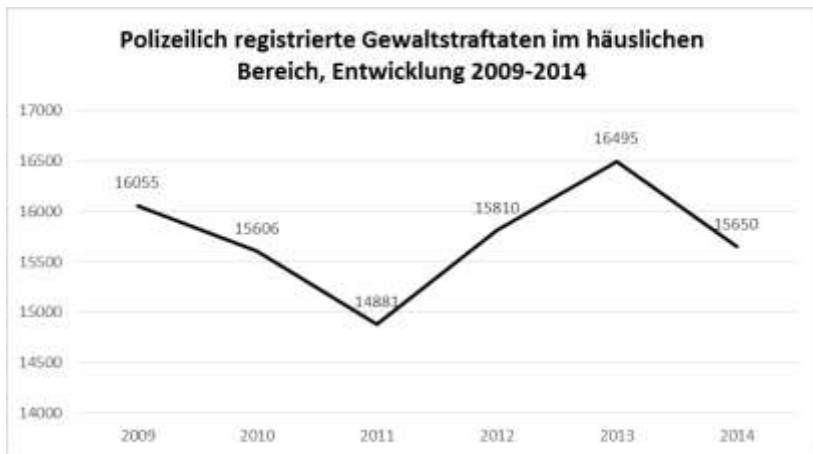
Im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist Artikel 55 Absatz 1 der Konvention. Danach sind die Vertragsstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass Ermittlungen bzw. Strafverfolgungen bezüglich bestimmter Straftaten nicht vollständig von der Meldung oder Anzeige des Opfers abhängen und dass das Verfahren fortgesetzt werden kann, auch wenn das Opfer seine Aussage oder Anzeige zurückzieht.

Die Schweiz hat die Konvention im September 2013 unterzeichnet. Zurzeit laufen die Arbeiten für einen Entwurf einer Botschaft zuhanden der eidgenössischen Räte. Es ist geplant, dass der Bundesrat im Verlauf des zweiten Halbjahres 2015 eine Vernehmlassung über die Ratifizierung der Konvention bei den Kantonen, den politischen Parteien und den interessierten Kreisen eröffnet.

1.5 Statistische Zahlen

Obwohl die Statistik von periodisch verlaufenden Schwankungen geprägt ist, machen die aktuellen Zahlen doch deutlich, dass häusliche Gewalt nach wie vor ein grosses gesellschaftliches Problem darstellt. Während von 2009–2011 ein Rückgang der Anzahl polizeilich registrierter Straftaten im Bereich häuslicher Gewalt zu beobachten war, stieg die Zahl in den Jahren 2012 und 2013 wieder an. Im Jahr 2013 wurden 16'495 solcher Straftaten im häuslichen Bereich polizeilich registriert. Im Jahr 2014 ging die Zahl hingegen um 5% auf 15'650 zurück. Wie schon in den vergangenen Jahren, sind auch 2014 Tötlichkeiten (fast 30%) und Drohung (25%) die hauptsächlich registrierten Straftaten.⁴⁴

⁴⁴ Vgl. dazu die beiden Publikationen des Bundesamtes für Statistik «Polizeilich registrierte häusliche Gewalt 2009 – 2013», abrufbar unter: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=5799, sowie die «Polizeilich Kriminalstatistik. Jahresbericht 2014», abrufbar unter: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=6354.



Fast die Hälfte der polizeilich registrierten Straftaten ereignen sich in einer aktuellen Partnerschaft (48%) und etwa ein Viertel in einer ehemaligen Partnerschaft (27%). Die restlichen der polizeilich registrierten Straftaten verteilen sich auf die Eltern-Kind-Beziehung (15%) und andere Verwandtschaftsbeziehungen (10%).⁴⁵



Eine nicht repräsentative Studie aus dem Jahr 2011 zur häuslichen Gewalt in der Schweiz hat ausserdem aufgezeigt, dass rund 1.3% der befragten Frauen und 0.5% der Männer häusliche Gewalt erfahren.⁴⁶ In 22% der Fälle häuslicher Gewalt wurde die Polizei (vom Opfer oder von Dritten) eingeschaltet, was indessen nicht wesentlich seltener ist als bei anderen ausserhäuslichen Delikten.⁴⁷

Die neuesten Zahlen für den Kanton Zürich zeigen für 2014 zwar einen Rückgang von Straftaten, die im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt begangen wurden, um 7% auf 1617. Gleichzeitig haben aber die polizeilichen Interventionen aufgrund häuslicher Gewalt ohne ein nachfolgendes strafrechtliches Verfahren um 24% zugenommen.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. dazu die Publikation des Bundesamtes für Statistik «Polizeilich registrierte häusliche Gewalt 2009 – 2013» (Fn. 44).

⁴⁶ Killias Martin/Staubli Silvia/Biberstein Lorenz/Bänziger Matthias, Häusliche Gewalt in der Schweiz, Analysen im Rahmen der schweizerischen Opferbefragung 2011, Kriminologisches Institut der Universität Zürich, Zürich 2012, abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/opferhilfe/publikationen/ber-haueslichegewalt-2011-d.pdf (Stand: 24.8.2015), 23. Die Studie ist eine Zusatzstudie im Rahmen der Schweizerischen Opferbefragung 2011, die im Auftrag des Bundesamtes für Justiz und des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann durchgeführt wurde.

⁴⁷ Killias/Staubli/Biberstein/Bänziger (Fn. 46), 18 sowie Tabelle 19.

⁴⁸ Kantonspolizei Zürich, Medienkonferenz Polizeiliche Kriminalstatistik 2014 vom 23. März 2015, abrufbar unter: www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/ueber_uns/zahlen_fakten/statistike_n2/jcr_content/contentPar/downloadlist/downloaditems/jahresbericht_2014.spooler.download.1427107733597.pdf (PKS 2014 MK Brosch% C3%BCre definitiv neu.pdf (Stand: 24.8.2015)).

Was die Einstellungspraxis bei häuslicher Gewalt in Strafverfahren angeht, können keine exakten Zahlen genannt werden. Verschiedene Datenerhebungen und Studien zeigen (je nach untersuchtem Kanton und untersuchter Zeitspanne) eine Schere von 53% bis 92%. Kantonal werden grosse Unterschiede deutlich, wobei die Tendenz erkennbar ist, dass (auch nach der Revision von 2004) die Mehrzahl der Verfahren eingestellt wird.⁴⁹

1.6 Rechtsvergleich

1.6.1 Electronic Monitoring im Zivilrecht anderer europäischer Staaten⁵⁰

Weder Deutschland, Österreich noch Frankreich kennen zurzeit eine eigenständige zivilrechtliche Rechtsgrundlage für die Anordnung eines Einsatzes elektronischer Vorrichtungen, die mit der verletzenden Person verbunden werden, um Opfer häuslicher Gewalt vor weiteren Übergriffen zu schützen. Im österreichischen⁵¹ und französischen⁵² Recht finden sich entsprechende Regelungen im Straf- und Strafprozessrecht, welche die elektronische Aufsicht und den Einsatz von elektronischen Geräten im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt ausdrücklich erlauben. Frankreich setzte in den Jahren 2012/2013 während einiger Monate versuchsweise elektronische Armbänder ein, um Opfer häuslicher Gewalt besser zu schützen.⁵³ Der Versuch dauerte bis Juli 2013. 2014 wurde die entsprechende Regelung ins Strafprozessrecht (Code de procédure pénale) übernommen. Bei dieser Methode erhält nur das zu schützende Opfer eine elektronische Vorrichtung (elektronisches Armband). Bei einer Gefahrensituation kann das Opfer Unterstützung anfordern, indem es den entsprechenden Knopf auf dem Armband drückt.

⁴⁹ Vgl. dazu auch unten Ziff. 2.2.2.

⁵⁰ Die rechtsvergleichenden Ausführungen stützen sich – soweit nicht anders vermerkt – auf ein Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung vom 5. April 2012 zum Anzeigeverhalten der Opfer von Straftaten insbesondere der häuslichen Gewalt und der sexuellen Gewalt gegen Kinder und Jugendliche.

Das Gutachten ist abrufbar unter:

<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/gewaltschutz.html>.

⁵¹ Das Bundesgesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes vom 18. August 2010 (BGBl. I Nr. 64/2010) sieht als Strafvollzugsmassnahme die Überwachung mit elektronischen Fussfesseln anstelle einer Freiheitsstrafe vor. Diese Massnahme wird meist bei Drohungen eingesetzt. Es besteht zudem eine Verordnung zum Vollzug von Strafen und der Untersuchungshaft durch einen elektronisch überwachten Hausarrest (HausarrestV) vom 31. August 2010 (BGBl II Nr. 279/2010).

⁵² Vgl. *Loi no. 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, JO 10/07/2010, p. 12762.

⁵³ *Décret n° 2012-268 du 24 février 2012 relatif à l'expérimentation d'un dispositif électronique destiné à assurer l'effectivité de l'interdiction faite à une personne condamnée ou mise en examen de rencontrer une personne protégée*, JO 26/02/2012, p. 3324. Die Versuche stützen sich auf die *Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, JO 10/07/2010, p. 12762.

Dadurch wird mittels GPS seine Position ermittelt (Art. 41-3-1 der französischen Strafprozessordnung⁵⁴).

In *Spanien* wurde im Jahre 2004 ein umfassendes Rahmengesetz zur Bekämpfung häuslicher Gewalt erlassen.⁵⁵ Das Gesetz sieht für die Fälle der Gewalt gegen Frauen unter anderem Sondergerichte vor, die mit Richterinnen besetzt sind.⁵⁶ Dabei wird keine formelle Unterscheidung zwischen zivil- und strafrechtlichen Massnahmen vorgenommen, diese können vielmehr von der gleichen Behörde angeordnet werden. Weiter ist der Einsatz technischer Mittel für die unmittelbare Benachrichtigung bei Verstößen gegen Kontaktverbote, Hausarreste und Ausweisungen vorgesehen.⁵⁷ Die spanische Doktrin plädiert in Bezug auf die elektronischen Fesseln allerdings für eine massvolle Anwendung, damit die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person nicht in unverhältnismässiger Weise verletzt werden.⁵⁸ Seit dem Jahr 2006 werden in Spanien elektronische Geräte zur Durchsetzung von Kontaktverboten, Hausarresten und weiteren Ausweisungen aktiv eingesetzt, zuerst versuchsweise in der Region Madrid, seit 2009 flächendeckend im ganzen Land. In den Jahren 2009 und 2013 wurde das Rahmengesetz zur Bekämpfung häuslicher Gewalt evaluiert.⁵⁹ Die statistische Auswertung konnte aufzeigen, dass die Zahl der Tötungen von Frauen durch Partner oder Ex-Partner im Durchschnitt seit dem Erlass des Rahmengesetzes um 8.7% gesunken ist, unmittelbar nach Inkrafttreten sogar um 20.8%.⁶⁰ Auch die Zahl der geschlechts-

- ⁵⁴ Die Bestimmung ist abrufbar unter: www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=2D795B2F12C3BEF0F5259506E0F191A5.ipdila09v_3?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000029334594&dateTexte=20150324&categorieLien=id#LEGIARTI000029334594 (Stand: 24.8.2015).
- ⁵⁵ *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, abrufbar unter: www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-21760 (Stand: 24.8.2015). Eine französische und englische Übersetzung sind verfügbar unter: www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/en/servicios-ciudadano/documentacion-publicaciones/publicaciones/traduccion-derecho-espanol (Stand 24.8.2015)
- ⁵⁶ Vgl. Art. 43 ff. der *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. (Fn. 58).
- ⁵⁷ Vgl. Art. 64 Ziff. 3 der *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* sowie bereits gestützt auf früheres Recht: *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, abrufbar unter: www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538 (Stand 24.8.2015).
- ⁵⁸ Vgl. Gutachten (Fn. 50), 95. Nach einer im Februar 2012 erteilten Auskunft des für den Erlass zuständigen *Ministerio de Sanidad* wird eine GPS-Zonenüberwachung indessen nur bei Straftätern eingesetzt.
- ⁵⁹ Vgl. dazu die entsprechenden Dokumente der Spanischen Regierung, abrufbar unter: www.msssi.gob.es/en/ssi/violenciaGenero/Documentacion/seguimientoEvaluacion/home.htm (Stand 24.8.2015).
- ⁶⁰ Vgl. Evaluation of the Application of Organic Law 1/2004 of 28 December on comprehensive protection measures against gender-based violence, Executive Report, S. 34 ff., abrufbar unter: www.msssi.gob.es/en/ssi/violenciaGenero/Documentacion/seguimientoEvaluacion/DOC/Informe Ejecutivo Evaluacion aplicacion tres anos Ley Organica 1 2004 28 diciem bre_INGLES.pdf (Stand 24.8.2015).

basierten Tötungsdelikte an Frauen über 15 Jahren konnte um 10.5% gesenkt werden.⁶¹

1.6.2 Gewalt in Paarbeziehungen im Strafrecht anderer europäischer Staaten⁶²

In *Deutschland* werden Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, Nötigung und schwere Bedrohung stets von Amtes wegen verfolgt. Die einfache Körperverletzung wird nur auf Antrag verfolgt. Die Strafverfolgungsbehörde kann aber von Amtes wegen einschreiten, wenn sie dies wegen des besonderen öffentlichen Interesses für geboten hält. Bei Straftaten unter Angehörigen wird ein solches Interesse aber kaum je bejaht, soweit das Opfer die Strafverfolgung nicht wünscht.⁶³

Auch in *Österreich* werden Vergewaltigung, geschlechtliche Nötigung, Nötigung und Körperverletzung von Amtes wegen verfolgt. Das frühere Antragserfordernis bei Vergewaltigung und geschlechtlicher Nötigung durch den Ehegatten oder die Konkubinatspartnerin bzw. den Konkubinatspartner wurde 2004 aufgehoben. Auch gefährliche Drohungen werden von Amtes wegen verfolgt; bis 2006 war die Ermächtigung der bedrohten Person erforderlich, wenn die Tat gegen den Ehegatten oder einen Angehörigen gerichtet war.

In *Frankreich* werden Vergewaltigung, sexuelle Nötigung, Nötigung, Bedrohung und alle Formen der Körperverletzung von Amtes wegen verfolgt. Früher bestand bei einer Tat in der Ehe, im Konkubinat oder in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft für gewisse Delikte ein Antragserfordernis. Für Straftaten innerhalb einer Paarbeziehung sind höhere Strafdrohungen vorgesehen. Zudem sieht das Gesetz häufig dann höhere Strafen vor, wenn sich eine Gewalthandlung gegen ein Opfer gerichtet hat, um dieses an einer Zeugenaussage oder Strafanzeige zu hindern.

In *Italien* werden Vergewaltigung und sexuelle Nötigung grundsätzlich nur auf Antrag verfolgt, ungeachtet der Beziehung zwischen Opfer und Täter; ebenso die einfache Körperverletzung, welche zu einer Krankheitsdauer von weniger als 20 Tagen führt. Allerdings kann der Strafantrag nicht zurückgezogen werden, und das Verfahren kann auch nicht aus Zweckmäßigkeitsgründen eingestellt werden, beispielsweise wegen mangelndem Interesse des Opfers an der Strafverfolgung. Andere als sexuelle Nötigungen werden dagegen von Amtes wegen verfolgt.

⁶¹ Vgl. Evaluation of the Application of Organic Law 1/2004 of 28 December on comprehensive protection measures against gender-based violence, Executive Report, S. 36, abrufbar unter: www.msssi.gob.es/en/ssi/violenciaGenero/Documentacion/seguimientoEvaluacion/DOC/Informe_Ejecutivo_Evaluacion_aplicacion_tres_anos_Ley_Organica_1_2004_28_diciembre_INGLES.pdf (Stand 24.8.2015)..

⁶² Zum Ganzen BBl **2003** 1909, hier 1913 f., und *Riedo/Allemann* (Fn. 37), Art. 55a N 6 ff.

⁶³ *Stree Walter*, in: Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010, § 230 N 5.

1.7 Parlamentarische Vorstösse

1.7.1 Überblick

Ungeachtet des Inkrafttretens der zivilrechtlichen Gewaltschutznorm am 1. Juli 2007 sind die Diskussionen um häusliche Gewalt und Stalking im Parlament nicht verstummt. Verschiedene parlamentarische Vorstösse befassten sich mit dieser Problematik, und zwar sowohl im Bereich des Straf- als auch des Zivilrechts. Seit Ende 2007 war die häusliche Gewalt im engeren und weiteren Sinn Gegenstand von rund 70 Vorstössen; mit Stalking befassten sich im gleichen Zeitraum zehn Vorstösse.⁶⁴ Nachfolgend ist auf diejenigen parlamentarischen Vorstösse näher einzugehen, die Anlass und Gegenstand des vorliegenden Berichts und der beantragten Neuregelung sind.

1.7.2 Ankündigung einer Evaluation zur Umsetzung von Artikel 28b ZGB

Bereits etwas mehr als ein Jahr nach Inkrafttreten der zivilrechtlichen Bestimmung stellte der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 19. November 2008 auf die Motion von Doris Fiala «Stalking» (08.3495) vom 18. September 2008⁶⁵ in Aussicht, dass er «die praktische Umsetzung von Artikel 28b Absatz 1 ZGB genau beobachten und dessen Wirksamkeit evaluieren» werde. Darauf nehmen auch die Stellungnahmen des Bundesrates vom 13. Mai 2009 bzw. 23. November 2013 zu drei weiteren parlamentarischen Vorstössen sowie ein Bericht Bezug, der ebenfalls am 13. Mai 2009 vom Bundesrat zuhanden des Parlaments verabschiedet wurde:

- Motion Heim Bea «Eindämmung der häuslichen Gewalt» (09.3059) vom 5. März 2009⁶⁶ (angenommen; vgl. dazu sowie zum entsprechenden Bericht des Bundesrates vom 28. Januar 2015 nachfolgend unter Ziffer 1.7.4 und Ziffer 2.2);
- Motion Geissbühler Andrea Martina «Häusliche Gewalt entweder als Offizialdelikt oder als Antragsdelikt» (09.3169) vom 18. März 2009⁶⁷ (abgelehnt);
- Bericht des Bundesrates über «Gewalt in Paarbeziehungen. Ursachen und in der Schweiz getroffene Massnahmen» (in Erfüllung des Postulats Stump ["Ursachen von Gewalt untersuchen und Massnahmen dagegen ergreifen"] 05.3694 vom 7. Oktober 2005)⁶⁸; sowie

⁶⁴ Die Vorstösse sind auf der Geschäftsdatenbank des Parlaments unter Verwendung entsprechender Suchbegriffe abrufbar: www.parlament.ch/d/suche/Seiten/curia-vista.aspx (Stand: 24.8.2015).

⁶⁵ Die Motion und die Stellungnahme des Bundesrates sind abrufbar unter: www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20083495 (Stand: 24.8.2015).

⁶⁶ Die Motion und die Stellungnahme des Bundesrates sind abrufbar unter: www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20093059 (Stand: 24.8.2015).

⁶⁷ Die Motion und die Stellungnahme des Bundesrates sind abrufbar unter: www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20093169 (Stand: 24.8.2015).

⁶⁸ BBl 2009 4112

- Motion Fiala Doris «Stalking-Thema nicht auf die lange Bank schieben» (13.3742) vom 19. September 2013⁶⁹ (noch nicht behandelt).

Mit der Verabschiedung des Berichts des Bundesrates über «Gewalt in Paarbeziehungen. Ursachen und in der Schweiz getroffene Massnahmen» hat der Bundesrat das Bundesamt für Justiz damit beauftragt, die Umsetzung von Artikel 28b ZGB zu evaluieren und dabei zu beleuchten, in welcher Weise allfällige prozessuale Hürden (Beweispflicht, Kostenfolgen) die Wirksamkeit der Bestimmung beeinflussen.⁷⁰

1.7.3 Vollzug mittels elektronischer Vorrichtungen: Motion Perrin 09.4017

Die Motion Perrin «Geschlagene Frauen schützen» (09.4017) vom 25. November 2009⁷¹ verlangt, dass von häuslicher Gewalt betroffene Frauen besser geschützt werden, indem der Täter ein elektronisches Armband oder eine elektronische Fussfessel tragen muss. Das Anliegen der Motion ist somit nicht auf eine Änderung des materiellen Rechts, sondern auf den Vollzug gerichtet, indem gewährleistet werden soll, dass zum Schutz des Opfers angeordnete Massnahmen auch durchgesetzt werden können.

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 17. Februar 2010 festgehalten, dass er das politische Anliegen der Motion teilt. Allerdings sei für die gerichtliche Anordnung elektronischer Vorrichtungen zur Durchsetzung von Fernhalte-massnahmen gegen gewalttätige Partnerinnen und Partner eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die zurzeit nicht bestehe. Diese müsse zuerst geschaffen werden.

Der Nationalrat hat der Motion am 3. März 2010⁷², der Ständerat am 30. Mai 2011⁷³ zugestimmt.

1.7.4 Untersuchung der Einstellungspraxis: Motion Heim 09.3059

Die Motion Heim «Eindämmung der häuslichen Gewalt» (09.3059) vom 5. März 2009 betrifft Artikel 55a StGB. Die Motionärin bemängelt, dass eine Wiederanhandnahme des Strafverfahrens nur auf Antrag des Opfers möglich ist. Auch erachtet sie als unbefriedigend, dass die kantonalen Behörden Strafverfahren trotz wiederholter Gewalt einstellen. Der Bundesrat sollte daher beauftragt werden, einen Bericht zur Einstellungspraxis zu erstellen und gestützt darauf die nötigen Massnahmen zu unterbreiten, um die Gewalt einzudämmen und die Opfer zu stärken. Dabei seien unter anderem Massnahmen zu evaluieren, die eine

⁶⁹ Die Motion und die Stellungnahme des Bundesrates sind abrufbar unter: www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20133742 (Stand: 24.8.2015).

⁷⁰ BBl 2009 4112

⁷¹ Die Motion und die Stellungnahme des Bundesrates sind abrufbar unter: www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20094017 (Stand: 24.8.2015).

⁷² AB 2010 N 92

⁷³ AB 2011 S 357

Verfahrenseinstellung mit der Absolvierung eines Lernprogramms gegen Gewalt verknüpfen.

Mit Blick auf die verlangte Evaluation haben die eidgenössischen Räte die Motion in einen Prüfungsauftrag umgewandelt (vgl. Art. 120 und 123 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002⁷⁴ [ParlG]).⁷⁵ Der Bundesrat wurde beauftragt, gestützt auf den Bericht zur Einstellungspraxis zu prüfen, ob Massnahmen zur Eindämmung der Gewalt und zur Stärkung der Opfer zu treffen sind. Insbesondere sind dabei Massnahmen zu evaluieren, die darauf abzielen, dass:

1. die provisorische Einstellung des Verfahrens auf Antrag an die Bedingung des Besuchs eines Lernprogramms gegen Gewalt respektive die definitive Verfahrenseinstellung an die Bedingung der erfolgreichen Absolvierung des Lernprogramms einerseits und an das Nichtwiederauftreten dieser Gewalttaten durch die Tatperson andererseits geknüpft wird;
2. das Verfahren von Amtes wegen wieder aufgenommen wird, wenn sich die Tatperson dem Programm entzieht und/oder innerhalb von sechs Monaten seit der provisorischen Einstellung die Tatperson erneut wegen Gewalt gegen das Opfer angeklagt und ein Verfahren gegen sie eingeleitet wird;
3. die Einstellung des Verfahrens bei wiederholter Gewalt der Tatperson gegen das Opfer nicht mehr möglich ist respektive das Verfahren von Amtes wegen wieder aufgenommen wird.

1.7.5 Anhörung des Opfers: Motion Keller-Sutter 12.4025

Auch die Motion Keller-Sutter «Opfer häuslicher Gewalt besser schützen» (12.4025) vom 29. November 2012⁷⁶ zielt auf eine Änderung von Artikel 55a StGB. Sie verpflichtet den Bundesrat, Absatz 2 dieser Bestimmung dahingehend anzupassen, dass die Opfer vor einer Einstellung des Strafverfahrens noch einmal angehört werden. Die Äusserungen des Opfers sind im Rahmen eines allfälligen Einstellungsentscheids zu berücksichtigen. Diesen konkreten Änderungsantrag begründet die Motionärin damit, dass eine erneute Anhörung zu einer Bestrafung des Täters führen könne, wenn sich dessen Verhalten seit der Sistierung nicht entscheidend geändert habe. Die Strafverfolgungsbehörden dürften nicht erst aktiv werden, wenn die Gewalt erneut eskaliere. Gewaltsituationen, die jahrelang dauern können, müsse entschlossen entgegengetreten werden. Die Motion wurde vom Bundesrat zur Annahme empfohlen und von den eidgenössischen Räten angenommen.

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 20. Februar 2013 zu dieser Motion auf die Motion Heim (09.3059) verwiesen und erklärt, dass die Erkenntnisse aus der Untersuchung der Einstellungspraxis in die Revision von Artikel 55a StGB einfließen müssen, damit eine in sich stimmige Gesamtrevision erfolgen kann. Der Bundesrat hat signalisiert, Artikel 55a StGB einer umfassenden Überprüfung unterziehen zu wollen.

⁷⁴ SR **171.10**

⁷⁵ AB **2009** S 1306 ff.; AB **2010** N 130 ff.

⁷⁶ Die Motion und die Stellungnahme des Bundesrates sind abrufbar unter:
www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20124025
(Stand: 24.8.2015).

2 Evaluation und Untersuchung des Gewaltschutzes im geltenden Recht

2.1 Evaluation von Artikel 28b ZGB

2.1.1 Ausgangslage

Am 5. Februar 2014 schrieb das Bundesamt für Justiz die Evaluation der Wirksamkeit von Artikel 28b ZGB aus und betraute damit in der Folge die Social Insight GmbH in Zusammenarbeit mit Frau Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich. Die Evaluation dauerte von Juni 2014 bis März 2015.

2.1.2 Ziel der Evaluation

Ziel der Evaluation war es zu erfahren, wie sich der zivilrechtliche Gewaltschutzartikel in der Praxis bewährt. Angesichts dessen, dass die Form des Zivilverfahrens daran anknüpft, ob verletzende und verletzte Personen miteinander verheiratet sind, wurde die Evaluation entsprechend den beiden möglichen Verfahrenstypen unterteilt in Schutzmassnahmen in eherechtlichen Verfahren (Eheschutz, Trennung, Scheidung) und in solche ausserhalb eherechtlicher Verfahren für unverheiratete Paare.⁷⁷ Von Belang war zudem die Bedeutung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes in Fällen von Stalking (nacheheliches/nachpartnerschaftliches Stalking sowie Stalking unter einander fremden Personen). Von Interesse war ferner zu erfahren, wie die Schnittstellen zu den verschiedenen Gerichts- und Verwaltungsbehörden sowie zu weiteren involvierten Fachpersonen und der Austausch von Informationen unter diesen sichergestellt werden und welche Folgen eine Nichtbeachtung der gerichtlich angeordneten Schutzmassnahmen seitens der Tatperson hat.

Aus dem Ergebnis sollte ermittelt werden können, ob Anpassungen des zivilrechtlichen Gewaltschutzes notwendig sind. Da nicht nur materielle rechtliche, sondern auch prozessuale Bestimmungen die Wirksamkeit einer Regelung beeinflussen, mussten prozessuale Überlegungen in die Evaluation miteinbezogen werden, dies umso mehr, als die zivilrechtlichen Schutzmassnahmen in einem Zivilverfahren durch ein Gericht angeordnet werden müssen und deren Vollzug in der Kompetenz der Kantone liegt. Die Evaluation sollte daher auch aufzeigen, ob eine Anpassung prozessualer Bestimmungen, insbesondere der ZPO, notwendig ist.

2.1.3 Vorgehen

Die Evaluation umfasste eine schriftliche Befragung erstinstanzlicher Gericht, von Anwältinnen und Anwälten sowie von Opferberatungsstellen und (soweit vorhanden) Frauenhäusern in allen Kantonen. Zusätzlich zur schriftlichen Befragung fanden elf Expertengespräche mit Personen und Institutionen statt, die potenziell mit Artikel 28b ZGB befasst sind.

⁷⁷ Vgl. Ziff. 1.1.3.

2.1.4 Evaluationsergebnisse⁷⁸

Den Ergebnissen der Evaluation lässt sich entnehmen, dass sich der zivilrechtliche Gewaltschutz entgegen der Absicht des Gesetzgebers nicht zu einem Instrument entwickelt hat, das von gewaltbetroffenen Personen häufig in Anspruch genommen wird. Seitens der befragten Personen wurden Zweifel an der Nützlichkeit von Artikel 28b ZGB geäussert. Dies gelte, so der Schlussbericht, sowohl für die Schutzmassnahmen bei häuslicher Gewalt als auch in Fällen von Stalking.

Dabei zeigte sich, dass vor allem das zur Geltendmachung des Anspruchs notwendige Verfahren sowie die Durchsetzung von gerichtlich angeordneten Schutzmassnahmen Probleme aufwerfen. Folgende Punkte wurden von den befragten Personen kritisch vermerkt:

- **Hohe prozessuale Anforderungen:** Die befragten Personen beurteilten die Verfahrensführung auf Basis der Dispositionsmaxime als schwierig bis kaum realistisch für eine gewaltbetroffene Person. Zudem würde die Kostenfolge abschrecken: die Leistung von Kostenvorschüssen, das Kostenrisiko bei einer allfälligen Ablehnung der Klage sowie die Rückforderung geleisteter Vorschüsse von der beklagten (gewaltausübenden) Person. Hinzu komme die psychische Belastung, wenn die gewaltbetroffene Person der Tatperson im Prozess begegnen müsse. Als negativ erscheine zudem, dass für verheiratete und unverheiratete Paare unterschiedliche Verfahren Anwendung fänden, wobei die Hürden für gewaltbetroffene Personen, die nicht verheiratet sind, höher seien;
- **Mangelnder Vollzug:** Nicht selten könnten die Schutzmassnahmen kaum durchgesetzt werden. Das liege daran, dass die Strafandrohung im Zivilurteil teilweise gar nicht erwähnt werde. Aber auch dort, wo dies nicht der Fall sei, würden Sanktionen selbst dann häufig ausbleiben, wenn die Tatperson erneut Gewalt angewendet habe. Die befragten Personen sind zudem der Ansicht, dass die Androhung einer Busse gemäss Artikel 292 StGB wenig Wirkung zeigen würde.

Negativ bewertet wurde der zivilrechtliche Gewaltschutz zudem aus folgenden Gründen:

- **Unterschiedliche Gerichtspraxen:** Zwischen, aber auch innerhalb der Kantone würden Begehren um Schutzmassnahmen uneinheitlich gehandhabt, so insbesondere bei der Ausgestaltung der Schutzmassnahmen, wenn minderjährige Kinder mitbetroffen sind, sowie bei der Festlegung der Kosten. Für die Opfer sei häufig unklar, womit sie rechnen können, wenn sie zivilrechtliche Schutzmassnahmen beantragen würden.
- **Mangelnde Koordination** von polizeilichen und zivilrechtlichen Massnahmen: Insbesondere die unterschiedlichen Fristen würden für Gewaltbetroffene zu hohen Hürden führen, wenn fixe Fristen des Polizeirechts entweder zu kurz seien oder aber zu kurz angesetzt würden, sodass polizeiliche Massnahmen auslaufen drohen oder gar auslaufen, noch bevor der zivilrechtliche Gewaltschutz greifen bzw. in Anspruch genommen werden könne.

⁷⁸ Vgl. dazu *Gloor/Meier/Büchler* (Fn. 28).

- **Mangelnde Unabhängigkeit des Zivilverfahrens:** Die Evaluation zeigt auch, dass der Erlass von Massnahmen nach Artikel 28b ZGB nicht selten an das Vorhandensein strafrechtlicher Indizien geknüpft wird. Schutzmassnahmen würden eher erlassen, wenn auch eine Strafanzeige eingereicht oder polizeiliche Schutzmassnahmen wie beispielsweise eine Wegweisung in Anspruch genommen worden seien.
- **Fehlende Informationen** über zivilrechtliche Schutzmassnahmen: Über das Bestehen von zivilrechtlichen Schutzmassnahmen werden Stellen wie die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), die Polizei oder Staatsanwaltschaft unterschiedlich häufig informiert. Sind minderjährige Kinder von häuslicher Gewalt oder Stalking zumindest mitbetroffen, so wird in der Hälfte bis zwei Dritteln der Fälle die KESB darüber informiert. Ohne entsprechenden Antrag bezieht das Gericht nur erwachsene Personen in den Erlass von Schutzmassnahmen ein; die Belange minderjähriger Kinder würden hingegen nicht mitberücksichtigt und daher auch nicht geregelt. In weniger als der Hälfte der Fälle erfolgt eine Information der Staatsanwaltschaft und am seltensten werden Informationen über Schutzmassnahmen nach Artikel 28b ZGB an die Polizei weitergeleitet.
- **Mangelhafte Regelung des Besuchsrechts:** Wird als zivilrechtliche Schutzmassnahme ein Kontaktverbot gegenüber der Tatperson ausgesprochen, so kollidiert dieses mit ihrem Besuchsrecht. Das Besuchsrecht müsste somit unter Berücksichtigung der besonderen Umstände geregelt werden. Das sei vielfach nicht der Fall. So würden in den Kantonen beispielsweise häufig die notwendigen personellen Ressourcen für begleitete Formen des Besuchsrechts fehlen.
- **Mangelhafter Schutz bei Stalking:** In Fällen von Stalking (Beziehungs- bzw. Trennungsstalking sowie Stalking durch Fremdpersonen) werde Artikel 28b ZGB kaum genutzt. Dies liege einerseits an den bereits erwähnten Mängeln der zivilrechtlichen Gewaltschutzbestimmung (hohe prozessuale Hürden, mangelnde Durchsetzbarkeit gerichtlicher Anordnungen), andererseits auch daran, dass der zivilrechtliche Weg in solchen Fällen ohnehin nicht greife, weil die Erfahrungen zeigen würden, dass Tatpersonen mit dem Stalking eher dann aufhören würden, wenn sie in Untersuchungshaft gewesen seien, folglich mit einem Strafverfahren konfrontiert worden seien.

Fazit: Die Evaluation von Artikel 28b ZGB hat ergeben, dass der Gewaltschutz von den Befragten eher als eine Möglichkeit mit symbolischer Bedeutung wahrgenommen wird und weniger als eine effektive und effiziente Hilfe bei häuslicher Gewalt und Stalking. Nach Meinung der Evaluatorinnen gründen die Schwierigkeiten «nicht nur in der materiellen Ausgestaltung von Art. 28b ZGB. Sie stehen vielmehr auch – zentral – im Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Regelungen (ZPO) und der Situierung von Art. 28b ZGB im Gesamtkontext von kantonalen und nationalen Regelungen bei häuslicher Gewalt.»⁷⁹ Die Evaluatorinnen weisen auf eine Dysfunktionalität von Art. 28b ZGB hin, deren Ursache aber nicht (allein) in einer bestimmten Formulierung oder Voraussetzung des Gesetzes zu finden ist, sondern dem System immanent erscheint: «Zivilprozessuale Bedingungen,

⁷⁹ Gloor/Meier/Büchler (Fn. 28), S. 78.

ungeklärtes Verhältnis zwischen Straf-, Strafprozess-, Polizei- und Zivilrecht und den entsprechenden Behörden, grosse kantonale Unterschiede in der praktischen Anwendung und die Zivilstandsabhängigkeit der Verfahren sind alles problematische Aspekte eines Systems, das keine innere Kohärenz zum Schutz der Opfer aufweist.»⁸⁰

2.1.5 Würdigung der Evaluationsergebnisse

Aufgrund der Ergebnisse ihrer Evaluation von Artikel 28b ZGB haben die Evaluatorinnen abschliessend Empfehlungen für einen verbesserten Schutz von Personen, die von häuslicher Gewalt und Stalking betroffen sind, formuliert. Dabei werden zwei Wege zur Erreichung dieses Ziels aufgezeigt:

1. Behebung der festgestellten Probleme durch punktuelle Verbesserungen innerhalb der geltenden Gesetze; oder
2. Schaffung eines nationalen Gewaltschutzgesetzes; dies ist die von den Evaluatorinnen befürwortete Lösung.

Zur Schaffung eines nationalen Gewaltschutzgesetzes äusserte sich der Bundesrat bereits in seiner Stellungnahme vom 20. Mai 2009 zur Motion Leutenegger Oberholzer «Eidgenössisches Gewaltschutzgesetz» (09.3411) vom 30. April 2009. Er vertrat dabei die Ansicht, dass mit Artikel 28b ZGB sowie der Schweizerischen Zivilprozessordnung eine klare gesetzliche Grundlage im Kampf gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen bestehen würde. Zudem würde ein umfassendes Gewaltschutzgesetz Bereiche betreffen, für die heute die Kantone zuständig seien, der Bund jedoch gar keine Kompetenzen hätte. Um die notwendigen Kompetenzen zu bekommen, wäre somit eine Verfassungsänderung notwendig. Der Nationalrat hat in der Folge die Motion 09.3411 am 3. Juni 2009 abgelehnt.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der unveränderten Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen verzichtet der Bundesrat zum jetzigen Zeitpunkt darauf, diesen Weg weiter zu verfolgen. Er schlägt stattdessen vor, die bei der Evaluation von Artikel 28b ZGB festgestellten Schwächen zu beheben und das geltende Recht durch gezielte Gesetzesänderungen so anzupassen, dass Personen, die von häuslicher Gewalt und Stalking betroffen sind, besser und effektiver geschützt werden können.

Die Evaluationsergebnisse lassen implizit auch die grosse Bedeutung erkennen, die den kantonalen Gewaltschutzgesetzen bzw. dem kantonalen Polizeirecht für den Schutz von Opfern häuslicher Gewalt zukommt. Eine Verbesserung dieses Schutzes setzt nicht nur eine gute Koordination neuer Massnahmen des Bundes mit Massnahmen der Kantone voraus. Auch den in der Evaluation bemängelten Unterschieden im Polizeirecht der Kantone, die vor allem bei kantonsübergreifenden Fällen zu zusätzlichen Problemen für die Opfer führen, sollte wirksam begegnet werden. In diesen Fällen könnten Gespräche zwischen Bund und Kantonen, insbesondere mit der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) zu einem verbesserten Schutz gewaltbetroffener Personen beitragen.

⁸⁰ Gloor/Meier/Büchler (Fn. 28), S. 78.

2.2 Untersuchung der Praxis zu Artikel 55a StGB

2.2.1 Ziele der Untersuchung und Vorgehen

In Erfüllung der Motion Heim (09.3059) untersuchte der Bundesrat die Einstellung der Strafverfahren bei Gewalt in Paarbeziehungen. Der entsprechende Bericht datiert vom 28. Januar 2015.⁸¹ Geprüft wurde, ob sich die Einstellungspraxis aufgrund der Einführung von Artikel 55a StGB geändert hat und worauf die Einstellungen zurückzuführen sind. Es wurden Probleme bei Strafverfahren wegen Gewalt in Paarbeziehungen aufgedeckt und zu ihrer Lösung verschiedene Massnahmen dargestellt.

Der Bericht stützt sich in erster Linie auf die Ergebnisse bereits vorhandener Studien.⁸² In Ergänzung dazu wurde eine Befragung von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten durchgeführt, um die Ergebnisse der Datenerhebungen zu validieren und ihre Erfahrungen und Anliegen zum Thema zusammenzutragen.⁸³

2.2.2 Ergebnisse

Grundlage des Berichts des Bundesrates zur Motion Heim (09.3059) sind fünf Datenerhebungen zur Einstellungspraxis⁸⁴ und drei Berichte⁸⁵. Aus diesen lassen sich keine für die gesamte Schweiz gültigen Zahlen zu den Einstellungen ableiten. Die Studien untersuchen die Einstellungspraxis mit jeweils unterschiedlichen Fragestellungen, betreffen unterschiedliche Zeiträume und beziehen sich auf

⁸¹ Bericht des Bundesrates zur Motion 09.3059 Heim, Eindämmung der häuslichen Gewalt vom 28. Januar 2015, abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-01-28/ber-br-heim-d.pdf (Stand: 24.8.2015).

⁸² Vgl. unten Ziff. 2.2.2.

⁸³ Vgl. Bericht Mo. Heim (Fn. 81), 6 f.

⁸⁴ *Colombi Roberto*, Offizialisierung häuslicher Gewalt am Beispiel der Stadt Zürich: eine dogmatische und empirische Studie, Diss., Zürich 2009; *Riedo* (Fn. 18), 420 ff.; *Baumgartner-Wüthrich Barbara*, Die Einstellung des Verfahrens bei häuslicher Gewalt – Erfahrungen mit Art. 55a StGB im Kanton Bern, Masterarbeit HSW Luzern/CCFW 2007, abrufbar unter: www.ccfw.ch/masterarbeit_baumgartner.pdf (Stand: 24.8.2015); *Frauchiger Thomas/Jobin Catherine/Miko Iso Isabel*, Monitoring häusliche Gewalt im Kanton Basel-Stadt, Berichterstattung an den Departementsvorsteher, 26. Oktober 2012, abrufbar unter: www.jsd.bs.ch/dms/jsd/download/haeusliche-gewalt/monitoring_2012.pdf (Stand: 24.8.2015); *Baumann Isabelle/Killias Martin*, Kosten der Staatsanwaltschaften für Fälle von häuslicher Gewalt, Kostenschätzung betreffend Fälle von häuslicher Gewalt in der Schweiz anhand von Daten der Staatsanwaltschaften der Kantone Aargau, Schwyz, Waadt und Zürich», Zürich 2013, abrufbar unter: www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/killias/publikationen/Baumann.pdf (Stand: 24.8.2015).

⁸⁵ *Zoder Isabel*, Polizeilich registrierte häusliche Gewalt – Übersichtspublikation, Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Neuenburg 2012, abrufbar unter: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.165549.pdf (Stand: 24.8.2015); *Fliedner Juliane/Schwab Stephanie/Stern Susanne/Iten Rolf*, Kosten von Gewalt in Paarbeziehungen, Forschungsbericht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (Hrsg.), Zürich 2013, abrufbar unter: www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00196/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7tlnp610NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCDdnx_hGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (Stand: 24.8.2015); Bericht des Bundesrates vom 27. Februar 2013 in Erfüllung des Postulats Fehr 09.3878, «Mehr Anzeigen, mehr Abschreckung», abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-02-27/1/ber-br-d.pdf (Stand: 24.8.2015).

bestimmte Kantone. Auch differenziert nur eine einzige Studie danach, ob sich die Einstellung eines Verfahrens auf Artikel 55a StGB stützt oder auf eine andere Bestimmung.⁸⁶ Dennoch ist aus den vorhandenen Daten die Tendenz erkennbar, dass die *Sistierungs- und Einstellungsquote* bei einfacher Körperverletzung, wiederholten Tötlichkeiten, Drohung und Nötigung in Paarbeziehungen in allen Kantonen *sehr hoch* ist. Je nach Studie beträgt die Einstellungsquote zwischen 53% und 92%. Dies entspricht auch der Einschätzung von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten anlässlich der Befragung durch das Bundesamt für Justiz.

Die Mehrzahl aller Verfahren wegen Gewalt in Paarbeziehungen wird somit eingestellt.⁸⁷ Dies gilt sowohl für Strafverfahren vor als auch für solche nach der Officialisierung der Delikte und der damit einhergehenden Einführung von Artikel 55a StGB. Die Zahl der Einstellungen verringerte sich nach der Revision von 2004 nur geringfügig.⁸⁸

3 Grundzüge der beantragten Neuregelung

3.1 Überblick und Ziele der Vorlage

Wie unter Ziffer 2.1.3 bereits erwähnt, hat die Evaluation von Artikel 28b ZGB aufgezeigt, dass v.a. die praktische Umsetzung und prozessuale Anwendung dieser Bestimmung in der Praxis verbessert werden müssen. Unzureichend sind vorab verfahrensrechtliche Aspekte, aber auch die mangelnde Durchsetzbarkeit der vom Gericht angeordneten Schutzmassnahmen. Der Bundesrat schlägt vor, die Mängel durch spezifische Anpassungen zu beseitigen, um den Schutz gewaltbetroffener Personen zu verbessern.

Zusätzlich wird in Erfüllung der Motion Perrin durch die Schaffung einer expliziten Rechtsgrundlage für die gerichtliche Anordnung einer elektronischen Vorrichtung in einem neuen Artikel 28c VE-ZGB die Möglichkeit geschaffen, zivilrechtliche Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbote mittels moderner elektronischer Technik um- und durchzusetzen, damit Opfer von häuslicher Gewalt und Stalking in Zukunft besser geschützt werden können.

Was das Strafrecht betrifft, so setzen die vorgeschlagenen Änderungen zum einen das Anliegen der Motion Keller-Sutter (12.4025) um und zum andern die Massnahmen, welche der Bundesrat im Bericht⁸⁹ zur Motion Heim (09.3059) dargelegt hat. Die Änderungen sollen das Opfer entlasten, den Strafverfolgungsbehörden mehr Ermessen einräumen und die beschuldigte Person besser in das Verfahren einbinden. Deshalb soll die Sistierung des Verfahrens (wie auch dessen Wiederanhandnahme und Einstellung) nicht mehr alleine vom Willen des Opfers abhängen. Das Gesetz soll weitere Kriterien nennen, welche zu berücksichtigen sind. Eine Sistierung soll sodann nicht zulässig sein, wenn der Verdacht auf wiederholte Gewalt in der Paarbeziehung besteht. Schliesslich soll das Opfer vor der definitiven Einstellung des Verfahrens noch einmal angehört werden müssen.

⁸⁶ *Frauchiger/Jobin/Miko Iso* (Fn. 84).

⁸⁷ Zum Ganzen Bericht Mo. Heim (Fn. 81), 17 ff., Zusammenfassung auf 21.

⁸⁸ *Colombi* (Fn. 84), 306 ff. In der Stadt Zürich sank die entsprechende Einstellungsquote von 72.4% im Jahr 2003 lediglich auf 66.1% im Jahr 2005.

⁸⁹ Bericht Mo. Heim (Fn. 81).

Neben der Verfolgung dieser Ziele soll im Sinne einer Begleitmassnahme mit den Kantonen abgeklärt werden, ob zusätzliche Massnahmen innerhalb der bestehenden Kompetenzordnung ergriffen werden können, insbesondere ob Koordinationsbedarf zwischen Bund und Kantonen besteht, um den Schutz gewaltbetroffener Personen weiter zu optimieren.

3.2

Die beantragte Neuregelung

3.2.1

Verbesserung der Weiterbildung der mit dem Gewaltschutz betrauten Personen und der Information zwischen den verschiedenen Behörden

Zur Verbesserung der praktischen und insbesondere der prozessualen Anwendung der geltenden Gewaltschutznorm von Artikel 28b ZGB soll die geltende Bestimmung in zwei wesentlichen Punkten ergänzt werden, welche im Rahmen der Evaluation als unbefriedigend ausgewiesen wurden.⁹⁰

Mitteilung von Gewaltschutzentscheiden der Gerichte an andere Behörden

Die Evaluation von Artikel 28b ZGB zeigte auf, dass die gegenseitige Information und gegebenenfalls Kooperation unter den verschiedenen Schnittstellen, die sich in der praktischen Anwendung der Gewaltschutznorm zu anderen Rechtsbereichen ergeben, beim Gewaltschutz zentral sind. Gerade die Meldung von gerichtlich angeordneten Schutzmassnahmen an andere Behörden erfolgt in der Praxis zu selten.⁹¹ Daher soll neu vorgesehen werden, dass die Gerichte ihre Entscheide über Schutzmassnahmen nach Artikel 28b ZGB den zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und den kantonalen Kriseninterventionsstellen gemäss Absatz 4 dieser Bestimmung mitteilen müssen. Damit soll für die Zukunft die Wirksamkeit von Schutzmassnahmen und auch die Komplementarität der verschiedenen Interventionsmöglichkeiten und -massnahmen verbessert werden. Die Mitteilung ist jedoch in ihrem Umfang beschränkt. Es dürfen nur jene Informationen zur Kenntnis gebracht werden, welche die erwähnten Behörden und Stellen für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.

Verbesserte Weiterbildung der mit dem Gewaltschutz betrauten Personen der Kriseninterventionsstelle und Gerichte

Damit die im geltenden Recht bestehenden Instrumente zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen und Nachstellungen in Zukunft noch besser genutzt werden, müssen die Personen derjenigen Behörden und Stellen, die mit dem Schutz gewaltbetroffener Personen betraut sind, über die nötigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen. Die Kantone, die für den Vollzug zuständig sind, haben daher für die nötige Weiterbildung dieser Personen bei den Kriseninterventionsstellen und Gerichten zu sorgen, insoweit sie das nicht bereits getan haben.

⁹⁰ Vgl. dazu oben Ziff. 2.1.4.

⁹¹ Vgl. Ziff. 2.1.4.

Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage

Um insbesondere die Durchsetzbarkeit von gerichtlich angeordneten Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverboten sicherzustellen, schlägt der vorliegende Vorentwurf in Umsetzung der Vorgaben der Motion Perrin (09.4017) die Einführung des *Electronic Monitoring*⁹² vor. Diese neue zivilrechtliche Schutzmassnahme würde es ermöglichen, potenziell gewalttätige Personen aufgrund einer gerichtlichen Anordnung mittels einer elektronischen Vorrichtung zu überwachen. Dafür soll mit einem neuen Artikel 28c ZGB eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

Im Verlauf der Revisionsarbeiten zum zivilrechtlichen Gewaltschutz wurde die Frage aufgeworfen, ob Artikel 28b ZGB bereits eine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, um ein angeordnetes Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbot durch eine elektronische Vorrichtung zu vollstrecken. Nach eingehender Prüfung ist der Bundesrat zur Ansicht gelangt, dass es sich bei einer solchen Massnahme um eine Zwangsmassnahme handelt, die derart gravierend in die physische und psychische Integrität des Betroffenen eingreift, dass dafür eine *ausdrückliche gesetzliche Grundlage* erforderlich ist. Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt Artikel 28b ZGB in der geltenden Fassung nicht.⁹³ Der Einsatz elektronischer Vorrichtungen und deren Verbindung mit den betroffenen Personen zur Durchsetzung eines Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbots kann nach geltendem Recht auch nicht als zivilprozessuale Vollstreckungsmassnahme im Sinne von Artikel 343 ZPO angesehen werden. Der Massnahmenkatalog von Artikel 343 Absatz 1 Buchstaben a–e ZPO ist abschliessender Natur.⁹⁴ Der Einsatz elektronischer Vorrichtungen, die mit gefährdenden Personen verbunden werden, könnte in diesem Rahmen zwar als eine Form direkten Zwangs nach Buchstabe d angesehen werden. Die unter den Zwangsmassnahmen gemäss Buchstabe d nicht abschliessend aufgezählten Beispiele «Wegnahme einer beweglichen Sache» und «Räumung eines Grundstücks» machen aber deutlich, dass der Gesetzgeber hier primär den Zwang gegenüber Sachen und nicht gegenüber einer Person im Auge hatte. Damit scheidet auch Artikel 343 ZPO als gesetzliche Grundlage für die hier infrage stehende Massnahme aus.⁹⁵

⁹² Vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 1.2.3 zum *Electronic Monitoring* im Strafrecht.

⁹³ Vgl. bereits die Stellungnahme des Bundesrates vom 17. Februar 2010 sowie den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 24. Februar 2011 zur Motion Perrin (Fn 71).

⁹⁴ *Kofmel Ehrenzeller Sabine*, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 343 N 3; anders noch die Botschaft und Art. 341 E-ZPO, BBl 2006 7385.

⁹⁵ Zur Unzulässigkeit physischen Zwangs vgl. insbesondere *Staehelin Adrian/Staehelin Daniel/Grolimund Pascal*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, § 28 N 43; *Jeandin Nicolas*, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, CPC Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 343 N 4 und 15; zum Erfordernis einer expliziten Gesetzesgrundlage für die Anwendung direkten Zwangs bei Unterlassungspflichten *Guldener Max*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 626 ff.; a.A. *Rohner Thomas/Jenny Reto M.*, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (Hrsg.), ZPO – Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 343 N 18.

Technische Mittel zur Überwachung

Zur Um- und Durchsetzung eines zivilrechtlichen Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbots eignet sich die *mobile Überwachung* mittels *Global Positioning System*-Technik (GPS), die über Satellit gesteuert wird: Die Fussfessel oder das Armband wird mit einem GPS-Empfänger versehen, sodass die gefährdende Person auch ausserhalb der Rundfunkweite (ausserhalb der Wohnung) überwacht werden kann. Die Position dieser Personen wird mittels GPS ermittelt und über das Mobiltelefonnetz an die Überwachungszentrale weitergeleitet. Ihr Aufenthaltsort kann damit jederzeit festgestellt werden, sodass es möglich wird, einen Verstoss gegen ein gerichtlich angeordnetes Annäherungs- oder Ortsverbot sofort festzustellen und eine entsprechende Reaktion einzuleiten. Ein Alarm wird zudem auch ausgelöst, wenn sich die gefährdende Person der Fussfessel oder des Armbands entledigt.

Soll ein solches System der Prävention häuslicher Gewalt dienen, muss auch die gefährdete Person ein GPS-Gerät tragen. Auf diese Weise wird eine bewegliche Zone um die gefährdete Person herum geschaffen, in welche die gefährdende Person nicht eindringen darf. Bei einem Verstoss kann eine polizeiliche Intervention ausgelöst werden, sofern dies notwendig ist. Zudem kann die gefährdete Person von der Überwachungszentrale telefonisch kontaktiert werden, damit sie sich in Sicherheit bringen kann, was insbesondere bei einem zufälligen Zusammentreffen sinnvoll ist. Die gefährdete Person kann aber auch ihrerseits ein SOS-Signal senden. In weniger gravierenden Fällen ist es auch möglich, von einer Echtzeitüberwachung abzuweichen und stattdessen lediglich die Position der gefährdenden Person zu ermitteln und aufzuzeichnen. Eine solche Anordnung ist ausreichend, wenn davon ausgegangen werden kann, dass das Bewusstsein um die Überwachung bei der gefährdenden Person dazu führt, dass diese das Kontakt- oder Ortsverbot einhalten wird.

Demgegenüber eignet sich die *statische Überwachung* mittels Rundfunk-Technik vor allem für den Einsatz im Rahmen eines gerichtlich angeordneten Freiheitsentzugs, der als Ersatz für die Verbüssung einer Freiheitsstrafe in einer Strafanstalt angeordnet wurde.⁹⁶ Dabei trägt die betroffene Person einen Sender am Arm oder oberhalb des Fussgelenkes: Dieser sendet Signale an einen Empfänger, der zum Beispiel in der Wohnung der überwachten Person fest installiert ist. Der Empfänger besitzt ein integriertes Modem und leitet die Signale an den Computer der Überwachungszentrale weiter. In der Zentrale werden die eingegangenen Daten vom Computer mit den eingestellten Soll-Daten verglichen. Entfernt sich die Person zu weit vom Empfänger, wird automatisch die zuständige Behörde alarmiert.

Voraussetzungen und Verfahren für die Anordnung einer elektronischen Vorrichtung

Die neue Bestimmung von Artikel 28c VE-ZGB legt die Voraussetzungen fest, unter denen das Gericht zur Durchsetzung eines zivilrechtlichen Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbots gemäss Artikel 28b ZGB die Verwendung einer elektronischen Vorrichtung anordnen kann. Vorausgesetzt ist primär, dass die Anordnung zur Durchsetzung des Verbots geeignet und erforderlich erscheint und insgesamt verhältnismässig ist, insbesondere weil weniger einschneidende Massnahmen erfolglos geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen. Entsprechend

⁹⁶ Vgl. dazu oben Ziff. 1.2.3.

dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO), der im Zivilverfahren gilt, erfolgt die Anordnung nur auf Antrag der klagenden Person. Die Anordnung ist stets zeitlich zu begrenzen. Der Vorentwurf sieht eine maximale, jedoch erneuerbare Maximaldauer der Massnahme von jeweils zwölf Monaten vor.

Das eigentliche Vollzugsverfahren regeln die Kantone. Sie müssen eine Stelle bezeichnen, die dafür zuständig ist. Dabei ist der Datenschutz zugunsten der beteiligten Personen zu gewährleisten. Sodann hält die neue Bestimmung ausdrücklich fest, dass der verletzten Person aus dem Vollzug der Anordnung einer elektronischen Vorrichtung keine Kosten entstehen dürfen. Nur so ist gewährleistet, dass diese neue Massnahme zum Schutz verletzter Personen in der Praxis auch beantragt und angeordnet wird und die verletzten Personen effektiv besser geschützt werden.

3.2.3 Vereinfachung und Kostenlosigkeit der Zivilverfahren

Wegfall des Schlichtungsverfahrens bei Verfahren wegen häuslicher Gewalt und Stalking

Das im geltenden Recht auch für Klagen nach Artikel 28b ZGB geltende Schlichtungsbobligatorium für Klagen im vereinfachten Verfahren erweist sich in der Praxis als Erschwernis oder Hindernis, ohne dass in diesen Fällen für Schlichtungsverfahren positive Wirkungen im Sinne einer Versöhnung ausgewiesen wären.⁹⁷ Daher soll das Schlichtungsverfahren bei allen Klagen nach Artikel 28b ZGB entfallen. Damit kann auch ein Gleichlauf zwischen Haupt- und Massnahmenverfahren erreicht werden, indem alle Verfahren direkt beim Gericht eingeleitet werden müssen.

Kostenlosigkeit von Klagen nach Artikel 28b ZGB

Im Rahmen einer Zivilklage wegen häuslicher Gewalt und Stalking werden insbesondere die Kostenaspekte als problematisch erachtet, weil sie in der Praxis für Gewaltbetroffene in vielen Fällen eine Hürde darstellen, die sie nicht selten davon abhält, zivilrechtliche Schutzmassnahmen zu beantragen. Dabei geht es zum einen um die Kostenvorschusszahlungen, die in der Praxis insbesondere für Verfahren ausserhalb von eherechtlichen Verfahren oft systematisch eingefordert werden (vgl. Art. 98 ZPO), und zum andern um die allgemeine Regelung von Artikel 111 Absatz 2 ZPO, wonach die klagende und vorschussleistende Partei bei Obsiegen die geleisteten Vorschüsse von der unterliegenden Partei und damit in der Realität zumeist von der verletzenden Person zurückfordern muss.⁹⁸

Der Bundesrat schlägt daher vor, dass im Entscheidverfahren bei Streitigkeiten wegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen nach Artikel 28b ZGB sowie der neu vorgesehenen Anordnung einer elektronischen Vorrichtung nach Artikel 28c VE-ZGB keine Gerichtskosten gesprochen werden. Damit entfällt nicht nur jegliche Vorschusspflicht für Gerichtskosten, sondern es kommt auch nicht zur unerwünschten Abwälzung des Insolvenzrisikos auf die verletzte Person.

⁹⁷ Gloor/Meier/Büchler (Fn. 28).

⁹⁸ Gloor/Meier/Büchler (Fn. 28).

3.2.4

Umfassende Interessenabwägung bei der Sistierung, Wiederanhandnahme und Einstellung des Strafverfahrens

Die Officialisierung der Gewaltdelikte in Paarbeziehungen von 2004 hat nicht zu mehr Verurteilungen wegen Gewalt in Paarbeziehungen geführt. Auch unter geltendem Recht sind *Sistierung und Einstellung des Verfahrens die Regel*. Die Behörden verfügen in diesem Bereich über einen sehr geringen Ermessensspielraum. Ersucht das Opfer um die Sistierung, so müssen die Behörden dem Antrag aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stattgeben, sofern er aus freiem Willen erfolgt ist. Das sistierte Verfahren kann nur wieder aufgenommen werden, wenn das Opfer bzw. sein gesetzlicher Vertreter die Zustimmung zur Sistierung widerruft. Ohne einen solchen Widerruf wird es nach einer Frist von sechs Monaten eingestellt (Art. 55a Abs. 2 und 3 StGB).⁹⁹

Strafverfahren wegen Gewalt in der Partnerschaft sind zu einem wesentlichen Teil vom *Verhalten und den Aussagen des Opfers* abhängig. Einem Opfer von Gewalt im sozialen Nahraum fällt es (trotz Änderung der verfahrensrechtlichen Grundlagen) meist schwer, die notwendigen Schritte vorzunehmen, die zu einer strafrechtlichen Verfolgung oder Verurteilung des Täters führen.¹⁰⁰ Das Ziel des Opfers ist vorwiegend die *Stabilisierung seiner eigenen Situation* und nicht die Bestrafung des Täters. Von dieser Zurückhaltung des Opfers ist das gesamte Strafverfahren betroffen: die Strafanzeige, der Widerruf eines Antrags auf Sistierung sowie die Aussage gegen die beschuldigte Person vor den Strafverfolgungsbehörden und vor dem Gericht. Das Opfer muss abwägen, ob sich seine Situation durch die Einleitung eines Strafverfahrens verbessert. Selbst wenn es diesen Schritt gewagt und Anzeige erstattet hat, hängt das weitere Verfahren massgeblich von seiner Kooperation ab. Das Opfer kann seine früheren Aussagen relativieren, namentlich weil es nicht mehr an einer Verurteilung interessiert ist, sich dem Druck der beschuldigten Person beugt oder sich aufgrund des Zeitablaufs nur noch vage an den Vorfall erinnert. Ohne die Aussagen des Opfers bestehen erhebliche Beweisschwierigkeiten.¹⁰¹

Der Bundesrat will das Opfer unterstützen. Der Entscheid über den Fortgang des Strafverfahrens soll nicht mehr alleine ihm überlassen sein, und die Behörde soll dem Willen des Opfers nicht mehr unbesehen stattgeben müssen. Dazu müssen der Ermessensspielraum der Behörde vergrössert und der Entscheid über die Sistierung, Wiederanhandnahme oder Einstellung des Verfahrens ihr überlassen werden. Das Interesse des Opfers an der Sistierung und Einstellung des Verfahrens ist gegenüber dem Interesse des Staates an der Strafverfolgung abzuwägen. Dabei soll die Behörde neben den Erklärungen des Opfers auch weitere Umstände berücksichtigen und nach freiem Ermessen würdigen können: Deshalb wird vorgeschlagen, in Artikel 55a Absatz 2 StGB einen nicht abschliessenden Katalog aufzunehmen, welche weiteren Punkte bei der Sistierung und Einstellung zu berücksichtigen sind.

⁹⁹ Bericht Mo. Heim (Fn. 81), 51.

¹⁰⁰ Vgl. schon BBl 2003 1909, hier 1912.

¹⁰¹ Bericht Mo. Heim (Fn. 81), 31 f.

3.2.5

Verknüpfung der Sistierung, Wiederanhandnahme und Einstellung des Strafverfahrens mit Lernprogrammen

Probleme einer obligatorischen Anordnung¹⁰²

Die Motion Heim (09.3059) schlägt vor, bei Verfahren wegen Gewalt in Paarbeziehungen Lernprogramme anzuordnen. Eine *Sistierung* des Verfahrens soll nur möglich sein, wenn die beschuldigte Person mit dem *Besuch* eines solchen Programms beginnt; eine *Einstellung* nur, wenn sie es *erfolgreich abgeschlossen* hat. Diese obligatorische Verknüpfung der Sistierung und Einstellung mit einem Lernprogramm weist verschiedene Probleme auf:

Materielle Voraussetzung für die Anordnung eines Lernprogramms ist die minimale *Kooperationsbereitschaft* der beschuldigten Person. Verweigert sie den Besuch, ist die Anordnung von vornherein zwecklos. Besuchte die beschuldigte Person das Lernprogramm ohne dazu motiviert zu sein, ist ein solches ohne Nutzen.

Weiter ist erforderlich, dass die beschuldigte Person dem Lernprogramm *sprachlich und intellektuell folgen* kann. Das Zielpublikum ist nicht einheitlich: Will man Lernprogramme für eine Verfahrenssistierung zwingend vorschreiben, so müssen diese auf Personen unterschiedlicher Bedürfnisse zugeschnitten sein. Es müsste eine *breite Palette von Programmen* zur Verfügung gestellt werden.¹⁰³

Sodann müsste bei einer verbindlichen Anordnung geregelt werden, in welchem *Zeitraum* ein Lernprogramm zu absolvieren und wie dessen *Wirksamkeit* zu überprüfen ist. Darf das Strafverfahren nur eingestellt werden, wenn die beschuldigte Person das Lernprogramm *erfolgreich* absolviert hat, bedeutet dies nicht nur, dass die beschuldigte Person kooperieren und eine Verhaltensänderung in Aussicht stellen muss. Es bedeutet auch, dass die beschuldigte Person in Zukunft keine Gewalt mehr ausüben darf. Dieser Erfolg muss gemessen werden, um eine prozessuale Rechtsfolge daran knüpfen zu können.

Dies könnte einerseits durch ein *Gutachten* einer Fachperson erfolgen, welches eine Prognose über das künftige Verhalten der beschuldigten Person stellt. Solche Gutachten werden beispielsweise erstellt, wenn es um die Anordnung einer Massnahme (Art. 56 ff. StGB) oder die Entlassung einer besonders gefährlichen Person aus einer Massnahme geht (Art. 62d Abs. 2 und Art. 64b Abs. 2 Bst. b StGB). Die Erstellung von Gutachten ist erfahrungsgemäss zeit- und kostenintensiv. Unter Umständen kann das Gutachten ebenso lange dauern wie das Lernprogramm selbst. Zudem muss sich eine Prognose über ein künftiges Verhalten nicht zwingend bewahrheiten. Sie ist im Gegenteil mit Unsicherheiten behaftet. Andererseits könnten die Behörden auch das *tatsächliche Verhalten* der beschuldigten Person während eines bestimmten Zeitraums nach dem Abschluss des Programms beobachten und beurteilen. Dabei sind sie auf die Aussagen der beschuldigten Person, des Opfers und weiterer Personen (zum Beispiel des Umfelds und der am Lernprogramm beteiligten Personen) angewiesen, die nicht zwingend realitätsgetreu

¹⁰² Zum Ganzen Bericht Mo. Heim (Fn. 81), 33 und 38 f.

¹⁰³ Justizvollzug Kanton Zürich, Bewährungsdienst Zürich II, Lernprogramme als neue Interventionsform in der Strafjustiz – Schlussbericht zum Modellversuch 1999–2003, März 2006 abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/modellversuche/evaluationsberichte/schluss-ber-lernprogramme-d.pdf (Stand: 24.8.2015); zu den Voraussetzungen des Lernprogramms «Partnerschaft ohne Gewalt» vgl. 24.

sein müssen. Insbesondere aber muss für die Überprüfung ein längerer Zeitraum abgewartet werden, wenn die Beurteilung des Verhaltens der beschuldigten Person aussagekräftig sein soll.

Bei allen Methoden wäre damit ein *erheblicher administrativer, finanzieller* und vor allem ein *zeitlicher Aufwand* verbunden. Der grosse Zeitaufwand steht in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz des Beschleunigungsgebots während des Strafverfahrens (Art. 5 StPO), denn der Erfolg eines Lernprogramms lässt sich während des laufenden Strafverfahrens kaum innert vernünftiger Zeit und mit vernünftigen Mitteln überprüfen.

Freiwilliger Besuch eines Lernprogramms als Kriterium für eine Sistierung

Wie dargelegt, führt die obligatorische Verknüpfung der Sistierung mit dem Besuch eines Lernprogramms bzw. der Einstellung mit dessen erfolgreichem Absolvieren nach Auffassung des Bundesrates zu Problemen. Auch bewirkt die Verpflichtung zum Besuch eines Lernprogramms in vielen Fällen nicht, dass die beschuldigte Person keine weitere Gewalt ausübt.¹⁰⁴

Der Bundesrat erachtet es aber für sinnvoll, dass der *freiwillige Besuch* eines Lernprogramms beim Entscheid über die Sistierung berücksichtigt wird. In den beispielhaften Katalog der Kriterien, die in die Interessenabwägung einfließen sollen, muss dieses Kriterium explizit aufgenommen werden: Die Staatsanwaltschaft oder das Gericht berücksichtigt, dass die beschuldigte Person ein Lernprogramm gegen Gewalt besucht oder andere Schritte zur Änderung ihres Verhaltens unternommen hat.

3.2.6 Fortsetzung des Strafverfahrens bei Verdacht auf wiederholte Gewalt

Die Motion Heim (09.3059) schlägt vor, dass bei wiederholter Gewalt keine Sistierung oder Einstellung zulässig sein soll und dass bereits sistierte Verfahren wieder an die Hand zu nehmen sind. Dies erachtet der Bundesrat grundsätzlich als sinnvoll. Besteht der Verdacht, dass die beschuldigte Person wiederholt Gewalt in der Paarbeziehung begangen hat, ist das Interesse des Staates und des Opfers gross, die Tat mittels einer Strafverfolgung abzuklären.

Aus Sicht des Bundesrates sind wiederholte Anzeigen oder wiederholt eingestellte Strafverfahren jedoch nicht hinreichend aussagekräftig, um im Rahmen eines Strafverfahrens zuverlässig beurteilen zu können, ob in einer Paarbeziehung tatsächlich Gewalt aufgetreten ist. In Bezug auf hängige und eingestellte Strafverfahren gilt die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 10 Abs. 1 StPO). Gegen eine Anknüpfung an wiederholte Anzeigen spricht auch der Umstand, dass der Fortgang des Verfahrens bzw. die Wiederanhandnahme letztlich vom Entscheid des Opfers abhängt, eine Person wiederholt anzuzeigen. Dies kann dazu führen, dass sich Opfer trotz wiederholter Gewalt nicht mehr bei den Behörden melden. Nur bei einer rechtskräftigen, im Strafregister eingetragenen Verurteilung steht mit Gewissheit fest, dass eine Person bereits in der Vergangenheit Gewalt ausgeübt hat.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Vgl. dazu bereits ausführlich Bericht Mo. Heim (Fn. 81), 26 ff. und 37 ff.

¹⁰⁵ Zum Ganzen Bericht Mo. Heim (Fn. 81), 42 f.

Der Bundesrat schlägt daher vor, Strafverfahren wegen Gewalt in der Paarbeziehung nicht mehr zu sistieren, wenn bereits eine *rechtskräftige, aus dem Strafregister ersichtliche Verurteilung* wegen Gewalt gegen den Ehegatten, die Partnerin oder den Partner vorliegt. Als Vortaten kommen strafbare Handlungen gegen Leib und Leben (Art. 111 ff. StGB), gegen die Freiheit (Art. 180 ff. StGB) oder gegen die sexuelle Integrität (Art. 187 ff. StGB) in Betracht, also insbesondere auch schwerwiegende Delikte in der aktuellen oder einer früheren Partnerschaft.

3.2.7 Umsetzung der Motion Keller-Sutter (12.4025): Anhörung des Opfers vor der definitiven Einstellung des Strafverfahrens

Der Bundesrat geht zwar davon aus, dass eine Anhörung des Opfers nach der nahezu sechsmonatigen Sistierung nicht unbedingt dazu führt, dass eine grössere Anzahl von Opfern die Fortsetzung des Strafverfahrens verlangt. Denn dem Opfer wird mit der Anhörung ebenso viel Verantwortung übertragen wie beim Entscheid, ob es einen Sistierungsantrag stellen will oder nicht.

Dennoch bietet die Einführung der obligatorischen Anhörung des Opfers vor der Einstellung des Verfahrens verschiedene Vorteile. Insbesondere kann sich das Opfer nach Ablauf von fast sechs Monaten dazu äussern, ob sich die Situation verändert hat. Zudem erfolgt die Willensäusserung zeitnah zur allfälligen Einstellung.¹⁰⁶ Das Opfer soll seinen Willen über die Weiterführung oder die Einstellung des Verfahrens in Zukunft explizit kundtun müssen. Blosses Stillschweigen während der sechsmonatigen Sistierung des Verfahrens soll nicht mehr genügen.

Wie schon bei der Sistierung des Verfahrens ist die Behörde auch hier nicht an die Willensäusserung des Opfers gebunden. Will dieses die Einstellung des Verfahrens, kommt die Behörde aber zum Schluss, dass das Interesse des Staates an der Strafverfolgung überwiegt, kann sie das Verfahren wieder an die Hand nehmen.

3.3 Umsetzung

Grundsätzlich bedürfen die vorgeschlagenen Anpassungen bestehender Bundesgesetze keiner weiteren Umsetzung in Verordnungen. Die vorgeschlagenen Anpassungen des Zivilrechts werden jedoch zu Anpassungen im kantonalen Recht, namentlich der Regelungen für polizeiliche Sofortmassnahmen, führen (vgl. dazu oben unter Ziff. 1.3). Daneben haben die Kantone die notwendigen Vollzugsregelungen für die Anordnung elektronischer Vorrichtungen zu erlassen.

3.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Es wird beantragt, die folgenden parlamentarischen Vorstösse als erledigt abzuschreiben:

¹⁰⁶ Umfassend Bericht Mo. Heim (Fn. 81), 44 f.

2010 M 09.3059

Eindämmung der häuslichen Gewalt
(N 03.06.09; S 10.12.09; N 03.03.10)

Diese Motion beauftragte den Bundesrat, einen Bericht zur Einstellungspraxis nach Artikel 55a StGB in den Kantonen zu erstellen. Gestützt darauf soll der Bundesrat prüfen, ob er Massnahmen zur Eindämmung solcher Gewaltvorkommen und zur Stärkung der Opfer unterbreiten soll. Dabei sind insbesondere Massnahmen zu evaluieren, die unter anderem die Sistierung und Einstellung mit dem Absolvieren eines Lernprogramms gegen Gewalt verknüpfen oder eine Einstellung bei wiederholter Gewalt gegen das Opfer nicht mehr ermöglichen. Der Prüfungsauftrag wurde mit dem Bericht des Bundesrates vom 28. Januar 2015 erfüllt. In Umsetzung der dort gewonnen Einsichten schlägt der Bundesrat vor, in Artikel 55a StGB den freiwilligen Besuch eines Lernprogramms als Kriterium für den Entscheid über die Sistierung des Verfahrens aufzunehmen. Ferner soll eine Sistierung bei wiederholter Gewalt in der Paarbeziehung nicht mehr zulässig sein.

2011 M 09.4017

Geschlagene Frauen schützen
(N 03.03.10; S 30.05.2011)

Der Bundesrat wird mit dieser Motion beauftragt, die von häuslicher Gewalt betroffenen Frauen besser zu schützen, indem der Täter ein elektronisches Armband oder eine elektronische Fussfessel tragen muss. Mit der vorgeschlagenen Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur Anordnung einer elektronischen Vorrichtung zur Um- und Durchsetzung zivilrechtlicher Schutzmassnahmen (Art. 28c VE-ZGB) wird die Motion erfüllt.

2013 M 12.4025

Opfer häuslicher Gewalt besser schützen
(S 14.03.13; N 23.09.2013)

Diese Motion beauftragt den Bundesrat, Artikel 55a StGB dahingehend anzupassen, dass vor einer definitiven Einstellung des Strafverfahrens das Opfer nochmals anzuhören und seine Äusserungen im Rahmen eines allfälligen Einstellungsentscheids zu berücksichtigen sind. Mit der vorgeschlagenen Einführung eines neuen Absatzes 5 in Artikel 55a StGB wird auch diese Motion erfüllt.

4

Erläuterung der Bestimmungen im Einzelnen

4.1

Zivilgesetzbuch (ZGB)

Artikel 28b Absatz 3^{bis}

Der geltende Artikel 28b ZGB soll um einen neuen Absatz 3^{bis} ergänzt werden, der die Mitteilung von gerichtlichen Entscheiden zum zivilrechtlichen Gewaltschutz an andere Behörden regelt.

In der Evaluation zeigte sich, dass insbesondere die fehlende Information bzw. der fehlende Einbezug weiterer Behörden in Fällen häuslicher Gewalt mit ihrer oftmals mehrschichtigen Konfliktsituation einen spezifischen Mangel des geltenden Rechts darstellt (vgl. ausführlich oben Ziffer 2.1.4). Speziell die Kriseninterventionsstelle nach Absatz 4 dieser Bestimmung, aber auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden müssen über die Anordnung zivilrechtlicher Schutzmassnahmen informiert sein, damit die Gefahr ineffizienter Doppelspurigkeiten und Koordinations-

probleme sowie unerwünschter Schutzlücken im Interesse aller Beteiligter möglichst vermieden werden können.

Neu soll daher gesetzlich vorgesehen werden, dass das Gericht seinen Entscheid über eine Schutzmassnahme nach Artikel 28b ZGB den zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie der kantonalen Stelle nach Artikel 28b Absatz 4 ZGB mitteilen muss. Dabei dürfen jedoch Daten nur insoweit weitergegeben werden, als dies für die Aufgabenerfüllung durch die genannten Behörden und Stellen erforderlich ist. Mit Absatz 3^{bis} wird die notwendige gesetzliche Grundlage für eine Mitteilung eines Entscheids an genau bestimmte Behörden geschaffen, wie sie in Artikel 240 ZPO für eine solche Mitteilung vorausgesetzt wird.

In erster Linie geht es darum, dass die zuständige Stelle gemäss Artikel 28b Absatz 4 ZGB und damit insbesondere auch die zuständige Polizeibehörde für den Krisenfall Kenntnis von zivilrechtlichen Schutzmassnahmen hat. Dadurch soll die notwendige Koordination mit allfälligen strafrechtlichen oder behördlichen Gewaltschutzmassnahmen verbessert werden. Zweitens ist es unabdingbar, dass auch die zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden über Schutzmassnahmen nach Artikel 28b ZGB informiert sind. Denn häufig besteht in solchen Fällen Bedarf nach ergänzenden Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes zum Schutz (mit)betroffener Kinder oder aber nach der Anordnung einer Besuchsregelung für den Elternteil, der aus der Wohnung ausgewiesen wurde oder gegen den ein Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbot verhängt worden ist. Dem entscheidenden Gericht kommt hier auf der Grundlage der ihm vorliegenden Informationen unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ein Ermessensspielraum zu.

Besonders bedeutsam ist in diesem Kontext auch die Amtshilfe zwischen den verschiedenen Behörden. So erfolgt bereits im Vorfeld eines Entscheids eine Koordination oder zumindest eine Information zwischen den verschiedenen Behörden. Denkbar ist auch, dass das Gericht nach Artikel 190 ZPO Amtsstellen um schriftliche Auskunft ersucht.

Artikel 28b Absatz 4 zweiter Satz

Über die Schaffung von Kriseninterventionsstellen für Opfer von Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen hinaus sollen die Kantone neu auch dafür sorgen, dass die Personen, die in diesen Stellen oder an den Gerichten mit dem Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen betraut sind, über die nötigen Kenntnisse für ihre spezifische Tätigkeit verfügen. Dafür ist eine entsprechende Weiterbildung unabdingbar. In der konkreten Ausgestaltung der Gewährleistung dieser Weiterbildung sind die Kantone frei. Zu denken ist etwa an besondere Kurse und Seminare für die betroffenen Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger, damit diese über die Möglichkeiten des Gewaltschutzes und die sich bei dessen Um- und Durchsetzung stellenden praktischen Schwierigkeiten informiert sind und darüber hinaus die für ihre Tätigkeit notwendige Sensibilisierung entwickeln können.

Artikel 28c Anordnung einer elektronischen Vorrichtung

Die neue Bestimmung liefert die Grundlage zur gerichtlichen Anordnung einer elektronischen Vorrichtung zur Umsetzung und Durchsetzung einer Schutzmassnahme nach Artikel 28b ZGB und legt die Voraussetzungen und das Verfahren dafür fest.

Absatz 1 definiert die elektronische Vorrichtung und legt den Anwendungsbereich und die Voraussetzungen für deren Anordnung fest.

Zur Durchsetzung einer Schutzmassnahme nach Artikel 28b ZGB kommen *elektronische Vorrichtungen* in Betracht, die mit der verletzenden Person fest verbunden werden und mit der ihr Aufenthaltsort dauernd bestimmt werden kann. Zu diesem Zweck muss grundsätzlich auch die verletzte Person eine elektronische Vorrichtung tragen, jedenfalls soweit es um die Durchsetzung von Annäherungs- oder Kontaktverboten insbesondere im Bereich häuslicher Gewalt geht. Das System muss über *Global Positioning System*-Technik (GPS) funktionieren und kann entweder eine Echtzeitüberwachung gewährleisten oder aber, ausnahmsweise, auch lediglich die Ermittlung und Aufzeichnung des Aufenthaltsorts der verletzenden Person festhalten (vgl. zu den technischen Mitteln oben Ziffer 3.2.2).

Die neue Massnahme kann ausschliesslich in Zusammenhang mit einem Verbot ausgesprochen werden, welches sich auf Artikel 28b Absatz 1 ZGB stützt. Es muss mit anderen Worten ein Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbot nach Artikel 28b Absatz 1 angeordnet worden sein oder zumindest zeitgleich angeordnet werden. Diese Anordnung kann entweder vom urteilenden Gericht oder vom Vollstreckungsgericht getroffen werden. Die Anordnung kann auch bereits im Rahmen eines vorsorglich verfügten Verbots erfolgen (vgl. auch Abs. 2). Örtlich zuständig sind die Gerichte am Wohnsitz der klagenden (verletzten) oder der verletzenden Person (vgl. Art. 20 Bst. a, Art. 13 und Art. 339 ZPO).

Neben der häuslichen Gewalt gibt es weitere Formen von Gewalt, die im Rahmen von Artikel 28b ZGB zu berücksichtigen sind, so insbesondere die Drohung und die Nachstellung, d.h. Handlungen, die unter den Begriff des so genannten «Stalking» fallen.¹⁰⁷ Diesem Anwendungsbereich entspricht auch die Istanbul-Konvention.¹⁰⁸ Eine Beschränkung einer zivilrechtlichen Bestimmung zum «Schutz geschlagener Frauen», wie sie die Motion 09.4017 verlangt, ist aus Gründen der Gleichstellung der Geschlechter (Art. 8 BV) nicht angebracht. Gerade in Paarbeziehungen gibt es gewalttätiges Konfliktverhalten, bei dem Gewalt von beiden Seiten ausgeht.¹⁰⁹ Zudem ist im häuslichen Rahmen etwa auch an die Gewalt gegenüber Kindern und Jugendlichen bzw. von diesen gegenüber ihren Eltern zu denken.

Die Anordnung einer elektronischen Vorrichtung setzt einen entsprechenden Antrag der klagenden Person voraus. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozessrechts gilt auch hier der Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO); eine Anordnung von Amtes wegen bleibt ausgeschlossen. Gegen den Willen der klagenden Person erscheint die Anordnung einer elektronischen Vorrichtung auch kaum sinnvoll. Grundsätzlich gilt für Klagen nach Artikel 28b ZGB das vereinfachte Verfahren nach Artikel 243 ff. ZPO (Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO). Gemäss Artikel 247 Absatz 2 Buchstabe a ZPO stellt das Gericht in den betreffenden Verfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest (sog. Untersuchungsgrundsatz). Es ist daher denkbar, dass das Gericht die klagende Partei gestützt auf die verstärkte gerichtliche Fragepflicht¹¹⁰ über die Schutzmöglichkeit mittels einer elektronischen Vorrichtung informiert. Soweit ausnahmsweise das summarische Verfahren nach Artikel 248 ff.

¹⁰⁷ BBl 2005 6874

¹⁰⁸ Vgl. oben Ziff. 1.4.3.

¹⁰⁹ Zoder (Fn. 85), 19.

¹¹⁰ Fraefel Christian, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, Basel 2014, Art. 247 N 8.

ZPO anwendbar ist, namentlich bei einer vorsorglichen Anordnung, kann das Gericht im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht nach Artikel 56 ZPO durch entsprechende Fragen auf die Klarstellung und Ergänzung der Parteivorbringen hinwirken.

Das gerichtlich verordnete Anlegen eines elektronischen Armbands oder einer elektronischen Fussfessel stellt eine Massnahme dar, welche die Privatsphäre und damit die Persönlichkeit der verletzenden Person und insbesondere deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigt. Solche grundrechtlichen Einschränkungen müssen vor dem verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV) standhalten. Darauf nimmt der zweite Satz von Absatz 1 Bezug. Entsprechend kann eine Einschränkung der Grundrechte nur so weit stattfinden, als weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von vornherein als ungenügend erscheinen. Es handelt sich damit um eine subsidiär anwendbare Schutzmassnahme, die sich nur dann rechtfertigt, wenn ein Verbot nach Artikel 28b Absatz 1 ZGB nicht eingehalten worden ist oder wenn voraussehbar ist, dass es nicht eingehalten wird und so auf eine bestehende Gefährdung der Sicherheit des potenziellen Opfers geschlossen werden kann. Zudem ist erforderlich, dass nicht nur die Dauer (vgl. dazu Ausführungen zu Abs. 2 nachfolgend), sondern auch der Wirkungsort der elektronischen Vorrichtung (bestimmte Zone) begrenzt wird. Von einem solchen Fall ist beispielsweise dann auszugehen, wenn die verletzende Person vor Gericht erklärt, dass sie sich nicht an das Annäherungsverbot halten werde oder in der Vergangenheit bereits ausgesprochene Verbote missachtet hat.

Absatz 2 legt die *Maximaldauer* fest, für die eine elektronische Vorrichtung angeordnet werden kann. Da es sich um einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre und Persönlichkeit der verletzenden Person handelt, kommt die Anordnung einer elektronischen Vorrichtung stets nur für eine bestimmte Maximaldauer in Betracht. Bei ordentlicher Anordnung beträgt diese zwölf Monate. Diese Frist kann vom Gericht einmal oder mehrmals jeweils um zwölf Monate verlängert werden, sofern die Voraussetzungen dafür weiterhin erfüllt sind (*Abs. 2 Satz 2*). Im Interesse der verletzten Person wirkt die Anordnung einer elektronischen Vorrichtung damit mittelfristig für eine voraussehbare Dauer, während der durchaus eine Beruhigung und Entspannung der Gefährdungssituation erwartet werden kann. Andererseits wird durch die Begrenzung der Dauer einer solchen Massnahme im Interesse der verletzenden Person, aber auch der Allgemeinheit sichergestellt, dass periodisch überprüft wird, ob die angeordnete Massnahme noch erforderlich ist. Erfolgt die Anordnung vorsorglich, so kann sie für maximal zwölf Monate erfolgen und als solche nicht verlängert werden (*Abs. 2 Satz 3*). Es besteht jedoch die Möglichkeit einer anschliessenden ordentlichen Anordnung im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens.

Absatz 3 hält fest, dass der *Vollzug* der Anordnung einer elektronischen Vorrichtung bei den Kantonen liegt. Diese bestimmen die dafür zuständigen Stellen und das eigentliche Vollzugsverfahren (Anordnung, Durch- und Umsetzung sowie Betrieb der Massnahme). Diesbezüglich kann allein schon aus Kosten- und Effizienzgründen sinnvollerweise auf bereits bestehende Technologien, Strukturen und Organisationen aus dem Straf- und Massnahmenvollzug zurückgegriffen beziehungsweise daran angeknüpft werden. Gestützt darauf wäre es beispielsweise zulässig, dass eine private Partei oder die Polizei eine solche Überwachungszentrale betreibt und für das Anbringen der elektronischen Vorrichtungen besorgt ist;

möglich wäre auch eine Aufteilung der Aufgaben an verschiedene private oder staatliche Stellen.

Aus Gründen des Datenschutzes müssen die Kantone eine Zweckbindung gewährleisten, damit die Aufzeichnungen nur für die spezifische Gewaltprävention (*Abs. 3 Satz 2*) und nicht für andere Zwecke genutzt werden. Aus dem grundrechtlichen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten (*Art. 13 Abs. 2 BV*) ergibt sich zudem ein Anspruch auf Beseitigung und Vernichtung der Daten nach Ablauf der Schutzmassnahme.¹¹¹

Über die neu vorgeschlagene Regelung von Artikel 114 Buchstabe g ZPO hinaus, wonach im Entscheidungsverfahren über Streitigkeiten wegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen nach Artikel 28b ZGB und 28c VE-ZGB keine Gerichtskosten gesprochen werden¹¹², sollen der verletzten Person auch aus dem Vollzug der Anordnung einer elektronischen Vorrichtung keine (weiteren) Kosten entstehen (*Abs. 3 Satz 3*). Das kantonale Recht kann somit den Vollzug nicht von der Leistung eines Kostenvorschusses durch die klagende Person abhängig machen. Vielmehr sollen die Kosten des Vollzugs zu Lasten der verletzenden und verpflichteten Partei, sofern diese über die erforderlichen Mittel verfügt, sowie der öffentlichen Hand gehen.

Absatz 4 hält präzisierend fest, dass im Übrigen für die Anordnung einer elektronischen Vorrichtung die Bestimmungen der Zivilprozessordnung Anwendung finden. Neben den spezifischen Bestimmungen zu Artikel 28b ZGB (vgl. *Art. 243 Abs. 2 Bst. b ZPO* sowie *Art. 114 Bst. g* und *Art. 198 Bst. a^{bis} VE-ZPO*) gilt dies insbesondere auch für die Zuständigkeits-, Kosten-, Verfahrens- und Rechtsmittelregelungen.

Schlusstitel

Anwendungs- und Einführungsbestimmungen

Art. 6d

Übergangsrechtlich sollen die vorgeschlagenen Änderungen gemäss Artikel 6d VE-SchlT ZGB auch für Verfahren wegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen nach Artikel 28b ZGB gelten, die bei Inkrafttreten der Vorlage bereits rechtshängig sind. Die Neuerungen bezüglich Mitteilung der Entscheide (*Art. 28b Abs. 3^{bis} VE-ZGB*) sowie die Möglichkeit der Anordnung einer elektronischen Vorrichtung (*Art. 28c VE-ZGB*) sollen mit dem Inkrafttreten der Bestimmungen sofort in allen Verfahren anwendbar sein. Übergangsrechtlich ist auch die Anordnung einer elektronischen Vorrichtung durch das Vollstreckungsgericht auf der Grundlage des neuen Artikels 28c VE-ZGB ohne weiteres möglich, wenn dass entsprechende Verbot gemäss Artikel 28b ZGB vor dem Inkrafttreten von Artikel 28c VE-ZGB ausgesprochen wurde.

¹¹¹ *Schweizer Rainer J.*, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 13 N 85.

¹¹² Vgl. dazu die Ausführungen zu dieser Bestimmung unter Ziff. 4.2.

Artikel 114 Bst. g

Die geltende Regelung, wonach im Entscheidverfahren bei ausgewählten Streitigkeiten aus sozialpolitischen Gründen keine Gerichtskosten gesprochen werden, soll neu auch auf die Streitigkeiten wegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen nach Artikel 28b ZGB bzw. Artikel 28c VE-ZGB ausgedehnt werden. Unter Vorbehalt bös- oder mutwilliger Prozessführung sind damit alle Entscheidverfahren, die Klagen wegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen nach Artikel 28b ZGB oder die Anordnung einer elektronischen Vorrichtung nach dem neu vorgesehenen Artikel 28c VE-ZGB zum Gegenstand haben, für alle Parteien kostenlos. Die Kostenlosigkeit wird durch den für die verletzte Person oftmals existenziellen Charakter der Klagen wegen Artikel 28b ZGB und 28c VE-ZGB und das besondere öffentliche Interesse an Rechtsverwirklichung und -durchsetzung gerechtfertigt. Damit wird die im Rahmen der Evaluation als hohe Hürde erkannte Kostenproblematik zugunsten der verletzten Personen entschärft, indem damit insbesondere auch die Kostenvorschusspflicht und die oftmals unbefriedigende Liquidation der Gerichtskosten entfallen.¹¹³

Die Kostenlosigkeit bezieht sich auf die Gerichtskosten, nicht aber die Verpflichtung zur Leistung einer allfälligen Parteientschädigung an die obsiegende Partei. Erfasst sind lediglich Klagen wegen Artikel 28b ZGB und 28c VE-ZGB ausserhalb eherechtlicher Verfahren wie Eheschutz und Scheidung; bei diesen sind oftmals die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege erfüllt oder es besteht ein Anspruch auf die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den finanziell leistungsfähigen Ehegatten. Sodann gilt die Kostenlosigkeit nur für das eigentliche Entscheidverfahren unter Einschluss allfälliger Massnahmen- und Rechtsmittelverfahren, nicht aber für bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren sowie ein allfälliges eigentliches Vollstreckungsverfahren mit Ausnahme der Anordnung und des Vollzugs einer elektronischen Vorrichtung nach Artikel 28c VE-ZGB (vgl. dazu aber die Ausführungen zu Art. 28c Abs. 3 VE-ZGB oben).

Artikel 198 Bst. a^{bis}

Für die beschränkte Anzahl von Hauptsacheverfahren bei Klagen wegen Artikel 28b ZGB ausserhalb eherechtlicher Verfahren (vgl. dazu die Ergebnisse der Evaluation oben unter Ziffer 2.1.3), für die gemäss Artikel 243 Absatz 2 Buchstabe b ZPO ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren gilt, soll in Zukunft das Schlichtungsverfahren entfallen. Dadurch werden diese Verfahren vereinfacht, indem sie unmittelbar beim zuständigen Gericht anhängig gemacht werden können. Damit wird eine weitere mögliche prozessuale Hürde für die verletzte Person abgebaut (vgl. dazu oben unter Ziffer 2.1.3). Dies ist auch deshalb sinnvoll, weil solche Verfahren für eine Schlichtung oftmals ungeeignet sind. Soweit Aussicht auf eine Einigung besteht, kann eine solche stets auch an einer (Instruktions-) Verhandlung im Rahmen des vereinfachten Verfahrens erfolgen.

¹¹³ Vgl. dazu ausführlich oben Ziffer 2.1.3.

Die Bestimmung ist aufgrund der Schaffung von Artikel 28c VE-ZGB redaktionell anzupassen und zu ergänzen.

Artikel 407c

Übergangsrechtlich sollen die neuen Verfahrensbestimmungen mit dem Inkrafttreten auf sämtliche Verfahren anwendbar werden, und zwar auch auf solche, die bereits rechtshängig sind. Insbesondere sollen auch für diese unmittelbar keine Gerichtskosten mehr gesprochen werden (Art. 114 Bst. g VE-ZPO).

4.3 Strafgesetzbuch (StGB)

Artikel 55a

Die Bestimmung des Strafgesetzbuches zur Einstellung des Verfahrens soll geändert und um zwei weitere Absätze ergänzt werden.

Der Einleitungssatz von *Absatz 1* wird inhaltlich nicht geändert, jedoch *sprachlich angepasst*. Gleich wie im allgemeinen Teil des StGB und der Formulierung in den übrigen Artikeln soll nicht mehr von «Gerichten» in der Mehrzahl, sondern in der Einzahl die Rede sein. Zudem werden wie in den weiteren Absätzen von Artikel 55a StGB die Behörden, welche eine Sistierung verfügen können, alternativ genannt.

Unverändert bleibt der *Anwendungsbereich* von Artikel 55a StGB, wie ihn *Absatz 1* in sachlicher und personeller Hinsicht definiert. Inhaltlich unverändert bleibt auch *Absatz 1 Buchstabe b*, erfährt jedoch eine rein sprachliche Änderung, indem der Begriff «zuständige Behörde» durch «Staatsanwaltschaft oder Gericht» ersetzt wird. Voraussetzung für eine Sistierung soll aber wie bis anhin sein, dass das Opfer oder, falls dieses nicht handlungsfähig ist, sein gesetzlicher Vertreter darum ersucht oder einem entsprechenden Antrag der zuständigen Behörde zustimmt. Dabei hat sich die Behörde davon zu überzeugen, dass das Opfer seine Entscheidung autonom getroffen hat, namentlich nicht durch Gewalt, Täuschung oder Drohung beeinflusst wurde und dass es über Hilfsangebote und Handlungsalternativen informiert ist.¹¹⁴

Eine entsprechende Erklärung des Opfers ist somit wie heute Voraussetzung für die Sistierung des Verfahrens und mithin deren Ausgangspunkt. Doch soll es nicht mehr alleine darauf ankommen: Wie aus *Absatz 2* hervorgeht, haben die Staatsanwaltschaft oder das Gericht beim Entscheid über die Sistierung neu weitere Umstände zu berücksichtigen. Sie haben das private Interesse des Opfers, das in dessen Erklärung zum Ausdruck kommt, und das öffentliche Interesse des Staates an der Strafverfolgung zu gewichten. Die Formulierung der Interessenabwägung ist Artikel 319 Absatz 2 Buchstabe a StPO zur Einstellung des Verfahrens nachgebildet. Der Katalog, der nicht abschliessend ist, zählt in den Buchstaben a bis h

¹¹⁴ BBl 2003 1937, hier 1941

beispielhaft Kriterien auf, die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sind. So kann etwa massgebend sein:¹¹⁵

- *Wer Anzeige erstattet hat (Bst. a):* Hat das Opfer Anzeige erstattet und verlangt es nun die Sistierung, scheint seine Willensäusserung besonders reflektiert. Für eine Sistierung würde auch sprechen, dass die beschuldigte Person selbst Anzeige eingereicht hat, denn dies zeigt ihre Einsicht und Reue.
- *Warum das Opfer um die Sistierung ersucht oder dieser zustimmt (Bst. b):* Verlangt das Opfer die Sistierung, weil es die Beziehung mit der beschuldigten Person weiterführen will, kommt seinem Interesse an der Vermeidung eines Strafverfahrens besonderes Gewicht zu.
- *Ob die beschuldigte Person einsichtig ist (Bst. c):* Ist die beschuldigte Person geständig und zeigt sie Einsicht und Reue, kann ihr voraussichtlich eine gute Prognose für eine Verhaltensänderung gestellt werden. Dabei soll aber nicht allein auf das Geständnis der beschuldigten Person abgestellt werden. Denn dieses kann gerade Ausfluss patriarchalischer Familienvorstellungen sein und der Überzeugung, dass die beschuldigte Person richtig gehandelt und das Opfer die Gewalt verdient habe.
- *Ob die beschuldigte Person ein Lernprogramm gegen Gewalt besucht oder andere Schritte zur Änderung ihres Verhaltens unternommen hat (Bst. d):* Dieses Kriterium sowie die folgenden zwei Punkte nehmen Bezug auf die Vermeidung zukünftiger Konfliktsituationen. In Buchstabe d ist das Verhalten der beschuldigten Person angesprochen: Insbesondere der Besuch eines Lernprogramms gegen Gewalt lässt auf eine bessere Reaktion in problematischen Situationen hoffen. In Frage kommen aber auch andere Therapien oder Beratungen wie die Behandlung der Alkoholsucht oder eine Schuldenberatung bei Konflikten wegen finanzieller Sorgen. Hat die beschuldigte Person solche Schritte zur Änderung ihres Verhaltens unternommen, zeigt dies auch ihre besondere Motivation und ihren grundsätzlichen Willen, eine weitere Eskalation zu vermeiden.
- *Ob sich das Opfer und die beschuldigte Person auf eine Lösung des Konflikts verständigt haben (Bst. e):* Künftige Konfliktsituationen können auch vermieden werden, indem das Opfer und die beschuldigte Person *gemeinsam* auf eine Besserung der Situation hinarbeiten. Eine solche Verständigung unter den Parteien ist zugunsten einer Sistierung zu gewichten.
- *Ob die Risiken eines erneuten Übergriffs grösser oder geringer geworden sind (Bst. f):* Ferner können Umstände, die *unabhängig vom Verhalten* der beschuldigten Person und des Opfers sind, zur Vermeidung künftiger Konfliktsituationen führen. In der Trennungsphase eines Paares ist die

¹¹⁵ Der Katalog basiert auf der sogenannten Scorecard des Kantons Bern, wiedergegeben in Baumgartner-Wüthrich (Fn. 84), 23 und Anhang III, und Riedo (Fn. 18), 423; vgl. Feller Klaus, Häusliche Gewalt als Officialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte, Infointerne 2/2005, 36 ff., abrufbar unter: www.justice.be.ch/justice/de/index/justiz/organisation/justizleitung/weiterbildungskommission/infointerne.assetref/dam/documents/Justice/OG/de/Infointerne/og_infointerne26.pdf (Stand: 24.8.2015), 45 f.

Gefahr weiterer Delikte zwar besonders hoch.¹¹⁶ Ist der gemeinsame Haushalt aber einmal aufgehoben, kann dies zu einer Entlastung der Situation und zu einem geringeren Übergriffsrisiko führen. Umgekehrt können äussere Umstände das Risiko eines erneuten Übergriffs und damit die Wiederholungsgefahr aber auch erhöhen. Dies ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Dabei wäre es für die Kantone hilfreich, wenn für die Beurteilung des Risikos eines erneuten Übergriffs ein systematisches Risiko- bzw. Bedrohungsmanagement eingesetzt würde, das die bisherigen Erlebnisse des Opfers mitberücksichtigt.

- *Ob Kinder betroffen sind (Bst. g):* Sind von der Gewalt in der Paarbeziehung auch Kinder betroffen, die es zu schützen gilt, verstärkt dies grundsätzlich das Interesse an der Abklärung der Straftat. Zu berücksichtigen ist aber, dass das Strafverfahren ein Kind emotional stark belasten kann, namentlich eine Einvernahme oder die Gegenüberstellung mit der beschuldigten Person. Wird das Verfahren trotzdem fortgesetzt, sind Vorkehrungen zum Schutz des Kindes besonders wichtig, wie sie im Strafprozessrecht vorgesehen sind (Art. 75 Abs. 2 und 154 Abs. 4 StPO).
- *Wie schwer die Tat wiegt (Bst. h):* Zu gewichten sind schliesslich die Schwere der Tat und deren Folgen für das Opfer. Konkret sind die Schwere der Verletzung des betroffenen Rechtsguts, die Verwerflichkeit des Handelns, die Beweggründe und Ziele der beschuldigten Person zu berücksichtigen sowie die Antwort auf die Frage, wie weit sie nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Verletzung zu vermeiden (vgl. Art. 47 StGB).

Nicht aufgenommen wird als Kriterium, dass gegen die beschuldigte Person bereits Verfahren wegen Gewalt in Paarbeziehungen geführt und diese in der Folge eingestellt wurden. Eine konsequente Berücksichtigung früherer Anzeigen und Einstellungen würde gegen die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 1 StPO) verstossen. Doch werden solche Umstände gleichwohl in die Beurteilung der Behörde einfließen: Einstellungen nach Artikel 55a StGB sind heute nicht aus dem Strafregister ersichtlich (Art. 366 StGB e contrario). Es ist aber in Artikel 23 Absatz 1 des vom Bundesrat am 20. Juni 2014 verabschiedeten Entwurfs des Bundesgesetzes über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA vorgesehen, diese künftig im Strafregister einzutragen.¹¹⁷

Nach Absatz 3 soll eine Sistierung aber nicht zulässig sein, wenn Verdacht auf wiederholte Gewalt in der Paarbeziehung besteht. Wurde die beschuldigte Person bereits wegen Gewalt in der aktuellen oder einer früheren Partnerschaft verurteilt, überwiegt das Interesse des Staates (und des Opfers), mittels einer Strafverfolgung abzuklären, ob eine Wiederholungstat vorliegt. Der Kreis möglicher Gewaltstraftaten ist bei der Vortat grösser als bei der Wiederholungstat: Er beschränkt sich nicht auf die Delikte, bei denen eine Einstellung möglich ist (Art. 123, 126, 180 und 181 StGB). Einbezogen werden in Buchstabe a alle strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben (Art. 111 ff. StGB), gegen die Freiheit (Art. 180 ff. StGB) oder gegen die sexuelle Integrität (Art. 187 ff. StGB) und damit insbesondere auch

¹¹⁶ Vgl. dazu das Informationsblatt Nr. 6 des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, abrufbar unter:
www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00442/index.html?lang=de (Stand: 24.8.2015)

¹¹⁷ BBl 2014 5873, hier 5884.

schwerwiegendere Straftaten wie etwa Vergewaltigung (Art. 190 StGB) oder schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB). Vorausgesetzt ist über den Verweis in Buchstabe b, dass sich auch diese Gewalttat gegen den (damaligen) Ehegatten, die eingetragene Partnerin, den eingetragenen Partner, die Lebenspartnerin oder den Lebenspartner gerichtet hat und die Tat während der Dauer der Ehe bzw. Partnerschaft oder innerhalb eines Jahres nach deren Auflösung begangen worden ist. Vorausgesetzt sind ein rechtskräftiges Urteil und ein entsprechender Eintrag im Strafregister. Nur in diesem Fall steht mit Gewissheit fest, dass eine Person bereits in der Vergangenheit Gewalt in der Partnerschaft ausgeübt hat. Dagegen sind wiederholte Anzeigen oder wiederholt sistierte Strafverfahren nicht hinreichend aussagekräftig: In Bezug auf hängige und sistierte Strafverfahren gilt die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 10 Abs. 1 StPO).

Eine Sistierung bedeutet eine vorübergehende Aussetzung der Strafverfolgung, die diese aber nicht abschliesst. Vielmehr bleibt das Verfahren hängig und kann wieder an die Hand genommen werden. *Absatz 4* betrifft diese *Wiederanhandnahme* des Verfahrens. Die Frist zur Wiederanhandnahme beträgt sechs Monate ab Sistierung des Verfahrens. Zum einen ist das Verfahren wieder an die Hand zu nehmen, wenn das Opfer (bzw. sein gesetzlicher Vertreter) die Zustimmung zur Sistierung mündlich oder schriftlich widerruft (*Buchstabe a*). Zum anderen muss die Behörde das Verfahren von Amtes wegen wieder in diesen Stand setzen, wenn sich die Situation seit der Sistierung geändert hat und sie zum Schluss kommt, dass das Interesse des Staates an der Strafverfolgung jenes des Opfers an der Sistierung überwiegt (*Buchstabe b*). Bei dieser Interessenabwägung kann sich die Behörde insbesondere wieder auf die in Absatz 2 Buchstaben a–h aufgelisteten Kriterien stützen. Wie schon beim Entscheid über die Sistierung ist damit auch beim Entscheid über die Wiederanhandnahme die Erklärung des Opfers nicht allein massgebend. Zwar muss das Verfahren wieder an die Hand genommen werden, wenn das Opfer dies will. Doch kann das Verfahren auch gegen den Willen des Opfers wieder aufgenommen werden.

Absatz 5 schliesslich betrifft die *Einstellung des Verfahrens*. Neu ist, dass die Behörde das Opfer vor der definitiven Einstellung noch einmal *anhören* und seine Äusserungen im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigen muss. Zwar liegt die zu untersuchende Tat, nachdem nahezu sechs Monate vergangen sind, längere Zeit zurück. Dies beeinflusst die Aussagen des Opfers zum Tathergang und lässt sie im Vergleich zur Einvernahme unmittelbar nach der Tat weniger verlässlich erscheinen. Doch kann es gerade von Vorteil sein, dass das Opfer das Verhalten der beschuldigten Person eine Zeit lang beobachten und werten konnte und seine Willensäusserung zeitnah zur allfälligen Einstellung erfolgt. Der Aussagegehalt betrifft damit vor allem das neuere Verhalten der beschuldigten Person und die Bestärkung des Willens, im Lichte dieses Verhaltens an der Einstellung des Verfahrens festhalten zu wollen.

Die erneute Anhörung ist unweigerlich mit einem Mehraufwand für die Behörde verbunden. Die Anhörung kann aber (wie schon die Sistierungserklärung des Opfers nach Absatz 1 Buchstabe b) mündlich oder schriftlich erfolgen. Bei einer *schriftlichen* Anhörung, bei der ein Fragebogen an die Postadresse des Opfers gesandt wird, können Einflussnahme und Zwang durch die beschuldigte Person nicht ausgeschlossen werden. Es kann aber durchaus Situationen geben, in denen das Opfer damit umgehen kann, da es beispielsweise eine grosse Selbständigkeit aufweist oder sich nicht mehr in der Einflussosphäre der beschuldigten Person

befindet, nachdem der gemeinsame Haushalt aufgelöst worden ist. Ist das Opfer anwaltlich vertreten, kann die Zustimmung zudem über dessen Rechtsvertretung eingeholt werden.

Zwar handelt es sich bei der erneuten Anhörung des Opfers nicht um eine formelle Einvernahme zu Beweis Zwecken: Sie dient nicht der Erhebung der Tatumstände und der Wahrheitsfindung mit Blick auf die untersuchte Tat. Gegenstand der Anhörung ist vielmehr der Beweis des Verhaltens der beschuldigten Person ab dem Zeitpunkt der Tat und die prozessrechtliche Erklärung, ob das Verfahren eingestellt werden soll. Zweifelsohne muss der beschuldigten Person aber ein *Teilnahmerecht* zukommen. Dieses fließt direkt aus der Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Die beschuldigte Person muss der mündlichen Anhörung (analog Artikel 147 Absatz 1 StPO) folgen und Fragen stellen können. Es besteht die Möglichkeit, das Opfer vor einer Gegenüberstellung oder einer Begegnung zu schützen oder andere Schutzmassnahmen zu ergreifen (analog Art. 149 ff., insbesondere 152 StPO). Bei einer schriftlichen Anhörung beschränkt sich das Teilnahmerecht der beschuldigten Person auf eine schriftliche Stellungnahme.

Die erneute Anhörung des Opfers hat zu erfolgen, bevor die sechsmonatige Frist zur Wiederanhandnahme des Verfahrens abgelaufen ist. Nach Ablauf dieser Frist entscheidet die Behörde, ob das Verfahren wieder an die Hand zu nehmen oder einzustellen ist. Kommt die Staatsanwaltschaft oder das Gericht zum Schluss, dass das Interesse des Opfers an der Einstellung überwiegt, stellt es eine entsprechende Verfügung aus.

4.4 Militärstrafgesetz (MStG)

Artikel 46b

Es ist denkbar, dass häusliche Gewalt von Personen begangen wird, die nach dem Militärstrafrecht zu beurteilen sind, etwa wenn sich ein Dienstpflichtiger im Ausgang mit seiner Partnerin trifft und es zum Konflikt kommt.¹¹⁸ Entsprechend wurde mit der Revision von 2004 auch in Artikel 46b MStG die Möglichkeit eingeführt, ein Verfahren wegen einfacher Körperverletzung und Tötlichkeiten (Art. 122 MStG), Drohung (Art. 149 MStG) und Nötigung (Art. 150 MStG) in der Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebenspartnerschaft einzustellen.¹¹⁹

Die Änderung von Artikel 46b VE-MStG übernimmt inhaltlich die Änderung von Artikel 55a VE-StGB. Es wird daher grundsätzlich auf die Ausführungen zur Änderung des Strafgesetzbuches verwiesen.¹²⁰

Anpassungen sind einzig mit Blick auf den Militärstrafprozess vom 23. März 1979¹²¹ (MStP) notwendig. Dies zum einen mit Blick auf die verfahrensrechtliche Terminologie: In der Tradition des Militärstrafprozesses handelt die Bestimmung von der «provisorischen und definitiven Einstellung des Verfahrens» statt von der «Sistierung und Einstellung» wie die bürgerliche Parallelbestimmung. Zum anderen

¹¹⁸ BBl **2003** 1997, hier 1942.

¹¹⁹ Ehe und Lebenspartnerschaft: AS **2004** 1403; BBl **2003** 1909, hier 1937; eingetragene Partnerschaft: AS **2005** 5685; BBl **2003** 1288.

¹²⁰ Dazu oben Ziff. 4.3.

¹²¹ SR **322.1**

sind die zuständigen Behörden anders zu bezeichnen: Die (provisorische oder definitive) Einstellung wird im Militärstrafprozess vom Auditor oder vom Militärgericht verfügt.

5 Auswirkungen

5.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage hat keine finanziellen oder personellen Auswirkungen auf den Bund.

5.2 Auswirkungen auf die Kantone

In Umsetzung von Artikel 28b Absatz 4 zweiter Satz VE-ZGB haben die Kantone dafür zu sorgen, dass den von ihnen mit dem Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen betrauten Personen bei der Kriseninterventionsstelle und den Gerichten sowie anderen Behörden die nötige Weiterbildung zuteil wird. Soweit eine solche Weiterbildung nicht bereits bisher gezielt erfolgte, wird diese Verpflichtung zu gewissen zusätzlichen Kosten für die Kantone führen, die jedoch nicht quantifiziert werden können, da die Kantone in der Ausgestaltung über einen grossen Freiraum verfügen.

Die Umsetzung der vorgeschlagenen Anordnung einer elektronischen Vorrichtung erfolgt durch die Kantone (Art. 28c Abs. 3 VE-ZGB). Sie haben eine Stelle zu bezeichnen und das Vollzugsverfahren zu regeln. Eine funktionierende GPS-Alarmzentrale, die alle Meldungen während sieben Tagen rund um die Uhr verarbeiten kann, erfordert mehrere Mitarbeitende, die Schicht arbeiten. Unter dem Blickwinkel der Kosteneffizienz erscheint es deshalb sinnvoll, eine überkantonale Infrastruktur aufzubauen. Hinzuweisen ist ausserdem auf die Einführung einer elektronischen Überwachung von Kontakt- und Rayonverboten im Strafrecht.¹²² Es liegt nahe, für die straf- und die zivilrechtliche Überwachung soweit möglich die gleichen Strukturen zu verwenden, was zu weiteren Synergieeffekten führt.

Durch den vorgesehenen Verzicht auf die Erhebung von Gerichtskosten in Streitigkeiten wegen Artikel 28b ZGB und Artikel 28c VE-ZGB (Art. 114 Bst. g VE-ZPO) werden den Kantonen gewisse Zusatzkosten in der Rechtspflege entstehen, die sich kaum quantifizieren lassen, jedoch insgesamt kaum ins Gewicht fallen dürften.

Unabhängig von der konkreten Art der Umsetzung wird die vorgeschlagene Ergänzung des Massnahmeninstrumentariums zu Folgekosten für die Kantone führen. Diesen stehen die Folgekosten von Gewalt in Paarbeziehungen gegenüber, die sich im Bereich der sogenannt tangiblen Folgekosten gemäss einer Studie, die das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) 2013 in Auftrag gegeben hat, zwischen 164 und 287 Mio. CHF pro Jahr bewegen.¹²³ Es ist davon auszugehen, dass Investitionen in eine erfolgreiche Gewaltprävention immer zu einer Reduktion der Gewaltfolgekosten führen werden. Eine Quantifizierung dieser Einsparungen ist allerdings kaum möglich.

¹²² Siehe dazu Ziff. 1.2.3.

¹²³ *Fliedner/Schwab/Stern/Iten* (Fn. 85), 99.

Die Änderung der strafrechtlichen Bestimmung zur Einstellung von Verfahren bei Gewalt in Paarbeziehungen ist mitunter dadurch motiviert, dass unter der Rechtsprechung zum geltenden Recht einzig auf den Willen des Opfers abgestellt und daher ein Grossteil der Verfahren eingestellt wird. Sollte die Revision ihr Ziel erreichen, dass dem Interesse des Staates an der Strafverfolgung in mehr Fällen zum Durchbruch verholfen werden kann, hat dies Auswirkungen auf die Kantone: Werden weniger Verfahren eingestellt und mehr Verfahren durch ein Urteil abgeschlossen, hat dies Kostenfolgen. Ebenso bedeutet die obligatorische Anhörung des Opfers vor der Einstellung des Verfahrens einen zusätzlichen administrativen und finanziellen Aufwand.

5.3 Auswirkungen auf die Gesellschaft

Mit der Vorlage wird der Schutz vor häuslicher Gewalt und Stalking und der Schutz gewaltbetroffener Personen verbessert, indem die Anwendung und Durchsetzung des bisher geltenden Rechts durch weitergehende Massnahmen sinnvoll ergänzt und der Zugang dazu für die verletzte Person vereinfacht werden soll, sodass bedrohte oder verletzte Personen in Zukunft effektiver geschützt werden. Damit sollen die Fälle von häuslicher Gewalt gesenkt sowie die individuelle und kollektive Sicherheit gestärkt werden. Frauen und Kinder, die spezifisch gefährdet sind, dürften dabei in besonderem Masse von den vorgeschlagenen Massnahmen profitieren.

6 Rechtliche Aspekte

6.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit

Die vorgeschlagenen neuen Bestimmungen in den Artikeln 28b und 28c VE-ZGB stützen sich auf Artikel 122 Absatz 1 BV, der dem Bund die Zuständigkeit für das Zivil- und Zivilprozessrecht überträgt.

Muss eine verletzende Person auf gerichtliche Anordnung hin eine technische Vorrichtung tragen, wird eine Anordnung, die sie in ihrer Bewegungsfreiheit einschränkt, durchgesetzt. Darüber hinaus ermöglicht die vorhandene Technik, den Standort der betroffenen Person jederzeit nachzuverfolgen. Sowohl die Bewegungsfreiheit als auch der Schutz der Privatsphäre in Form der informationellen Selbstbestimmung sind Teilgehalt der persönlichen Freiheit. Diese Rechte haben jedoch keinen absoluten Charakter, sie können vielmehr beschränkt werden, wenn es zur öffentlichen Sicherheit, zur Gewaltprävention und zum Schutz der körperlichen und psychischen Integrität einer Drittperson notwendig ist. Ein Eingriff in die Persönlichkeit der verletzenden Person muss deshalb den Anforderungen von Artikel 36 BV genügen.

Die vorgeschlagene Regelung hält vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (vgl. auch Art. 5 Abs. 2 BV) stand: Die Schutzmassnahme ist geeignet, das Annäherungs-, Orts- oder Kontaktverbot durchzusetzen, denn dieses dient dazu, die klagende vor der verletzenden Person zu warnen und diese so vor Gewalt oder Stalking zu schützen. Die Massnahme ist ferner erforderlich, denn es ist nicht ersichtlich, auf welche andere weniger eingreifende Art und Weise derselbe Erfolg erzielt werden könnte. Der Gesetzestext sieht ausserdem vor, dass die Massnahme

zeitlich zu beschränken ist. Die Schutzmassnahme ist unter den gegebenen Umständen der verletzenden Person auch zumutbar, denn sie hat durch ihr eigenes Verhalten den Grund für die Massnahme gesetzt. Überdies liegt die Gewaltprävention und -verminderung im öffentlichen Interesse.

Nach der verfassungsmässigen Kompetenzaufteilung ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts Sache des Bundes (Art. 123 Abs. 1 BV). Artikel 55a VE-StGB und 46b VE-MStG stützen sich auf diese Rechtsetzungskompetenz.

6.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

6.2.1 EMRK

Die vorgesehene Bestimmung steht auch in Einklang mit Artikel 8 EMRK. Die permanente Überwachung und Bestimmung ihres Aufenthaltes tangiert zwar das Recht der davon betroffenen Person auf Privatleben, die durch die neue Bestimmung verursachte Beeinträchtigung ist zeitlich jedoch begrenzt. Sie ist auch nicht von derartiger Schwere, dass die betroffenen Rechte der Person vollständig entzogen werden. Überdies entspringt die vorgesehene Massnahme der positiven Pflicht des Staates, Opfer vor häuslicher Gewalt und Stalking zu schützen, eine Pflicht, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt hat.¹²⁴ Darüber hinaus sieht die Istanbul-Konvention in Artikel 45 die Möglichkeit vor, dass die Vertragsparteien des Übereinkommens Massnahmen ergreifen können wie namentlich die Überwachung und die Betreuung verurteilter Personen. Schliesslich überwiegt im Rahmen einer Interessenabwägung das Interesse des Staates am Schutz von Opfern häuslicher Gewalt vor dem in Artikel 8 EMRK garantierten Recht auf Achtung des Privatlebens.

Mit der vorgeschlagenen Revision wird Artikel 55a StGB über die Einstellung des Verfahrens bei Gewalt in der Paarbeziehung in Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR gebracht. Dieser hat entschieden, dass der Staat allenfalls auch nach dem Rückzug der Strafanzeige und gegen den Willen des Opfers zur Strafverfolgung verpflichtet ist: Zu berücksichtigen seien etwa die Schwere des Delikts, die Verletzungen des Opfers sowie auch die Auswirkungen auf Kinder, die im selben Haushalt leben. Je schwerer das Delikt und je grösser die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten, umso eher sei das Verfahren im öffentlichen Interesse fortzusetzen, auch wenn das Opfer den Antrag zurückgezogen hat.¹²⁵

6.2.2 Istanbul-Konvention

Die Istanbul-Konvention wurde von der Schweiz unterzeichnet, aber noch nicht ratifiziert.¹²⁶ Die Schweiz vermag die Anforderungen der Konvention bereits heute

¹²⁴ Urteil des EGMR *Opuz gegen Türkei* vom 9. Juni 2009 (Beschwerde Nr. 33401/02) und *Kaluza gegen Ungarn* vom 24. April 2012 (Beschwerde Nr. 57693/10).

¹²⁵ Urteil des EGMR *Opuz gegen Türkei* vom 9. Juni 2009 (Beschwerde Nr. 33401/02); vgl. oben Ziff. 1.4.2 und *Riedo/Allemann* (Fn. 37), Art. 55a N 5.

¹²⁶ Siehe dazu auch Ziff. 1.4.3.

insgesamt zu erfüllen. Es steht aber jedem Vertragsstaat frei, weitergehende Massnahmen vorzusehen.

Die vorgeschlagenen zivilrechtlichen Massnahmen gehen über die Anforderungen der Konvention hinaus.¹²⁷ Sie sind somit zwar für die Umsetzung der einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens nicht zwingend erforderlich, entsprechen jedoch dessen Sinn und Geist.

Die vorgeschlagene Änderung der Bestimmung zur Einstellung von Strafverfahren bei Gewalt in Paarbeziehungen (Art. 55a StGB) stellt dagegen mit Blick auf die Vorgaben der Istanbul-Konvention einen materiellen Fortschritt dar. Artikel 55 Absatz 1 der Konvention enthält diesbezüglich eine spezifische Verpflichtung: Die Vertragsstaaten müssen, wie bereits erwähnt, sicherstellen, dass Ermittlungen bzw. Strafverfolgungen bezüglich bestimmter Straftaten nicht vollständig von der Meldung oder Anzeige des Opfers abhängen und dass das Verfahren fortgesetzt werden kann, auch wenn das Opfer seine Aussage oder Anzeige zurückzieht.¹²⁸ Mit der vorgeschlagenen Revision wäre dies in einem weitergehenden Ausmass sichergestellt.

6.3 **Datenschutz**

Die Vorlage hat in zweierlei Hinsicht Auswirkungen auf den Datenschutz. Zum einen werden mit einer elektronischen Vorrichtung nach Artikel 28c VE-ZGB Daten aufgezeichnet. Aus Gründen des Datenschutzes müssen die für den Vollzug zuständigen Kantone im Rahmen ihrer Vollzugsregelungen eine Zweckbindung gewährleisten, damit die Aufzeichnungen nur für die spezifische Gewaltprävention (Art. 28c Abs. 3 zweiter Satz) und nicht für andere Zwecke genutzt werden (vgl. dazu oben Ziff. 3.2.2 und 4.1). Zum andern wird mit der vorgeschlagenen Mitteilungspflicht von Artikel 28b Absatz 5 VE-ZGB neu eine gesetzliche Grundlage für die Weitergabe von (Personen-)Daten geschaffen (vgl. dazu oben Ziff. 3.2.1). Diese zivilrechtliche Bestimmung ist im Verhältnis zu den kantonalen Datenschutzbestimmungen jedoch als *lex specialis* zu betrachten. Folglich geht die vorgeschlagene Mitteilungspflicht den kantonalen Datenschutzbestimmungen vor.

¹²⁷ So ist beispielsweise die Ergreifung von Massnahmen zur Überwachung und Betreuung verurteilter Personen als Kann-Vorschrift formuliert (Art. 45 Abs. 2 der Konvention).

¹²⁸ Vgl. oben Ziff. 1.4.3.

Loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence

Rapport explicatif relatif à l'avant-projet

Octobre 2015

Condensé

Les dispositions actuelles de droit civil et pénal visant la protection des victimes de violence, doivent être complétées en certains points aux fins de créer un meilleur rempart contre la violence domestique et renforcer le statut des victimes. Les ajustements à opérer devront corriger les faiblesses du droit actuel que deux évaluations ont mis en lumière dans les deux domaines juridiques, notamment au niveau des conditions nécessaires pour engager une action. La loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence implique des adaptations du code civil, du code de procédure civile, du code pénal et du code pénal militaire.

*Pour accroître l'efficacité de la **norme de protection contre la violence de l'art. 28b du code civil (CC)**, le Conseil fédéral propose d'abolir certaines contraintes procédurales révélées dans l'évaluation dudit article. Ainsi est-il prévu de ne plus mettre les frais de procédure fondés sur l'art. 29b CC à la charge des victimes et de supprimer en tous les cas les procédures de conciliation. Afin d'atténuer les problèmes de coordination, le juge est invité à communiquer sa décision aux autorités de poursuite pénale, aux autorités compétentes de protection de l'enfant et de l'adulte, au service cantonal chargées d'intervenir en cas de crise et à toutes les autres personnes potentiellement concernées. En outre, dans le souci de mieux faire appliquer les mesures de protection ordonnées et en exécution de la motion Perrin « Protection des femmes battues » (09.4017), le Conseil fédéral entend créer une base légale permettant au juge d'ordonner la fixation d'un dispositif électronique au bras ou à la cheville de l'auteur pour contrôler le respect des mesures d'éloignement.*

*Sur le plan pénal, il est prévu de revoir la réglementation régissant le **classement de la procédure pénale en cas de lésions corporelles simples, de voies de fait réitérées, de menaces ou de contraintes dans les relations de couple**. Les adaptations suivantes sont proposées aux art. 55a CP et 46b CPM afin d'alléger la pression exercée sur la victime: en premier lieu, la décision de suspension de la procédure ne doit plus dépendre de la seule volonté de la victime. La responsabilité de suspendre, de reprendre ou de classer une procédure doit incomber aux autorités, lesquelles devront rendre leur décision en considérant – outre les déclarations de la victime – une série d'autres éléments. Elles devront ainsi prendre en compte le comportement du prévenu, notamment le fait que celui-ci suive un programme d'apprentissage contre la violence. Deuxièmement, la suspension ne sera plus autorisée s'il y a lieu de penser que le prévenu a commis de nouveaux actes de violence ou s'il a déjà été condamné pour un acte punissable contre la vie et l'intégrité corporelle, la liberté ou l'intégrité sexuelle contre son partenaire actuel ou son ex-partenaire. En troisième lieu, la victime sera entendue encore une fois avant le classement de la procédure et devra confirmer son souhait de classer l'affaire. Les modifications proposées permettent de donner suite à la motion Keller-Sutter « Mieux protéger les victimes de violences domestiques » (12.4025) et de concrétiser les conclusions formulées dans le rapport en réponse à la motion Heim « Endiguer la violence domestique » (09.3059).*

Table des matières

Condensé	2
1 Contexte	5
1.1 La protection contre la violence dans le droit civil actuel	5
1.1.1 Norme sur la violence dans le CC	5
1.1.2 Art. 28 <i>b</i> CC: aspects de droit matériel	6
1.1.3 Art. 28 <i>b</i> CC: aspects procéduraux (CPC)	7
1.2 La protection contre la violence dans le couple dans le droit pénal actuel	8
1.2.1 Précédente révision du droit procédural	8
1.2.2 Art. 55 <i>a</i> CP: jurisprudence	9
1.2.3 Interdiction de contact et interdiction géographique dans le droit pénal	10
1.3 Droit cantonal	11
1.4 Accords internationaux	12
1.4.1 Conventions et résolutions de l'ONU	12
1.4.2 Convention européenne des droits de l'homme	13
1.4.3 Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et de la violence domestique (Convention d'Istanbul)	14
1.5 Données statistiques	15
1.6 Droit comparé	18
1.6.1 La surveillance électronique dans le droit civil d'autres Etats européens	18
1.6.2 Violence entre époux et entre partenaires dans le droit pénal d'autres Etats européens	20
1.7 Interventions parlementaires	20
1.7.1 Aperçu	20
1.7.2 Annonce d'une évaluation de la mise en œuvre de l'art. 28 <i>b</i> CC	21
1.7.3 Exécution des peines au moyen de dispositifs électroniques: motion Perrin 09.4017	21
1.7.4 Examen de la pratique en matière de suspension des procédures: motion Heim 09.3059	22
1.7.5 Audition de la victime: motion Keller-Sutter 12.4025	23
2 Evaluation et examen de la protection contre la violence dans le droit actuel	23
2.1 Evaluation de l'art. 28 <i>b</i> CC	23
2.1.1 Contexte	23
2.1.2 But de l'évaluation	23
2.1.3 Démarche	24
2.1.4 Résultats de l'évaluation	24
2.1.5 Appréciation des résultats de l'évaluation	26
2.2 Analyse de l'impact de l'art. 55 <i>a</i> CP dans la pratique	27
2.2.1 Objectif de l'analyse et démarche	27

2.2.2	Résultats	28
3	Les grandes lignes de la réglementation proposée	29
3.1	Aperçu et objectifs du projet	29
3.2	La réglementation proposée	29
3.2.1	Amélioration du perfectionnement des personnes chargées de la protection contre la violence et de l'information entre les autorités	29
3.2.2	Mise en œuvre de la motion Perrin (09.4017)	30
3.2.3	Simplification et gratuité de la procédure civile	32
3.2.4	Pesée globale des intérêts avant la suspension, la reprise ou le classement de la procédure pénale	33
3.2.5	Subordination de la suspension, de la reprise ou du classement de la procédure à la fréquentation d'un programme de prévention	34
3.2.6	Poursuite de la procédure pénale en cas de suspicion de violence réitérée	35
3.2.7	Mise en œuvre de la motion Keller-Sutter (12.4025): audition de la victime avant le classement définitif de la procédure pénale	36
3.3	Mise en œuvre	36
3.4	Classement d'interventions parlementaires	37
4	Commentaires article par article	37
4.1	Code civil	37
4.2	Code de procédure civile	41
4.3	Code pénal	42
4.4	Code pénal militaire	46
5	Conséquences	46
5.1	Conséquences pour la Confédération	46
5.2	Conséquences pour les cantons	47
5.3	Conséquences pour la société	48
6	Aspects juridiques	48
6.1	Constitutionnalité et légalité	48
6.2	Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse	49
6.2.1	CEDH	49
6.2.2	Convention d'Istanbul	49
6.3	Protection des données	50

1

Contexte

Les études et statistiques réalisées à l'échelle nationale et internationale montrent que les cas de violence domestique et de harcèlement obsessionnel (stalking) n'ont pas régressé ces dernières années malgré tous les efforts et mesures engagés pour combattre ces phénomènes¹. Sur la base d'une analyse et d'une évaluation de la protection contre la violence dans le droit civil et pénal actuel², et en particulier pour donner suite à une série d'interventions parlementaires³, le Conseil fédéral propose une série de modifications légales destinées à améliorer la protection des personnes victimes de violence.

1.1

La protection contre la violence dans le droit civil actuel

1.1.1

Norme sur la violence dans le CC

L'art. 28b du code civil (CC)⁴ découle de l'initiative parlementaire de l'ancienne conseillère nationale Ruth-Gaby Vermot-Mangold « Protection contre la violence dans la famille et dans le couple » (00.419) du 14 juin 2000. L'initiative proposait la création d'une loi fédérale contre la violence qui « assure la protection des victimes par l'expulsion immédiate du domicile des personnes violentes qui auront en outre l'interdiction de réintégrer leur logement pendant une période déterminée ».⁵ Le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 21 février 2001 relevait que les nouvelles normes à édicter concernaient aussi bien le droit civil que le droit pénal. La législation alors en vigueur n'offrait pas de moyens satisfaisants pour assurer une protection suffisante aux victimes de violences domestiques. La situation juridique dépendait du domicile des personnes concernées, puisque les pratiques et les réglementations – notamment de nature policière – différaient d'un canton à l'autre. Le rapport de la Commission des affaires juridiques du 18 août 2005⁶, résumait comme suit l'objectif prioritaire: « Les victimes, à plus forte raison parce qu'elles vivent dans le même logement que l'auteur de violences à leur égard, doivent être protégées efficacement. »

Par la suite, il a été créé avec l'art. 28b CC une norme de droit civil destinée à protéger à la fois les victimes de violences domestiques et les victimes de harcèlement obsessionnel. Au moment de l'entrée en force de la nouvelle disposition le 1^{er} juillet 2007, tous les cantons avaient désigné un service chargé d'intervenir en cas de crise tel que prévu à l'al. 4 et avaient réglementé la procédure. Un grand nombre d'entre eux avaient en outre adapté en conséquence leurs lois et

¹ Voir les Feuilles d'information n° 9 et 10 du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, disponibles sous:

www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00442/index.html?lang=fr (état: 24.8.2015); voir en outre les développements au ch. 1.5.

² Pour plus de détails, voir ch. 1.7.2 et 1.7.4.

³ Voir les développements au ch. 1.7.1.

⁴ RS 210

⁵ Iv. pa. Vermot-Mangold (00.419), rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 21 février 2001, disponible sous:

http://www.parlament.ch/sites/kb/2000/Rapport_de_la_commission_CAJ-N_00.419_2001-02-21.pdf (état: 24.8.2015).

⁶ FF 2005 6437

ordonnances relatives à la police, certains allant jusqu'à édicter une loi sur la protection contre la violence. L'obligation faite aux cantons de régler l'intervention en cas de crise a amélioré la protection des victimes de violences domestiques dans ceux qui, précédemment, ne connaissaient pas de telles dispositions. Dans les cantons qui s'en étaient déjà dotés avant l'adoption de la norme fédérale, l'art. 28b CC a élargi les moyens juridiques existants⁷.

1.1.2 Art. 28b CC: aspects de droit matériel

La protection contre la violence en droit civil fait partie de la protection de la personnalité réglée aux art. 28 ss CC. Le juge peut ordonner une mesure de protection de la personnalité s'il y a atteinte illicite à la personnalité. De manière générale, le demandeur peut requérir du juge les actions suivantes:

1. interdiction d'une atteinte imminente
2. cessation d'une atteinte existante,
3. constat de l'atteinte à la personnalité et
4. communication et publication du jugement.

Ces mesures peuvent être ordonnées indépendamment de la culpabilité de l'auteur.

L'art. 28b, al. 1, CC concrétise la protection de la personnalité en droit civil en énumérant les mesures que le juge est habilité à ordonner pour éviter ou faire cesser une atteinte illicite à la personnalité sous forme d'actes violents, de menaces ou de harcèlement obsessionnel.

Le juge peut aussi, pour protéger le demandeur, interdire au défendeur d'approcher la victime, de prendre contact avec elle ou de fréquenter certains lieux. La liste des mesures n'est pas exhaustive. Le juge peut également ordonner d'autres mesures propres à protéger le demandeur contre la violence, les menaces ou le harcèlement⁸. En vertu de l'art. 172, al. 3, CC et des art. 276, al. 1, et 307 du code de procédure civile (CPC)⁹, les dispositions de l'art. 28b CC s'appliquent par analogie à la procédure de protection de l'union conjugale et à la procédure de divorce, ainsi qu'à la procédure de dissolution du partenariat enregistré.

Les al. 2 et 3 de l'art. 28b CC rendent possible une expulsion du logement lorsque la victime et l'auteur des violences font ménage commun et permettent en outre, d'entente avec le bailleur, de transférer le bail à la victime. Cette disposition vise à offrir à la victime une autre solution que la fuite.

L'al. 4 s'adresse aux cantons (voir ch. 1.1.1 et 1.2) et concerne la création d'un service chargé d'intervenir en cas de crise.

Lorsqu'il prend des mesures pour protéger la victime, le juge doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Constitution [Cst.])¹⁰. Cela vaut en particulier pour la durée des mesures, puisque la loi ne prévoit pas de limite temporelle. Le juge prend la mesure qui est nécessaire pour protéger la victime et la

⁷ Voir iv.pa. Vermot-Mangold (00.419), rapport de la Commission des affaires juridiques du 18 août 2005, FF **2005** 6437, 6443 ss.

⁸ Voir rapport sur l'iv.pa. Vermot-Mangold 2005 (note 7), 6451 s.

⁹ RS **272**

¹⁰ RS **101**

moins incisive pour l'auteur de violence. Pour faire respecter les mesures de protection, le juge les ordonne généralement sous la menace d'une peine selon l'art. 292 du code pénal (CP)¹¹ (insoumission à une décision de l'autorité).

Avec l'art. 28b CC, le législateur fédéral a créé une norme qui donne aux victimes de violences les moyens de se protéger, grâce à des mesures de droit civil, contre les atteintes et la mise en danger de leur intégrité physique, psychique, sexuelle et sociale par la violence, les menaces ou le harcèlement, dans leur environnement social proche et moins proche. En tant qu'il constitue une disposition de droit civil, l'art. 28b CC n'est pas centré sur la répression de l'auteur, mais il entend plutôt offrir à la personne lésée ou menacée un rempart contre de nouveaux actes de violence ou de harcèlement ou de nouvelles menaces.

Pour réaliser cet objectif, l'art. 28b CC autorise le juge à ordonner des mesures indépendamment de la nature des rapports juridiques ou de la relation qu'entretiennent les personnes concernées. Que l'auteur et la victime soient mariés ou non, qu'ils fassent ou non ménage commun ou aient vécu un jour ensemble entre aussi peu en ligne de compte que la forme de leur relation. La norme s'applique donc aussi bien aux couples qu'aux colocataires et aux relations parent-enfant, et aux violences exercées par exemple contre des colocataires âgés, ou par des enfants adultes contre leurs parents. Enfin, la disposition protège aussi les victimes des personnes qu'elles ne connaissent pas personnellement et avec qui elles n'ont aucun lien, actuel ou passé.

L'atteinte doit présenter un certain degré d'intensité, tout comportement socialement incorrect n'étant pas constitutif d'une atteinte à la personnalité. Il en va de même pour les menaces, définies comme des situations où l'auteur annonce vouloir porter illicitement atteinte à la personnalité de la victime, ce qui amène cette dernière à craindre pour son intégrité physique, psychique, sexuelle ou sociale ou du moins pour celle de personnes qui lui sont proches; ainsi ne peut-il s'agir d'une menace anodine.

Le harcèlement obsessionnel désigne la persécution et le harcèlement d'une personne sur une longue durée. Ce comportement portant atteinte à la personnalité peut être le fait d'une personne étrangère à la victime, mais aussi se produire pendant la phase de séparation d'un couple (marié ou non marié) et au-delà (harcèlement consécutif à une séparation). Ici encore, il doit s'agir d'actes répétés d'une certaine intensité causant une grande peur chez la victime (impuissance, paralysie, sentiment d'oppression écrasante).

1.1.3 Art. 28b CC: aspects procéduraux (CPC)

Le recours à la protection prévu par le droit civil à l'art. 28b CC suppose toujours une initiative de la victime; celle-ci, ou son représentant, doit présenter une demande au juge pour qu'il ordonne des mesures protectrices au sens de l'art. 28b CC. Il appartient à la victime de prouver l'existence ou le risque d'une atteinte à sa personnalité par des violences, des menaces ou du harcèlement. Les mesures citées à titre d'exemple dans la disposition supposent que le membre du couple qui subit des violences soit disposé à se séparer (du moins provisoirement).

¹¹ RS 311.0

Quand bien même toutes les victimes de violence peuvent se prévaloir en principe de l'art. 28b CC, le droit de procédure applicable varie selon la nature de la relation entre la victime et l'auteur. Si les deux personnes sont mariées, il est possible de requérir et d'ordonner des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172, al. 3, CC). Dans le cadre de la protection de l'union conjugale, le juge peut aussi ordonner des mesures au sens de l'art. 28b CC. La procédure sommaire s'applique à toutes les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271, let. a, CPC) et le tribunal établit les faits d'office (maxime inquisitoire; art. 272 CPC). Dans les autres cas, et en particulier lorsque l'auteur et la victime ne sont pas mari et femme, c'est la procédure simplifiée qui s'applique (art. 243, al. 2, let. b, CPC).

La procédure simplifiée a pour caractéristique un formalisme moindre, la prédominance de la forme orale et un rôle matériel accru du tribunal. La *maxime inquisitoire sociale* s'applique en vertu de l'art. 247, al. 2, let. a, CPC; elle veut que le tribunal établisse également les faits d'office. A la différence de la procédure sommaire, la procédure simplifiée est en principe automatiquement précédée d'une tentative de conciliation (art. 197 ss CPC). La procédure simplifiée et la procédure sommaire se distinguent généralement aussi l'une de l'autre par leurs coûts.

Si le couple a des enfants mineurs, le juge adopte les mesures nécessaires selon les dispositions sur les effets de la filiation (art. 270 ss CC) (réglementation des relations personnelles ou des obligations d'entretien). Dans le cas d'un couple marié, il statue dans le cadre de la procédure de protection de l'union conjugale (art. 176, al. 3, et 315a CC), dans le cas de parents non mariés, c'est l'autorité de protection de l'enfant qui est compétente (art. 315 CC).

Vu la longueur des procédures civiles et le caractère urgent des mesures de protection, la loi prévoit la mise en place de mesures provisionnelles si le demandeur rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (art. 261 CPC). En cas d'urgence particulière, le juge peut ordonner une mesure superprovisionnelle (art. 265 CPC) sans entendre (préalablement) la partie adverse. Dans les deux cas, les mesures sont ordonnées en procédure sommaire et non en procédure ordinaire (art. 248, let. d, CPC), ce qui garantit une protection rapide de la victime.

1.2 La protection contre la violence dans le couple dans le droit pénal actuel

1.2.1 Précédente révision du droit procédural

Jusqu'en 2004, les lésions corporelles simples, les voies de fait réitérées et les menaces, ainsi que le viol entre conjoints étaient poursuivis sur plainte exclusivement. La décision d'ouvrir une poursuite pénale incombait à la seule victime, d'où le risque que celle-ci renonce à dénoncer les faits¹² ou retire sa plainte¹³ par scrupule moral, par résignation, mais aussi parce qu'elle était dépendante de son partenaire ou qu'elle en avait peur. On reprochait à la législation alors en vigueur de créer, de facto, un espace de non-droit pour la violence dans le couple. Dans la pratique, beaucoup de procédures étaient suspendues suite à un

¹² FF **2003** 1779, 1781

¹³ FF **2003** 1750, 1753

retrait de plainte. Lorsque des tiers non impliqués dénonçaient les faits, les autorités ne disposaient d'aucun moyen d'agir tant que la victime n'avait pas déposé plainte.

Le 1^{er} avril 2004 sont entrées en vigueur les révisions du code pénal et du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)¹⁴ destinées à pallier ces insuffisances. L'exigence d'une plainte a été supprimée pour la contrainte sexuelle et le viol entre époux (art. 189 et 190 CP). Les lésions corporelles simples, les voies de fait réitérées et les menaces commises dans le couple par le conjoint ou le partenaire ont été érigées en infractions poursuivies d'office. En 2007, la réglementation a été étendue au partenariat enregistré (art. 123, ch. 2, al. 3 à 5, 126, al. 2, let. b, b^{bis} et c, et 180, al. 2, CP)¹⁵.

L'introduction de la poursuite d'office a été assortie d'une nouvelle disposition de droit de procédure: l'art. 55a CP et son pendant dans le CPM tiennent compte de l'intérêt des victimes qui ne souhaitent ni poursuivre ni punir l'auteur des violences. En cas de lésions corporelles simples, de voies de fait réitérées, de menaces ou de contrainte à l'intérieur du mariage, d'un partenariat enregistré ou d'une union libre (art. 123, ch. 2, al. 3 à 5, 126, al. 2, let. b, b^{bis} et c, 180, al. 2, et 181 CP), la procédure peut être suspendue dans un premier temps puis classée, pour autant que la victime (ou son représentant légal) le demande ou donne son accord à la proposition de suspension de l'autorité (art. 55a, al. 1, let. b, CP). Si la victime révoque son accord dans les six mois qui suivent la suspension, la procédure est reprise (art. 55a, al. 2, CP). En l'absence de révocation, le ministère public ou le juge ordonne le classement de la procédure (art. 55a, al. 3, CP).

Conformément à la volonté du législateur d'alors, la demande de suspension n'est pas automatiquement acceptée; l'autorité compétente doit examiner si elle entend prononcer ou non la suspension, l'intérêt public pouvant l'emporter sur le souhait exprimé par la victime. Dans ce sens, l'art. 55a CP est une disposition potestative. Selon l'esprit et la lettre de la loi, la victime ne doit pas être seule à décider de la suspension, et l'autorité ne doit pas l'ordonner sans examen¹⁶.

Une fois suspendue, la procédure ne sera cependant reprise que si la victime le demande; les autorités ne sont en effet pas habilitées à reprendre la procédure de leur propre chef. Si la victime ne révoque pas son accord dans les délais, les autorités sont tenues de classer la procédure.

1.2.2 Art. 55a CP: jurisprudence

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les autorités sont obligées de suspendre la procédure si la victime en a exprimé le souhait. Elles peuvent toutefois renoncer à le faire si elles parviennent à la conclusion que la proposition de suspension ne correspond pas au libre arbitre de la victime. La non-prise en compte de la demande de suspension n'est admissible que si celle-ci a été amenée à renoncer à la procédure

¹⁴ RS 321.0

¹⁵ Conjoints et partenaires: RO 2004 1403; FF 2003 1750 et 1779; partenariat enregistré: RO 2005 5685; FF 2003 1192.

¹⁶ FF 2003 1779, 1791

par la menace, la tromperie ou la violence ou si elle n'était pas informée des autres moyens de soutien ou d'action¹⁷.

Cette jurisprudence repose sur la considération que la disposition légale, telle qu'elle est formulée, se réfère uniquement à la volonté de la victime. Bien que le premier alinéa de l'art. 55a CP soit une disposition potestative, le texte de loi ne comprend pas d'autres critères qui permettraient de déterminer les conditions auxquelles les autorités peuvent suspendre ou non la procédure. Si celle-ci est suspendue et que la victime ne révoque pas son accord, l'autorité est tenue de classer définitivement le dossier.

La jurisprudence du Tribunal fédéral a pour effet que la responsabilité de la décision quant à la suspension de la procédure est reportée en principe sur la victime. Il ne reste ainsi guère de marge d'appréciation aux autorités¹⁸. Si la déclaration de la victime ne souffre pas d'un vice de consentement, la procédure doit être classée. Ce principe s'applique également aux cas dans lesquels il est prévisible que la violence domestique continue ou dans lesquels il est établi que le prévenu a de nouveau perpétré des actes de violence, mais où la victime déclare son désintérêt pour la procédure tout en étant consciente du risque de nouvelles infractions.

1.2.3 Interdiction de contact et interdiction géographique dans le droit pénal

Au 1^{er} janvier 2015, l'extension de l'interdiction d'exercer une activité dans le CP, le CPM et le droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMin)¹⁹ a été l'occasion d'instaurer une interdiction de contact et d'une interdiction géographique. Celles-ci peuvent être ordonnées par le juge au titre de *mesures* si l'auteur a commis un crime ou un délit contre une ou plusieurs personnes déterminées ou contre les membres d'un groupe déterminé et s'il y lieu de craindre qu'il commette un nouveau crime ou délit en cas de contact avec ces personnes (art. 67 ss CP). Or l'interdiction sert précisément aussi à prévenir la violence domestique et le harcèlement obsessionnel. Pour son exécution, l'autorité compétente peut ordonner l'utilisation d'un appareil technique fixé à l'auteur permettant notamment de le localiser (art. 67b, al. 3, CP).

Le code de procédure pénale (CPP)²⁰ donne au juge la possibilité d'ordonner en lieu et place de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté, une mesure de substitution, notamment l'assignation à résidence ou l'interdiction de se rendre dans un certain lieu ou un certain immeuble, ou encore l'interdiction d'entretenir des relations avec certaines personnes (art. 237, al. 2, let. c et g, CCP). Pour surveiller l'exécution de ces mesures, le tribunal peut ordonner l'utilisation d'appareils techniques qui peuvent être fixés à la personne sous surveillance (art. 237, al. 3, CPP).

La *surveillance électronique* sera pratiquée en outre dans le cadre de l'exécution des peines. Avec la réforme du droit des sanctions dans le CP et le CPM, adoptée le 19

¹⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 6S.454/2004 du 21 mars 2006 c. 3 avec renvoi à la FF **2003** 1750, 1755 1941; 6B_835/2009 du 21 décembre 2009 c. 4.2.

¹⁸ *Riedo Christof*, Strafverfolgung um jeden Preis?, RPS 2009, 420 ss, 432 s.

¹⁹ RS **311.1**

²⁰ RS **312.0**

juin 2015 par le Parlement²¹, l'exécution des peines sous surveillance électronique en dehors de l'établissement d'exécution sera érigée en mode d'exécution ordinaire des courtes peines privatives de liberté ou comme phase d'exécution supplémentaire à l'exécution des peines de longue durée (art. 79b CP dans la version modifiée). Cette réglementation n'empêche pas de recourir à la technique du GPS²². Contrairement aux deux formes de surveillance électronique citées plus haut, cette forme d'exécution ne pourra entrer en ligne de compte que si le risque de récidive peut être écarté. La *surveillance électronique* dans l'exécution des peines n'a donc pas de fonction de sécurité. La réglementation proposée confère une base légale aux essais que le Conseil fédéral a autorisés jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle base légale, mais au plus tard jusqu'à fin 2019, dans plusieurs cantons²³.

1.3 Droit cantonal

L'entrée en vigueur de l'art. 28b CC le 1^{er} janvier 2007 a obligé les cantons à désigner un service compétent pour procéder à une expulsion immédiate de l'auteur de l'atteinte de son logement (art. 28b al. 4 CC). Les lois spéciales de protection contre la violence²⁴, les dispositions spéciales des lois cantonales sur la police²⁵ et les lois d'introduction du CC²⁶ adoptées par les cantons prévoient des mesures immédiates de police qui octroient à la victime un temps de protection. Certains cantons prévoient des mesures de protection sur dix à vingt jours, combinées à une menace de peine selon l'art. 292 CP. Ces mesures peuvent le cas échéant être imposées par la contrainte policière, par ex. sous la forme d'une brève garde à vue²⁷.

²¹ FF 2015 4453

²² Lors de la consultation, certaines voix ont explicitement demandé à ce que la surveillance électronique soit couplée à un GPS pour servir à la protection des victimes: Office fédéral de la justice, Synthèse des résultats de la consultation sur le rapport explicatif et l'avant-projet relatifs à la modification du code pénal et du code pénal militaire (réforme du droit des sanctions) du 12 octobre 2011, disponible sous: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/sanktionensystem/ve-ber-f.pdf (état: 24.8.2015), p. 36.

²³ Depuis 1999, les cantons de Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Berne, Vaud, Genève et Tessin et depuis 2003 le canton de Soleure, réalisent des essais d'exécution des peines sous la forme d'une surveillance électronique. Voir à ce sujet le rapport de l'Office fédéral de la justice du 4 août 2009 « Expériences faites en matière de surveillance électronique des détenus depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle PG-CP (2007/2008), Synthèse des résultats de l'évaluation menée dans les cantons de BE, SO, BS, BL, TI, VD et GE », disponible sous: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/monitoring/eval-em-2007-2008-f.pdf (état: 24.8.2015).

²⁴ Loi du 30 mars 2004 sur la lutte contre la violence dans les relations de couple (LVCouple) du canton de Neuchâtel (RSN 322.05); loi du 16 septembre 2005 sur les violences domestiques du canton de Genève (F 1 30); Gewaltschutzgesetz du 19 juin 2006 du canton de Zurich (LS 351); Gesetz über den Schutz bei häuslicher Gewalt du 21 mai 2010 du canton d'Obwald (GDB 510.6).

²⁵ L'art. 29 f de la loi du 8 juin 1997 sur la police du canton de Berne (RSB 551.1); § 56 ss de la Polizeigesetz du 9 novembre 2011 du canton de Thurgovie (RB 551.1); art. 43 ss de la Polizeigesetz du 10 avril 1980 du canton de St-Gall (sGS 451.1); § 34 de la Polizeigesetz du 6 décembre 2005 du canton d'Argovie (SAR 531.200).

²⁶ Voir p.ex. l'art. 6 de la loi d'application du code civil suisse du 10 février 2012 du canton de Fribourg (RSF 210.1); § 13a ss de la Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch du 20 novembre 2000 du canton de Lucerne (SRL n° 200).

²⁷ *Hrubesch-Millauer Stephanie/Vetterli Rolf*, Häusliche Gewalt: die Bedeutung des Artikels 28b CC, FamPra.ch 2009, 535 ss, 558 avec d'autres références.

Le juge peut ordonner la prolongation des mesures policières de protection (généralement pour une durée de trois mois au plus).

Les lois de protection contre la violence adoptées par certains cantons réglementent le problème de la violence domestique et du harcèlement obsessionnel de manière globale et offrent souvent aux victimes un accès facilité à des mesures de protection²⁸.

1.4 Accords internationaux

1.4.1 Conventions et résolutions de l'ONU

La violence à l'égard des femmes a fait l'objet de longues négociations au sein de plusieurs organes des Nations unies (ONU)²⁹. La Convention du 18 décembre 1979 de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)³⁰ est entrée en vigueur en septembre 1981 et a été ratifiée à ce jour par 188 pays, dont la Suisse³¹. La Convention engage les Etats parties à adopter tous les moyens appropriés pour combattre la discrimination à l'égard des femmes. Quand bien même elle ne traite pas explicitement de la violence contre les femmes ni de leur protection, le Comité chargé de sa surveillance a déclaré en 1992 dans sa Recommandation générale n° 19 que la violence fondée sur le sexe constitue une forme de discrimination contraire aux dispositions de la convention³². La notion de « violence fondée sur le sexe » englobe toutes les formes de violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme³³. Ainsi, les Etats parties peuvent être indirectement responsables d'actes de violence commis par des particuliers s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir des violations du droit ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer³⁴. Entré en vigueur en l'an 2000, le Protocole facultatif à la

²⁸ Voir *Gloor Daniela/Meier Hanna/Büchler Andrea*, Schlussbericht zur Evaluation «Umsetzung und Wirkung von Art. 28b ZGB», mai 2015, disponible sous:

<http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/gewaltschutz.html>.

²⁹ Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, Protection internationale des droits de la femme, notamment protection contre la violence dans le cadre de l'ONU, octobre 2013, disponible sous:

www.ebg.admin.ch/themen/00009/00089/00159/index.html?lang=fr (état: 24.8.2015).

³⁰ RS 0.108.

³¹ La liste actuelle des Etats parties à la Convention est disponible sous:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-8&chapter=4&lang=fr (état: 24.8.2015).

³² La recommandation générale n° 19 est disponible sous:

www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm (état: 24.8.2015).

³³ Voir art. 6 de la Recommandation n° 19 (note 32).

³⁴ Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes/Direction du droit international public, De l'idée à l'action – comprendre la CEDEF, disponible sous:

<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00068/00311/00335/index.html?lang=fr> (état: 24.8.2015), p. 28.

Convention³⁵ reconnaît au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) la compétence de recevoir et d'examiner les communications présentées par des particuliers ou groupes de particuliers devenus victimes d'une discrimination au sens de la convention.

A l'occasion de l'examen d'une telle communication concernant un cas de violence domestique en Hongrie, où un homme a fait subir des années durant des mauvais traitements psychiques et physiques à sa concubine, le Comité a constaté que la Hongrie ne mettait pas à disposition assez d'instruments pour assurer aux femmes une protection efficace contre la violence domestique. Le Comité a recommandé à la Hongrie d'adopter à la fois des mesures individuelles en faveur de la plaignante et des mesures générales au niveau de son système juridique et politique³⁶.

Pour terminer, citons encore la résolution des Nations unies 48/104 du 20 décembre 1993 sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes. Son art. 4, let. c, engage les Etats membres à mettre en œuvre une politique visant à éliminer la violence à l'égard des femmes et, à cet effet, à agir avec la diligence voulue « pour prévenir les actes de violence à l'égard des femmes, enquêter sur ces actes et les punir conformément à la législation nationale (...)»³⁷.

1.4.2 Convention européenne des droits de l'homme

La Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)³⁸ ne renferme aucune disposition enjoignant explicitement les Etats parties à garantir une protection aux victimes de violences domestiques ou de harcèlement³⁹. Celles-ci peuvent cependant faire valoir une violation des art. 2, 3 ou 8 de la CEDH, si les autorités judiciaires manquent à leurs obligations de protection positives. Lorsque les femmes sont considérées inférieures du fait des conceptions culturelles et sociétales dominantes, il est possible d'alléguer une violation de l'art. 14 CEDH en liaison avec les articles cités en introduction. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dans sa décision de principe *Opuz c. Turquie*⁴⁰ de 2009 conclut que les actes de violence psychique et

³⁵ Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, RS **0.108.1**. A ce jour, le protocole facultatif a été ratifié par 102 États – soit une bonne moitié des Etats parties à la Convention. La Suisse l'a ratifié le 29 septembre 2008. Une liste actualisée des Etats parties est disponible sous:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=fr&clang=fr (état: 24.8.2015).

³⁶ La prise de position du CEDEF est disponible sous: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/CEDAW%20Decision%20on%20AT%20vs%20Hungary%20English.pdf (état: 24.8.2015).

³⁷ *Riedo Christof/Allemann Reto*, in: Basler Kommentar, Niggli Marcel Alexander/Wiprächtinger Hans (éd.), Strafrecht I, art. 1–110 CP, 3^e éd., Bâle 2013, art. 55a n° 2.

³⁸ RS **0.101**

³⁹ Jusqu'ici, la CourEDH n'a pas eu à connaître d'un cas portant exclusivement sur le harcèlement obsessionnel. Les cas ci-dessus se référant à la « violence domestique » font certes en partie mention de cette forme de harcèlement, mais uniquement comme expression de la violence domestique.

⁴⁰ Arrêt de la CEDH Affaire *Opuz contre Turquie* du 9 juin 2009 (requête n° 33401/02).

physique que le conjoint a infligés à son épouse et à sa belle-mère constituent une violation respectivement de l'art. 3 et de l'art. 2 CEDH. La Turquie aurait manqué à ses obligations d'instaurer un système efficace permettant de sanctionner la violence domestique et de protéger effectivement les victimes. Les autorités responsables n'auraient pas utilisé tous les moyens juridiques à leur disposition et auraient classé l'affaire sans suite pour des motifs difficilement compréhensibles. L'arrêt consacre l'obligation d'ouvrir une poursuite, y compris en cas de retrait de la plainte par la victime, et contre la volonté de celle-ci. Le maintien de la poursuite doit se décider en fonction de la gravité des faits, des dommages causés à la victime et des effets sur les enfants du ménage. Plus l'infraction est grave et le risque de récidive élevé, plus l'intérêt public commande le maintien de la poursuite, y compris en cas de retrait de la plainte par la victime⁴¹. De plus, la CourEDH a constaté – pour la première fois dans un cas de violence domestique – une violation de l'art. 14 CEDH en liaison avec les art. 2 et 3 CEDH, parce que la violence domestique touche principalement les femmes et parce que la passivité généralisée de la société turque, et de sa justice en particulier, crée un climat propice à cette violence. Dans des arrêts plus récents⁴², la CourEDH a confirmé que les Etats parties, du fait de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, sont tenus de mettre en œuvre des mesures pour protéger les victimes contre la violence domestique, en adoptant d'une part des dispositions légales destinées à prévenir les actes de violence dans la sphère domestique et en obligeant les auteurs à répondre de leurs actes. Par ailleurs, l'obligation faite aux Etats implique aussi une application effective des lois.

1.4.3 **Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et de la violence domestique (Convention d'Istanbul)**

La Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)⁴³ est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014.

La convention a pour but premier de protéger les femmes et les filles de toutes formes de violence, de prévenir, poursuivre et éliminer la violence exercée à leur égard, ainsi que la violence domestique (art. 1, al. 1, let. a, de la convention). Le champ d'application de la convention englobe toutes les formes de violence à l'encontre des femmes, y compris la violence domestique qui affecte les femmes de manière disproportionnée (art. 2, al. 1, de la convention). La convention encourage les Etats parties à l'appliquer non seulement aux femmes, mais à l'ensemble des

⁴¹ *Riedo/Allemann* (note 37), art. 55a n° 5.

⁴² Arrêts de la CEDH *Rumor contre Italie* du 27 mai 2014 (requête n° 72964/10), dans lequel la Cour a toutefois conclu à une non-violation de l'art. 3 CEDH; *T.M. et C.M. contre la République de Moldavie* du 28 janvier 2014 (requête n° 26608/11; confirmation d'une violation de l'art. 3 CEDH); *Eremia et al. contre la République de Moldavie* du 28 mai 2013 (requête n° 3564/11; confirmation de violation de l'art. 3 CEDH, en particulier en liaison avec l'art. 14 CEDH). Dans son arrêt *A. contre Croatie* du 14 octobre 2010 (requête n° 55164/08) la Cour dit que ces obligations valent aussi dans le cadre de la protection de l'intégrité physique et psychique d'une personne (art. 8 CEDH).

⁴³ N° STCE 210. L'état actuel de la signature, de la ratification et de l'entrée en vigueur de la convention dans les Etats membres du Conseil de l'Europe est disponible sous: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?CL=FRE&CM=&NT=210&DF=&VL=> (état: 24.8.2015).

victimes de violences domestiques (art. 2, al. 2, de la convention). Il est précisé dans le préambule que les hommes et les enfants comptent également parmi les victimes de violences domestiques.

De manière générale, la convention engage les Etats parties à prendre les mesures nécessaires pour prévenir toutes les formes de violence à l'égard des femmes, protéger les victimes, poursuivre et punir les auteurs et mettre au point des stratégies globales pour coordonner les mesures nécessaires. Elle demande en particulier aux Etats signataires d'ériger en infractions pénales certaines formes de violence à l'égard des femmes et de violence domestique. En font partie les violences psychologiques et physiques, le harcèlement (obsessionnel), la violence sexuelle (y compris le viol), les mariages forcés, les mutilations génitales féminines, l'avortement et la stérilisation forcés ainsi que le harcèlement sexuel (voir art. 33 à 40 de la convention). Cependant, s'agissant de l'exercice de violences psychologiques et du harcèlement, chaque Etat peut, au moment de la signature ou du dépôt de son instrument de ratification, se réserver le droit de prévoir des sanctions non pénales plutôt que des sanctions pénales (art. 78, al. 3, de la convention). Par ailleurs, la convention prévoit l'introduction de mesures préventives, parmi lesquelles l'établissement de programmes d'intervention et de traitement destinés aux auteurs (art. 16 de la convention). Elle renferme au surplus des dispositions relatives à la protection des victimes, à la procédure pénale, à la migration et à l'asile, ainsi que des règles de coopération internationale. En vue d'améliorer la protection des victimes, les Etats parties à la convention s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour que des ordonnances d'injonction ou de protection appropriées soient disponibles pour les victimes de toutes les formes de violence couvertes par le champ d'application de la convention (art. 53, al. 1, de la convention). Les Etats doivent entre autres faire en sorte que les ordonnances d'injonction ou de protection soient disponibles pour une protection immédiate sans charge financière ou administrative excessive pour la victime, qu'elles soient émises pour une période spécifiée et qu'elles soient disponibles indépendamment ou cumulativement à d'autres procédures judiciaires (art. 53, al. 2, de la convention). La non-observation des interdictions de contacter ou d'approcher la victime ou des mesures de protection doit faire l'objet de sanctions pénales ou non pénales effectives (art. 53, al. 3, de la convention).

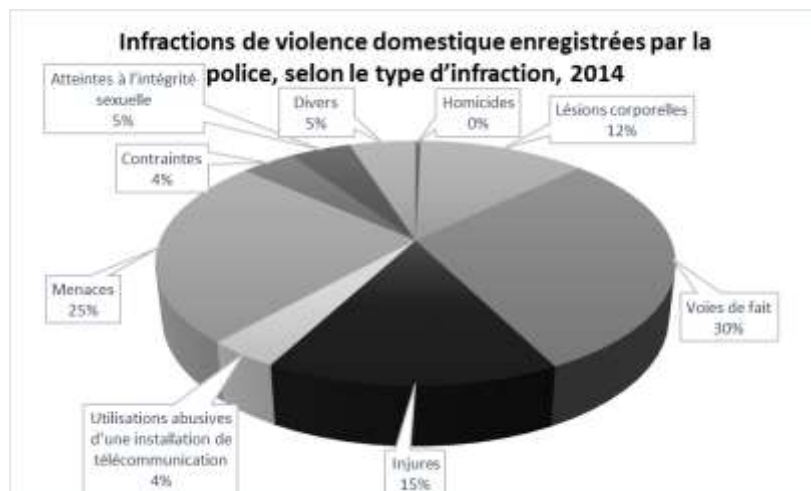
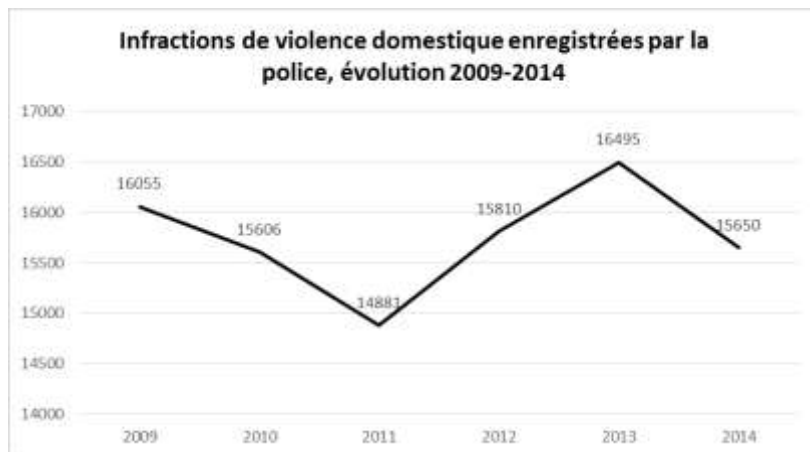
Dans le contexte qui nous occupe, l'art. 55, al. 1, de la convention revêt une importance particulière. Il enjoint en effet aux parties à la convention de veiller à ce que les enquêtes ou les poursuites d'infractions ne dépendent pas entièrement d'une dénonciation ou d'une plainte de la victime et à ce que la procédure puisse être maintenue même si la victime se rétracte ou retire sa plainte.

La Suisse a signé la convention en septembre 2013. Un projet de message aux Chambres fédérales est en préparation. Une consultation sur la ratification de cette convention devrait être ouverte auprès des cantons, des partis et des milieux intéressés dans la seconde moitié de 2015.

1.5 Données statistiques

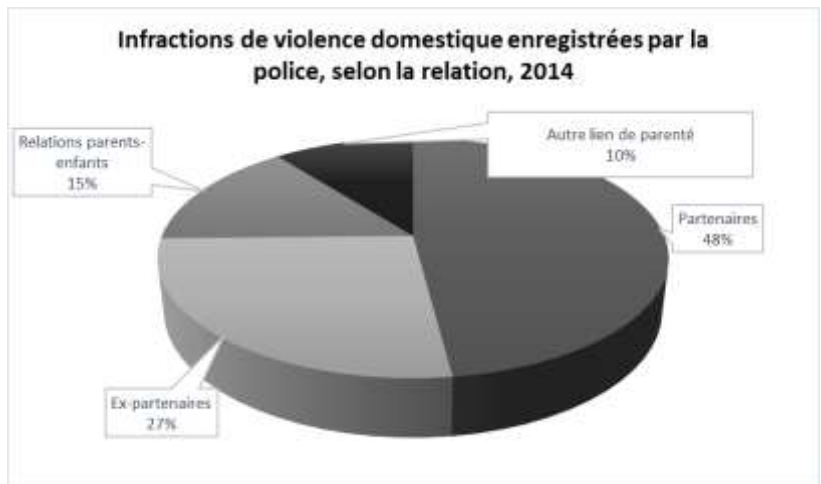
Les données statistiques actuelles, bien que caractérisées par des variations périodiques, montrent que la violence domestique demeure un problème sociétal de grande ampleur. Si l'on a pu observer un recul du nombre de cas enregistrés par la

police entre 2009 et 2011, le nombre d'infractions est reparti à la hausse dans les années 2012 et 2013. En 2013, la police a enregistré 16 495 infractions commises dans la sphère domestique; ce chiffre a reculé ensuite de 5 % en 2014 pour s'établir à 15'650 cas. Comme dans les années précédentes, on observe une prépondérance des voies de fait (presque 30 % des infractions) et des menaces (25 %)44.



44 Voir à ce sujet les deux publications de l'Office fédéral de la statistique: « Violence domestique enregistrée par la police: 2009 – 2013 », disponible sous: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=5800, ainsi que « Statistique policière de la criminalité (SPC) - Rapport annuel 2014 », disponible sous: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/news/publikationen.html?publicationID=6355>.

Près de la moitié des infractions de violence domestique se sont produites au sein d'un couple (48 %) et un quart entre ex-partenaires (27 %). Les infractions restantes se répartissent entre les relations parents-enfants (15 %) et les autres relations de parenté (10 %) ⁴⁵.



Une étude non représentative réalisée en 2011 sur la violence domestique en Suisse a montré qu'environ 1,3 % des femmes interrogées et 0,5% des hommes ont été victimes de violence domestique ⁴⁶. Dans 22 % des cas de violence domestique, la police est intervenue (à la demande de la victime ou de tiers); ce taux est très proche de celui des interventions policières pour des infractions commises en dehors de la sphère domestique ⁴⁷.

Les chiffres les plus récents pour le canton de Zurich font état, pour 2014, d'une diminution de 7 % des infractions en lien avec la violence domestique (1 617 cas). Toutefois, le nombre d'interventions policières pour cause de violence domestique n'ayant pas donné lieu à des poursuites pénales a augmenté parallèlement de 24 % ⁴⁸.

⁴⁵ Voir la publication de l'Office fédéral de la statistique « Violence domestique enregistrée par la police: 2009 – 2013 » (note 44).

⁴⁶ Killias Martin/Staubli Silvia/Biberstein Lorenz/Bänziger Matthias, La violence domestique en Suisse. Analyses effectuées dans le cadre du sondage de victimisation 2011, Institut de criminologie de l'Université de Zurich, Zurich 2012, disponible sous: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/opferhilfe/publikationen/berhaeuslichegewalt-2011-f.pdf (état: 24.8.2015), 23. L'étude est une étude complémentaire réalisée dans le cadre de l'enquête de victimisation 2011, pour le compte de l'Office fédéral de la justice et du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes.

⁴⁷ Killias/Staubli/Biberstein/Bänziger (note 46), p. 18 et tableau 19.

⁴⁸ Police cantonale de Zurich, conférence de presse du 23 mars 2015 sur la statistique de la criminalité 2014, disponible sous: www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/ueber_uns/zahlen_fakten/statistike_n2/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloaditems/jahresbericht_2014.spooler.download.1427107733597.pdf/PKS 2014 MK Brosch%C3%BCre definitiv neu.pdf (état: 24.8.2015).

Il manque des chiffres précis en ce qui concerne la pratique en matière de suspension de la procédure pour violence domestique. Plusieurs études et enquêtes mettent en évidence (selon le canton examiné et la période considérée) des taux de classement variant entre 53 % et 92 %. On observe certes de sensibles disparités d'un canton à l'autre, mais la tendance générale indique que la majorité des procédures sont suspendues ou classées (y compris après la révision de 2004)⁴⁹.

1.6 Droit comparé

1.6.1 La surveillance électronique dans le droit civil d'autres Etats européens⁵⁰

A l'heure actuelle, l'Allemagne, l'Autriche et la France notamment ne disposent pas d'une base légale spécifique de droit civil permettant d'ordonner la fixation d'un dispositif électronique à l'agresseur afin de protéger les victimes de violence domestique contre de nouvelles violences. Le droit autrichien⁵¹ et le droit français⁵² renferment dans leur droit pénal et leur droit de procédure pénale des dispositions correspondantes qui autorisent explicitement la surveillance électronique et l'utilisation d'appareils électroniques dans les cas de violences domestiques. La France a utilisé, à titre d'essai pendant quelques mois en 2012/2013, des bracelets électroniques pour mieux protéger les victimes de violences domestiques⁵³. L'expérience a duré jusqu'en juillet 2013. En 2014, une disposition correspondante a été introduite dans le code de procédure pénale. La méthode veut que seule la victime à protéger porte un dispositif de téléprotection (bracelet). En situation de danger, elle peut appeler à l'aide par simple pression d'un bouton. Ce dispositif permet sa géolocalisation (art. 41-3-1 du code de procédure pénale français⁵⁴).

⁴⁹ Voir ch. 2.2.2.

⁵⁰ Les aspects de droit comparé développés ici se fondent – sauf indication contraire – sur un avis de droit du 5 avril 2013 par l'Institut suisse de droit comparé relatif aux pratiques de dénonciation des victimes d'infractions, en particulier de la violence domestique et de la violence sexuelle contre les enfants et adolescents.
L'avis de droit est disponible sous:

<http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/sicherheit/gesetzgebung/gewaltschutz.html>.

⁵¹ La *Bundesgesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes* du 18 août 2010 (BGBl. I n° 64/2010) prévoit comme mesure d'exécution des peines la surveillance au moyen de bracelets électroniques plutôt qu'une peine privative de liberté. Il est surtout recouru à cette mesure en cas de menaces. Il existe en outre une ordonnance régissant l'exécution des peines et de la détention préventive sous la forme d'une détention à domicile au moyen d'une surveillance électronique (*Hausarrestverordnung*) du 31 août 2010 (BGBl II n° 279/2010).

⁵² Voir *Loi no. 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*, JO 10/07/2010, p. 12762.

⁵³ *Décret n° 2012-268 du 24 février 2012 relatif à l'expérimentation d'un dispositif électronique destiné à assurer l'effectivité de l'interdiction faite à une personne condamnée ou mise en examen de rencontrer une personne protégée*, JO 26/02/2012, p. 3324. Les essais se fondent sur la *Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*,

⁵⁴ La disposition peut être consultée sous:
www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=2D795B2F12C3BEE0F5259506E0F191A5.tpdlA09v_3?cidTexte=LEGITEXT000006071154&idArticle=LEGIARTI000029334594&dateTexte=20150324&categorieLien=id#LEGIARTI000029334594
(état:24.8.2015).

L'Espagne a adopté en 2004 une vaste loi-cadre pour lutter contre la violence domestique⁵⁵. La loi prévoit dans les cas de violence à l'encontre des femmes des tribunaux spéciaux composés de juges de sexe féminin⁵⁶. Aucune distinction n'est établie entre les mesures de droit civil ou de droit pénal, les unes comme les autres pouvant être ordonnées par la même autorité. Par ailleurs, le juge peut ordonner l'utilisation de moyens techniques permettant d'être alerté immédiatement en cas de non-respect des mesures d'expulsion du domicile, d'éloignement ou de l'interdiction de prendre contact⁵⁷. S'agissant des bracelets électroniques, la doctrine espagnole plaide pour un usage mesuré afin d'éviter une atteinte disproportionnée aux droits de la personnalité de l'intéressé⁵⁸. Depuis 2006, l'Espagne recourt à des dispositifs électroniques pour faire respecter les interdictions de contacts, les détentions à domicile ou d'autres mesures d'expulsion du domicile, dans un premier temps à titre expérimental dans la région de Madrid, et depuis 2009 sur l'ensemble du territoire national. La loi-cadre de lutte contre la violence domestique a fait l'objet d'une évaluation en 2009 et en 2013⁵⁹. Il ressort de l'analyse statistique que le nombre de femmes tuées par leur partenaire ou leur ex-partenaire a reculé en moyenne de 8,7 % depuis son adoption, et même de 20,8 % au lendemain de son entrée en vigueur⁶⁰. La loi a permis de faire baisser de 10,5 % le nombre d'homicides de femmes de plus de quinze ans⁶¹.

55 *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (loi organique relative aux mesures de protection intégrale contre la violence de genre), disponible sous: www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-21760 (état: 24.8.2015). Une version française est disponible sous:

www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/en/servicios-ciudadano/documentacion-publicaciones/publicaciones/traduccion-derecho-espanol (état 24.8.2015).

56 Voir art. 43 ss de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (note 58).

57 Voir art. 64 ch. 3 de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* et le droit antérieur: *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, disponible sous: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21538> (état 24.8.2015).

58 Voir avis de droit (note 50), p. 95. Selon les renseignements transmis en février 2012 par le Ministère de la santé espagnol (*Ministerio de Sanidad*), la surveillance d'une zone par GPS n'entre en ligne de compte que pour les auteurs d'infractions pénales.

59 Voir à ce propos les documents correspondants du gouvernement espagnol, disponibles sous: www.msssi.gob.es/en/ssi/violenciaGenero/Documentacion/seguimientoEvaluacion/home.htm (état 24.8.2015).

60 Voir Évaluation de l'application de la loi organique 1/2004 du 28 décembre relative aux mesures de protection intégrale contre la violence de genre, Rapport exécutif, pp. 34 ss, disponible sous: www.msssi.gob.es/en/ssi/violenciaGenero/Documentacion/seguimientoEvaluacion/DOC/InformeEjecutivoEvaluacionaplicaciontresanosLeyOrganica1200428diciembreFRANCES.pdf (état 24.8.2015).

61 Voir Évaluation de l'application de la loi organique 1/2004 du 28 décembre relative aux mesures de protection intégrale contre la violence de genre, Rapport exécutif, p. 36, disponible sous: www.msssi.gob.es/en/ssi/violenciaGenero/Documentacion/seguimientoEvaluacion/DOC/InformeEjecutivoEvaluacionaplicaciontresanosLeyOrganica1200428diciembreFRANCES.pdf (état 24.8.2015).

1.6.2 Violence entre époux et entre partenaires dans le droit pénal d'autres Etats européens⁶²

En *Allemagne*, le viol, la contrainte sexuelle, la contrainte et la menace grave sont en tous les cas poursuivis d'office. Les lésions corporelles simples, en revanche, sont poursuivies sur plainte seulement, à moins que l'autorité de poursuite pénale juge que cela répond à un intérêt public prépondérant. Dans les cas d'infractions commises entre proches, elle ne reconnaît que rarement l'intérêt public si la victime ne souhaite pas engager de poursuite⁶³.

En *Autriche*, le viol, la contrainte sexuelle et les lésions corporelles sont poursuivis d'office. L'exigence d'une plainte en cas de viol ou de contrainte sexuelle exercée par le conjoint ou le concubin a été supprimée en 2004. De même, les menaces sérieuses sont dorénavant également poursuivies d'office; jusqu'en 2006, la poursuite n'était engagée qu'avec l'accord de la personne menacée lorsque les menaces émanaient du conjoint ou d'un proche.

En *France*, le viol, la contrainte sexuelle, la contrainte, la menace et toutes les formes de lésions corporelles sont poursuivis d'office. La plainte était requise autrefois pour certains actes punissables commis entre époux, entre concubins ou entre partenaires homosexuels. Il est prévu des sanctions plus lourdes pour les infractions commises dans le couple. Au surplus, la loi prévoit des peines plus sévères si la victime a subi des violences en vue de l'empêcher de témoigner ou de porter plainte.

En *Italie*, le viol et la contrainte sexuelle sont en principe poursuivis sur plainte seulement, quelle que soit la nature de la relation entre l'auteur et la victime. De même ne sont poursuivies que sur plainte, les lésions corporelles simples entraînant une maladie de moins de 20 jours. La plainte est toutefois irrévocable et la procédure ne peut être classée ou suspendue pour des raisons d'opportunité, par exemple si la victime n'a pas d'intérêt à une procédure. Les contraintes autres que sexuelles sont en revanche poursuivies d'office.

1.7 Interventions parlementaires

1.7.1 Aperçu

L'entrée en vigueur de la norme de droit civil sur la protection contre la violence le 1^{er} juillet 2007 n'a pas clos le débat sur la violence domestique et le harcèlement obsessionnel au sein du Parlement. Plusieurs interventions parlementaires postérieures portaient sur ce problème, tant dans le domaine du droit civil que sous l'angle du droit pénal. Depuis la fin 2007, la violence domestique, au sens étroit et au sens large, a fait l'objet de quelque 70 propositions tandis que dix autres propositions concernaient le harcèlement obsessionnel⁶⁴. Il convient d'examiner ci-après plus en détail les interpellations parlementaires qui ont motivé le présent rapport et la nouvelle réglementation proposée.

⁶² Pour l'ensemble FF **2003** 1750, ici 1753 s., et *Riedo/Allemann* (note 37), art. 55a n° 6 ss

⁶³ *Stree Walter*, in: Schönke Adolf/Schröder Horst, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28^e éd., Munich 2010, § 230 n° 5.

⁶⁴ Les interventions peuvent être consultées dans la banque de données du Parlement en entrant les critères de recherche correspondants: www.parlament.ch/f/suche/Pages/curia-vista.aspx (état: 24.8.2015).

1.7.2

Annnonce d'une évaluation de la mise en œuvre de l'art. 28b CC

Un peu plus d'un an après l'entrée en vigueur de la disposition du code civil, le Conseil fédéral, dans son avis du 19 novembre 2008 relatif à la motion de Doris Fiala « Harcèlement obsessionnel » (08.3495) du 18 septembre 2008⁶⁵ a fait part de son intention d'« observer attentivement la mise en œuvre de l'art. 28b, al. 1, CC pour en évaluer l'efficacité ». Il en fait aussi mention dans ses avis du 13 mai 2009 et du 23 novembre 2013 relatifs à trois autres interventions parlementaires ainsi que dans un rapport qu'il a adopté le 13 mai 2009 à l'intention du Parlement:

- motion Heim Bea « Endiguer la violence domestique » (09.3059) du 5 mars 2009⁶⁶ (acceptée; cf. les ch. 1.7.4 et 2.2 concernant la motion et le rapport du Conseil fédéral du 28 janvier 2015 élaboré pour y faire suite);
- motion Geissbühler Andrea Martina « Traiter les violences domestiques soit comme des infractions poursuivies d'office, soit comme des infractions poursuivies sur plainte » (09.3169) du 18 mars 2009⁶⁷ (rejetée);
- rapport du Conseil fédéral sur la « Violence dans les relations de couple. Ses causes et les mesures prises en Suisse » (en réponse au postulat Stump [« Identifier les causes de la violence et engager la lutte contre ce phénomène »] 05.3694 du 7 octobre 2005)⁶⁸; ainsi que la
- motion Fiala Doris « Agir rapidement contre le harcèlement obsessionnel » (13.3742) du 19 septembre 2013⁶⁹ (non encore traitée).

Lors de l'adoption de son rapport sur la « Violence dans les relations de couple. Ses causes et les mesures prises en Suisse », le Conseil fédéral a chargé l'Office fédéral de la justice d'évaluer la mise en œuvre de l'art. 28b CC en examinant en particulier l'impact des contraintes procédurales (charges de la preuve, incidences financières) sur l'efficacité de la disposition⁷⁰.

1.7.3

Exécution des peines au moyen de dispositifs électroniques: motion Perrin 09.4017

La motion Perrin « Protection des femmes battues » (09.4017) du 25 novembre 2009⁷¹ réclame que l'on protège mieux les victimes de violences domestiques en imposant aux auteurs des violences le port d'un bracelet électronique. Ainsi, la motion ne vise pas une modification du droit matériel, mais demande de garantir l'application des mesures ordonnées pour protéger la victime.

⁶⁵ La motion et l'avis du Conseil fédéral sont disponibles sous: www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20083495 (état: 24.8.2015).

⁶⁶ La motion et l'avis du Conseil fédéral sont disponibles sous: www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20093059 (état: 24.8.2015).

⁶⁷ La motion et l'avis du Conseil fédéral sont disponibles sous: www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20093169 (état: 24.8.2015).
FF 2009 3611

⁶⁸ La motion et l'avis du Conseil fédéral sont disponibles sous: www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20133742 (état: 24.8.2015).
FF 2009 3611

⁷⁰ La motion et l'avis du Conseil fédéral sont disponibles sous: www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20094017 (état: 24.8.2015).

Dans son avis du 17 février 2010, le Conseil fédéral a déclaré adhérer à la vision politique de la motion. Il y relève cependant la nécessité de créer préalablement une base légale – pour l’heure inexistante – permettant au juge d’ordonner l’usage de dispositifs électroniques pour faire respecter les mesures d’éloignement dont sont frappés les partenaires violents.

Le Conseil national a approuvé la motion le 3 mars 2010⁷², le Conseil des Etats le 30 mai 2011⁷³.

1.7.4 Examen de la pratique en matière de suspension des procédures: motion Heim 09.3059

La motion Heim « Endiguer la violence domestique » (09.3059) du 5 mars 2009 porte sur l’art. 55a CP. L’auteur de la motion regrette que la procédure ne puisse être reprise qu’à la demande de la victime. Elle estime aussi inacceptable que les autorités cantonales suspendent des procédures malgré des violences réitérées. Par conséquent, elle demande au Conseil fédéral d’établir un rapport sur la pratique en matière de suspension de la procédure et de proposer, sur la base de ses conclusions, des mesures appropriées pour endiguer la violence et renforcer le statut juridique des victimes. Elle l’engage à évaluer en particulier les mesures qui subordonnent la suspension de la procédure à la fréquentation d’un programme d’apprentissage contre la violence.

En vue de l’évaluation exigée, les Chambres fédérales ont transformé la motion en un mandat d’examen (voir art. 120 et 123 de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement [LParl]⁷⁴)⁷⁵. Ce mandat charge le Conseil fédéral d’examiner, sur la base du rapport relatif à la pratique des suspensions, s’il y a lieu de prendre des mesures pour endiguer les actes de violence et renforcer le statut juridique des victimes. Il est invité à évaluer en particulier l’opportunité de mesures poursuivant les objectifs suivants:

1. La procédure pourra être suspendue provisoirement uniquement si l’auteur des violences suit un programme d’apprentissage contre la violence. Le classement définitif de la procédure dépendra de la réussite du programme et d’une non-récidive;
2. Si, dans les six mois suivant la suspension provisoire, l’auteur de violences cesse de participer au programme d’apprentissage ou est poursuivi pour de nouvelles violences, la procédure pourra être reprise d’office;
3. En cas de récidive, une suspension ne sera plus possible et, si la procédure a été suspendue, elle sera reprise d’office.

⁷² BO 2010 N 92

⁷³ BO 2011 E 357

⁷⁴ RS 171.10

⁷⁵ BO 2009 E 1306 ss; BO 2010 N 130 ss

1.7.5 Audition de la victime: motion Keller-Sutter 12.4025

La motion Keller-Sutter « Mieux protéger les victimes de violences domestiques » (12.4025) du 29 novembre 2012⁷⁶ réclame elle aussi une modification de l'art. 55a CP. Elle demande au Conseil fédéral d'en changer le deuxième alinéa de sorte qu'une procédure ne puisse être suspendue ou classée avant une nouvelle audition de la victime. Les propos de la victime sont à prendre en compte dans la décision de classement. L'auteure de la motion estime qu'une nouvelle audition pourrait conduire le juge à prononcer des sanctions contre l'auteur si ce dernier n'a pas profondément changé de comportement depuis la suspension. Elle juge inacceptable que les autorités de poursuite pénale n'agissent qu'en cas de nouvelle escalade de la violence. Il convient donc de combattre résolument les situations de violence pouvant s'installer sur des années. Les Chambres fédérales ont accepté la motion sur recommandation du Conseil fédéral.

Dans son avis rendu le 20 février 2013, le Conseil fédéral renvoie à la motion Heim (09.3059) et explique que la révision de l'art. 55a CP devra prendre en compte les résultats livrés par l'examen des pratiques en matière de suspension des procédures, afin de pouvoir opérer une révision complète et cohérente. Le Conseil fédéral y a fait part de son intention de soumettre l'art. 55a CP à un examen complet.

2 Evaluation et examen de la protection contre la violence dans le droit actuel

2.1 Evaluation de l'art. 28b CC

2.1.1 Contexte

Le 5 février 2014, l'Office fédéral de la justice a publié un appel d'offres pour une évaluation de l'efficacité de l'art. 28b CC. Il a confié cette tâche à la société Social Insight GmbH en collaboration avec Mme Andrea Büchler, professeur de droit de l'Université de Zurich. L'évaluation s'est étendue de juin 2014 à mars 2015.

2.1.2 But de l'évaluation

L'objectif de l'évaluation consistait à examiner dans quelle mesure la disposition de protection contre la violence inscrite dans le code civil avait fait ses preuves dans la pratique. Du fait que la procédure civile revêt des formes différentes selon que l'auteur et la victime sont unis ou non par le mariage, l'évaluation comprend deux volets, le premier s'intéressant aux mesures de protection dans la procédure matrimoniale (protection de l'union conjugale, séparation, divorce) et le second aux procédures ne relevant pas du droit du mariage⁷⁷.

L'évaluation devait aussi porter sur l'application de la norme de droit civil aux cas de harcèlement obsessionnel (persécution de l'ex-conjoint ou de l'ex-partenaire, persécution d'un inconnu). Elle s'est aussi intéressée à la coordination entre les

⁷⁶ La motion et l'avis du Conseil fédéral sont disponibles sous:
www.parlament.ch/f/suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20124025 (état: 24.8.2015).
⁷⁷ Voir ch. 1.1.3.

multiples autorités judiciaires et administratives et les autres professionnels impliqués, ainsi qu'à l'échange d'informations entre ces derniers, et a cherché à déterminer les effets de la non-observation des mesures de protection ordonnées par le juge à l'encontre de l'auteur des violences.

Les résultats fournis devaient permettre de se prononcer sur l'opportunité d'une adaptation de la norme sur la protection contre la violence en droit civil. Sachant que l'efficacité d'une norme légale dépend à la fois du droit matériel et des dispositions procédurales dont elle est assortie, les auteurs ont choisi d'intégrer des éléments de la procédure dans leur analyse, ce qui se justifie d'autant plus que dans une procédure civile, les mesures de protection doivent être ordonnées par le juge et que leur exécution ressortit aux cantons. En définitive, l'évaluation avait aussi pour but de déterminer la nécessité d'une adaptation des dispositions de procédure, en particulier du CPC.

2.1.3 Démarche

L'évaluation comprenait une enquête écrite auprès des tribunaux de première instance, auprès des avocats et des services d'aide aux victimes et, le cas échéant, des maisons d'accueil pour femmes, dans tous les cantons. L'enquête a été complétée par onze entretiens avec des professionnels et des institutions appelées à participer à l'application de l'art. 28b CC.

2.1.4 Résultats de l'évaluation⁷⁸

Il ressort de l'évaluation que la protection contre la violence en droit civil demeure, contrairement à l'intention du législateur, un instrument peu utilisé par les victimes de violences. Certaines personnes interrogées ont exprimé des doutes quant à l'utilité de l'art. 28b CC. D'après le rapport final, le constat vaut aussi bien pour la protection contre la violence domestique que pour les cas de harcèlement obsessionnel.

On s'aperçoit que les problèmes tiennent surtout aux démarches à engager pour demander cette protection et à la mise en application des mesures de protection ordonnées par le juge. Voici les éléments critiques pointés par les acteurs interrogés:

- **Contraintes procédurales importantes:** la conduite de la procédure selon le principe de disposition est jugée difficile, sinon irréaliste pour une personne qui subit des violences. Les coûts de la procédure semblent exercer un effet dissuasif en raison du paiement d'avances de frais, du risque financier encouru en cas de rejet de la demande, et de la perspective d'une éventuelle demande de remboursement des avances versées par le défendeur (auteur des violences). A cela s'ajoute la souffrance psychique qu'implique la procédure pour une victime de violences. Parmi les points négatifs figurent aussi les procédures distinctes selon qu'il s'agit de couples mariés ou non mariés, avec cette précision que les obstacles sont plus importants pour les victimes qui ne sont pas mariées avec l'auteur des violences.

⁷⁸ Voir Gloor/Meier/Büchler (note 28).

- **Exécution lacunaire:** bien souvent, les mesures de protection ne sont pas mises en œuvre dans la pratique. La raison tiendrait à ce que le jugement civil ne fait parfois pas mention des sanctions encourues. Et dans les cas où ces sanctions sont précisées, elles ne sont pas appliquées même si l’auteur commet de nouveaux actes de violence. Les personnes interrogées estiment en outre que la menace d’une amende au sens de l’art. 292 CP ne déploie que peu d’effets.

La norme civile de protection contre les violences fait en outre l’objet des critiques suivantes:

- **Disparités dans la pratique des tribunaux:** le traitement des demandes de mesures de protection varie d’un canton à l’autre et même à l’intérieur d’un même canton. Ces disparités s’observent en particulier au niveau de la conception des mesures de protection dans les cas qui impliquent des enfants mineurs. Elles concernent aussi le montant des frais. Les victimes ont souvent du mal à se faire une idée de ce qui les attend si elles sollicitent des mesures de protection.
- **Manque de coordination** entre les mesures policières et les mesures de droit civil. La fixation de délais distincts pose des problèmes considérables aux victimes de violences, notamment lorsque les délais fixes découlant du droit de la police sont trop brefs, avec pour conséquence que les mesures policières risquent d’arriver à échéance ou échoient avant que la protection contre la violence relevant du droit civil n’entre en jeu ou que la victime n’ait pu la demander.
- **Manque d’indépendance de la procédure civile:** l’évaluation indique aussi que les mesures visées à l’art. 28b CC dépendent souvent de la présence d’indices d’infractions. Les tribunaux seraient ainsi plus enclins à prononcer des mesures de protection si une plainte pénale a été déposée ou si la police a engagé des mesures de protection telles que l’expulsion de l’auteur de son domicile.
- **Manque d’information** sur les mesures de protection ordonnées: les organismes tels que l’autorité de protection de l’enfant et de l’adulte (APEA), la police ou le ministère public sont informés à des degrés divers des mesures de protection ordonnées. L’APEA est informée dans la moitié aux deux tiers des cas dans lesquels des enfants mineurs sont impliqués dans des situations de violence domestique ou de harcèlement. Sans demande explicite, le juge ordonne des mesures de protection destinées aux seules victimes adultes; les intérêts des enfants mineurs ne sont pas pris en compte et restent par conséquent non réglés. Le ministère public est tenu au courant dans moins de la moitié des cas. Enfin, l’information relative aux mesures de protection au sens de l’art. 28b CC est encore plus rarement transmise à la police.
- **Réglementation lacunaire du droit de visite des enfants:** l’interdiction faite à l’auteur de prendre contact avec une personne entre en conflit avec son droit de visite. Dès lors, il y aurait lieu d’adapter le droit de visite au cas particulier. Tel n’est pourtant que rarement le cas, car on sait par exemple que les cantons n’ont souvent pas le personnel suffisant pour organiser des droits de visite sous surveillance.

- **Protection insuffisante contre le harcèlement obsessionnel:** l’art. 28b reste peu appliqué dans les cas de harcèlement obsessionnel (au sein du couple ou suite à une séparation ou par une personne étrangère à la victime). Les causes en sont imputées aux défauts déjà mentionnés de la disposition de droit civil (contraintes procédurales importantes, applicabilité insuffisante des mesures ordonnées par le juge). Elles tiendraient cependant aussi au fait que la voie civile se révèle souvent inefficace, les expériences montrant en effet que les auteurs de harcèlement obsessionnel sont plus enclins à cesser leurs agissements lorsqu’ils ont été mis en détention provisoire et ont ainsi été confrontés à une procédure pénale.

Conclusion: il ressort de l’évaluation de l’art. 28b CC que la protection contre la violence se perçoit comme un moyen de portée symbolique plutôt que comme une aide efficace pour les victimes de violence domestique ou de harcèlement obsessionnel. De l’avis des auteures de l’évaluation, les difficultés résident non seulement dans la conception matérielle de l’art. 28b CC, mais aussi et surtout dans les normes régissant la procédure (CPC) et dans la place que l’art. 28b CC occupe dans le contexte global des législations fédérale et cantonales en matière de violence domestique⁷⁹. Elles pointent la défaillance de l’article considéré, laquelle n’est pas à mettre au compte (uniquement) de la formulation de la loi ou des exigences qu’elle pose, mais semblerait aussi inhérente au système: « Les contraintes de la procédure civile, le rapport flou entre le code pénal, le code de procédure pénale, les lois de police et le droit civil et les autorités correspondantes, et enfin le lien entre l’état civil et la procédure sont autant de points problématiques d’un système qui souffre d’un manque de cohérence intrinsèque. »⁸⁰.

2.1.5 Appréciation des résultats de l’évaluation

Les auteures de l’évaluation de l’art. 28b CC ont formulé, sur la base de leurs résultats, une série de recommandations en vue d’assurer une meilleure protection aux victimes de violence domestique et de harcèlement obsessionnel. Elles distinguent deux voies possibles:

1. améliorer les lois en vigueur en certains points pour remédier aux problèmes mis en évidence ou
2. édicter une loi fédérale de protection contre la violence, cette option étant celle qu’elles préconisent.

Le Conseil fédéral s’est déjà exprimé sur la création d’une loi fédérale de protection contre la violence dans son avis du 20 mai 2009 concernant la motion Leutenegger Oberholzer « Protection contre la violence. Elaborer une loi fédérale » (09.3411) du 30 avril 2009. Il estimait à l’époque que le nouvel art. 28b CC et le CPC offraient une base légale claire pour lutter contre la violence, les menaces et le harcèlement obsessionnel. Et de relever qu’une loi destinée à régler tous les aspects de la lutte contre la violence toucherait des domaines qui sont aujourd’hui de la compétence des cantons et dans lesquels la Confédération n’a pas pouvoir de légiférer. Une modification de la Constitution est donc jugée nécessaire pour doter la

⁷⁹ Gloor/Meier/Büchler (note 28), p. 78.

⁸⁰ Gloor/Meier/Büchler (note 28), p. 78.

Confédération des compétences utiles. En conséquence, le Conseil national a rejeté la motion 09.3411 le 3 juin 2009.

Dans ces circonstances et compte tenu de la répartition des compétences inchangées entre la Confédération et les cantons, le Conseil fédéral renonce pour l'heure à poursuivre dans cette voie. En lieu et place, il propose d'éliminer les points faibles mis en lumière par l'évaluation de l'art. 28b CC et d'adapter le droit en vigueur par des modifications ciblées de sorte à assurer aux victimes de violences domestiques et de harcèlement obsessionnel une protection plus efficace.

Les résultats de l'évaluation soulignent en creux le rôle essentiel qui revient aux lois cantonales de protection contre la violence ou au droit cantonal en matière de police pour la protection des victimes de violence domestique. Pour améliorer cette protection, il faut donc assurer une bonne coordination entre les nouvelles mesures de la Confédération et les mesures cantonales. Il importe par ailleurs de réduire les disparités dans la législation de police des cantons, lesquelles créent souvent des problèmes supplémentaires pour les victimes dans les cas transcantonaux. La voie à suivre pourrait passer par des discussions entre la Confédération et les cantons, spécialement avec la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police (CCDJP).

2.2 Analyse de l'impact de l'art. 55a CP dans la pratique

2.2.1 Objectif de l'analyse et démarche

En exécution de la motion Heim (09.3059), le Conseil fédéral a examiné la question de la suspension de la procédure pénale pour violence dans les relations de couple. Le rapport correspondant date du 28 janvier 2015⁸¹. Le Conseil fédéral a notamment cherché à savoir si l'introduction de l'art. 55a CP avait modifié la pratique en matière de suspension et à déterminer les motifs des suspensions. Cet exercice a mis en lumière des problèmes dans la procédure pénale pour violence dans le couple et abouti à la présentation de plusieurs mesures correctives.

Le rapport se fonde en premier lieu sur les résultats d'études existantes⁸². L'Office fédéral de la justice a organisé une série de tables rondes avec les procureurs afin de valider les résultats des enquêtes et de recueillir leurs expériences et leurs doléances en lien avec le sujet⁸³.

⁸¹ Rapport du Conseil fédéral du 28 janvier 2015 en réponse à la motion Heim 09.3059 « Endiguer la violence domestique », disponible sous: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-01-28/ber-br-heim-f.pdf (état: 24.8.2015).

⁸² Voir ch. 2.2.2.

⁸³ Voir le rapport en réponse à la motion Heim (note 81), p. 7.

Le rapport rendu par le Conseil fédéral en réponse à la motion Heim (09.3059) se fonde sur cinq enquêtes sur la pratique en matière de suspension des procédures⁸⁴ et trois rapports⁸⁵. Ceux-ci ne permettent pas de dégager des données valables pour toute la Suisse en rapport avec les suspensions. Ces études ont en effet exploré la pratique des suspensions sous des angles distincts, sur des périodes différentes et elles se rapportent à certains cantons en particulier. En outre, seule une étude établit une distinction entre les suspensions prononcées en vertu de l'art. 55a CP et celles qui le sont en vertu d'une autre disposition⁸⁶. Cela étant dit, il apparaît que le *taux de suspension ou de classement* pour des affaires de lésions corporelles simples, de menaces, de voies de fait et de contrainte dans les relations de couple est *très élevé* dans tous les cantons. Il varie selon les études entre 53 % et 92 %, ce qui correspond aux estimations fournies par les procureurs à l'occasion de l'enquête menée par l'Office fédéral de la justice.

La plupart des procédures engagées pour violence dans le couple sont donc suspendues ou classées⁸⁷. Ce constat vaut pour les procédures engagées à la fois avant et après l'instauration de la poursuite d'office de ces infractions et, partant, de l'entrée en vigueur de l'art. 55a CP. Le nombre de suspensions et de classements n'a de fait que faiblement reculé après la révision de 2004⁸⁸.

⁸⁴ *Colombi Roberto*, *Offizialisierung häuslicher Gewalt am Beispiel der Stadt Zürich: eine dogmatische und empirische Studie*, thèse, Zurich 2009; *Riedo* (note 18), pp. 420 ss; *Baumgartner-Wüthrich Barbara*, *Die Einstellung des Verfahrens bei häuslicher Gewalt – Erfahrungen mit art. 55a CP im Kanton Bern*, mémoire de master HEG Lucerne/CCFW 2007, disponible sous: www.ccfw.ch/masterarbeit_baumgartner.pdf (état: 24.8.2015); *Frauchiger Thomas/Jobin Catherine/Miko Iso Isabel*, *Monitoring häusliche Gewalt im Kanton Basel-Stadt*, *Berichterstattung an den Departementsvorsteher*, 26 octobre 2012, disponible sous: www.jsd.bs.ch/dms/jsd/download/haeusliche-gewalt/monitoring_2012.pdf (état: 24.8.2015); *Baumann Isabelle/Killias Martin*, *Kosten der Staatsanwaltschaften für Fälle von häuslicher Gewalt*, *Kostenschätzung betreffend Fälle von häuslicher Gewalt in der Schweiz anhand von Daten der Staatsanwaltschaften der Kantone Aargau, Schwyz, Waadt und Zürich*, Zurich 2013, disponible sous: www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/killias/publikationen/Baumann.pdf (état: 24.8.2015).

⁸⁵ *Zoder Isabel*, *Violence domestique enregistrée par la police – Vue d'ensemble*, Office fédéral de la statistique (éd.), Neuchâtel 2012, disponible sous: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/04/06.html> (état: 24.8.2015); *Fliedner Juliane/Schwab Stephanie/Stern Susanne/Iten Rolf*, *Coûts de la violence dans les relations de couple*, *Rapport de recherche*, Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (éd.), Zurich 2013, disponible sous: <http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00196/index.html?lang=fr> (état: 24.8.2015); rapport du Conseil fédéral du 27 février 2013 en exécution du postulat Fehr 09.3878 « Dénonciation et effet dissuasif vont de pair », disponible sous: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-02-271/ber-br-f.pdf (état: 24.8.2015).

⁸⁶ *Frauchiger/Jobin/Miko Iso* (note 84).

⁸⁷ Rapport en réponse à la motion Heim (note 81), 17 ss, résumé à la page 21.

⁸⁸ *Colombi* (note 84), pp. 306 ss. Dans la ville de Zurich, le taux des suspensions et classements correspondant est passé de 72,4 % en 2003 à 66,1% seulement en 2005.

3 Les grandes lignes de la réglementation proposée

3.1 Aperçu et objectifs du projet

Comme indiqué déjà au chiffre 2.1.4, l'évaluation de l'art. 28b CC a montré que le principal enjeu consiste aujourd'hui à en améliorer la mise en œuvre et à faciliter les procédures. Parmi les points faibles relevés figurent essentiellement des aspects relevant du droit de procédure, mais aussi la difficulté à faire appliquer et respecter les mesures de protection ordonnées par le juge. Le Conseil fédéral propose d'y remédier au moyen d'ajustements spécifiques.

En exécution de la motion Perrin, nous proposons, avec le nouvel art. 28c AP-CC, une base légale qui permettra au juge la fixation d'un dispositif électronique, afin de garantir l'application des mesures d'éloignement et de mieux protéger les victimes de violence et de harcèlement.

Au chapitre du droit pénal, les modifications proposées concrétisent d'une part les objectifs de la motion Keller-Sutter (12.4025) et d'autre part, les mesures que le Conseil fédéral a formulées dans le rapport⁸⁹ qu'il a établi en réponse à la motion Heim (09.3059). Les modifications sont destinées à alléger le poids des responsabilités pour les victimes, à donner un plus grand pouvoir de décision aux autorités de poursuite pénale et à mieux impliquer la personne prévenue dans la procédure. Il est prévu de ne plus faire dépendre la suspension de la procédure (ni sa reprise ou son classement) de la seule volonté de la victime. La loi doit énumérer d'autres critères à prendre en compte dans la décision de suspension. Il ne sera plus possible de suspendre une procédure lorsqu'il y aura lieu de craindre que l'auteur commette de nouvelles violences au sein du couple. Enfin, la victime devra être entendue une fois encore avant le classement de la procédure.

Parallèlement à la réalisation de ces objectifs, en guise de mesure d'accompagnement, d'autres mesures permettant d'optimiser la protection des victimes de violence dans le cadre des compétences actuelles pourront être explorées avec les cantons. Il faudra en particulier examiner s'il existe un besoin de coordination entre Confédération et Cantons.

3.2 La réglementation proposée

3.2.1 Amélioration du perfectionnement des personnes chargées de la protection contre la violence et de l'information entre les autorités

L'évaluation a mis en lumière deux points faibles de l'actuelle disposition. Pour améliorer la mise en œuvre et les aspects procéduraux, il est proposé de compléter sur deux points essentiels l'art. 28b CC⁹⁰.

Communication des décisions du juge aux autres autorités

L'évaluation de l'impact de l'art. 28b CC a montré que l'information réciproque et, le cas échéant, la coopération entre les différents acteurs et domaines juridiques qui participent à l'application de la norme jouent un rôle capital. Les mesures de

⁸⁹ Rapport en réponse à la motion Heim (note 81).

⁹⁰ Voir ch. 2.1.4.

protection ordonnées par le juge sont aujourd'hui rarement communiquées aux autres autorités⁹¹. C'est pourquoi il est prévu que les tribunaux seront désormais tenus d'annoncer les mesures de protection qu'ils ordonnent en vertu de l'art. 28b CC aux autorités de protection de l'enfant et de l'adulte et aux services chargés d'intervenir en cas de crise visés à l'al. 4 de cette disposition. Le but consiste à renforcer l'efficacité des mesures de protection et la complémentarité des divers moyens d'intervention. La portée de la communication demeure toutefois limitée, dans la mesure où seules peuvent être transmises aux autres autorités et services les informations nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches.

Amélioration du perfectionnement du personnel des services d'intervention en cas de crise et des tribunaux

Pour mieux exploiter à l'avenir les instruments que le droit actuel offre aujourd'hui en matière de protection contre la violence, les menaces et le harcèlement, il importe que le personnel des autorités et des services chargés de la protection des victimes de ces actes dispose des connaissances et des compétences utiles. L'exécution étant du ressort des cantons, c'est donc à ces derniers qu'il incombe d'assurer – s'ils ne l'ont pas déjà fait – le perfectionnement nécessaire.

3.2.2 Mise en œuvre de la motion Perrin (09.4017)

Nécessité d'une base légale explicite

Pour assurer en particulier l'application des mesures d'éloignement ordonnées par le juge, l'avant-projet prévoit, en exécution des propositions de la motion Perrin (09.4017), d'introduire une *surveillance électronique*⁹². Cette nouvelle mesure de protection en droit civil permettrait, sur la base d'une décision judiciaire, de contrôler les personnes potentiellement violentes au moyen d'un dispositif électronique. Le nouvel art. 28c CC créera la base légale explicite qui est requise à cet effet.

Au fil des travaux de révision s'est posée la question de savoir si l'art. 28b CC offrait une assise légale suffisante pour appliquer les mesures d'éloignement (interdiction de s'approcher, de prendre contact avec la victime ou de se tenir dans certains lieux) au moyen d'un dispositif électronique fixé à l'auteur. Au terme d'un examen approfondi, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion que ce dispositif équivalait à une mesure de contrainte portant gravement atteinte à l'intégrité psychique et physique de l'intéressé, au point de commander une *base légale explicite*. L'art. 28b CC ne suffit pas à concrétiser ces exigences constitutionnelles⁹³. L'utilisation de dispositifs électroniques et leur fixation aux personnes concernées pour assurer le respect des mesures d'éloignement ne sauraient être considérées selon le droit actuel comme des mesures d'exécution au sens de l'art. 343 CPC. La

⁹¹ Voir ch. 2.1.4.

⁹² Voir les considérations développées au ch. 1.2.3 concernant la *surveillance électronique* dans le droit pénal.

⁹³ Voir l'avis du Conseil fédéral du 17 février 2010 ainsi que le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 24 février 2011 relatif à la motion Perrin (note 71).

liste des mesures prévue à l'art. 343, let a à e, CPC est exhaustive⁹⁴. L'utilisation de dispositifs électroniques pourrait être assimilée à une forme de contrainte directe au sens de la lettre d. La liste non exhaustive de la let. d énonce, entre autres, l'« enlèvement d'une chose mobilière » et l'« expulsion d'un immeuble »; ces exemples indiquent clairement que le législateur visait en premier lieu la contrainte par rapport à des choses et non par rapport à des personnes. En conséquence, il y a lieu d'écarter l'art. 343 CPC comme base légale de la mesure considérée⁹⁵.

Moyens techniques de surveillance

Pour mettre en œuvre et faire respecter une mesure d'éloignement (interdiction d'approcher la victime, de prendre contact avec elle ou de se tenir dans certains lieux), on peut recourir à la surveillance mobile à l'aide du système GPS. Le bracelet est muni d'un récepteur GPS qui permet de localiser la personne aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de la zone couverte par radiodiffusion (soit l'appartement). La position de la personne surveillée est établie par GPS et transmise à la centrale de surveillance via le réseau de téléphonie mobile. De cette manière, la personne peut être localisée en tout temps: on remarque immédiatement si elle ne respecte pas l'interdiction d'approcher la victime ou de fréquenter certains lieux, ce qui permet aux autorités de réagir de manière adéquate. En outre, une alarme se déclenche si la personne se défait du bracelet.

Dans le cadre de la prévention de la violence domestique, on prévoit de munir également la victime potentielle d'un appareil GPS et de délimiter autour d'elle une zone dans laquelle l'auteur de l'atteinte a l'interdiction d'entrer. En cas d'infraction, la centrale de surveillance demande si nécessaire l'intervention de la police. Elle peut également prévenir par téléphone la personne en danger pour lui permettre de se mettre à l'abri; cela peut être utile lorsque l'auteur et sa victime se retrouvent par hasard dans un même périmètre. Cette dernière a également la possibilité d'envoyer un signal de détresse. Dans les cas moins graves, le juge peut aussi ordonner, au lieu d'une surveillance en temps réel, de ne munir que la personne potentiellement dangereuse d'un émetteur indiquant sa position. Ce type de surveillance est indiqué lorsqu'on estime qu'il suffit qu'elle se sache surveillée pour respecter l'interdiction de contact ou l'interdiction géographique. En revanche, la surveillance *statique* par radio convient avant tout dans le cadre d'une privation de liberté ordonnée en remplacement d'une détention dans un établissement pénitentiaire⁹⁶. La personne concernée porte alors au poignet ou à la cheville un émetteur qui envoie des signaux au récepteur, lequel peut être installé dans son appartement. Un modem intégré au récepteur transmet les signaux à l'ordinateur de la centrale de surveillance, qui

⁹⁴ *Kofmel Ehrenzeller Sabine*, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (éd.), *Kurzkommentar ZPO*, 2^e éd., Bâle 2014, art. 343 n° 3; ou encore le message et l'art. 341 P-CPC, FF **2006** 6992.

⁹⁵ A propos de l'inadmissibilité de la contrainte physique, voir en particulier *Staehelein Adrian/Staehelein Daniel/Grolimund Pascal*, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Zurich 2012, § 28 N 43; *Jeandin Nicolas*, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, *CPC Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011, art. 343 n° 4 et 15; à propos de la nécessité d'une base légale explicite pour l'utilisation de mesures de contrainte en cas d'obligations de ne pas faire *Guldener Max*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 1979, pp. 626 ss; opinion divergente *Rohner Thomas/Jenny Reto M.*, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo (éd.), *ZPO – Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar*, Zurich/St-Gall 2011, art. 343 n° 18.

⁹⁶ Voir ch. 1.2.3.

compare les données reçues avec les données théoriques configurées. Si le porteur du bracelet s'éloigne trop du récepteur, l'autorité compétente en est immédiatement alertée.

Conditions et procédures applicables pour ordonner un dispositif électronique

Le nouvel art. 28c AP-CC précise les conditions dans lesquelles le juge peut ordonner un dispositif électronique pour assurer l'observation des mesures d'éloignement au sens de l'art. 28b CC. En premier lieu, une telle mesure n'est autorisée que si elle semble adaptée, proportionnée et nécessaire pour la mise en œuvre de l'interdiction, en particulier si des mesures moins rigoureuses ont échoué ou apparaissent a priori insuffisantes. Conformément au principe de disposition (art. 58, al. 1, CPC) applicable dans la procédure civile, le juge ne peut ordonner une telle mesure que si le demandeur le requiert et toujours pour une durée limitée. L'avant-projet prévoit une durée maximale de douze mois, mais la mesure peut être renouvelée plusieurs fois pour douze mois au plus.

L'exécution de la mesure incombe aux cantons. Ceux-ci doivent désigner le service compétent et veiller à ce que les données relatives aux personnes concernées ne soient utilisées que pour la mise en œuvre de l'interdiction. La nouvelle disposition précise que la mesure de surveillance électronique ne doit pas engendrer de coût pour le demandeur. C'est le seul moyen pour faire en sorte que cette nouvelle mesure soit effectivement demandée et ordonnée et pour assurer ainsi une meilleure protection aux victimes.

3.2.3 Simplification et gratuité de la procédure civile

Suppression de la conciliation obligatoire en cas de procédure pour violence domestique ou harcèlement obsessionnel

La conciliation obligatoire prévue dans les procédures simplifiées et également applicable aux infractions visées à l'art. 28b CC constitue dans la pratique un réel handicap et ne semble de surcroît pas déployer de réels résultats positifs dans le sens d'une réconciliation⁹⁷. A partir de ce constat, il est proposé de la supprimer pour toutes les demandes fondées sur l'art. 28b CC. Il s'ensuivrait un parallélisme entre procédure principale et mesures provisionnelles, puisque dans les deux cas, la demande devrait être directement adressée au tribunal.

Gratuité des actions selon l'art. 28b CC

Dans une action civile pour violence domestique ou harcèlement, la question des coûts est jugée problématique en ce sens qu'elle constitue souvent un véritable obstacle qui dissuade les victimes de demander des mesures de protection. Le problème concerne d'une part les avances sur frais souvent exigées systématiquement pour les procédures ne relevant pas du droit matrimonial (voir art. 98 CPC), d'autre part la disposition générale de l'art. 111, al. 2, CPC selon laquelle le demandeur à qui il incombe de fournir des avances doit, s'il a gain de cause,

⁹⁷ Gloor/Meier/Büchler (note 28).

réclamer les avances fournies à la partie qui succombe, laquelle est le plus souvent l'auteur des violences⁹⁸.

Le Conseil fédéral propose de ne pas percevoir de frais judiciaires dans les procédures au fond pour les litiges portant sur des violences, des menaces ou du harcèlement au sens de l'art. 28b CC, ni lorsque le juge ordonne la fixation obligatoire d'un dispositif électronique selon l'art. 28c AP-CC. Les demandeurs ne seront plus tenus au paiement d'avances sur les frais judiciaires, et le risque d'insolvabilité ne se trouvera plus reporté sur la personne lésée.

3.2.4 **Pesée globale des intérêts avant la suspension, la reprise ou le classement de la procédure pénale**

L'introduction en 2004 de la poursuite d'office pour les actes de violence dans le couple n'a pas entraîné d'augmentation du nombre de condamnations pour ce type d'infractions. Les *suspensions et les classements demeurent la règle dans les procédures* pour violence dans les relations de couple. Dans ce domaine, les autorités ne disposent que d'une marge d'appréciation très étroite. Si la victime requiert la suspension de la procédure, les autorités sont tenues de satisfaire à sa demande conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour autant qu'elle résulte de sa libre volonté. Une fois suspendue, la procédure ne peut être reprise que si la victime ou son représentant légal révoque sa demande. A défaut, elle est classée dans un délai de six mois (art. 55a, al. 2 et 3, CP)⁹⁹.

Le sort des procédures pour violence dans les relations de couple dépend pour l'essentiel *du comportement et des déclarations de la victime*. Les modifications apportées aux dispositions procédurales n'empêchent pas qu'une victime de violences commises par un proche ait du mal à entreprendre les démarches nécessaires pour ouvrir une poursuite pénale ou obtenir une condamnation de l'auteur¹⁰⁰. L'objectif d'une victime de violence est moins de punir l'auteur que *d'améliorer sa propre situation*. La retenue de la victime a une incidence sur tout le déroulement de la procédure: sur la dénonciation, sur la révocation d'une demande de suspension ainsi que sur les déclarations contre le prévenu devant les autorités de poursuite pénales et devant le juge. La victime doit évaluer si l'ouverture d'une procédure pénale est susceptible d'améliorer sa situation. Même lorsqu'elle a osé faire un premier pas en dénonçant les faits, la procédure dépendra grandement de sa coopération. Elle peut être amenée à relativiser sa déposition, notamment lorsqu'elle ne souhaite plus une condamnation, qu'elle cède à la pression de l'auteur ou qu'elle n'a plus qu'un vague souvenir de l'incident. Or, sans déposition de la victime, les éléments de preuve viennent à manquer¹⁰¹.

Le Conseil fédéral souhaite protéger la victime. Il ne veut plus la laisser seule face au choix de poursuivre ou non la procédure. Les autorités ne devraient plus être obligées de répondre sans autre considération au souhait de la victime; il faut donc augmenter leur marge d'appréciation. D'autre part, c'est à elles que doit revenir la responsabilité de la décision quant à la suspension, à la reprise ou au classement d'une procédure. Elles doivent procéder à une pesée des intérêts entre l'intérêt

⁹⁸ Gloor/Meier/Büchler (note 28).

⁹⁹ Rapport en réponse à la motion Heim (note 81), pp. 33 s.

¹⁰⁰ Voir FF 2003 1779, 1783.

¹⁰¹ Rapport en réponse à la motion Heim (note 81), pp. 34 s. et 40 s.

public à l'engagement d'une poursuite pénale et l'intérêt de la victime à la suspension ou au classement de la procédure. Les autorités rendent leur décision en prenant en compte, outre les déclarations de la victime, une série d'éléments qu'elles apprécieront librement. D'où la proposition d'ajouter à l'art. 55a al. 2 CP une liste non exhaustive de points que l'autorité devra considérer au moment de statuer.

3.2.5 Subordination de la suspension, de la reprise ou du classement de la procédure à la fréquentation d'un programme de prévention

Problèmes posés par l'obligation de fréquenter un programme de prévention¹⁰²

La motion Heim (09.3059) propose d'astreindre l'auteur de violence dans le couple à suivre des programmes d'apprentissage contre la violence. Elle demande que la procédure puisse être *suspendue* uniquement si l'auteur *fréquente* un tel programme, le *classement* étant subordonné à la *réussite* du programme. Or, faire dépendre la suspension ou le classement de la procédure de la fréquentation d'un programme d'apprentissage n'est pas sans poser une série de problèmes.

L'une des conditions matérielles nécessaires pour ordonner un programme d'apprentissage est la *volonté de coopérer* manifestée par l'auteur des violences. Si celui-ci n'est pas disposé à suivre un tel programme, l'y obliger n'a pas de sens, car sans véritable motivation, le programme restera sans effet.

Pour suivre un tel programme, le prévenu doit aussi posséder les *connaissances linguistiques et le niveau d'instruction* requis. Le public cible des programmes d'apprentissage n'est pas homogène. Si l'on entend rendre de tels programmes obligatoires, il faudrait les adapter en fonction de leur destinataire. Autrement dit, il y aurait lieu d'offrir *un large éventail de programmes*¹⁰³.

Il conviendrait ensuite de préciser dans quel *délai* l'auteur serait tenu de suivre un tel programme et comment en contrôler *l'efficacité*. Subordonner le classement de la procédure à la *réussite* du programme suppose non seulement que le prévenu coopère et laisse espérer un changement de comportement; on attend de lui qu'il ne commette plus d'actes de violence à l'avenir. La suite de la procédure devrait dépendre des progrès mesurés.

Une solution consisterait à mandater un expert pour établir un *pronostic* quant au comportement futur du prévenu. Ce type d'expertises est requis par exemple lorsqu'il s'agit d'ordonner une mesure (art. 56 ss CP) ou de libérer une personne particulièrement dangereuse de l'exécution d'une mesure (art. 62d, al. 2, et art. 64b, al. 2, let. b, CP). L'expérience montre que les expertises sont généralement longues et coûteuses; dans certains cas, elles peuvent durer aussi longtemps que le programme d'apprentissage lui-même. De plus, un tel pronostic ne constitue pas une

¹⁰² Rapport en réponse à la motion Heim (note 81), pp. 34 s. et 40 s.

¹⁰³ Justizvollzug Kanton Zürich, Bewährungsdienst Zürich II, Lernprogramm als neue Interventionsform in der Strafjustiz – Schlussbericht zum Modellversuch 1999–2003, mars 2006, disponible sous: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/modellversuche/evaluationsberichte/schluss-ber-lernprogramm-d.pdf (état: 24.8.2015); concernant les conditions du programme d'apprentissage « Partnerschaft ohne Gewalt », voir p. 24.

garantie quant au comportement futur du prévenu. On peut aussi imaginer que les autorités observent et évaluent le *comportement* du prévenu pendant un certain temps après la fin du programme. Elles seraient alors tributaires des dires du prévenu, de la victime, des proches et d'autres participants au programme. Or, on peut admettre que leurs propos ne sont pas nécessairement conformes à la réalité. De plus, l'observation du comportement du prévenu devrait durer un certain temps.

Toutes les méthodes impliquent une charge *administrative et financière considérable* et surtout *beaucoup de temps*. L'investissement en temps entre en conflit avec le principe de célérité de la procédure pénale (art. 5 CPC), étant entendu qu'il n'est guère possible d'évaluer le succès d'un programme dans des délais et avec des moyens raisonnables.

Participation volontaire à un programme d'apprentissage comme condition d'une suspension

Comme nous l'avons vu, faire dépendre la suspension de la procédure de la fréquentation d'un programme d'apprentissage ou son classement de la réussite dudit programme pose, d'après le Conseil fédéral, une série de problèmes. Dans nombre de cas, l'astreinte à suivre un tel programme n'a pas pour effet d'empêcher le prévenu de commettre d'autres actes de violence¹⁰⁴.

En tout état de cause, le Conseil fédéral juge judicieux que les autorités appelées à statuer sur une suspension prennent en compte la *participation volontaire* à un programme d'apprentissage. Il estime utile de retenir ce critère dans la liste des points à considérer. Le ministère public ou le tribunal prendra en compte le fait que le prévenu suit un programme d'apprentissage contre la violence ou a entrepris d'autres démarches pour agir sur son comportement.

3.2.6 Poursuite de la procédure pénale en cas de suspicion de violence réitérée

La motion Heim (09.3059) propose que les procédures pénales ne puissent plus être suspendues ou classées en cas de violences répétées et que les procédures déjà suspendues soient reprises d'office dans pareilles circonstances. Le Conseil fédéral adhère sur le principe à cette proposition qu'il juge raisonnable. Si l'autorité a lieu de penser que le prévenu a commis de nouveaux actes de violence dans le couple, il est grandement dans l'intérêt de l'Etat et de la victime de clarifier les faits par la voie d'une procédure pénale.

De l'avis du Conseil fédéral, une série de dénonciations et de classements ne constituent pas une base suffisante pour juger de manière fiable, dans une procédure pénale, si des violences ont effectivement été exercées dans le cadre d'une relation de couple. La présomption d'innocence s'applique aux procédures pénales en cours ou classées (art. 32, al. 1, Cst, art. 10, al. 1, CPP). Le fait que la poursuite ou la reprise de la procédure dépende en définitive de la décision de la victime de dénoncer plusieurs fois l'auteur milite aussi contre l'interdiction de classement en cas de dénonciations répétées. Cette interdiction risquerait de dissuader les victimes de violences réitérées de s'annoncer aux autorités. Seule une condamnation entrée

¹⁰⁴ Voir à ce sujet en détail le rapport en réponse à la motion Heim (note 81), pp. 28 ss, 38 ss

en force inscrite au casier judiciaire atteste qu'une personne a déjà exercé des violences¹⁰⁵.

Le Conseil fédéral propose de supprimer la possibilité de suspendre la procédure pénale pour violence au sein du couple, lorsqu'une *condamnation pénale entrée en force est inscrite au casier judiciaire* pour des actes de violence commis contre le conjoint, ou le ou la partenaire. Les actes préalables retenus sont les infractions contre la vie et l'intégrité corporelle (art. 111 ss CP), contre la liberté (art. 180 ss CP) ou contre l'intégrité sexuelle (art. 187 ss CP), autrement dit des infractions graves commises au sein d'une relation de couple actuelle ou passée.

3.2.7 Mise en œuvre de la motion Keller-Sutter (12.4025): audition de la victime avant le classement définitif de la procédure pénale

Le Conseil fédéral estime que l'audition de la victime au terme de la suspension d'une durée de près de six mois n'amènera par nécessairement plus de victimes à exiger la poursuite de la procédure. A son sens, l'audition fait peser sur les épaules de la victime une responsabilité aussi lourde qu'au moment de décider d'une demande de suspension.

Néanmoins, l'audition obligatoire de la victime avant le classement de la procédure apportera une série d'avantages. La victime sera invitée à s'exprimer sur l'évolution de la situation au cours des six mois précédents. De plus, elle sera appelée à exprimer sa volonté quant à la poursuite de la procédure peu de temps avant son classement¹⁰⁶. A l'avenir, la victime devra donner explicitement son avis sur la poursuite ou le classement de la procédure. Le simple fait qu'elle ne se manifeste pas pendant le délai de six mois ne suffira plus.

Comme pour la suspension de la procédure, son classement ne dépend pas de la volonté exprimée par la victime. Si celle-ci requiert le classement et que l'autorité compétente juge que l'intérêt de l'Etat à la poursuite pénale l'emporte, l'autorité pourra reprendre la procédure.

3.3 Mise en œuvre

Il n'est pas nécessaire de concrétiser dans une ordonnance les modifications de loi proposées. Les adaptations du droit civil appelleront quelques ajustements dans le droit cantonal, notamment une modification des dispositions régissant les mesures de police immédiates (voir ch. 1.3). En outre les cantons devront adopter une réglementation d'exécution pour ordonner la fixation de dispositifs électroniques.

¹⁰⁵ Voir rapport en réponse à la motion Heim (note 81), pp. 43 s.

¹⁰⁶ Voir rapport en réponse à la motion Heim (note 81), pp. 45 s.

3.4

Classement d'interventions parlementaires

Nous proposons de considérer les interventions parlementaires suivantes comme réalisées, et de les classer:

2010 M 09.3059 Endiguer la violence domestique
(N 03.06.09; E 10.12.09; N 03.03.10)

Cette motion chargeait le Conseil fédéral d'établir un rapport sur la pratique des cantons en matière de suspension de la procédure au sens de l'art. 55a CP et de proposer, sur la base dudit rapport, des mesures pour endiguer ces actes de violence et renforcer le statut juridique des victimes. Le Conseil fédéral devait évaluer en particulier des mesures faisant dépendre la suspension de la procédure de la fréquentation d'un programme de prévention de la violence et son classement de l'absence de récidive. Le mandat d'examen a été exécuté par le rapport du Conseil fédéral du 28 janvier 2015. Pour concrétiser ses conclusions, le Conseil fédéral propose d'intégrer à l'art. 55a CP la participation volontaire à un programme de prévention de la violence en tant qu'éléments de la décision relative à la suspension. En outre, la suspension de la procédure ne sera plus possible en cas de nouveaux actes de violence dans le couple.

2011 M 09.4017 Protection des femmes battues
(N 03.03.10; E 30.05.2011)

La motion charge le Conseil fédéral d'assurer une meilleure protection aux femmes victimes de violences domestiques en mettant en place des dispositifs électroniques pour contrôler les auteurs des violences. La modification proposée, qui permettra la fixation d'un dispositif pour mettre en œuvre et faire respecter les mesures de protection de droit civil (art. 28c AP-CC), vaut réalisation de la motion.

2013 M 12.4025 Mieux protéger les victimes de violences domestiques (E
14.03.13; N 23.09.2013)

Cette motion charge le Conseil fédéral d'adapter l'art. 55a CP de manière à ce que, avant le classement définitif d'une procédure pénale par le ministère public, la victime soit à nouveau auditionnée et ses propos pris en compte. L'introduction d'un nouvel al. 5 à l'art. 55a CP satisfait aussi aux exigences de cette motion.

4

Commentaires article par article

4.1

Code civil

Art. 28b, al. 3^{bis}

Il est prévu de compléter l'art. 28b CC par un nouvel al. 3^{bis} réglant la communication aux autres autorités et aux tiers des décisions judiciaires relatives à la protection de droit civil contre la violence.

L'évaluation a montré que l'information ou l'implication insuffisante d'autres autorités dans des cas de violence domestique, qui sont souvent liés à une situation conflictuelle complexe, s'expliquent par une lacune spécifique du droit en vigueur (pour les détails, voir ch. 2.1.4). Notamment, le service chargé d'intervenir en cas de crise visé à l'al. 4 de cet article, mais aussi les autorités de protection de l'enfant et

de l'adulte, doivent être au courant des mesures de protection prises en vertu du droit civil, de sorte à éviter les doubles emplois, les problèmes de coordination et les lacunes de la protection, dans l'intérêt de tous.

Une nouvelle obligation a donc été inscrite dans la loi: le juge devra communiquer sa décision sur une mesure de protection au sens de l'art. 28b CC aux autorités de protection de l'enfant et de l'adulte et au service cantonal visé à l'art. 28b, al. 4, CC. Cependant, il ne pourra leur transmettre des données que dans la mesure où c'est indispensable à l'accomplissement de leurs tâches. L'al. 3^{bis} constitue la base légale nécessaire à la communication de la décision aux autorités concernées, comme l'exige l'art. 240 CPC.

Ainsi, le service compétent visé à l'art. 28b, al. 4, CC, notamment l'autorité de police, aura connaissance des mesures de protection de droit civil en cas de crise, ce qui permettra d'améliorer la coordination avec des mesures pénales ou institutionnelles de protection contre la violence. Il est par ailleurs indispensable que les autorités compétentes de protection de l'enfant et de l'adulte soient elles aussi informées sur les mesures visées à l'art. 28b CC. En effet, elles doivent souvent prendre des mesures complémentaires pour protéger les enfants concernés ou régler le droit de visite d'un parent qui a été interdit d'accès au logement ou frappé d'une interdiction de s'approcher, de fréquenter certains lieux ou de prendre contact avec le demandeur. Le tribunal compétent a une liberté d'appréciation en la matière, en fonction des informations dont il dispose et compte tenu du principe de la proportionnalité.

A cet égard, une grande importance revient à l'entraide administrative entre les différentes autorités, qui peut prendre la forme d'une coordination ou du moins d'une information préalable à une décision. Le tribunal peut aussi requérir des renseignements écrits des services officiels en vertu de l'art. 190 CPC.

Art. 28b, al. 4, 2^e phrase

Hormis la création des services d'intervention en cas de crise destinés aux victimes de violence, de menaces ou de harcèlement, les cantons veilleront à ce que le personnel de ces services ou des tribunaux chargé de garantir la protection contre ces atteintes dispose des connaissances nécessaires à son activité spécifique. Un perfectionnement ad hoc est indispensable à cette fin. Les cantons sont libres d'en définir la forme concrète: ils peuvent notamment proposer des cours et séminaires à l'intention des décideurs, qui doivent connaître les possibilités offertes en matière de protection contre la violence et les difficultés pratiques liées à leur mise en œuvre et développer la sensibilité nécessaire à l'exercice de leur activité.

Art. 28c Fixation d'un appareil électronique

Ce nouvel article permet au juge d'ordonner la fixation d'un appareil électronique dans le cadre de la mise en œuvre d'une mesure de protection au sens de l'art. 28b CC et établit les conditions et la procédure en la matière.

L'al. 1 définit l'appareil électronique, le domaine d'application et les conditions requises pour que sa fixation soit ordonnée.

Un *appareil électronique* peut être fixé à l'auteur de l'atteinte afin de le localiser à tout moment, si cette mesure semble nécessaire pour la mise en œuvre d'une mesure

de protection au sens de l'art. 28b CC. A cette fin, la victime doit en principe également porter un appareil électronique, pour autant qu'il s'agisse de faire respecter l'interdiction d'approcher une personne, de fréquenter certains lieux ou de prendre contact avec elle, notamment dans le domaine de la violence domestique. Le système doit fonctionner par GPS et peut soit garantir une surveillance en temps réel, soit, exceptionnellement, permettre seulement d'établir et enregistrer le lieu où se trouve l'auteur (pour les moyens techniques, voir ch. 3.2.2).

Cette nouvelle mesure n'est applicable que dans le contexte d'une interdiction au sens de l'art. 28b, al. 1, CC. Autrement dit, il faut qu'une interdiction d'approcher le demandeur, de fréquenter certains lieux ou de prendre contact avec lui ait été prononcée antérieurement ou en même temps que la mesure. La fixation peut être ordonnée par le tribunal qui statue sur la cause ou par le tribunal de l'exécution et avoir lieu dès que l'interdiction est prononcée à titre provisionnel (voir al. 2). La compétence territoriale appartient au tribunal du domicile du demandeur (victime) ou de l'auteur (voir art. 20, let. a, 13 et 339 CPC).

Il existe d'autres formes de violence dont il convient de tenir compte dans le cadre de l'art. 28b CC, notamment la menace et la persécution d'une personne, autrement dit les actes couverts par le terme de harcèlement obsessionnel¹⁰⁷. La Convention d'Istanbul porte sur ce domaine¹⁰⁸. Ajouter dans le code civil une disposition qui se limiterait à protéger les « femmes battues », comme le réclame l'auteur de la motion 09.4017, serait contraire à l'art. 8 Cst., qui instaure l'égalité des sexes. En effet, les violences au sein du couple peuvent être le fait de chacun des deux conjoints¹⁰⁹. De telles violences peuvent frapper d'autres membres du ménage, comme les enfants et les jeunes, ou être exercée par ceux-là contre leurs parents.

La fixation d'un appareil électronique présuppose une requête du demandeur. Conformément aux principes généraux de la procédure civile, le principe de disposition (art. 58, al. 1, CPC) est applicable en l'occurrence; une fixation d'office est exclue. Il semble d'ailleurs dénué de sens de l'ordonner contre la volonté du demandeur. La procédure simplifiée au sens des art. 243 ss CPC s'applique fondamentalement aux actions relevant de l'art. 28b CC (art. 243, al. 2, let. b, CPC). L'art. 247, al. 2, let. a, CPC prévoit que le tribunal établit les faits d'office dans les affaires qui lui sont soumises (maxime inquisitoire). Le tribunal peut donc informer le demandeur de la possibilité d'avoir une protection au moyen d'un appareil électronique dans le cadre de l'obligation d'interpellation accrue¹¹⁰. Si la procédure sommaire au sens des art. 248 ss CPC est exceptionnellement applicable, notamment en cas de fixation préventive de l'appareil, le tribunal peut interpellier les parties au sens de l'art. 56 CPC afin de clarifier et de compléter leurs allégués.

La fixation sur ordre judiciaire d'un bracelet électronique au poignet ou à la cheville de la personne à surveiller est une mesure qui porte considérablement atteinte à sa sphère privée, et donc à sa personnalité. L'auteur voit son droit à l'autodétermination en matière d'information sérieusement entamé. Pour pouvoir restreindre pareillement ses droits fondamentaux, il est indispensable de respecter le principe de proportionnalité (art. 5, al. 2 et art. 36, al. 3, Cst.), auquel se réfère la 2^e phrase de

¹⁰⁷ FF 2005 6440

¹⁰⁸ Voir ch. 1.4.3.

¹⁰⁹ Zoder (note 85), p. 19.

¹¹⁰ Fraefel Christian, in: Oberhammer Paul/Domej Tanja/Haas Ulrich (éd.), *Kurzkommentar ZPO*, Bâle 2014, art. 247 n° 8.

L'al. 1. Une telle restriction n'est donc possible que si des mesures moins radicales n'ont pas eu les effets escomptés ou paraissent d'emblée insuffisantes. Il s'agit d'une mesure de protection subsidiaire qui ne se justifie que si l'auteur de l'atteinte a déjà transgressé une interdiction prononcée en vertu de l'art. 28b, al. 1, CC ou s'il est probable qu'il le fera et donc qu'on peut conclure que la victime potentielle court un réel danger. De plus, il est indispensable que la mesure soit limitée dans le temps (voir le commentaire de l'al. 2) et que le dispositif électronique ne fonctionne que dans une zone prédéfinie. On peut partir de ce principe par exemple si l'auteur des atteintes déclare devant le juge qu'il n'a pas l'intention de respecter l'interdiction d'approcher la victime ou s'il a déjà violé des interdictions prononcées dans le passé.

L'al. 2 fixe la *durée maximale* pour laquelle la fixation d'un appareil électronique peut être ordonnée, car il s'agit là d'une mesure qui porte considérablement atteinte à la sphère privée et à la personnalité de l'auteur. La durée maximale est de douze mois si cette fixation est ordonnée à titre ordinaire. Le tribunal peut la renouveler plusieurs fois, à chaque fois pour douze mois au maximum, si les conditions la justifiant sont toujours remplies (al. 2, 2^e phrase). Dans l'intérêt de la victime, cette mesure de protection déploie ses effets à moyen terme, durant une période prévisible, permettant ainsi un apaisement et une détente de la situation dangereuse. En contrepartie, la limitation de la durée garantit que la nécessité de la mesure ordonnée est réexaminée périodiquement, dans l'intérêt de l'auteur et dans l'intérêt public. La durée maximale de douze mois ne peut être prolongée si la mesure est ordonnée à titre provisionnel (al. 2, 3^e phrase). Elle peut cependant être ensuite ordonnée à titre ordinaire dans le cadre de la procédure au fond.

L'al. 3 statue que l'*exécution* de l'ordre du juge est du ressort des cantons, qui désignent le service compétent et déterminent la procédure à proprement parler (prononcé, application, mise en œuvre et aménagement de la mesure). Pour des raisons de coût et d'efficacité, il est à cet égard raisonnable d'utiliser des techniques, structures et organisations connues dans le domaine de l'exécution des peines et mesures ou de s'en inspirer. Selon cette disposition, la pose du dispositif et la gestion de la centrale de surveillance pourraient être confiées à une entreprise privée ou à la police. Ces tâches pourraient également être réparties entre plusieurs services privés ou publics.

La protection des données impose que les cantons garantissent le respect du but du traitement des données, pour éviter que les enregistrements soient utilisés à d'autres fins que la prévention de la violence dans le cas visé (al. 3, 2^e phrase). Le droit de toute personne d'être protégée contre l'emploi abusif des données la concernant (art. 13, al. 2, Cst.) implique par ailleurs celui, pour la personne concernée, d'obtenir leur destruction, une fois que la mesure de protection a pris fin¹¹¹.

En plus de la réglementation proposée à l'art. 114, let. g, CPC, selon lequel il n'est pas perçu de frais judiciaires dans la procédure au fond dans les litiges portant sur des violences, des menaces ou du harcèlement au sens des art. 28b CC et 28c AP-CC¹¹², la fixation d'un appareil électronique ne doit pas engendrer de coût pour la victime (al. 3, 3^e phrase). Le droit cantonal ne peut donc pas subordonner l'exécution de l'ordre du juge au versement d'une avance de frais par le demandeur.

¹¹¹ Schweizer Rainer J., in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014, art. 13, n° 85.

¹¹² Voir commentaire de cette disposition, ch. 4.2.

Le coût de l'exécution doit être à la charge de l'auteur déjà sous le coup d'une mesure au sens de l'art. 28b, pour autant que celui-ci dispose des moyens financiers nécessaires, et des pouvoirs publics.

L'al 4 précise que pour le surplus, la décision du juge relative à l'appareil électronique est soumise au code de procédure civile. Hormis les dispositions spécifiques relatives à l'art. 28b CC (voir art. 243, al. 2, let. b, CPC et art. 114, let. g, et 198, let. a^{bis}, AP-CPC), il s'agit notamment de la réglementation des compétences, des coûts, de la procédure et des voies de droit.

Titre final

De l'entrée en vigueur et de l'application du code civil

Art. 6d

Conformément au droit transitoire, les modifications proposées à l'art. 6d, tit. fin. AP-CC seront aussi applicables aux procédures pendantes pour violence, menaces ou harcèlement au sens de l'art. 28b CC. Les nouveautés concernant la communication de la décision (art. 28b, al. 3^{bis}, AP-CC) et la possibilité d'ordonner la fixation d'un appareil électronique (art. 28c AP-CC) s'appliqueront à toutes les procédures dès l'entrée en vigueur des dispositions concernées. En vertu du droit transitoire, le tribunal de l'exécution pourra ordonner la fixation d'un appareil électronique sur la base du nouvel art. 28c AP-CC même si l'interdiction au sens de l'art. 28b CC a été prononcée avant l'entrée en vigueur de l'art. 28c AP-CC.

4.2 Code de procédure civile

Art. 114, let. g

La réglementation en vigueur, selon laquelle il n'est pas perçu de frais judiciaires dans la procédure au fond pour des raisons de politique sociale, sera étendue aux litiges liés à la violence, aux menaces ou au harcèlement au sens de l'art. 28b CC et à la fixation de l'appareil électronique au sens de l'art. 28c AP-CC. Sous réserve de mauvaise foi ou de procédés téméraires, toutes les procédures et décisions relevant de ces articles seront gratuites pour toutes les parties. En effet, les demandes relevant des art. 28b CC et 28c AP-CC ont souvent un caractère existentiel pour la victime et la mise en œuvre du droit répond à un intérêt public particulier. Le problème des coûts soulevé lors de l'évaluation a ainsi été désamorcé au bénéfice de la victime, qui est notamment exemptée de l'obligation de verser l'avance de frais et de contribuer aux frais judiciaires, lesquels sont réglés souvent de façon peu satisfaisante¹¹³.

La gratuité concerne les frais judiciaires, mais non l'obligation de payer les dépens alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ne sont concernées que les demandes relevant des art. 28b CC et 28c AP-CC en dehors des procédures matrimoniales telles que procédures de divorce ou de protection de l'union conjugale; dans ces dernières, les conditions de l'assistance judiciaire sont souvent remplies ou il existe

¹¹³ Pour les détails, voir ch. 2.1.4.

un droit au versement d'une avance de frais par le conjoint disposant des ressources financières nécessaires. La gratuité ne concerne donc que la procédure au fond, y compris la procédure en matière de mesures et celle de recours. Elle ne s'applique pas à la procédure de recours devant le Tribunal fédéral, ni à une procédure d'exécution indépendante, à l'exception de l'ordre de fixer un appareil électronique au sens de l'art. 28c AP-CC et de son exécution (voir cependant le commentaire de l'art. 28c, al. 3, AP-CC).

Art. 198, let. a^{bis}

La conciliation n'est plus prévue pour les procédures au fond – peu nombreuses – engagées en vertu de l'art. 28b CC en dehors des procédures matrimoniales (voir résultats de l'évaluation, ch. 2.1.4); conformément à l'art. 243, al. 2, let. b, CC, la procédure simplifiée s'applique dans ces cas quelle que soit la valeur litigieuse. Ces procédures seront simplifiées dans la mesure où il sera possible de les engager directement auprès du tribunal compétent. Un autre obstacle procédural est ainsi levé pour la victime (voir ch. 2.1.4). Cela se justifie notamment parce que ces procédures ne se prêtent que rarement à une conciliation. Si un accord semble possible, il pourra toujours avoir lieu lors d'un débat (d'instruction) ordonné dans le cadre d'une procédure simplifiée.

Art. 243, al. 2, let. b

Disposition adaptée sur le plan rédactionnel et complétée compte tenu du nouvel art. 28c AP-CC.

Art. 407c

Conformément au droit transitoire, les nouvelles dispositions en matière de procédure s'appliqueront dès leur entrée en vigueur à l'ensemble des procédures, même celles qui sont déjà en cours. En particulier, il ne sera plus perçu de frais judiciaires dans ces procédures (art. 114, let. g, AP-CPC).

4.3 Code pénal

Art. 55a

La disposition du CP relative à la suspension de la procédure a été modifiée et complétée par deux nouveaux alinéas.

La phrase introductive de l'*al. 1* ne change pas quant au fond, mais est *adaptée sur le plan linguistique*. Comme dans la partie générale du CP et aux autres articles, il n'est plus question des « tribunaux » au pluriel, mais du « tribunal » au singulier. En outre, les autorités pouvant suspendre la procédure sont mentionnées comme une alternative, à l'instar des autres alinéas de l'art. 55a CP.

Le *champ d'application* de l'art. 55a CP, défini à l'*al. 1* sur les plans matériel et personnel, reste inchangé. L'*al. 1, let. b*, est également repris quant au fond, mais complété par l'expression « du ministère public ou du tribunal ». Comme dans le

droit actuel, une suspension de la procédure est possible à condition que la victime ou, lorsqu'elle n'a pas l'exercice des droits civils, son représentant légal le requière ou donne son accord à la proposition de suspension. L'autorité doit à cet égard s'assurer que la victime a pris sa décision en toute autonomie, en d'autres termes qu'elle n'a pas été influencée par la violence, par la tromperie ou par la menace, et qu'elle a été dûment informée des possibilités d'aide qu'elle pouvait solliciter et des autres options s'offrant à elle¹¹⁴.

Une déclaration de la victime est donc indispensable à la suspension de la procédure et constitue son point de départ, mais elle n'est pas, à elle seule, déterminante pour la décision de l'autorité. Comme le précise l'al. 2, le ministère public ou le tribunal doit prendre en considération d'autres éléments et notamment établir si l'intérêt déclaré de la victime l'emporte sur l'intérêt de l'Etat à la poursuite pénale. La formulation de la pesée des intérêts reprend celle de l'art. 319, al. 2, let. a, CPP, relative à la suspension de la procédure. Les critères qui doivent notamment être pris en compte sont énumérés aux let. a à h¹¹⁵:

- *auteur de la dénonciation (let. a)*: si la victime a porté plainte et qu'elle demande la suspension, l'expression de sa volonté paraît particulièrement réfléchie. Une suspension semble également justifiée si l'auteur de la dénonciation est le prévenu, ce qui témoigne d'une prise de conscience et d'un repentir;
- *motifs pour lesquels la victime demande ou accepte la suspension (let. b)*: si la victime demande la suspension car elle veut continuer la relation avec le prévenu, son intérêt à éviter une procédure pénale revêt une importance particulière;
- *aveux du prévenu (let. c)*: si le prévenu avoue, regrette et se repent, on peut s'attendre à un changement de comportement. Cependant, la décision de suspendre une procédure ne peut dépendre uniquement de ses aveux, qui peuvent être l'expression d'une conception patriarcale de la famille et de la conviction que le prévenu a bien agi et que la victime a mérité de subir des violences;
- *participation du prévenu à un programme de prévention de la violence ou autres efforts entrepris par lui pour modifier son comportement (let. d)*: comme aux deux lettres suivantes, il s'agit ici d'éviter des conflits futurs. La let. d mentionne le comportement du prévenu. Notamment, sa participation à un programme de prévention de la violence permet d'espérer une meilleure réaction dans des situations problématiques, mais d'autres thérapies ou consultations sont également envisageables (traitement de l'alcoolisme ou conseil en matière de dettes en cas de soucis financiers). De tels efforts mettent en évidence une forte motivation du prévenu et sa volonté d'éviter de nouveaux débordements;

¹¹⁴ FF 2003 1779, 1783

¹¹⁵ La liste se réfère à un tableau de bord établi par le canton de Berne, cité dans *Baumgartner-Wüthrich* (note 84), 23 et annexe III, et *Riedo* (note 18), p. 423; voir *Feller Klaus*, *Häusliche Gewalt als Officialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte*, Infointerne 2/2005, pp. 36 ss
www.justice.be.ch/justice/de/index/justiz/organisation/justizleitung/weiterbildungskommission/infointerne.assetref/dam/documents/Justice/OG/de/Infointerne/og_infointerne26.pdf (état 24.8.2015), pp. 45 s.

- *entente entre la victime et le prévenu sur la résolution du conflit (let. e)*: la victime et le prévenu peuvent aussi éviter les conflits futurs en travaillant ensemble pour améliorer la situation. Une telle entente entre les parties fait pencher la balance en faveur d'une suspension;
- *accroissement ou diminution des risques d'une nouvelle agression (let. f)*: par ailleurs, des *circonstances indépendantes du comportement* du prévenu et de la victime peuvent conduire à éviter les conflits futurs. Le risque de nouvelles infractions est certes particulièrement élevé dans la phase de séparation d'un couple¹¹⁶, mais la dissolution du ménage commun peut entraîner une détente et une réduction du risque d'agression. A l'inverse, des circonstances extérieures peuvent augmenter le risque d'une nouvelle agression et donc, de récidive. Il faut en tenir compte dans le cadre de la pesée des intérêts. A cet égard, une gestion systématique des risques ou des menaces, tenant compte des expériences passées de la victime et permettant d'apprécier le risque d'une nouvelle agression, serait utile aux cantons;
- *enfants concernés (let. g)*: la présence d'enfants à protéger contre la violence au sein du couple renforce fondamentalement l'intérêt à examiner les faits. Une procédure pénale peut toutefois entraîner une atteinte psychique grave pour l'enfant, notamment l'audition de l'enfant ou sa confrontation avec le prévenu. Si la procédure est malgré tout poursuivie, il faut donc prendre les dispositions nécessaires pour protéger l'enfant, prévues dans le code de procédure pénale (art. 75, al. 2, et 154, al. 4, CPP);
- *gravité de l'acte (let. h)*: enfin, il faut prendre en considération la gravité de l'acte et de ses conséquences pour la victime, c'est-à-dire la gravité de la lésion du bien juridique concerné, le caractère répréhensible de l'acte, les motivations et les buts de l'auteur et la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (voir art. 47 CP).

Des procédures pour violence dans les relations de couple intentées contre le prévenu mais classées ne sont pas reconnues comme critère. Une prise en compte systématique des plaintes antérieures classées violerait la présomption d'innocence (art. 32, al. 1, Cst. et art. 10, al. 1, CPP). Cependant, l'autorité aura connaissance de tels antécédents: si les classements au sens de l'art. 55a CC ne sont actuellement pas inscrits au casier judiciaire (art. 366 CP a contrario), l'art. 23, al. 1, du projet de loi fédérale sur le casier judiciaire, adopté par le Conseil fédéral le 20 juin 2014, prévoit de les y faire figurer¹¹⁷.

En tout état de cause, l'al. 3 exclut la suspension lorsque des violences répétées au sein du couple peuvent être soupçonnées. Si le prévenu a déjà été condamné pour violence dans la relation de couple actuelle ou dans une précédente relation, l'intérêt de l'Etat (et de la victime) à établir s'il y a récidive par une poursuite pénale l'emporte. Les actes de violence pris en compte comme infraction préalable sont plus nombreux que ceux considérés dans le cas de la récidive. Il ne s'agit pas seulement des infractions pour lesquelles une suspension est possible (art. 123, 126, 180 et 181 CP). Conformément à la let. a, toute atteinte à la vie et l'intégrité corporelle (art. 111

¹¹⁶ Voir Feuille d'information n° 6 du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes: http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00442/index.html?lang=fr_w (état 24.8.2015).

¹¹⁷ FF 2014 5685, 5696

ss CP), à la liberté (art. 180 ss CP) ou à l'intégrité sexuelle (art. 187 ss CP), et donc notamment tout acte punissable grave tel que le viol (art. 190 CP) ou les lésions corporelles graves (art. 122 CP) sont concernés, à condition qu'ils soient commis contre le conjoint ou ex-conjoint, le partenaire ou ex-partenaire enregistré, ou le partenaire ou ex-partenaire hétérosexuel ou homosexuel de l'auteur et durant la relation ou dans l'année qui a suivi sa fin, comme le précise la référence figurant à la let. b. En outre, il faut une condamnation effective, inscrite au casier judiciaire: c'est le seul moyen d'être certain qu'une personne a déjà exercé des violences par le passé. Par contre, des plaintes répétées ou des procédures pénales suspendues répétées n'offrent pas une garantie suffisante. La présomption d'innocence s'applique aux procédures pénales en cours ou suspendues (art. 32, al. 1, Cst., art. 10, al. 1, CPP).

Une suspension n'est pas la clôture, mais une interruption d'une procédure pénale, qui reste pendante et peut être *reprise*, comme le prévoit l'al. 4. Le délai de reprise est de six mois à compter de la suspension. Le ministère public ou le tribunal doit reprendre la procédure lorsque la victime (ou son représentant légal) révoque son accord par écrit ou par oral (let. a). Par ailleurs, il doit la rouvrir d'office si l'évolution de la situation l'amène à conclure que l'intérêt de l'Etat à la poursuite pénale l'emporte sur celui de la victime à la suspendre (let. b). Lors de la pesée de ces intérêts, l'autorité peut notamment utiliser les critères énumérés à l'al. 2, let. a à h. A l'instar de la décision de suspension, la déclaration de la victime n'est donc pas le seul élément déterminant. Certes, la procédure doit être rouverte à la demande de la victime, mais elle peut aussi être reprise contre sa volonté.

Enfin, l'al. 5 concerne le *classement de la procédure*. Une nouvelle disposition veut que l'autorité doit *entendre* encore une fois la victime et prendre en considération ses déclarations dans le cadre de la pesée des intérêts avant de classer l'affaire. On pourrait objecter que les faits examinés sont révolus depuis assez longtemps après environ six mois, ce qui a une influence sur les déclarations de la victime et les fait paraître moins fiables que l'audition immédiatement après les faits. Cependant, le fait que la victime ait observé et apprécié le comportement du prévenu durant un certain temps et qu'elle exprime sa volonté peu de temps avant le classement de la procédure peut présenter un avantage. Sa déclaration concerne avant tout le comportement récent du prévenu et exprime la volonté de la victime de voir la procédure suspendue à la lumière de ce comportement.

Une nouvelle audition entraîne inévitablement un travail supplémentaire pour l'autorité. La déclaration de la victime peut être écrite ou orale, comme pour la suspension (al. 1, let. b). En cas d'audition *écrite*, un formulaire est envoyé à l'adresse postale de la victime et on ne peut pas exclure que la victime puisse être influencée ou contrainte par le prévenu. Dans certaines circonstances, elle peut cependant maîtriser la situation, car elle a par exemple gagné en indépendance ou ne se trouve plus sous l'influence du prévenu après la dissolution du ménage commun. Si la victime a recours aux services d'un avocat, son accord peut être obtenu par l'intermédiaire de ce représentant légal.

La nouvelle consultation de la victime n'est pas une audition formelle à des fins probatoires, destinée à établir les faits et la vérité: elle vise à mettre en évidence le comportement du prévenu après son acte et à examiner si l'affaire doit être classée. En tout état de cause, le prévenu a un *droit de participation*, qui découle directement du droit d'être entendu garanti à l'art. 29, al. 2, Cst. Il doit pouvoir suivre l'audition orale (par analogie à l'art. 147, al. 1, CPP) et poser des questions. Il est possible

d'éviter que la victime soit confrontée avec le prévenu ou le rencontre et de prendre d'autres mesures de protection (par analogie aux art. 149 ss CPP, en particulier l'art. 152). En cas d'audition écrite, le droit de participation du prévenu se limite à une prise de position par écrit.

La victime doit être entendue une nouvelle fois avant l'expiration du délai de six mois fixé pour une éventuelle reprise de la procédure. A l'échéance de ce délai l'autorité décide de reprendre ou de classer la procédure. Si le ministère public ou le tribunal conclut que l'intérêt de la victime au classement l'emporte, il statue en ce sens.

4.4 Code pénal militaire

Art. 46b

La violence domestique peut être exercée par des personnes soumises au droit pénal militaire, par exemple lorsqu'un militaire en sortie rencontre sa partenaire et qu'un conflit survient¹¹⁸. Lors de la révision du CPM en 2004, l'art. 46b a été complété par la possibilité de suspendre une procédure pour lésions corporelles simples (art. 122 CPM), menace (art. 149 CPM) ou contrainte (art. 150 CPM) commises durant le mariage, le partenariat enregistré ou l'union libre¹¹⁹.

La modification de l'art. 46b AP-CPM reprend quant au fond la modification de l'art. 55a AP-CP. Nous vous renvoyons donc en principe au commentaire de la modification du code pénal¹²⁰.

Des adaptations ne sont nécessaires qu'au vu de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM)¹²¹. La première différence est d'ordre terminologique: conformément à la tradition de la procédure pénale militaire, la disposition mentionne la suspension provisoire et le non-lieu définitif, alors que dans la disposition parallèle du droit pénal ordinaire, il est question de la suspension et du classement. La seconde différence concerne les autorités compétentes: c'est l'auditeur ou le tribunal militaire qui décide de la suspension de la procédure ou du non-lieu définitif.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération

L'avant-projet n'a pas de conséquences pour les finances ou le personnel de la Confédération.

¹¹⁸ FF **2003** 1750, 1784

¹¹⁹ Mariage et union libre: RO **2004** 1403; FF **2003** 1750, 1779; partenariat enregistré: RO **2005** 5685; FF **2003** 1192.

¹²⁰ Voir ch. 4.3.

¹²¹ RS **322.1**

5.2

Conséquences pour les cantons

Lors de l'exécution de l'art. 28b, al. 4, 2^e phrase, AP-CC, les cantons doivent veiller à ce que le personnel des services d'intervention en cas de crise, des tribunaux et d'autres autorités chargé de garantir la protection contre la violence, les menaces ou le harcèlement disposent des offres de perfectionnement nécessaires à leur activité spécifique. Si les cantons n'ont pas encore dispensé une telle formation continue, cette obligation entraînera des coûts supplémentaires qu'il est impossible de quantifier du fait de la grande marge de manœuvre qu'ils auront.

La mise en œuvre de l'interdiction de la violence, des menaces et du harcèlement (appareil électronique) incombe aux cantons (art. 28c, al. 3, AP-CC), qui doivent désigner le service compétent et la procédure d'exécution. Une centrale d'alarme assistée par GPS ne peut fonctionner 24 heures sur 24, sept jours sur sept, que si elle dispose de plusieurs collaborateurs qui se relaient. Du point de vue du coût, la mise sur pied d'une infrastructure supracantonale semble souhaitable. En outre, compte tenu de l'introduction d'une interdiction de contact et d'une interdiction géographique, dont le respect serait également assuré par surveillance électronique¹²², il semble logique d'utiliser les mêmes infrastructures pour la surveillance au niveau tant pénal que civil afin de créer des synergies.

Vu qu'il ne sera plus perçu de frais judiciaires dans les litiges relevant de l'art. 28b CC et de l'art. 28c AP-CC (art. 114, let. g, AP-CPC), les cantons doivent s'attendre à une augmentation des frais de justice, qui est difficilement quantifiable, mais qui devrait dans l'ensemble être minime.

Indépendamment de la mise en œuvre concrète, l'ajout de cet instrument à la panoplie des mesures existantes entraînera des coûts supplémentaires pour les cantons. En contrepartie, des économies peuvent être escomptées dans le domaine des coûts dits tangibles entraînés par la violence dans les couples, qui varient de 164 à 287 millions de francs par an selon une étude commandée en 2013 par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes¹²³. On peut supposer que des investissements dans une prévention efficace de la violence conduisent à une réduction des coûts induits par les actes de violence. Il est toutefois très difficile de quantifier les économies à en attendre.

La modification de la disposition pénale concernant le classement des procédures pour violences au sein du couple est notamment motivée par le fait que seule la volonté de la victime fait foi dans la jurisprudence développée sur la base du droit en vigueur et une grande partie des procédures sont donc classées. La révision a pour objectif que l'intérêt de l'Etat à la poursuite pénale l'emporte plus fréquemment, ce qui aura des conséquences financières pour les cantons. Les procédures seront en effet plus rarement classées et déboucheront plus souvent sur un jugement. De même, l'audition obligatoire de la victime avant le classement d'une procédure représente un travail administratif et des dépenses supplémentaires.

¹²² Voir ch. 1.2.3.

¹²³ *Flidner/Schwab/Stern/Iten* (note 85), p. 99.

5.3

Conséquences pour la société

Le projet permet de mieux protéger les personnes menacées ou agressées contre la violence domestique et le harcèlement obsessionnel: des mesures plus poussées amélioreront la mise en œuvre du droit et faciliteront l'accès des victimes au système de protection. Ces nouveautés visent à réduire le nombre de cas de violence domestique et à renforcer la sécurité individuelle et collective. Les femmes et les enfants, qui sont les plus exposés, devraient tout particulièrement bénéficier des mesures proposées.

6

Aspects juridiques

6.1

Constitutionnalité et légalité

Les nouvelles dispositions des art. 28*b* et 28*c* AP-CC s'appuient sur l'art. 122, al. 1, Cst., qui attribue à la Confédération la compétence en matière de droit civil et de procédure civile.

Le dispositif technique assurera l'application de l'interdiction prononcée par le juge. La technologie employée permet de suivre en tout temps les déplacements de la personne. Tant la liberté de mouvement que la protection de la sphère privée (autodétermination en matière d'information) font partie des libertés personnelles garanties par la Constitution. Ces droits ne sont toutefois pas absolus et peuvent être limités si cela s'avère nécessaire pour préserver la sécurité publique, prévenir des actes de violence ou sauvegarder l'intégrité physique ou psychique d'un tiers. Toute atteinte à la personnalité de l'auteur doit cependant satisfaire aux conditions fixées à l'art. 36 Cst.

La disposition proposée respecte le principe de la proportionnalité (cf. art. 5, al. 2 Cst): la mesure de protection suffit pour imposer le respect des interdictions d'approcher une personne, de fréquenter certains lieux ou de prendre contact avec elle. Elle permet en effet de mettre en garde la victime contre l'agresseur et de lui épargner des actes de violence ou de harcèlement. Le caractère nécessaire de la mesure s'explique par l'absence d'autres moyens moins invasifs permettant d'obtenir des résultats identiques. L'article limite en outre la mesure dans le temps. Par ailleurs, on est en droit d'attendre du demandeur qu'il accepte de porter un dispositif électronique, puisqu'il est lui-même à l'origine des circonstances qui imposent cette mesure. Sans compter que toute mesure de prévention ou de réduction de la violence bénéficie à la société dans son ensemble.

Conformément à la répartition des tâches prévue par la Constitution, la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération (art. 123, al. 1, Cst.). Les art. 55*a* AP-CP et 46*b* AP-CPM s'appuient sur cette compétence législative.

6.2

Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

6.2.1

CEDH

La disposition proposée est conforme à l'art. 8 CEDH: la surveillance permanente de la personne concernée et la détermination du lieu où elle se trouve portent atteinte à sa sphère privée, mais elles sont temporaires. Elles ne sont pas non plus d'une gravité telle que les droits en question lui seraient déniés. En outre, la CourEDH a explicitement reconnu dans sa jurisprudence l'obligation positive de l'Etat de protéger les victimes de la violence domestique et du harcèlement, dont découle la mesure proposée¹²⁴. L'art. 45 de la Convention d'Istanbul permet de plus aux Parties de prendre des mesures telles que le suivi ou la surveillance de la personne condamnée. Enfin, dans le cadre d'une pesée des intérêts, l'intérêt de l'Etat à la protection des victimes de la violence domestique l'emporte sur le droit au respect de la vie privée garanti à l'art. 8 CEDH.

La révision proposée de l'art. 55a CP relatif à la suspension de la procédure pour violences au sein du couple est conforme à la jurisprudence de la CourEDH, selon laquelle l'Etat peut avoir l'obligation de poursuite pénale même après le retrait de la plainte pénale et contre la volonté de la victime, compte tenu de la gravité de l'acte, des blessures de la victime ou des conséquences pour les enfants vivant dans le ménage. L'intérêt public à poursuivre la procédure est d'autant plus grand que l'infraction est grave et que la probabilité de nouvelles infractions est forte, même si la victime a retiré la plainte¹²⁵.

6.2.2

Convention d'Istanbul

La Suisse a signé la Convention d'Istanbul, mais ne l'a pas encore ratifiée¹²⁶. Elle remplit néanmoins dans l'ensemble les exigences de la convention. Les Etats parties peuvent prendre des mesures plus poussées, comme c'est le cas des dispositions proposées de droit civil¹²⁷. Celles-ci ne sont pas absolument nécessaires à la transposition des règles pertinentes de la convention, mais elles sont conformes à leur esprit.

La modification proposée de la disposition concernant la suspension de la procédure pénale pour violences au sein du couple (art. 55a CP) représente même un progrès matériel par rapport à la Convention d'Istanbul. En effet, l'art. 55, al. 1, de la convention prévoit à cet égard une obligation spécifique. Comme nous l'avons déjà mentionné, les parties doivent veiller à ce que les enquêtes ou les poursuites d'infractions ne dépendent pas entièrement d'une dénonciation ou d'une plainte de la victime, et à ce que la procédure puisse se poursuivre même si celle-ci se rétracte ou retire sa plainte¹²⁸. La révision proposée va dans ce sens.

¹²⁴ Arrêts *Opuz contre Turquie* du 9 juin 2009 (requête n° 33401/02) et *Kalucza contre Hongrie* du 24 avril 2012 (requête n° 57693/10).

¹²⁵ Arrêt *Opuz contre Turquie* du 9 juin 2009 (requête n° 33401/02); voir ch. 1.4.2 et *Riedo/Allemann* (note 37), art. 55a n° 5.

¹²⁶ Voir ch. 1.4.3.

¹²⁷ La disposition relative aux mesures de suivi et de surveillance de la personne condamnée est potestative (art. 45, al. 2, de la convention).

¹²⁸ Voir ch. 1.4.3.

6.3

Protection des données

Les présentes propositions se répercutent de deux manières sur la protection des données. Premièrement, l'appareil électronique au sens de l'art. 28c AP-CC enregistre les données. Pour des motifs relevant de la protection des données, les cantons, qui sont chargés de l'exécution, doivent garantir le respect du but du traitement des données, qui ne doivent servir qu'à la prévention de la violence dans le cas visé (art. 28c al. 3, 2^e phrase) et non à d'autres fins (voir ch. 3.2.2 et 4.1). Deuxièmement, l'obligation de communiquer prévue à l'art. 28b, al. 5, AP-CC constitue une nouvelle base légale permettant de transmettre des données, notamment personnelles (voir ch. 3.2.1). Cette disposition de droit civil doit être considérée comme une *lex specialis* par rapport aux règles cantonales relatives à la protection des données; l'obligation de communiquer l'emporte donc sur ces règles.

