

LA VIOLENCE DE GENRE/CONJUGALE À L'ÉGARD DES RESSORTISSANTES ÉTRANGÈRES ET LEURS ENFANTS FACE À LA DIMENSION TRANSFRONTALIÈRE DANS L'UNION EUROPÉENNE

Carmen RUIZ SUTIL*

ABSTRACT : This contribution analyzes the progress of European law in the protection of women victims of domestic violence, by examining in particular the fate of foreign women who are third-country nationals and whose migratory situation is precarious. In the first instance, the analysis focuses on the consequences of being a victim of gender violence on the victim's residence status. Secondly, the analysis turns to the civil actions that foreign nationals can bring for gender-based violence. Finally, the contribution also addresses the issue of international mobility for foreign women victims of domestic violence.

RÉSUMÉ : La présente contribution analyse les avancées du droit européen dans la protection des femmes victimes de violence conjugale, en examinant en particulier le sort de femmes étrangères ressortissantes d'États tiers et dont la situation migratoire est précaire. Dans un premier temps, l'analyse se concentre sur les conséquences de la condition de victime de violence de genre sur le statut de résident de la victime. Dans un deuxième temps, l'analyse se tourne vers les actions civiles que peuvent engager les ressortissantes étrangères pour des faits de violence liée au genre. Enfin, la contribution aborde aussi la question de la mobilité internationale pour des femmes étrangères victimes de violence domestique.

* Professeure titulaire de droit international privé à l'université de Grenade (ruizuti@ugr.es). Cette contribution s'inscrit dans le cadre du projet I+D+i (programme opérationnel Feder-Andalouse 2014-2020 :SEJ-101-UGR18 : Outils de droit international privé pour la protection des enfants, des adolescents et des jeunes dans des contextes transfrontaliers : identification des problèmes et proposition de solution à partir de la perspective de genre). Elle a été traduite de l'espagnol.

I. Introduction

1. De tout temps les femmes ont été en proie à des violences fondées sur le sexe, ce qui représente des formes extrêmes de discrimination et d'inégalité, au point que les institutions européennes et les États membres en ont fait une priorité. Pour autant, ce phénomène n'est pas sans réserver son lot de mauvaises surprises. Les données statistiques publiées par l'Union européenne font état de la prévalence et de l'ampleur de la violence faite aux femmes, et du peu d'actions en justice introduites devant les tribunaux européens¹ ; raison pour laquelle il convient de lutter avec fermeté contre cette violation majeure des droits humains. Les inégalités homme-femme touchent tous les types de société, de groupes de population, de contextes, toutes catégories d'âge confondues.

2. En Espagne, les données statistiques sur la violence sexiste indiquent que la majorité des cas concernent des femmes étrangères en situation irrégulière du point de vue juridique et administratif² et qui ont de surcroît plus de difficultés à accéder aux mécanismes de protection³ existants, ce qui met en lumière la vulnérabilité particulière de ce groupe⁴. Les migrantes sont confrontées à toute une série de situations personnelles, sociales, économiques, administratives et juridiques qui les fragilisent de plus en plus face à la violence machiste, violence aggravée du fait de leur situation irrégulière qui les empêche de s'extraire du contexte de violence. Ce constat est à l'origine de l'Instruction 7/2019, du 20 mai, relative à l'incorporation dans les rapports de police

¹ Concernant la problématique de la violence faite aux femmes dans l'Union européenne, on prendra connaissance du taux de propagation établi dans l'Union européenne, qui est de 27,5 sur une échelle de 1 à 100 ; données publiées par l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes : <https://eige.europa.eu/fr/in-brief> (consulté le 13 janvier 2020).

² T. RETAMOZO QUINTANA (coord.), *Mujeres migrantes víctimas de violencia de género en España. Documento de análisis en el marco de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Madrid, Asociación de Investigación y Especialización Sobre Temas Iberoamericanos (AIETI), 2018, disponible à l'adresse : https://aieti.es/wp-content/uploads/2019/02/Violencia_genero_mujeres_migrantes.pdf (consulté le 9 janvier 2020).

³ 323 titres de séjour pour circonstances exceptionnelles ont été délivrés entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre de 2018 à des femmes en situation irrégulière, victimes de violence sexiste ; données publiées dans le Journal annuel des statistiques ; année 2018 – Délégation du gouvernement en matière de violence de genre ; www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/.

⁴ Dans son rapport 2016-2018 sur les victimes décédées des suites d'actes de violence exercée par leur partenaire actuel ou ancien, le CGPJ mentionne que le pourcentage de femmes étrangères décédées s'élève à 35,8 % contre 64,2 % pour les Espagnoles. 48 % des femmes étrangères étaient originaires de pays membres de l'Union européenne, 42 % d'Amérique latine et 9,3 % d'Afrique. Dans la série temporelle 2009-2018, la majorité des femmes étrangères assassinées venaient du Maroc (21 %) et de Roumanie (21 %) ; viennent ensuite l'Équateur, la Bolivie et la République dominicaine. Ces données révèlent le degré de vulnérabilité propre aux femmes étrangères victimes de tels crimes, comme cela avait déjà démontré par le passé. Voy. à ce sujet : www.poderjudicial.es/ (dernière consultation le 21 janvier 2020).

sur des faits de violence de genre de la nécessité de régler la situation administrative des victimes étrangères en situation irrégulière⁵, qui stipule que ces victimes ne sont pas protégées et qu'il leur est difficile d'exercer leurs droits.

3. La présente contribution a précisé pour axe central la femme qui subit de multiples discriminations, comme c'est le cas de la migrante en situation irrégulière et victime de violence sexiste⁶. Nous nous pencherons dans un premier temps sur le statut juridique de résidente légale découlant de sa condition de victime de violence de genre.

4. Une fois ce statut acquis, nous étudierons la possibilité d'invoquer l'un ou l'autre instrument prévu en matière de mobilité internationale dans l'Union européenne, cette piste n'étant pas encore envisagée pour les victimes étrangères et leurs enfants. Dans un deuxième temps, nous tenterons d'élaborer une réponse globale sur la base d'actions civiles engagées par des ressortissantes étrangères et faisant suite à d'éventuelles plaintes pour des faits de violence liée au genre. Nous mettrons l'accent sur le processus de crise au sein du mariage et les divers aspects y afférents. En effet, les requêtes formulées peuvent être de nature multiple et variées et porter tant sur l'attribution de la garde des enfants et les droits de visite que la pension alimentaire pour les mineurs, en passant par la prestation compensatoire pour la femme, jusqu'à la liquidation/dissolution du régime matrimonial. Qu'ils soient européens ou internationaux, les textes de régulation de ces questions ne mentionnent pas la mise en œuvre de ce que prévoit la Convention d'Istanbul en matière de prévention et de lutte contre la violence sexiste et conjugale (voir ci-dessous la Convention d'Istanbul)⁷, pas plus qu'ils ne font référé-

⁵ Informations disponibles à l'adresse : www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Instruccion-7-2016--de-la-Secretaria-de-Estado-de-Seguridad--por-la-que-se-establece-un-nuevo-protocolo-para-la-valoracion-policia-del-nivel-de-riesgo-de-violencia-de-genero--Ley-Organica-1-2004--y-de-gestion-de-la-seguridad-de-las-victimas.

⁶ Voy. entre autres M. A. ALMENDROS GONZÁLEZ, « La mujer extranjera trabajadora víctima de violencia de género », in J. L. MONEDO PÉREZ (dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010, pp. 425-458 ; M. I. RAMOS QUINTANA, « Mujeres inmigrantes : la doble discriminación », *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2006, Vol. 12, pp. 9-20.

⁷ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 11 mai 2011 (UNTS, vol. 3010, n° 52313). Voy. la Décision (UE) 2017/866 du Conseil du 11 mai 2017 relative à signature, au nom de l'Union européenne, de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, en ce qui concerne l'asile et le non-refoulement (JO, L-131/13 du 20 mai 2017). Cette décision doit garantir la complémentarité entre le niveau national et le niveau européen, parallèlement au renforcement des capacités de l'Union européenne afin qu'elle puisse jouer un rôle plus efficace au sein des instances internationales. Avec la Résolution du Parlement européen du 28 novembre 2019 sur l'adhésion de l'Union européenne à la convention d'Istanbul et autres mesures de lutte contre la violence à caractère sexiste (2019/2855(RSP)), le Conseil est invité à finaliser de toute urgence le processus de ratification de la Convention d'Istanbul en visant la plus large adhésion possible et à encourager sa ratification par tous les États membres. Il est appelé que l'adhésion de l'Union à la Convention d'Istanbul ne dispense pas les

rence à l'obligation légale de prendre en compte la perspective de genre. La preuve en est donnée par le nouveau règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, et aux enlèvements internationaux d'enfants⁸.

5. Enfin, pour terminer, nous aborderons la question de la mobilité internationale pour des femmes étrangères victimes de violence domestique, grâce à l'existence d'instruments européens de reconnaissance mutuelle des décisions rendues à titre de mesure de droit pénal dans l'Union européenne. La Décision de protection européenne, de même que d'autres mécanismes de reconnaissance mutuelle permettent à une ressortissante étrangère victime de violence de genre, et à ses enfants, d'entamer une nouvelle vie dans un autre pays. Le Parlement européen a demandé aux États membres qu'ils renforcent et encouragent la mise en œuvre de la décision de protection européenne, de même que des actions transfrontalières concomitantes requises, afin de rendre la procédure de décision de protection européenne plus efficace⁹. Dans l'intérêt d'une application cohérente de la législation de l'Union, nous relierons les différentes réglementations pénales et civiles, qui concernent les femmes étrangères et leur progéniture vivant dans des contextes de violence de genre/domestique, à la réponse de la législation en matière de migration, qui garantit l'exercice du droit à la mobilité intra-européenne. Cela permettra de renforcer la protection des femmes étrangères victimes de violence à caractère sexiste, qui souhaitent se rendre dans un autre État, lorsqu'une décision de protection européenne à leur égard a été rendue.

États membres d'une ratification de la convention au niveau national. Il est demandé aux États membres d'assouplir le processus de négociation sur la ratification et sur la mise en œuvre de la Convention d'Istanbul, et plus particulièrement que la Bulgarie, la Tchéquie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Slovaquie et le Royaume Uni, qui ont signé la convention mais ne l'ont pas encore ratifiée, de le faire sans plus attendre.

⁸ *JO*, L-178/1, 2 juillet 2019. Le nouveau Règlement s'applique à compter du 1^{er} août 2022, à l'exception des articles 92, 93 et 103, qui sont applicables à compter du 22 juillet 2019.

⁹ Résolution du Parlement européen du 19 avril 2018, sur la mise en œuvre de la Directive 2011/99/UE relative à la décision de protection européenne (2016/2329(INI)).

II. Statut de la ressortissante étrangère, victime de violence de genre

A. Autorisation délivrée dans le cadre de circonstances exceptionnelles à une victime de fait de violence de genre

6. En Espagne, les femmes étrangères victimes de violence de genre, quelle que soit leur situation administrative, se voient garantir les droits reconnus par la loi organique 1/2004 du 28 décembre sur les mesures de protection intégrale en matière de violence de genre (ci-après LO 1/2004)¹⁰, ainsi que celles prévues par le reste de la législation en vigueur¹¹. Néanmoins, on remarque que les victimes étrangères de faits de violence à caractère sexiste hésitent beaucoup à porter plainte de crainte que leur situation administrative en Espagne ne se détériore. Ce qui les amène à garder le silence¹². Afin de surmonter cette méfiance, la législation espagnole sur les étrangers prévoit un régime spécial, lequel garantit un titre de séjour personnel pour les victimes étrangères de violence de genre dont la situation administrative dépend de leur agresseur¹³. La législation prévoit également la délivrance d'un titre de séjour légal aux autres catégories de victimes de violence de genre qui, au moment des faits, se trouvent en situation irrégulière.

7. Il existe un autre régime applicable aux victimes étrangères de violence qui fuient leur pays d'origine dû à la crainte fondée de persécution

¹⁰ La protection dans le cadre de la LO 1/2004 concerne toutes les femmes victimes de violence de genre, qu'elles soient en situation régulière ou non.

¹¹ Ex. : demande de bénéficier d'une allocation, telle que la *Renta Activa de Inserción* (RAI). Ce revenu d'insertion peut être accordé aux femmes étrangères victimes de violence sexiste selon les conditions suivantes : a) être reconnue par l'administration compétente comme victime de violence de genre ou de violence domestique, laquelle reconnaissance n'est pas possible si la victime vit avec son agresseur ; b) être inscrite en tant que demandeuse d'emploi ; c) avoir perdu le droit à une l'allocation de chômage et ne bénéficier d'aucun autre revenu mensuel supérieur à 75 % du SMI (RD 1369/2006 art. 2.2.c).

¹² Vu la relation d'affectivité et de dépendance émotionnelle qui lie la victime et l'agresseur, le fait ou non de dénoncer des actes de violence peut dépendre de la situation et s'avérer plus complexe pour la victime étrangère que pour les ressortissantes espagnoles, cela signifiant pour cette dernière de révéler qu'elle est en séjour illégal. Il arrive même qu'elle retire les déclarations qu'elle a faites, en tant que victime-témoine dans le cadre de la procédure pénale, par crainte de représailles de la part de l'auteur de l'infraction. Si cela devait se produire, le résultat final pour l'immigrante illégale serait l'expulsion du territoire espagnol, dans la mesure où elle ne peut prouver, par une condamnation ou une décision de justice, qu'elle est victime de violences.

¹³ Les articles 19 de la LO 4/2000 et 59 du RD 557/2011 réglementent le permis de séjour indépendant, d'une part pour la victime de violence de genre qui a rejoint son mari ou son partenaire étranger dans le cadre d'une procédure de regroupement, d'autre part, dans le cas d'une ressortissante étrangère domiciliée en tant que membre de la famille d'un ressortissant de l'Union européenne, en application de l'article 9.4. c) du décret royal 240/2007, du 16 février, sur l'entrée et le séjour en Espagne et dans les autres États parties à l'accord EEE et à l'accord CE-Suisse (*BOE (Journal officiel espagnol)* n° 51, du 28 février 2007), qui porte sur le maintien du droit de résider dans l'Union européenne pour les victimes de violence de genre. Quant aux étudiantes étrangères et aux femmes titulaires de permis de séjour et de travail indépendant, c'est le régime le plus favorable en matière de protection des victimes qui leur sera appliqué, même si la loi sur les étrangers ne contient pas de disposition légale spécifique en matière de violence de genre.

pour des motifs liés au genre, et qui ont le droit de demander la reconnaissance d'une protection internationale en application de l'article 7.1.e), paragraphe 2 de la loi 12/2009, portant sur le droit d'asile et la protection subsidiaire¹⁴. Ceci étant, toute présomption de fait de « violence de genre » n'entraîne pas automatiquement l'octroi du statut de réfugiée, certaines conditions devant être remplies. Comme par exemple si, suite aux plaintes formulées par la victime, les autorités du pays d'origine n'établissent pas de tutelle juridique. De là la nécessité de protéger la victime de manière efficace vu la crainte fondée et le risque réel, si elle retourne dans le pays concerné¹⁵, de continuer à subir des traitements dégradants¹⁶.

8. Venons-en à présent au régime spécial appliqué aux victimes de violence sexiste en situation irrégulière. Ce régime est couvert par l'article 31*bis* de l'actuelle loi organique 4/2000 du 11 janvier sur les droits et libertés des étrangers résidant en Espagne et leur intégration sociale¹⁷ (ci-après LOE) et les articles 131-134 du présent Règlement de développement approuvé par l'AR 557/2011 du 20 avril¹⁸ (ci-après RLOE), lequel porte sur trois points¹⁹ : 1) les prestations existantes découlant de l'ouverture d'un dossier de sanction administrative, en raison de la violation de l'article 53.1 a) LOE²⁰ (séjour illégal de la victime en Espagne),

¹⁴ BOE (*Journal officiel espagnol*), n° 263, 31 octobre 2009.

¹⁵ Le cas d'une femme algérienne victime de violence fondée sur le sexe ayant obtenu le droit d'asile au motif qu'elle était persécutée en raison de son appartenance à un groupe social particulier (les femmes) a fait œuvre d'affaire pionnière. SAN du 24 mai 2009 (EDJ 138206), à l'adresse <https://online.elderecho.com>.

¹⁶ Décision SAN du 13 novembre 2017 (EDJ 270467), disponible sur <https://online.elderecho.com>.

¹⁷ BOE (*Journal officiel espagnol*), n° 10, 12 janvier 2000.

¹⁸ BOE (*Journal officiel espagnol*), n° 103, 30 avril 2011.

¹⁹ Pour une étude plus approfondie sur le régime de protection applicable aux femmes étrangères en situation irrégulière victimes de violences, voy. : AA.VV., *La mujer inmigrante víctima de violencia de género y la aplicación del Derecho de extranjería*, Guía para la actuación jurídica, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2010 ; C. RODRÍGUEZ YAGÜE, « La mujer extranjera víctima de la violencia de género en el ámbito de las relaciones sentimentales (a propósito de la reforma de la ley de extranjería por la LO 2/2009, de 11 de diciembre) », *Revista General de Derecho Penal*, n° 14, 2010, pp. 1-36 ; C. RUIZ SUTIL, « Artículo 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género », in F. CAVAS MARTÍNEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Cizur Menor, Cívitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 517-528 ; R. RUEDA VALDIVIA, « Mujer extranjera víctima de violencia de género y Derecho de extranjería », *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 8, 2008, pp. 81-117 ; M. SOTO MOYA, « Ciudadanía, familia y mujer inmigrante víctima de violencia de género », *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2008, pp. 177-198 ; C. RUIZ SUTIL et R. RUEDA VALDIVIA, *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2008 ; C. RUIZ SUTIL et J. M. PUERTA VÍLCHEZ, « Personas en situación de irregularidad : residencia por circunstancias excepcionales », in *Mementos Experto en Extranjería*, Madrid, Lefebvre-El derecho, 2017, et la 2^e éd. 2019 ; C. RUIZ SUTIL, « Artículo 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género », in F. CAVAS MARTÍNEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Cizur Menor, Cívitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 517-528 ; C. RUIZ SUTIL, « La técnica legal del “Hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, vol. 7, n° 2, disponible à l'adresse <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2786>.

²⁰ Même si un dossier a été ouvert précédemment pour la commission d'une telle infraction, il y aura suspension de celui-ci, ou le cas échéant de l'exécution de la décision d'expulsion ou de retour éventuellement rendue (art. 131 RD 557/2011). Cet aspect est renforcé par l'Instruction 7/2019, du Secrétaire d'État à la Sécurité, relative à l'inclusion dans les rapports de faits de violence liée au genre, de la nécessité régler la situation administrative des victimes étrangères en situation irrégulière.

ou dont les sanctions prévues ont déjà été engagées. Il est dès lors prévu de ne pas activer la procédure de sanction, ou de la suspendre si elle l'est déjà et, si la mesure d'éloignement ou de retour correspondante a été convenue, d'en suspendre l'exécution ; 2) la régularisation de la situation administrative de la victime, par l'octroi définitif de l'autorisation de séjourner et de travailler sur le territoire espagnol, qui vient remplacer le permis temporaire de séjour et de travail (art. 133 RLOE)²¹ dont elle disposait déjà (art. 134 RLOE), et enfin ; 3) l'extension des droits reconnus à la victime à ses enfants mineurs ou handicapés dont elle a la charge et qui se trouvent avec elle en Espagne.

9. Afin de faire connaître la situation de violence qu'elle subit, la victime peut porter plainte et demander ensuite à bénéficier d'une Ordonnance de protection²² ou, à défaut d'obtenir un rapport du ministère public indiquant qu'il existe des indices de faits de violence sexiste²³. Une fois que la procédure pénale correspondante se clôture par une condamnation ou une décision de justice dont on peut déduire que la femme étrangère a été victime de violence de genre, et par le classement de l'affaire à défaut de savoir où se trouve l'accusé, ou le renvoi provisoire en raison de l'expulsion de l'accusé, on obtient ce qu'on appelle un permis, pour circonstances exceptionnelles, de séjourner et travailler en Espagne. La protection de la victime d'actes de violence sexiste s'étend également à ses enfants mineurs et aux personnes handicapées qui séjournaient avec elle en Espagne²⁴ au moment où elle a introduit sa plainte. Il est important de tenir compte du fait que la

²¹ La titulaire de l'autorisation dispose d'un mois suivant la délivrance de l'autorisation pour se présenter en personne auprès de l'Office des étrangers ou du poste de police compétent afin d'y demander la TIE (carte d'identité d'étranger), les procédures pénales pouvant durer plus d'un an. Cette carte indique que son titulaire est autorisé à vivre et à travailler en Espagne, mais pas son statut de victime de violence sexiste. L'autorisation provisoire est effective à partir du moment où elle est accordée jusqu'à l'obtention, ou non, d'un permis définitif de séjour et de travail en raison de circonstances exceptionnelles. Il n'est donc pas nécessaire d'attendre la condamnation pénale pour pouvoir travailler en tant que salarié ou indépendant, et ce sans restriction aucune quant au secteur d'activité, au type de profession ou à la région.

²² L'ordonnance de protection est une décision de justice qui consacre le « statut de protection intégrale » aux victimes de violence sexiste/conjugale, via l'adoption, par la même juridiction, de mesures provisoires sur les plans pénal et civil, et l'activation d'un dispositif d'assistance sociale conformément aux dispositions de l'article 544ter de la loi de procédure pénale élaborée en application de la loi 27/2003 du 31 juillet, réglementant l'ordonnance de protection des victimes de violence domestique (BOE n° 183 du 1^{er} août 2003). L'intéressée peut faire cette demande de protection auprès de n'importe quel poste de police ou de la *Guardia Civil*, devant un tribunal ou le Procureur, à une association d'aide aux victimes ou aux services publics d'aide sociale. Une fois la requête reçue par le juge, celui-ci convoque les parties en urgence et statue sur les mesures demandées.

²³ Le caractère exceptionnel des rapports du Procureur reste d'application même lorsque l'intéressée introduit une demande d'autorisation, pour circonstances exceptionnelles, à séjourner et travailler dans le pays.

²⁴ Au moment où elle introduit sa demande, ou à n'importe quelle autre étape ultérieure dans la procédure pénale, la femme étrangère peut également demander une autorisation de séjour, pour circonstances exceptionnelles, en faveur d'enfants mineurs ou de personnes handicapées qui se trouvent dans l'incapacité objective de subvenir à leurs besoins, ou un permis de séjour et de travail pour les enfants majeurs de plus de seize ans qui se trouvaient sur le territoire espagnol au moment où elle a introduit sa plainte.

victime dispose d'un délai de six mois à dater du jour de la notification de la condamnation pénale pour introduire sa demande d'obtention du titre de séjour pour circonstances exceptionnelles (art. 134.1.a RLOE). Certains tribunaux considèrent que passé ce délai, il n'est plus possible d'obtenir des papiers²⁵.

10. Dans le cas où une plainte concernant des faits de violence sexiste, ces faits ne sont pas avérés par un jugement ou une décision de justice, il s'ensuivra toute une série de conséquences irrémédiables (art. 134.2 RLOE) : a) refus d'octroyer un permis définitif de séjour et de travail, si la demande en a été faite ; b) déchéance automatique de l'autorisation provisoire qui a pu être concédée préalablement et que la titulaire ne pourra faire valoir en vue de l'obtention du statut de résident de longue durée ; c) engagement ou poursuite, au cas où elle aurait été suspendue, de la procédure d'infraction en matière de droit des étrangers (art. 31*bis*, art. °50-60 de la LOE). Ces dispositions s'appliquent également aux enfants mineurs ou présentant un handicap les rendant objectivement incapables de subvenir à leurs besoins. Parfois, en cas d'acquiescement dans une affaire de violence de genre ou après l'expiration du délai de six mois, le seul recours encore possible consiste à introduire une demande d'autorisation pour circonstances exceptionnelles, telles que prévues par la loi sur les étrangers, pour des raisons humanitaires par exemple (art. 31.3 LOE et 126 RLOE), ou au motif des liens qui unissent l'intéressée au territoire espagnol (art. 31.3 LOE et 124 RLOE), selon la procédure prévue pour chacune de ces deux voies²⁶. Par ailleurs, il arrive qu'un verdict d'acquiescement pour cause de prescription du délai, mais où les preuves des faits de violence sont avérées, ait pour effet de consolider l'autorisation de séjour avec classement de l'affaire du dossier en infraction²⁷.

11. En fin de compte, les mesures de protection des victimes de violence de genre étrangères et en situation irrégulière trouvent leur origine dans la législation nationale sur le droit des étrangers. Il n'existe

²⁵ Voy. les décisions suivantes : SJCA Santander, 21 mars 2016, EDJ 41292 ; TSJ Asturias cont-adm, 31 mars 2017, EDJ 54492. En sens contraire, TSJ Madrid cont-adm, 15 janvier 2015, EDJ 16446 ; TSJ Canarias cont-adm, 11 juin 2018, EDJ 633680), disponible à l'adresse : <https://online.elderecho.com>.

²⁶ STSJ Galicia cont-adm, 7 mars 2017 (EDJ 47211).

²⁷ Cet argument est repris dans la résolution du 25 mai 2010 de la sous-délégation du gouvernement de Biscaye, qui accorde, pour la première fois au motif de circonstances exceptionnelles, un permis de séjour à une femme brésilienne en situation irrégulière, victime de violences sexistes, sur la base de raisons humanitaires (appellation qui figure dans le règlement précédent). Alors même que l'ordonnance de protection lui a été refusée, fait pour le moins étonnant et sans attendre la décision de justice, cette autorisation est accordée, bien que la loi stipule qu'elle le sera « à condition qu'un jugement ait été prononcé sur le délit commis ».

actuellement aucune initiative dans ce sens au niveau européen, comme nous le verrons un peu plus loin. Au paragraphe suivant, nous aborderons les différentes possibilités qui s'offrent à la victime étrangère résidant légalement en Espagne de séjourner dans un autre État membre.

B. Absence de statut juridico-administratif dans le cadre de l'Union européenne pour la victime de violence sexiste en situation irrégulière

12. Pour l'instant, la question du séjour de la victime de violence à caractère sexiste en situation irrégulière ne relève d'aucune des catégories spéciales que l'Union européenne a réglementées pour les ressortissants de pays tiers qui souhaitent résider et travailler dans un autre État membre, comme c'est le cas pour les travailleurs hautement qualifiés ou les chercheurs. L'absence de statut de résident, au niveau européen, pour la victime de violence fondée sur le sexe n'est pas une question anodine, dans la mesure où celui-ci pourrait servir d'instrument d'harmonisation de leur protection globale, tout en permettant de parvenir petit à petit à un niveau d'égalité avec le dispositif de protection prévu pour les ressortissantes nationales, et contribuer de la sorte à une intégration réussie dans le pays d'accueil. N'oublions pas que l'Union européenne persiste dans sa poursuite du droit à l'égalité de traitement qui « devrait être strictement lié au séjour légal du ressortissant d'un pays tiers et à la condition d'avoir obtenu l'accès au marché du travail dans un État membre^o », avec pour objectif la mise en œuvre d'une politique d'intégration²⁸ qui prévoit des droits et des obligations « comparables à ceux s'appliquant aux ressortissants de l'UE²⁹ ».

13. Le système européen d'immigration, tel qu'il existe aujourd'hui, n'est pas suffisamment équipé pour relever les défis actuels et futurs que représente le permis de séjour, ni pour faciliter l'entrée et la mobilité intracommunautaire de la ressortissante étrangère victime de violence

²⁸ Le mandat de l'Union européenne visant à promouvoir l'intégration découle des traités fondateurs, des programmes pluriannuels du Conseil européen et de la stratégie prévue dans les traités de 2020 : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions : Plan d'action pour l'intégration des ressortissants de pays tiers, COM (2016)377 final. Sur cette politique d'intégration, voy. A. DEL VALLE GÁLVEZ, « Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales », in *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España : Relaciones internacionales y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 43-80.

²⁹ Voy. le considérant 19 de la directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, qui établit le principe de procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre, ainsi qu'un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre.

sexiste. La création d'un régime plus harmonisé au niveau de l'Union européenne et la suppression progressive des régimes nationaux, même si les États membres conserveront des compétences dans certains domaines, notamment tout ce qui concerne la violence fondée sur le sexe, constitueraient sans aucun une amélioration par rapport à la situation actuelle.

14. Malgré cette absence de réglementation applicable dans l'Union européenne, une étrangère victime de violence de genre qui obtient le statut de résidente de longue durée, conformément à l'article 32 de la LOE et aux articles 147-148 de la RLOE, notamment lorsqu'elle réside légalement depuis au moins cinq années, a la possibilité de s'installer dans un deuxième pays. Sur la base de son nouveau lieu de résidence, la victime étrangère peut demander un permis européen de séjour de longue durée dans le but de s'établir dans un autre État membre, en application de la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée³⁰. L'incorporation de la mobilité dans les articles 14, 15, 16 et 18 de la directive 2003/109/CE est un acquis, en termes d'égalité de traitement, dont jouit en outre la ressortissante étrangère bénéficiant d'une protection internationale (une victime de violence sexiste dans son pays d'origine ou une victime de la traite d'êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle, entre autres situations). La directive 2011/51/UE du 11 mai 2011, modifiant la directive 2003/109/CE du Conseil afin d'étendre son champ d'application aux bénéficiaires d'une protection internationale³¹, permet d'accorder le statut de résident de longue durée si la personne concernée est bénéficiaire de ladite protection, pour autant qu'elle remplisse les critères fixés³² et dans les mêmes conditions que celles qui s'appliquent aux autres ressortissants de pays tiers.

15. Par conséquent, tout titulaire d'un titre de séjour européen de longue durée obtenu dans un autre État membre a le droit de circuler ou de séjourner dans l'ensemble du territoire de l'Union européenne³³,

³⁰ Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (*JO*, L-16 du 23 janvier 2004).

³¹ *JOUE*, L-132/1 du 19 mai 2011

³² Par ex. disposer de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille, sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné ; disposer d'une assurance maladie pour tous les risques normalement couverts pour leurs propres ressortissants dans l'État membre concerné et satisfaire aux conditions d'intégration posées par l'État membre (art. 5). Il appartient aux États membres de respecter l'impératif de proportionnalité lors de l'évaluation des conditions relatives aux ressources et à l'intégration.

³³ S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea : El estatuto jurídico de los residentes de larga duración*, Madrid, Reus, avril 2010, pp. 282-319.

à condition de se conformer à la législation en vigueur dans le pays d'accueil³⁴. Toutefois, ce droit n'est pas automatique. Le ressortissant étranger doit se soumettre aux contraintes imposées par les États membres afin de pouvoir exercer³⁵ ce droit, qui est généralement lié au fait d'avoir un emploi conforme aux conditions d'accès du marché du travail du pays en question (art.°14, §°3, de la directive 2003/109/CE) ou de disposer de moyens de subsistance suffisants (art.°15 de la directive 2003/109/CE). Tel est peut-être l'un des obstacles qui limitent l'exercice de ce droit, comme le souligne le rapport de la Commission sur l'application de la directive relative au titre de séjour de longue durée³⁶.

16. Le droit à la mobilité intracommunautaire apparaît à son tour lié à certaines dispositions en matière de permis de séjour et de travail, instaurées par le législateur européen. À cet égard, la directive 2004/114/CE relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études ou de formation³⁷, ainsi que la directive 2005/71/CE concernant les chercheurs³⁸, récemment remplacées par la directive 2016/801³⁹, dans le cadre d'une refonte, donnent plus de poids aux dispositions relatives à la mobilité dans l'Union. À cet égard, les articles 27 à 31 de la même directive prévoient un régime spécifique en vertu duquel les ressortissants de pays tiers, munis de l'autorisation de séjour

³⁴ Les demandeurs doivent pouvoir démontrer qu'ils disposent de ressources stables et régulières suffisantes (art. 15, §°2, pt a), de la directive 2003/109/CE). Certains États membres ont établi un montant fixe (l'équivalent du revenu national de base), même si, afin de respecter le principe de proportionnalité confirmé par la CJUE dans l'affaire *Chakroun* (CJUE, 4 mars 2010, aff. C-573/08), il convient de prendre en compte chaque contexte au cas par cas. Voir à ce sujet le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2003/109/CE, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (COM(2019) 161 final, du 29 mars 2019) : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-161-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

³⁵ Pour l'octroi du statut européen de résident de longue durée, on prend en compte, dans le calcul des cinq ans, 50 % du temps total passé en Espagne dans le cadre d'études, de la mobilité des étudiants ou de formations non professionnelles. En outre, les citoyens non européens sont tenus de prouver qu'ils disposent de ressources économiques stables et régulières pour subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille, ainsi que d'une assurance maladie privée ou non, contractée auprès d'une entité espagnole autorisée à exercer en Espagne.

³⁶ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre de la directive 2003/109/CE, relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (COM(2019) 161 final, du 29 mars 2019) : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-161-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

³⁷ *JOUE*, L-375/12, 3 décembre 2004.

³⁸ *JOUE*, L-289/15, 3 novembre 2005.

³⁹ Directive (UE) 2016/801 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'étude, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs ou de travail au pair (*JOUE*, L-132/21, 21 mai 2016) qui vise à faciliter la mobilité des chercheurs et des étudiants au sein de l'Union, ce qui, entre autres mesures, réduit la charge administrative que représente le fait de circuler dans plusieurs États membres. Cette directive a été transposée dans quatre *Instrucciones* de la DGM : 1) Instruction 1/2018 sur la transposition en droit espagnol de la directive 2016/801/UE : permis de séjour pour les étudiants afin de chercher un emploi ou d'entreprendre un projet d'entreprise ; 2) Instruction 2/2018 sur la transposition en droit espagnol de la directive 2016/801/UE : étudiants ; 3) Instruction 3/2018 sur la transposition en droit espagnol de la directive 2016/801/UE : chercheurs ; et 4) Instruction 4/2018 sur la transposition en droit espagnol de la directive 2016/801/UE : stagiaires.

à des fins de recherche ou d'études délivrée par l'État membre d'origine, sont autorisés à résider et mener une partie de leurs activités de recherche ou de leurs études dans un ou plusieurs autres États membres.

17. Vient ensuite l'article 18 de la directive 2009/50/UE⁴⁰ sur les conditions d'entrée et de séjour pour les ressortissants de pays tiers ayant un emploi hautement qualifié, ou en possession de la « carte bleue », qui veulent exercer leur activité dans un deuxième État membre. De son côté, la directive 2011/98/UE⁴¹, établissant une procédure simplifiée de demande unique pour les travailleurs salariés, ne mentionne pas la possibilité de s'établir dans un deuxième État membre⁴². Il en va de même pour la directive 2014/36/UE relative aux travailleurs saisonniers⁴³, dont seul l'article 16 fait référence à l'entrée dans un autre État membre des travailleurs ayant préalablement été admis dans ce pays en tant que saisonniers⁴⁴. La directive 2014/66/UE relative aux transferts intra-entreprises de ressortissants de pays tiers⁴⁵ relève le défi de la mobilité entre États membres pour ces travailleurs (art. 20-22), en permettant, au titulaire d'un permis en cours de validité et délivré par un État membre, d'entrer, de résider et de travailler dans un ou plusieurs États membres.

18. Quant aux autres catégories de travailleurs ressortissants de pays tiers, la situation est complètement différente, dans la mesure où,

⁴⁰ Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié (*JOUE*, L-155, 18 juin 2009).

⁴¹ Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure unique de demander en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre (*JO*, L-343, 23 décembre 2011). Dans son rapport sur la mise en œuvre et la transposition de la directive 2011/98/UE, la Commission souligne que l'un des principaux obstacles à cet égard est les multiples formalités administratives requises au niveau national, parfois juxtaposées à la procédure unique, dont les délais de traitement sont excessifs et qui entraînent toute une série de frais élevés (COM (2019) final du 29 mars 2019, p. 5). Comme l'a confirmé la CJUE, ces frais ne sont limités que dans la mesure où l'effet utile de la directive en serait compromis : CJUE, 26 avril 2012, aff. C-508/10, ECLI:EU:C:2012:243 et C-309/14, ECLI:EU:C:2015:523.

⁴² Il est seulement fait référence au fait de faciliter la circulation de citoyens de pays tiers au sein de l'Union européenne, en application de l'article 12.4 de la directive 2011/98/UE, laquelle reconnaît le droit aux travailleurs qui déménagent dans un pays tiers, ou leurs ayants droit survivants qui résident dans un pays tiers, à recevoir, « en relation avec la vieillesse, l'invalidité et le décès, des pensions légales basées sur l'emploi antérieur de ces travailleurs et acquises conformément à la législation visée à l'article 3 du règlement (CE) n° 883/2004 aux mêmes conditions et aux mêmes taux que les ressortissants des États membres concernés lorsqu'ils déménagent dans un pays tiers ».

⁴³ Directive 2014/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi en tant que travailleur saisonnier (*JOUE*, L-94/375, 28 mars 2014).

⁴⁴ I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, « Admisión de nacionales de terceros países para actividades de temporada y en el marco de un traslado intraempresarial : luces y sombras de la política de inmigración legal europea », *Revista General de Derecho Europeo*, n° 34, 2014, pp. 1-19.

⁴⁵ Directive 2014/66/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un transfert temporaire intragroupe (*JOUE*, L-157/1, 27 mai 2014).

en général, leur séjour de plus de trois mois est laissé à la discrétion de chaque État membre. Il est clair que l'adoption progressive d'une série de directives sectorielles sur les conditions d'accès, de séjour et de mobilité intra-européenne conduit à une fragmentation de la politique migratoire, ce qui entraîne une inégalité de traitement entre les différentes catégories de ressortissants de pays tiers⁴⁶. Par conséquent, l'existence d'une pluralité de statuts pour les ressortissants de pays tiers en séjour légal implique que leur champ d'application diverge de celui du principe d'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux⁴⁷.

19. En définitive, la question de la mobilité intracommunautaire, outre la liberté de circulation reconnue par la directive 2004/38/CE pour les membres de la famille qui se déplacent avec des ressortissants de l'Union européenne⁴⁸ ou par des accords extérieurs avec l'AELE⁴⁹ et la Suisse⁵⁰, présente l'avantage de permettre aux étrangers de résider et de travailler dans un deuxième État membre. Certes, comme nous l'avons souligné, il ne s'agit pas d'un droit automatique, dans la mesure où le second pays peut imposer des conditions, conformément à sa législation nationale, d'accès au marché du travail ou liées aux moyens de subsistance. Malgré les lacunes mises en évidence dans la politique européenne en matière de migration, l'Union européenne tente de réduire l'impact négatif de celle-ci sur l'égalité de traitement en introduisant progressivement dans les différents instruments le droit à la mobilité intra-européenne pour certaines catégories de résidents étrangers ; l'objectif étant de continuer à développer une politique d'immigration cohérente afin de réduire l'inégalité de droits entre les citoyens de l'Union européenne et les ressortissants de pays tiers travaillant légalement dans un État membre.

⁴⁶ Tel que mis en évidence par la Commission dans son rapport sur les règles en matière de migration légale : *Document de travail des services de la Commission Résumé du bilan de qualité de la législation de l'UE relative à la migration régulière*, SWD (2019) 1056 final, 29 mars 2019, pp. 1-4. En outre, comme le souligne la Commission dans son évaluation, il existe des lacunes dans le champ d'application matériel, toutes les phases du parcours de migration n'étant pas prises en compte, de même que dans le champ d'application *ratione personae* dont sont exclues certaines catégories, c'est le cas notamment des travailleurs non saisonniers peu ou moyennement qualifiés, des demandeurs d'emploi et des travailleurs indépendants/entrepreneurs (p. 2).

⁴⁷ La doctrine propose un instrument juridique d'harmonisation des règles applicables aux ressortissants de pays tiers résidant dans l'Union européenne, comme le suggère M. MOYA ESCUDERO, « Un código de derechos para los nacionales de terceros países residentes legales en la UE : Un avance en derecho antidiscriminario », *REEL*, n° 34, 2017, pp. 1-27, p. 10.

⁴⁸ La base juridique de la mobilité intra-européenne des citoyens de l'Union européenne se fonde sur les articles 21 et 45 du TFUE.

⁴⁹ Accord sur l'Espace économique européen – Acte final (*JOUE*, L-001, 3 janvier 1994).

⁵⁰ Accord entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, sur la libre circulation de personnes, signé à Luxembourg le 21 juin 1999 (*JOUE*, L-114, 30 avril 2002).

20. En ce sens, si on promet à l'avenir un statut juridico-administratif pour les femmes étrangères victimes de violence sexiste, conformément à l'engagement pris par l'Union européenne de renforcer leurs droits et leur protection, il serait approprié de développer le droit à la mobilité entre les États membres. Quoi qu'il en soit, nous attendons toujours du législateur européen qu'il évalue et réponde à la dynamique de genre dans les mouvements migratoires, ce qui pourrait marquer le point de départ d'un projet qui aborde avec succès la question des besoins des femmes étrangères vivant dans un contexte de violence machiste.

III. Actions civiles en justice liées à la violence sexiste et instruments réglementaires

A. Difficultés découlant de la diversité de procédures et de sources réglementaires

21. En Espagne, une femme étrangère victime de violence sexiste, unie par les liens du mariage à l'auteur de la maltraitance, peut introduire une demande de divorce auprès de l'autorité nationale compétente, indépendamment de sa situation administrative, qu'elle soit régulière ou non⁵¹. Conformément à la LO 1/2004, les tribunaux chargés des dossiers de violence à l'égard des femmes (« *Juzgados de Violencia sobre la Mujer* ») auront connaissance des procédures civiles liées aux poursuites pénales qui seraient instruites pour violence à caractère sexiste⁵². Ces tribunaux spéciaux sont compétents pour être informés de la nullité, de la séparation et du divorce en vertu de l'article 87ter 2 b), de la loi organique du pouvoir judiciaire, modifiée par la LO 1/2004⁵³. Cependant, la

⁵¹ Si elle certifie ne pas disposer des ressources et des revenus économiques suffisants lui permettant d'engager une procédure afin de défendre son droit ou intérêt légitime, elle pourra demander une assistance juridique gratuite en vertu de la loi 1/1996, du 10 janvier (*BOE*, n° 11, 12 janvier 1996) ; la loi organique 1/2004 a particulièrement repris sous son article 20 le droit judiciaire de la victime à être assistée et conseillée par un.e avocat.e commis.e d'office, à titre gratuit, spécialisé.e dans le domaine de la violence sexiste.

⁵² Conformément à l'article 769 de la loi de procédure civile, sera compétent... en cas de violence sexiste, « le tribunal chargé des dossiers de violence à l'encontre de la femme » (« *Juzgado de Violencia sobre la Mujer* »), qui dispose d'une compétence spéciale en la matière et qui a ouvert la porte à l'unification des questions pénales et civiles liées à la violence envers la femme en un seul organe, à une nouvelle réglementation sur les mesures de protection de la victime ainsi qu'à un Procureur spécialisé.

⁵³ La compétence objective dans l'ordre civil, conformément aux articles 87ter 2 et 3 de la LOPJ, est déterminée par l'existence simultanée de plusieurs hypothèses : a. il s'agit d'une procédure civile visant certaines des matières indiquées au numéro 2 du présent article, à savoir tout ce qui concerne la famille ; b. l'une des parties de la procédure civile est la victime d'actes de violence sexiste, selon les termes auxquels fait référence le paragraphe 1.a du présent article (VG) ; c. l'une des parties de la procédure civile est inculpée en tant qu'auteur, instigateur ou personne coopérant de manière nécessaire à la réalisation des actes de

dualité des compétences civiles/pénales de ces juges entraîne une série de difficultés techniques en cas de procédure internationale entamée par la victime étrangère en raison des nombreuses sources réglementaires d'origines diverses qui doivent être prises en compte.

22. En cas de plainte, le tribunal chargé des dossiers de violence émet généralement une Ordonnance de protection qui implique l'octroi de mesures pénales et de mesures de nature civile⁵⁴ en raison du besoin urgent de protéger la plaignante à mesure que la procédure est traitée. Sur ce dernier point, s'agissant d'une affaire affectant le droit international privé, il conviendra d'ajuster les mesures à un traitement différencié. Par la suite, si la victime introduit une demande en divorce, le juge devra vérifier la compétence judiciaire internationale dans son ensemble pour toutes les questions soulevées. La nature spéciale de ces procédures ne disparaît pas par la suite car il faudra déterminer la loi applicable quant au fond pour toutes les questions abordées, en tenant compte de ce que le juge compétent n'appliquera pas toujours la loi de la procédure principale et qu'il devra parfois recourir à un droit étranger. Les règles régissant la compétence judiciaire internationale et la loi applicable peuvent provenir de sources d'origine institutionnelle (essentiellement des règlements), de conventions ou de sources internes. Cette pluralité de réglementations et leur interaction complexe compliquent plus encore la controverse qui naît en Espagne suite à une plainte pour violence sexiste affectant une femme étrangère.

23. Pour que les tribunaux espagnols puissent avoir connaissance de la crise matrimoniale découlant de la violence sexiste, ils doivent avoir une compétence judiciaire internationale conformément au règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale⁵⁵ (ci-après Règlement

violence sexiste ; d. des procédures pénales ont été engagées auprès du Juge responsable de la violence à l'égard des femmes en raison d'un délit ou d'une infraction résultant d'un acte de violence à l'égard d'une femme, ou une ordonnance de protection a été adoptée à l'égard d'une victime de violence sexiste ».

⁵⁴ Le paragraphe 7 de l'article 544ter de la loi de procédure pénale établit que les mesures civiles convenues dans l'ordonnance de protection seront en vigueur pendant 30 jours et pourront être prolongées de 30 jours supplémentaires si une demande civile est présentée en ce sens pour la fixation des mesures définitives et que, durant cette période, les mesures devront être ratifiées, modifiées ou être laissées sans effet par le juge de première instance qui serait compétent. La nature prétendument provisoire de ces mesures – qui ne sont valables dans une phase initiale que 30 jours – se traduit dans la pratique et vu la saturation excessive d'affaires, par une durée plus longue que prévu étant donné que même si la demande se présente dans le délai de 30 jours, la période nécessaire pour que celle-ci soit traitée par le tribunal compétent chargé des dossiers de violence à l'encontre de la femme et qu'une décision définitive soit adoptée peut couvrir jusqu'à plusieurs mois.

⁵⁵ JOUE, L-338/1, 23 décembre 2003.

Bruxelles IIbis). S'il existe en outre des demandes liées à la responsabilité parentale de personnes mineures, le Règlement Bruxelles IIbis apportera une réponse lorsque le mineur a sa résidence sur le territoire d'un État ou d'un État tiers qui n'est pas membre de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants⁵⁶ (ci-après Convention de La Haye de 1996). Cette convention détermine si le mineur a sa résidence sur le territoire d'un État tiers membre de la Convention de La Haye de 1996⁵⁷.

24. Pour ce qui est des demandes de pension alimentaire ou compensatoire, nous devons garder à l'esprit plusieurs réglementations. En premier lieu, le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil, du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires⁵⁸ (ci-après Règlement aliments). En deuxième lieu, la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire internationale et l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale⁵⁹ (ci-après Convention de Lugano), applicable avec la Norvège et la Suisse uniquement en cas d'accord de soumission explicite aux tribunaux de ces pays (art. 4.4 Règlement aliments). Il convient finalement de mentionner la Convention entre l'Espagne et la République d'El Salvador du 7 novembre 2000 portant sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁶⁰ et la Convention entre l'Espagne et la République orientale de l'Uruguay du 4 novembre 1987, sur les conflits de lois en matière d'obligations alimentaires à l'égard de mineurs et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions et transactions judiciaires relatives aux obligations alimentaires⁶¹, qui seront utilisées lorsque les conditions relatives à l'applicabilité de ces instruments seront réunies.

25. Par ailleurs, pour les questions de dissolution ou de liquidation du régime matrimonial, interviennent le règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil, du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée

⁵⁶ *BOE (Journal officiel espagnol)*, n° 291, 2 décembre 2010

⁵⁷ Sont liés par cette Convention : l'Albanie, l'Arménie, l'Australie, Les Barbades, Cuba, le Danemark, l'Équateur, la Géorgie, la Guinée, le Honduras, le Lesotho, le Maroc, Monaco, le Monténégro, le Nicaragua, la Norvège, le Paraguay, la République Dominicaine, la Russie, la Serbie, la Suisse, la Turquie, l'Ukraine et l'Uruguay.

⁵⁸ *JOUE*, L-7/1, 10 janvier 2009.

⁵⁹ *JOUE*, L-339/3, 21 décembre 2007.

⁶⁰ *BOE (Journal officiel espagnol)*, n° 256, 25 octobre 2001.

⁶¹ *BOE (Journal officiel espagnol)*, n° 31, 5 février 1992.

dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux⁶² (ci-après Règlement régimes matrimoniaux) ainsi que le règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés⁶³.

26. Une autre difficulté vient s'ajouter à la procédure de divorce engagée par la victime étrangère lorsque les organes juridictionnels espagnols sont compétents pour avoir connaissance de quelques-unes des prétentions seulement, voire d'aucune d'entre elles. Par conséquent, le processus et la protection intégrale de la femme étrangère victime de violence sexiste en deviennent plus complexes.

27. La compartimentalisation de la procédure internationale existant dans le domaine de la compétence judiciaire se retrouve également dans le droit applicable étant donné que chaque institution dispose de sa propre règle en matière de conflit. Nous devons dès lors prendre en compte le règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil, du 20 décembre 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps – ou règlement de Rome III. S'agissant de la loi applicable aux effets matrimoniaux pour les anciens conjoints l'on tiendra compte du Règlement régimes matrimoniaux, alors que s'il s'agit d'un couple de partenaires, c'est le règlement (UE) n° 2016/1104 qui intervient. Pour ce qui est des mesures personnelles et patrimoniales des mineurs, il faudra faire référence à la Convention de La Haye de 1996. Finalement, pour les demandes alimentaires, la loi applicable sera déterminée en vertu du Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 novembre 2007.

28. En définitive, le tribunal chargé des dossiers de violence à l'égard de la femme devra faire face à la complexité des controverses surgissant dans des situations privées internationales, au fractionnement des instruments ainsi qu'à la compatibilité – qui n'est pas manifeste – entre ces derniers, le tout débouchant sur un résultat plus qu'épineux. Les praticiens du droit devront en l'occurrence prendre toutes les précautions nécessaires pour comprendre le phénomène de la violence sexiste dans toutes ses dimensions, notamment les conséquences de portée extraterritoriale.

⁶² *JOUE*, L-183/1, 8 juillet 2016.

⁶³ *Ibid.*

B. *Le nouveau Règlement Bruxelles IIbis et l'occasion manquée de mettre en œuvre la Convention d'Istanbul*

29. La « féminisation » de nos sociétés et, par conséquent, des régimes juridiques exige une révision des réglementations en vigueur afin de garantir la dignité, l'égalité et la liberté personnelle de la femme dans tous les domaines. La réglementation du droit international privé nous laisse entrevoir un manque d'intérêt politique à cet égard. Combinée à la non-application du *gender mainstreaming*⁶⁴, il s'ensuit que cette discipline demeure ancrée dans une vision exclusive du sujet de droit qui reste identifié comme étant l'homme, adulte, blanc et propriétaire⁶⁵. Les résultats qui seraient obtenus pour résoudre la situation privée internationale manqueront toujours et encore de révéler les diverses formes d'intervention de la discrimination de genre et de l'intersectionnalité⁶⁶ de facteurs structurels et systémiques propres au mélange de cultures, de pays ou de religions.

30. La réticence du législateur à décomposer les principes qui ont exigé tant d'années avant de pouvoir faire l'objet d'un consensus – parce qu'il craint que l'ensemble du système puisse s'ébranler – complique la construction de la perspective de genre en droit international privé. La tâche n'est guère aisée à cause de l'invisibilité et de la marginalisation qui découlent de l'exclusion des femmes dans le processus de création et d'évolution de ce même droit international privé. Ce fait ne se produit pas de manière isolée et n'est pas non plus spécifique à cette discipline. Toutefois, comme le souligne un domaine de la doctrine internationaliste, « il pénètre toutes les couches du droit international et il se situe au même niveau que ses réglementations ou structures rhétoriques »⁶⁷. Néanmoins, l'intégration de la perspective du genre doit se réaliser pour toutes les structures juridiques et entrer dans l'esprit des praticiens. Elle doit également inviter à un engagement effectif des pouvoirs d'état dans

⁶⁴ Voy. A. FACIO MONTEJO, *Cuando el Género suena, cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José (Costa Rica), Ilanud, 1999, p. 125.

⁶⁵ J. M^e. GIL RUIZ, *Las nuevas técnicas legislativas en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 12-13 ; *id.*, « Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española », *Revista Vasca de Administración Pública* (RVAP), 2012, vol. 92, pp. 17-55.

⁶⁶ L'importance accordée à l'intersectionnalité par la recherche dans le cadre d'études sur le genre s'explique par le besoin de rendre visibles les relations de domination de l'homme à l'égard de la femme ; elles s'articulent et se construisent à l'aide d'autres facteurs liés, entre autres, à la race, à la classe sociale ou à la sexualité.

⁶⁷ Voy. I. FORCADA BARONA, « Está contribuyendo la teoría jurídica feminista al desarrollo de un Derecho Internacional democrático y participativo ? », in M. GALLEGU DURÁN (coord.), *Género, Ciudadanía y Globalización*, vol. 1, 2009, pp. 253-288.

un cadre national et international. Les efforts législatifs peuvent être appropriés, mais il n'en reste pas moins qu'ils seront voués à l'échec si les catégories juridico-scientifiques ne font pas l'objet d'une révision pour y intégrer la perspective de genre. En intégrant le « genre » dans le processus de formulation des politiques et des lois qui affectent cette discipline, l'objectif doit s'attacher à aborder les problèmes qui touchent les sexes de manière différente lorsqu'une réglementation entre en vigueur, pour produire un impact plus généralisé sur la réussite de l'égalité au travers de cette même loi.

31. Même si les principes qui contribuent aux solutions du droit international privé sont agités en faveur du mouvement pour l'égalité⁶⁸, on a raté l'occasion de mettre en œuvre la Convention d'Istanbul dans le cadre de la refonte du Règlement Bruxelles IIbis, qui a abouti au règlement UE 2019/1111 du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants⁶⁹, qui remplacera à cet égard le règlement Bruxelles IIbis⁷⁰. *Nous sommes particulièrement frappés* [Si le "nous" est majestatif, il faut retirer le "s" final] par la manière dont le nouveau texte n'ignore pas le phénomène de la violence sexiste⁷¹. Les références à cette problématique se produisent en trois endroits qui, selon nous, ne sont pas

⁶⁸ La discipline du droit international privé se caractérise par des aspects particuliers (internationalité de l'une de ses composantes), mais elle se présente néanmoins comme profondément conservatrice lorsqu'il s'agit de modifier ses dispositions en y apportant une vision du genre, à certaines exceptions près comme celle de la modification de l'article 107 du Code civil qui s'est produite dans le cadre de la loi organique 11/2003, du 29 septembre, sur les mesures concrètes en matière de sécurité citoyenne, de violence domestique et d'intégration sociale des étrangers (BOE, n° 234, 30 septembre 2003). La modification de l'article 107 du Code civil trouve sa source dans une plainte présentée au Médiateur par une femme marocaine qui se sentait discriminée en raison de l'application de la législation de son pays à une demande de divorce qu'elle avait engagée. Jusqu'à ce moment-là, le Code civil stipulait que « la séparation et le divorce seront régis par la loi nationale commune aux époux au moment de la présentation de la demande ». L'application de cet article impliquait que les femmes marocaines ne pouvaient jouir des mêmes droits que les femmes espagnoles en cas de séparation ; leur action étant ainsi limitée au régime juridique de leur pays d'origine, elles souffraient de situations de discrimination en vertu du système juridique espagnol. Voy. au sujet de l'évolution du droit international privé à cet égard, C. VAQUERO LÓPEZ, « Woman, marriage and motherhood : issues of private international law from a gender perspective », *Cuadernos de Derecho Transnacional*, mars 2018, vol. 10, n° 1, pp. 439-465 ; R. ESPINOSA CALABUIG, « La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado », *Freedom, Security and Justice : European Legal Studies*, 2019, n° 3, pp. 36-57 ; M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, « El derecho de familia desde una perspectiva de género », S. NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 341 ; M. D. ORTIZ VIDAL, « Derecho de visita y violencia de género el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor », in M. P. DIAGO DIAGO, P. JIMÉNEZ BLANCO et C. ESPLUGUES MOTA (dir.), *50 años de derecho internacional privado de la Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 327-337.

⁶⁹ JOUE, L-178/1, 2 juillet 2019.

⁷⁰ Le nouveau texte entrera en vigueur le 1^{er} août 2022.

⁷¹ Voy. l'opinion du rapporteur Mme Soledad Cabezón Ruiz, émise dans le cadre du processus de refonte du Règlement Bruxelles IIbis, au sein du Comité des Pétitions de la Commission des Affaires juridiques, datée du 15 mai 2017, 2016/0190 (CNS) et dont l'objectif était de mettre en œuvre le contenu de la Convention d'Istanbul dans le nouveau texte Règlement Bruxelles IIbis.

révélateurs de son importance : 1) le considérant (43) sur l'enlèvement international d'enfants envisage la médiation ou d'autres moyens qui ne sont cependant pas appropriés en cas de violence à l'égard de la femme ; 2) le considérant (88) fait allusion aux cas où la divulgation ou la confirmation de l'information pertinente pourrait compromettre la santé, la sécurité ou la liberté de l'enfant ou d'une autre personne, en mentionnant l'exemple d'une situation de violence à l'égard de la femme . Si tel est le cas, l'organe juridictionnel ordonnera de ne pas divulguer au demandeur la nouvelle adresse de l'enfant et finalement ; 3) l'article 89, en lien avec la décision de ne pas divulguer une information, en particulier dans les cas de violence à l'égard de la femme.

32. En tout état de cause, il nous semble paradoxal que la réglementation européenne de référence dans les procédures familiales n'ait pas apporté d'autre réponse, plus ferme, afin de freiner les conséquences de la violence sexiste dans ce type de situation. Les principales modifications du nouvel instrument Règlement Bruxelles IIbis visaient à améliorer la structure et l'approche à suivre de la version antérieure, fait particulièrement perceptible au Chapitre IV sur « la reconnaissance et l'exécution des décisions ». De plus, les réponses aux questions concernant les mineurs – qui sont regroupées et systématisées – sont optimisées, par exemple pour ce qui concerne la responsabilité parentale et l'enlèvement international des enfants, qui acquièrent un caractère substantif propre ressortant clairement du titre même de l'instrument communautaire⁷². Il manque néanmoins l'approche du genre en tant qu'outil politique de l'Union européenne qui promeut l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'élaboration de sa législation⁷³. Ceci est particulièrement frappant en raison du contraste avec la longue histoire du droit européen qui traite de la discrimination à l'encontre des femmes⁷⁴.

⁷² Voy. F. CALVO BABÍO, « Cómo es el nuevo Reglamento de la UE en materia matrimonial y de responsabilidad parental ? », <https://confilegal.com/20190901-como-es-el-nuevo-reglamento-de-la-ue-en-materia-matrimonial-y-de-responsabilidad-parental-i/> (consulté le 25 janvier 2020).

⁷³ L'intégration de la perspective du genre vise à garantir que tous les projets d'instruments soient examinés de sorte à vérifier leur compatibilité avec l'égalité des sexes et les règles de non-discrimination avant qu'ils ne se transforment en législation, ceci dans le cadre de l'engagement à assurer une égalité réelle entre hommes et femmes. Pour en savoir plus sur l'histoire des politiques d'égalité dans l'Union européenne, voy. C. BOOTH et C. BENNETT, « Gender Mainstreaming in the European Union : Towards a New Conception and Practice of Equal Opportunities », *European Journal of Women's Studies*, vol. 9 (4), 2002, pp. 430-446, spéc. pp. 430-433.

⁷⁴ L'Union européenne a entrepris de lutter contre ce fléau qui dépasse les frontières en concevant des programmes d'action et en adoptant des décisions-cadres et des directives. Voy. K. ETXEBARRIA ESTANKONA, « La protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Especial referencia al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil », *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, vol. 5, n° 2, pp. 961-999, spéc. p. 964 ; M. MARTÍN MARTÍNEZ, « Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa », *Revista de Derecho*

33. Si nous observons la portée des bifurcations opérées par la violence sexiste, nous constatons qu'elles en arrivent jusqu'à affecter l'enlèvement illégal d'enfants mineurs, lorsque les femmes kidnappent leur fils ou leur fille pour échapper à une relation de couple ou d'ancien couple violente. Ce phénomène actuel a été décrit dans le cadre des révisions aujourd'hui en cours de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, souscrite à La Haye le 25 octobre 1980⁷⁵. Évidemment, cela met en péril le fonctionnement des principaux instruments traitant de l'enlèvement international. La réponse juridique apportée par la révision du règlement Bruxelles IIbis et par les autres instruments internationaux sur l'enlèvement international d'enfants en cas de violence machiste consiste à accorder le retour du ou des mineurs vers le pays de résidence habituelle qui, à son tour, est le lieu où réside l'auteur de la maltraitance. Comme nous le constatons, la perspective de genre⁷⁶ et le contenu de la Convention d'Istanbul sont nécessaires pour donner une réponse qui assure la protection des enfants exposés à la violence sexiste⁷⁷, même si cet instrument lui-même n'a pas non plus réalisé une avancée déterminante pour exiger son application dans les principaux textes de droit familial. Afin de renforcer le cadre juridique existant et sa capacité d'intervention, nous devons attendre que tous les États membres et l'Union européenne ratifient la Convention d'Istanbul.

IV. Le défi de la mobilité intra-européenne pour la femme étrangère et ses enfants dans un contexte de violence sexiste

34. L'Union européenne ne dispose pas d'une base juridique concrète ni spécifique pour intervenir dans le domaine de la violence sexiste

Comunitario Europeo, 2011, Madrid, n° 39, pp. 407-442 ; M. THILL, « Erradicar la violencia de género : un recorrido por las intenciones y los instrumentos europeos », *Themis Revista Jurídica de Igualdad de Género*, 2013, n° 13, pp. 7-19, www.mujeresjuristas.themis.org/revista-themis#.

⁷⁵ BOE (*Journal officiel espagnol*), n° 202, 24 août 1987.

⁷⁶ R. LAMONT, « Mainstreaming Gender into European Family Law ? The Case of International Child Abduction and Brussels II Revised », *European Law Journal*, vol. 17(3), 2011, pp. 366-384.

⁷⁷ Sur ce thème, voy. les contributions suivantes : C. RUIZ SUTIL, « El enfoque de género en la sustracción internacional de menores », in J. M^a. GIL RUIZ, *El convenio de Estambul como marco de derecho antisuabordinador*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 247-278 ; *id.*, « Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores », *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, Vol. 10, n° 2, pp. 615-641. Voy. également M. REQUEJO ISIDRO, « Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea », *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. VI, 2006, pp. 179-194 ; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, « Informe sobre la reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haye de 1980 sobre Sustracción internacional de menores y del Convenio de la Haye de 1996 sobre Protección de Niños », *REDI*, vol. LXIII, 2011, n° 2, pp. 314-320.

même si cela n'a pas représenté un obstacle à l'approbation de tout un ensemble de réglementations nécessaires pour promouvoir un espace de liberté, de sécurité et de justice⁷⁸. Dans le cadre de ses compétences, des instruments ont été adoptés pour éradiquer la violence machiste, en particulier le « paquet pour les victimes » qui porte sur la reconnaissance mutuelle de mesures⁷⁹, généralement de nature pénale⁸⁰, visant à protéger les victimes de violence sexiste et les personnes mineures à leur charge. Il s'agit principalement d'ordonnances de protection, dans le cadre d'une procédure pénale, qui sont couvertes par la directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 sur la décision de protection européenne⁸¹, transposée dans la législation espagnole par la loi 23/2014 de reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'Union européenne⁸² (ci-après loi 23/2014). Par ailleurs, les ordonnances de protection adoptées dans le cadre de procédures civiles et administratives sont couvertes par le règlement (UE) n° 606/2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection

⁷⁸ Comme expliqué par M. MARTÍN MARTÍNEZ, « Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión [...] », *op. cit.*, pp. 430-432.

⁷⁹ Le principe de reconnaissance mutuelle implique que dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice auquel il a été fait allusion, les décisions adoptées par un État membre (et dans ce cas les mesures de protection) soient reconnues et exécutées par l'État membre où se rendrait la victime. Voy. M. DE HOYOS SANCHO, « El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea : ¿asimilación automática o corresponsabilidad ? », *Revista de Derecho Comunitario Europeo, septiembre-diciembre*, 2005, n° 22, pp. 807-842, qui étudie un concept vaste et restreint de la reconnaissance mutuelle.

⁸⁰ Les mesures de protection concédées par les États membres peuvent relever du droit administratif, pénal ou civil en raison de leur nature et de leur durée ; les domaines d'application et les procédures d'approbation varient selon États membres. Le projet « *Epogender* » et ses *manuels* sont disponibles à la consultation afin d'en savoir plus sur l'analyse comparative de la législation et des pratiques des États membres affectés par la directive 2011/99/UE relative à la décision de protection européenne et aux mesures de protection des victimes de violence sexiste. Voy. M. DE HOYOS SANCHO, « El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea. La Directiva 2011/99, el Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán », *Revista de proceso y derecho penal*, 20015, n° 38, pp. 63-105 ; *id.*, « La orden de protección a las víctimas de la violencia de género », in M. DE HOYOS SANCHO (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 521 et s. Une analyse comparée des systèmes italien, portugais, allemand et autrichien a été faite par R. CABRERA MERCADO (coord.), *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de la violencia de género*, Madrid, 2011, pp. 93 et s., et www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvifs/Proyecto_Apoyo_Asociacion_Juristas/Analisis_Medidas_Mejorar_Proteccion_Policia_Judicial_Victimas_violencia_Genero.pdf.

⁸¹ JOUE, L-338/2, 21 décembre 2011, qui établit un mécanisme entre les États membres permettant la reconnaissance des décisions de protection adoptées au titre de mesures de droit pénal. Le bénéficiaire d'une décision de protection de droit pénal adoptée dans un État membre peut demander une décision de protection européenne au travers d'une procédure simplifiée et accélérée ; une protection doit lui être concédée au travers de la nouvelle mesure de protection adoptée par l'État membre vers lequel il voyage ou se déplace. En Espagne, la loi 23/2014, du 20 novembre, a opéré la transposition de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'Union européenne (BOE, n° 282, 21 novembre 2014).

⁸² BOE, n° 282, 21 novembre 2014. Cette loi est en outre complétée par la LO 6/2014 qui modifie la LOPJ. Elle vise à attribuer aux organes judiciaires espagnols la compétence leur permettant d'émettre, de reconnaître et d'exécuter les décisions portant sur la liberté surveillée, les mesures de surveillance de la liberté provisoire et la décision européenne de protection. Voy. C. CUETO MORENO, « La orden europea de protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2014, n° 21.

en matière civile⁸³ conçu comme étant un complément à celui mentionné précédemment⁸⁴. Ces deux réglementations européennes régissent les mêmes mesures (restrictions relatives à l'accès à des lieux déterminés, aux communications et interdiction de se rapprocher de la victime)⁸⁵ et répondent pratiquement aux mêmes objectifs, mais au travers de mécanismes de reconnaissance différents.

35. Or, ces deux normes de l'Union européenne conduisent à ce que l'on appelle l'application « croisée » – la directive et le règlement – en fonction de la nature des mesures nationales de protection des victimes. Certains pays – ceux qui prévoient des mesures de préférence civiles comme en Allemagne, en Autriche et au Luxembourg – ne pourront que délivrer un certificat de mesures civiles, mais ils pourront également être les destinataires de décisions de protection européennes provenant d'États disposant de mesures nationales de préférence pénales. Par contre, d'autres régimes, qui appliquent des mesures exclusivement pénales – comme l'Espagne ou le Portugal –, émettent uniquement des décisions de protection européennes mais non pas des certificats de mesures civiles ; ils devront néanmoins reconnaître et appliquer les certificats provenant d'États où les affaires de violence domestique sont traitées dans le cadre de procédures civiles⁸⁶, comme cela se produit par

⁸³ JOUE, L-184/3, 29 juin 2013, législation qui doit s'appliquer aux mesures de protection adoptées dans un État membre afin de protéger une personne lorsqu'il existe des raisons fondées de considérer que sa vie, son intégrité physique ou psychologique, sa liberté personnelle, sa sécurité ou son intégrité sexuelle sont en danger.

⁸⁴ Il convient d'attirer l'attention sur le titre de ce règlement étant donné que la terminologie utilisée peut donner lieu à des équivoques. Cet instrument ne réglemente pas la reconnaissance des mesures de protection « en matière civile » dans le sens du droit privé. En vertu du système espagnol, il s'agit plutôt de mesures de protection pénale résultant d'un acte délictueux. Cela concerne par exemple les mesures de précaution ou celles adoptées dans le cadre d'une peine, comme les interdictions ou limitations de liberté de mouvement ou de communication entre l'auteur de la maltraitance et la victime. Dans les régimes juridiques d'autres États membres, ce type de mesure s'adopte dans le cadre d'une procédure civile et peut même être une mesure administrative d'assistance. De là, la pertinence de la réglementation de la reconnaissance mutuelle de telles mesures et de leur exécution dans d'autres États membres au travers d'un instrument réglementaire de l'Union européenne qui soit distinct de celui portant sur la reconnaissance des mesures judiciaires adoptées en matière pénale, ceci en se fondant sur l'article 81 et non pas sur l'article 82 du TFUE qui concerne la coopération pénale.

⁸⁵ Voy. les articles 5 de la Directive 2011/99/UE et 3 du Règlement (UE) n° 606/2013. Pour de plus amples développements, voy. T. FREIXES et L. ROMÁN (dir.), *La orden europea de protección*, op. cit., www.epogender.eu.

⁸⁶ Pour en savoir plus sur les différents systèmes de protection, il est recommandé de consulter L. ROMÁN et T. FREIXES (dir.), N. OLIVERAS et R. VAÑÓ (coord.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, Madrid, 2015, qui détaille les résultats du projet « Epogender Gender Violence : Protocols for the protection of victims and effectiveness of protection orders. Towards an efficient implementation of directive 2011/99/EU », et que l'on peut consulter en ligne à l'adresse www.epogender.eu. Il est également possible de prendre connaissance des modèles ou des tendances existant dans les différents États européens afin de pouvoir anticiper les interactions qui découleront de l'application de la directive et du règlement : N. OLIVERAS JANÉ, « La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea », *Diario de la Ley*, n° 9334, 2019, pp. 1-11. L'auteure fait une distinction entre : 1) les États qui envisagent un système de mesures de protection de préférence pénale comme l'Espagne, le Portugal, la Pologne, Chypre et la Croatie. Le fait qu'il soit impossible d'adopter des décisions de protection dans le domaine civil ou policier, plus agiles en termes de réponse et plus simples en termes

exemple en cas de demande de reconnaissance en Espagne d'un certificat allemand.

36. Incontestablement, l'efficacité extraterritoriale des mesures civiles de protection pour les victimes se heurte à des obstacles considérables découlant des différences entre les systèmes juridiques quant à leur traitement de la violence sexiste⁸⁷. Par conséquent, la garantie de la décision de protection européenne ou du certificat dépend tant de la perfection technique de l'instrument de reconnaissance mutuelle prévu que, et surtout, des procédures nationales pour rendre opérationnelles l'émission et l'exécution de ces deux instruments⁸⁸. L'interprétation universelle des droits des victimes au niveau de l'Union devrait contribuer à surmonter certains des obstacles posés par la décision de protection européenne. Le lancement d'une procédure de refonte pourrait permettre d'y arriver⁸⁹.

37. Du point de vue espagnol, les problèmes viennent de la catégorisation des mesures à adopter à l'égard de la victime de violence sexiste dans l'article 3 du règlement 606/2013. En principe, de telles mesures ne sont pas envisagées dans la juridiction civile espagnole, mais plutôt dans le cadre d'une procédure pénale car il s'agit de restreindre la

de procédure, se voit compensé par des instruments de nature pénale spécifiquement conçus pour offrir une protection adéquate aux femmes victimes de violence sexiste sans renoncer pour autant aux exigences propres à la procédure pénale ; 2) les pays disposant d'un système de mesures de protection de préférence civile comme en Allemagne, en Autriche, au Luxembourg, en Belgique, en Bulgarie, en France et en Roumanie ; 3) Certains régimes nationaux offrent un contenu mixte de protection avec la coexistence des trois types de mesures : judiciaires – pénales et civiles – et les *barring orders* policiers comme en Italie, en Hongrie, en Slovaquie, en République tchèque. Trois autorités différentes interviennent de manière consécutive : la police, de façon préventive, provisoire et urgente face à des menaces ou des situations de risques réels et imminents pour la sécurité de la victime ; le juge civil qui peut fixer des mesures de protection de nature provisoire qui confirment ou, le cas échéant, élargissent les mesures antérieures ; et finalement, le juge pénal ayant compétence pour adopter des mesures de précaution au cas où en fin de compte une procédure pénale est entamée, mesures qui pourront également être maintenues dans la condamnation finale au titre de peine.

⁸⁷ Voy. N. OLIVERAS JANÉ, « La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género... », *op. cit.*, pp. 1-11.

⁸⁸ Voy. *ibid.*, l'auteur dénonce l'efficacité limitée de ces règles de l'Union européenne et l'échec de l'objectif visant à atteindre des niveaux de protection et de sécurité équivalents dans tout le territoire de l'Union. Au sujet de la mise en pratique de la décision de protection européenne voy. T. FREIXES et L. ROMÁN (dir.), *La orden europea de protección...*, *op. cit.* ; J. J. NAVAS BLANQUEZ, « La víctima de violencia de género en el espacio judicial », *Revista Violencia sobre la Mujer*, 2017, <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2017/05/BOLET%3 %8DN-VIOLENCIA-MAY-17.pdf>.

⁸⁹ Comme déjà envisagé par la Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres (FEMM) du Parlement européen, une demande conjointe a été présentée pour autoriser l'élaboration d'un rapport d'application sur initiative propre au sujet de la Directive 2011/99 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne. La proposition vise de la sorte à ce que le Parlement européen puisse, dans le cadre de la clause de révision de l'article 23 de la directive sur la décision de protection européenne, attirer l'attention de la Commission européenne sur la possibilité de refondre le texte qui pourrait fixer des normes minimales de protection des victimes qui soient conformes à la directive sur les droits des victimes (DOUE, L 315/57, 14 novembre 2012) et aux dispositions de la Convention d'Istanbul : des dispositions renforcées sur la décision de protection européenne pourraient y figurer, à l'adresse [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_ES.pdf).

liberté pour protéger une victime présumée, fait ignoré par la procédure civile espagnole⁹⁰. Néanmoins, après la réforme de l'article 158 du Code civil⁹¹, des compétences ont été attribuées aux juges civils pour adopter des mesures très urgentes à l'égard de mineurs vivant dans un environnement de violence sexiste⁹². Dans de tels cas et face à des circonstances très exceptionnelles ou urgentes, l'intervention du tribunal de première instance dotée de compétences en matière familiale⁹³ pourra être rendue possible afin de délivrer le certificat prévu par le règlement 606/2013 et d'exécuter ainsi la mesure d'éloignement ou de confinement ou l'interdiction de communication imposée au parent violent dans un autre État⁹⁴.

38. Cependant, malgré la dénomination « mesures civiles » du règlement 606/2013, il ne s'agit pas de matière civile dans le sens qui devrait être abordé par le DIP espagnol. De fait, le texte européen lui-même exclut les matières relatives aux décisions judiciaires en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, pour lesquelles doivent intervenir les textes en vigueur (Règlement Bruxelles IIbis, Convention de La Haye de 1996, Règlement aliments, Règlement Régimes matrimoniaux et Règlement partenariat).

39. Bien entendu, la protection des victimes de violence sexiste et de leurs enfants mineurs comporte une forte dimension transfrontalière, raison pour laquelle la directive sur la décision de protection européenne et le règlement 606/2013 ont été élaborés. La liberté de mouvement de la victime et des mineurs à sa charge, combinée à la facilité pour l'agresseur de se déplacer sur le territoire de l'Union européenne, a conduit à ce que les mesures de protection les concernant ne se limitent pas au

⁹⁰ Voy. S. RODRÍGUEZ LLAMAS, « La aplicación práctica en España del Reglamento 606/2013 de 12 de junio relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil », in E. MARTÍNEZ GARCÍA (dir.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 137-144, spéc. pp. 138-142.

⁹¹ En vertu de la loi 15/2015, du 2 juillet, de juridiction volontaire (BOE, n° 158, 3 juillet 2015). Nous pourrions distinguer trois hypothèses : existence d'un risque d'enlèvement du mineur par l'un ou l'autre des conjoints (§°3) ; activités préjudiciables pour les enfants (§§°4, 5 ou 6) ou demande de changement de domicile ou de pays de l'enfant mineur d'âge (§°6).

⁹² S'il convient de prendre des mesures très urgentes, l'on parle de mesures de précaution caractérisées par leur nature impérieuse et nécessaire face à des situations ponctuelles de caractère exceptionnel en raison de la possibilité que surgissent des circonstances représentant un danger ou un préjudice pour le mineur. Il faut donc de préférence assurer la protection et éviter le retard dans le traitement de l'incident qui serait occasionné par une modification des mesures.

⁹³ Cette procédure se réalise au travers d'un procès de juridiction volontaire qui débute par une demande éventuellement introduite par le biais d'une comparution urgente devant le juge ou de déclarations écrites, selon ce que déterminera le tribunal.

⁹⁴ Voy. M^a. D. HERNÁNDEZ RUEDA, « Los problemas en la aplicación en la orden de protección europea », in E. MARTÍNEZ GARCÍA (dir.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 29-42, spéc. pp. 41-42.

territoire de l'État membre ayant décidé au départ de les conférer. Le maintien d'une position restrictive à l'égard de la question de la protection aurait restreint le droit à la libre circulation et à la résidence des victimes protégées dans un État membre⁹⁵.

40. Par conséquent, nous nous demandons si la décision de protection européenne, ou le certificat civil de protection, concerne aussi la victime ressortissante d'un pays tiers de même que ses enfants, qui décideraient de se déplacer ou de déménager dans un autre État membre. Se lancer dans une nouvelle vie loin de l'auteur de la maltraitance peut se transformer en motivation menant les femmes étrangères menacées de violence sexiste à s'installer dans un autre pays. Comme nous avons pu le vérifier, l'inconvénient majeur vient du manque de réglementation d'un droit à la mobilité intra-européenne étant donné que la situation de résidence légale des victimes est uniquement protégée par le droit des étrangers de chacun des États membres. Sans aucun doute, l'élaboration à venir d'un instrument européen consacré à l'harmonisation du statut de résidente pour la victime étrangère et au droit à la mobilité internationale supposerait d'améliorer le bien-être de cette personne ainsi que sa sécurité si elle devait décider de changer sa résidence pour se rendre dans un autre État membre. Ainsi, la décision de protection européenne ou le certificat civil cesserait d'être un mécanisme non opérationnel pour la victime extracommunautaire et pour sa progéniture en raison du manque de continuité d'un statut de résidence légale dans un deuxième État membre.

V. Conclusions

41. Les femmes migrantes, qu'elles disposent ou non de papiers, sont particulièrement vulnérables face à la violence sexiste étant donné qu'elles courent un risque plus grand de victimisation, car elles sont confrontées à des difficultés multiples pour pouvoir la surmonter.

42. En Espagne, la protection de la victime de violence sexiste en situation irrégulière commence par la dénonciation de ce délit et la mise en marche de mécanismes pour assurer sa défense dans le cadre du

⁹⁵ Tel que déterminé par le Conseil de l'Union européenne : initiative visant à l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la décision de protection européenne, exposé des motifs, Bruxelles, 6 janvier 2010.

droit pénal et civil ainsi que dans celui de la réglementation étrangère. Pour ce qui est du divorce entamé par la femme étrangère suite à la violence subie, l'autorité judiciaire espagnole se heurte au besoin d'intégrer avec des sources réglementaires d'origine internationale et européenne pour gérer la procédure internationale de crises matrimoniales et les mesures régissant la relation entre parents et enfants. Il convient d'ajouter à cela le défaut de mise en œuvre de la Convention d'Istanbul et de la perspective du genre dans les textes internationaux portant sur les procédures familiales. Nous avons d'ailleurs constaté que l'évolution des engagements de l'Union européenne en faveur de la diminution et de l'élimination de la violence sexiste a un impact relativement réduit sur les propositions et sur les textes définitifs du droit familial européen. En tout état de cause, l'approche du genre de la situation privée internationale reste soumise à l'interprétation de chacun des tribunaux de l'État membre concerné.

43. Afin d'appliquer la législation de l'Union de façon cohérente, le praticien du droit doit coordonner et interpréter les multiples instruments pénaux et civils qui affectent la protection de la femme étrangère et de ses enfants. Dans le domaine pénal, grâce aux progrès réalisés par certaines initiatives comme la décision de protection européenne ou le certificat civil pour la protection de la victime de violence sexiste, il est possible d'assurer la mobilité intra-européenne de la personne concernée. Néanmoins, s'il s'agit d'une ressortissante d'un pays tiers qui décide de se rendre dans un autre pays, l'exercice de son droit à la mobilité demeurera limité jusqu'à ce qu'un instrument communautaire traite d'un statut de résidente pour la victime étrangère et reconnaisse une telle possibilité. À cet égard, nous espérons que cette réponse dépassera le niveau du législateur européen et qu'elle s'attaquera au problème commun posé par la violence sexiste.