

CEDAW Workshop für Anwältinnen und Anwälte, 27. Mai 2010, Walkerhaus Bern

**Organisiert von der Eidgenössischen Kommission für
Frauenfragen, dem Bundesamt für Justiz (EJPD) und der Direktion
Völkerrecht (EDA)**

Bericht für die Teilnehmenden

Erika Schläppi

Bern, 6. Juli 2010

Inhaltsübersicht

Kurzbericht zu den Ergebnissen	S. 2
Berichte aus den Diskussionsgruppen	
Diskussionsgruppe Ehe- und Familienrecht(J. DuBois)	S. 6
Diskussionsgruppe Ausländerrecht (C. Naegeli)	S. 10
Diskussionsgruppe Erwerbsleben (O. Gamma Amman)	S. 14
Groupe de discussion droit des étrangers (C. Iselin)	S. 16

Kurzbericht zu den Ergebnissen

Konzept und Programm der Veranstaltung

Der erste Teil des Programms war drei thematischen Inputs gewidmet, zwei kurzen einführenden von Jeanne Ramseyer und Cordelia Ehrich vom Bundesamt für Justiz und einer umfassenden und grundlegenden Präsentation von Kathrin Arioli zu den Normen von CEDAW, dem Mitteilungsverfahren und der entsprechenden Praxis des CEDAW-Ausschusses. Im zweiten Teil diskutierten die Teilnehmenden in thematischen Gruppen, die von Anwältinnen moderiert wurden. In einem Schlusspanel wurden die Ergebnisse im Plenum kurz vorgestellt und kommentiert.

Das halbtägige Format der Veranstaltung setzte bewusst eine niedrige Schwelle für eine Teilnahme. Dies bedeutete auf der anderen Seite (allzu) knappe Zeit für das komplexe Thema, im Besonderen für substantielle Diskussionen und partizipative Workshop-Formen. Die Nachfrage nach der Veranstaltung (29 Teilnehmende) entsprach etwa den Erwartungen, allerdings war die hohe Zahl von Anmeldungen aus der Westschweiz eher überraschend (fast die Hälfte der Teilnehmenden waren französischer Sprache). Der Ort der Veranstaltung (Walkerhaus) erhielt grundsätzlich gute Noten, allerdings wurde teilweise das knappe Raumangebot und die Hitze in den Gruppenräumen (einer ohne Fenster) bemängelt. Die simultane Übersetzung (Deutsch – Französisch/ Französisch – Deutsch) der Plenumsitzungen (im Flüstermodus) wurde sehr geschätzt und zum Teil ausdrücklich hinsichtlich ihrer Qualität gelobt. Sie erlaubte eine gute Kommunikation im Plenum über die Sprachgrenzen hinweg, was angesichts der terminologischen Eigenheiten der juristischen Fachsprache keine Selbstverständlichkeit ist.

Die thematischen Diskussionen in den Arbeitsgruppen

Die Gruppendiskussionen drehten sich alle um die drei gleichen Fragen: Welche rechtlichen Argumente können wir aus CEDAW ableiten? Wann macht ein individuelles Mitteilungsverfahren Sinn? Welches sind die Herausforderungen, denen wir uns gegenübersehen? Die Gruppenmoderatorinnen hatten allesamt die Gruppenarbeiten gut vorbereitet und eine Reihe von nützlichem Material für die Teilnehmenden zusammengestellt. Sie haben auch alle einen Schlussbericht abgeliefert, aus dem die folgende Zusammenstellung der Gruppendiskussionen entnommen ist.

Die Diskussionsgruppe **Erwerbsleben** (Leitung RA Olga Gamma) hat festgestellt, dass in arbeitsrechtlichen Verfahren klagende Frauen in aller Regel ein grosses Interesse am raschen Abschluss des Verfahrens haben. Dies führt zu einem starken Trend zu Vergleichen, deren Inhalt oft nicht veröffentlicht wird und damit den Praktikerinnen nicht zugänglich ist (Der Vorschlag wurde laut, solche Vergleiche soweit wie möglich auch auf der Plattform www.gleichstellungsgesetz.ch zu publizieren). In arbeitsrechtlichen Verfahren tragen klagende Frauen überdies ein grosses Kostenrisiko (für die anwaltliche Vertretung der Gegenseite). Da für ein CEDAW-Mitteilungsverfahren die Erschöpfung des Instanzenzugs nötig ist, müsste ein Prozesskostenfonds für CEDAW-Fälle eingerichtet werden.

In der Gruppe **Ausländerrecht** (Leitung RA Caterina Nägeli) drehte sich die Diskussion um Art. 50 Abs. 2 AuG. Nachdem das Bundesgericht geklärt hat, dass „eheliche Gewalt“ und gefährdete soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland“ trotz anderslautendem Wortlaut im Gesetz nicht kumulative Voraussetzungen für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bilden, thematisieren die Migrationsämter zunehmend die „Integration“. Diese wird aber als Kriterium im Gesetz im Zusammenhang mit den „wichtigen persönlichen Gründen“ nicht genannt. CEDAW (und andere internationale Übereinkommen) könnten hier als rechtliche Argumentationshilfe gute Dienste leisten, besonders im Hinblick auf die Auslegung von „Integration“, aber auch im Bereich Mankopraxis:

Sozialhilfeabhängigkeit der Ausländerin wegen Scheidung kann zum Widerruf von Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen (Art. 62/63 AuG) führen. Gemäss der Botschaft zu CEDAW sind (einzelne) Bestimmungen des Übereinkommens unmittelbar anwendbar, weshalb sie im konkreten Fall selbständig gerügt werden sollten. Das CEDAW-Mitteilungsverfahren lohnt sich nicht unbedingt für den Einzelfall (zu hohe Kosten, zu lange Dauer), aber man sollte via NGOs oder andere Institutionen Musterprozesse finanzieren können. Eine wichtige Herausforderung ist in jedem Fall der Föderalismus: es existieren grosse Unterschiede in der Unterstützung von Migrantinnen, die den gemeinsamen Haushalt verlassen müssen.

Die Diskussionsgruppe **Ehe- und Familienrecht** (Leitung RA Jeanne DuBois) erarbeitete anhand einiger Anwendungsfälle Ideen, wie CEDAW genutzt werden könnte. Gerade bei der einseitigen Überbindung des Mankos im Scheidungsfall, welche das Bundesgericht als nicht-diskriminierend erachtet (BGE 5A_767/2007 und 5A_121/2008), kann der Bezug auf den materiellen Diskriminierungsbegriff von CEDAW hilfreich sein: Es bräuchte einen passenden Fall, der (auch) mit CEDAW-Argumenten geführt und durch die Instanzen gezogen wird. Achtung Kosten, da es sich hier um ein nach bisheriger Praxis aussichtsloses Rechtsmittel handeln und damit auch keine unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung gewährt würde! Auch im Bereich von Art. 50 AuG kann CEDAW nützlich sein, zum Beispiel für das Infragestellen der bundesgerichtlichen Unterscheidung von intensiver und nicht intensiver Gewaltausübung (BGE 2C_460/2009, 2C_540/2009): Schutz vor Gewalt ist ein Recht. Das hat auch Konsequenzen für die strafrechtliche Behandlung: Werden Strafklagen auf Antrag des Opfers eingestellt, kann das Migrationsamt argumentieren, die Gewaltausübung sei nicht intensiv gewesen. Weitere andiskutierte Fälle, wo sich der explizite Bezug zu CEDAW lohnen könnte, betrafen die Scheidung von Frauen, die in ihrer langjährigen Ehe in traditioneller Rollenteilung lebten und deshalb den Wiedereinstieg in die Erwerbsarbeit kaum schaffen: Berücksichtigt hier das Scheidungsrecht die unentgeltliche Betreuungsarbeit genügend? Weitere näher zu diskutierende Bereiche sind die angemessene Entschädigung an Stelle der hälftigen Teilung der Austrittsleistung der zweiten Säule (Art. 124 ZGB), das gemeinsame Sorgerecht. Für das Namensrecht ist CEDAW heute wenig ergiebig, da die Schweiz hier einen ausdrücklichen Vorbehalt bei der Ratifizierung von CEDAW gemacht hat.

Auch die französischsprachige Diskussionsgruppe zum **Ausländerrecht** (Leitung RA Charlotte Iselin) thematisierte Art. 50 des Ausländergesetzes. Sie stellte fest, dass „Integration“ für die Migrationsbehörden meist berufliche Integration bedeutet und diese Auslegung Migrantinnen (mit nicht anerkannten Diplomen, in nichtqualifizierten Berufen, in traditioneller Rollenteilung) oft diskriminiert. Das könnte mit CEDAW kritisiert werden. Die staatliche Schutzpflicht mit Bezug auf Gewalt müsste so ausgelegt werden, dass der Staat etwa polizeiliche Interventionen wegen Gewalt dokumentieren und archivieren müsste: Oft ist es nur so möglich, Gewaltausübung im Sinne von Art. 50 Abs. 1 lit. b zu dokumentieren. CEDAW ist auch ein Mittel, um den prekären Status der Hausangestellten von Diplomaten in Frage zu stellen. Die Gruppe sah den Wert von CEDAW in der Verpflichtung zu Verbesserungsprogrammen und konnte sich nur schwer vorstellen, wie daraus direkte Rechte, beispielsweise einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung, abgeleitet werden könnte: Es geht vielmehr darum, die rechtlichen Bestimmungen (etwa zur humanitären Bewilligung) im Sinne von CEDAW auszulegen. Die Gruppe diskutierte auch, wie man die Verletzung von CEDAW im Herkunftsland für das Verfahren um eine Erlangung der Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz nutzen könnte. Sie hielt fest, dass viele Herausforderungen, die sich im Zusammenhang mit der Anwendung von CEDAW stellen, genereller Natur sind und sich auch im Zusammenhang mit Schweizer Recht stellen: Migrantinnen haben Angst, sich zu exponieren, um ihre prekäre Position nicht noch mehr zu gefährden; sie haben Schwierigkeiten, gewalttätige Übergriffe zu beweisen; die Möglichkeit der Einstellung des strafrechtlichen Verfahrens gegen den gewalttätigen Ehemann (Art. 55a StGB) setzt sie oft noch mehr unter Druck einzulenken.

Im **Schlusspanel** trugen die Moderatorinnen der vier Arbeitsgruppen die hauptsächlichen Erkenntnisse aus den Gruppen für das Plenum zusammen:

- CEDAW eignet sich in allen angesprochenen Bereichen für die Verstärkung und Fokussierung der rechtlichen Argumentation, vor allem bringt sie Argumente gegen faktische Diskriminierung.
- Das Mitteilungsverfahren ist nur zulässig, wenn die nationalen Instanzen erschöpft sind und wenn CEDAW in allen Instanzen bereits gerügt worden ist. Es ist deshalb wichtig, in jedem Fall mit CEDAW zu argumentieren, auch wenn wir der Ansicht sind, CEDAW bringe keine zusätzlichen Argumente.
- Aus der Perspektive der betroffenen Frau ist das Mitteilungsverfahren noch ein Schritt mehr in einem schon auf nationaler Ebene (allzu) kostspieligen, belastenden und langen Verfahren: Das Interesse im Einzelfall an einem Mitteilungsverfahren ist daher wohl gering.
- Hingegen braucht es Musterfälle, die extern finanziert sind und fachlich unterstützt werden: Sie haben rechtspolitisches Potential.
- Eine grosse Herausforderung ist die mangelnde Kenntnis von CEDAW nicht nur bei den AnwältInnen, sondern vor allem in den Behörden und Gerichten: Aus Unkenntnis ignorieren sie oft CEDAW-Argumente, die von AnwältInnen vorgebracht werden.

In ihrem Schlusswort wies Elisabeth Freivogel vor allem darauf hin, dass die Arbeit mit CEDAW einen langen Atem braucht und nur nützlich sein kann, wenn wir sie in der täglichen Arbeit für die juristische Argumentation konsequent und hartnäckig auch brauchen, in allen Bereichen und auf allen Stufen der Rechtsanwendung.

Vorschläge der Teilnehmenden für die Weiterarbeit

Einige Teilnehmende machten konkrete Vorschläge für die Weiterarbeit, die ihnen für ihre Praxis besonders nützlich erscheinen (vgl. die Auswertung der Evaluationsblätter im Anhang 2), so zum Beispiel:

- Vertiefung der Reflexion in den andiskutierten Bereichen: Wie lässt sich CEDAW genau nutzen?
- Sensibilisierung und Information der rechtsanwendenden Behörden und der Gerichte über CEDAW und seine rechtliche Bedeutung;
- Kontinuierliche Information über CEDAW und die schweizerischen Fälle, in denen CEDAW genutzt wurde;
- Schaffung einer entsprechenden elektronischen Plattform, evt. angehängt an www.leg.ch/www.gleichstellungsgesetz.ch;
- Vernetzung der interessierten Anwältinnen, zum Erfahrungs- und Informationsaustausch.

Schlussevaluation

Die Schlussevaluation zeigte eine hohe Zufriedenheit, spezifisch mit dem Input von Kathrin Arioli: 15 Teilnehmende fanden die Präsentationen sehr interessant, 8 interessant, niemand fand sie wenig interessant oder langweilig. Auch die Schlussevaluation des Diskussionsteils war sehr positiv: 17 Teilnehmende bewerteten die Gruppendiskussionen als sehr interessant, 4 als interessant; niemand fand sie wenig interessant oder gar langweilig.

Die Schlussevaluation fragte die Teilnehmenden auch nach der Nützlichkeit der Veranstaltung für ihre praktische Arbeit. 6 fanden den Workshop sehr nützlich, 17 nützlich; niemand bewertete die Teilnahme als wenig nützlich oder unnütz.

EKF –Workshop zu CEDAW vom 27. Mai 2010

Bericht von Frau RAin Jeanne DuBois (Diskussionsgruppe „Ehe und Familienrecht“)

1.

Als Einstieg in die Gruppenarbeit wurden zu Beginn diverse Dokumente gemäss den Literaturlisten 1, 2 und 3 verteilt und erläutert. Es wurde insbesondere auf die Informationsplattform www.humanrights.ch verwiesen. Da sind eine deutschsprachige Übersetzung und Zusammenfassung von CEDAW Entscheiden abrufbar. CEDAW-Infos in englischer Sprache finden sich auf der UN-site (www.un.org/womanwatch/daw/cedaw/protocol).

Die verteilten ausführlichen Entscheide im Mitteilungsverfahren der Wiener Interventionsstelle gegen Gewalt in der Familie (die Mitteilungen 5 und 6/2005) sind insofern für die anwaltliche Praxis wesentlich, als sich daraus ergibt, wie im Einzelnen eine Mitteilung im Detail erfolgen kann und wie der Ausschuss sich damit befasst.

2.

In der anwaltlichen Praxis geht es darum, ob und auf welche Art und Weise mit dem CEDAW argumentiert werden kann. An Hand von vorgestellten Beispielen ergaben sich vielfältige Ideen zur Anwendung des CEDAW.

1. Anwendungsfall

Das System der einseitigen Mankoüberbindung.

Es geht um die Regelung der Nebenfolgen des Getrenntlebens in einem eheschutzrichterlichen Trennungsverfahren. Die gemeinsamen Einkommen reichen zur Finanzierung der Bedürfnisse der Ehegatten und der Kinder nicht aus. Laut Bundesgericht soll die unterhaltsberechtigten Person, nämlich die Ehefrau, welche zusammen mit den Kindern lebt, das Manko allein tragen.

Das Manko soll nicht zwischen den Eheleuten aufgeteilt werden: BGE 133 III 57 (vom 14.12.2006) und sehr ausführlich: BGE 5A_767/2007 (vom 13.10.2008). In BGE 5A_121/2008 (vom 8.12.2008) wird diese Praxis unter Hinweis auf den BGE vom 13.10.2008 bestätigt.

Das Bundesgericht führt im Entscheid vom 13.10.2008 u.a. an, dass die einseitige Mankoüberbindung nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstösst (Art. 8 Abs. 3 BV). Ausgangspunkt sei die faktisch bestehende Versorgungslage. So könne ein Hausmann mit der gleichen Problematik konfrontiert sein und habe das Manko zu tragen. Es seien die Ehegatten gegenüber der Verteilung des Mankos nicht in ihrer Funktion als Mann und Frau, sondern als unterhaltsverpflichteter und unterhaltsberechtigter Ehepartner betroffen.

Meinung der Gruppe:

Zum einen geht das Bundesgericht von einer formellen Betrachtungsweise des Diskriminierungsverbots aus - was überholt ist (siehe die Praxis zum Gleichstellungsgesetz, wo die

materielle Gleichheit im Vordergrund steht). Bei der Frage der Mankoteilung wäre Art. 16 c CEDAW hilfreich. Von der einseitigen Mankoüberbindung sind mehrheitlich (praktisch ausschliesslich) Frauen mit ihren Kindern betroffen. Die Diskriminierung ist erstellt. Es ist in einem passenden Fall vor erster Instanz bis hin zum Bundesgericht das CEDAW anzurufen, wobei die Frage der Kosten / Entschädigung nicht ausser Acht gelassen werden kann (Aussichtslosigkeit der Rechtsmittel nach bisheriger Praxis, keine Gewährung des Armenrechts). Es wäre dann das Mitteilungsverfahren möglich.

2. Anwendungsfall

Es geht um die Bekämpfung der Diskriminierung von gewaltbetroffenen Migrantinnen.

Verlangt eine Frau die Trennung nach einem Vorfall häuslicher Gewalt, stellt sich die Frage des Verbleibs in der Schweiz, wenn die betroffene Frau aus dem aussereuropäischen Raum in die Schweiz gekommen ist und das Zusammenleben der Eheleute noch nicht lange andauerte. War das Zusammenleben über drei Jahre, kann die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden, wenn die betroffene Frau „erfolgreich integriert“ ist (Art. 50 a AuG). An die Anforderungen an die Integration wird ein hoher Massstab angesetzt. "Wesentlicher" Sozialhilfebezug oder zu lange Dauer von Deutschkursen für die Erlernung der Sprache sprechen gegen die Verlängerung (so ein Entscheid des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 21.7.2009). Es wurde aber im Entscheid weder geprüft, weshalb die betroffene Frau keine Arbeit fand (derzeitiger Arbeitsmarkt für Frauen ohne jegliche berufliche Ausbildung) und es wurde nicht berücksichtigt, dass die ersten Deutschkurse eigentliche notwendige Alphabetisierungskurse waren. Die Nichtberücksichtigung der Arbeitsmarktsituation, welche Frauen diskriminiert, könnte mit dem CEDAW argumentatorisch angegangen werden. Ebenso die hohe Anforderung an die Integration, ohne Berücksichtigung des Einzelfalles.

Dauerte das Zusammenleben der Eheleute weniger als drei Jahren, kann als wichtiger Grund für den Verbleib in der Schweiz die erfolgte häusliche Gewalt angerufen werden und - bei „intensiver“ häuslicher Gewalt nicht kumulativ aber laut Bundesgericht alternativ die Schwierigkeit der Wiedereingliederung im Heimatland (BGE 2C_460/2009 und 2C_540/2009). Das Bundesgericht äussert sich in diesen Entscheiden nicht zur Frage, welche Intensität eines gewalttätigen Vorfalls verlangt wird. Indes verletzt u.E. diese Unterteilung von Gewalt in intensiver und nichtintensiver Gewaltausübung das Recht auf Schutz gegen Gewalt. Gewalt an Frauen ist in der Frauenrechtskonvention nicht explizit genannt, aber eingeschlossen (schwerwiegende Menschenrechtsverletzung und Form der Diskriminierung gemäss Empfehlung Nr. 19). Im Aufenthaltsverlängerungsverfahren ist daher auch in diesem Punkt mit dem CEDAW (Art. 1) zu argumentieren.

Meinung der Arbeitsgruppe:

Die Praxis des Bundesgerichts führt auch dazu, dass in dem dem Aufenthaltsverfahren vorangehenden Strafverfahren gegen den Ehemann sehr gut zu überlegen ist, ob Art. 55a StGB angerufen wird (wird die Strafsache eingestellt, besteht die Gefahr, dass das Migrationsamt sagt, es sei kein Fall intensiver Gewaltausübung) und dass im Trennungsverfahren, auch wenn der Ehemann die Trennung akzeptiert, unbedingt umfassende ärztliche Berichte über die Verletzungen (somatische Verletzungen und psychische Verletzungen der persönlichen Integrität der betroffenen Frau), einzuholen und auch einzureichen sind.

3. Anwendungsfall

Anwendung des CEDAW im Unterhaltsrecht nach der Scheidung, wenn eine langjährige Ehe vorliegt, in welcher die traditionelle Rollenteilung gelebt worden ist. Die Ehefrau hat sich um Haushalt und Kinderbetreuung gekümmert. Kein Wiedereinstieg in die Erwerbsarbeit möglich aufgrund der Arbeitsmarktsituation.

Kann gerügt werden, das Scheidungsrecht sei diskriminierend, da die unbezahlte Betreuungsarbeit und die daraus folgenden schlechteren Chancen auf dem Arbeitsmarkt, welche v.a. die Frauen betreffen, vom Scheidungsrecht zu wenig berücksichtigt werden? Dieser Fall konnte nicht mehr im Detail besprochen werden.

Es ist auf die Mitteilung 1 /2003 des Frauenrechts-Ausschusses hinzuweisen. In diesem Fall wurde das Obige gerügt. Der Ausschuss konnte aber auf die Rüge nicht eintreten, da dazumal Deutschland das Fakultativprotokoll noch nicht unterzeichnet hatte.

Meinung der Arbeitsgruppe:

In analogen Fällen mit dem CEDAW zu argumentieren, wohlwissend, dass ein unmittelbares besseres Resultat für die betroffene Frau wohl noch einiges auf sich warten lässt.

Weitere mögliche Anwendungsfälle wurden genannt, mangels Zeit nicht mehr diskutiert:

Art. 124 ZGB (die Berechnung der angemessenen Entschädigung an Stelle der hälftigen Teilung der Austrittsleistung, 2. Säule), wobei je nach Ausgang der Revision des Vorsorgeausgleichs (ZGB 122 ff) die Situation eine andere sein wird. Name des Kindes. Name der Ehefrau: Die Schweiz hat einen Vorbehalt bei der Unterzeichnung des Fakultativprotokolls gemacht, so dass die entsprechende Diskriminierung noch längere Zeit andauern wird. In Stellungnahmen zum neuen Sorgerechtartikel ist der Hinweis zu finden, das gemeinsame Sorgerecht verstosse gegen das CEDAW, da faktisch mehrheitlich die Kindsmütter die Aufgabe der Kinderbetreuung wahrnehmen.

3.

Fazit der Arbeitsgruppe für die anwaltliche Tätigkeit (vorgetragen im Plenum):

Wenn immer möglich soll mit dem CEDAW argumentiert werden, d.h. zitieren aus den Staatenberichten (als Beweismittel für die Diskriminierung) oder dem Schattenbericht. Ebenso darauf hinweisen, dass das CEDAW direkt anwendbares innerstaatliches Recht ist und die einzelnen, in Frage kommenden Artikel, anführen. Nicht zuletzt, damit sich Behörden und Gerichte mit dem CEDAW befassen müssen. Kurzfristig kann aber wohl nicht mit Änderungen der Rechtsprechung gestützt auf das CEDAW gerechnet werden.

Als ein Beispiel ist bei der Festlegung des hypothetischen Einkommens der unterhaltsberechtigten Ehefrau in der Trennung / Scheidung (grundsätzlich Wiedereinstieg in den Arbeitsmarkt zu 50%, wenn das jüngste Kind 10 Jahre alt ist, zu 100%, wenn das jüngste Kind 16 Jahre alt ist) auch auf das CEDAW bzw. die Diskriminierung der Frauen im Arbeitsmarkt hinzuweisen, wenn das Gericht von einem zu hohen hypothetischen Einkommen ausgeht und daraus folgend zu tiefe Unterhaltsbeiträge vorschlägt.

Wird in einem Fall bis zum Bundesgericht u.a. auch mit dem CEDAW argumentiert und verweist das Bundesgericht auf den Gesetzgeber, blockt das Parlament bzw. wird es nicht tätig (z.B. derzeit das Namensrecht nach der Ablehnung des Kompromissvorschlages im Parlament), soll in einem passenden Fall das Mitteilungsverfahren in Erwägung gezogen werden bzw. gemacht werden.

Im Einzelfall können teils hohe Gerichtskosten erwachsen (wenn es kein UP-Fall ist) und hohe Kosten der anwaltlichen Vertretung bei einem sog. „aussichtslosen“ Weiterzug bis zur letzten Instanz inkl. dem darauf folgenden Mitteilungsverfahren. Es ist ein Versuch wert, vorgängig mit Interessengruppen in Kontakt zu treten, welche allenfalls Unterstützung geben können, finanziell und ideell (Juristinnen Schweiz, Gewerkschaften, Frauengruppierungen etc.).

EKF –Workshop zu CEDAW vom 27. Mai 2010

Bericht von Frau RA Caterina Nägeli (Diskussionsgruppe „Ausländerrecht“)

Ich habe zur Einführung die beiliegenden rechtlichen Grundlagen erläutert. Wir haben in der Folge insbesondere die Problematik von Art. 50 Abs. 2 AuG diskutiert. Gemäss früherer kantonaler Praxis waren entsprechend dem gesetzlichen Wortlaut des AuG die Voraussetzungen "häusliche Gewalt" und "gefährdete Wiedereingliederung im Heimatland" kumulativ verlangt worden. Seit dem Bundesgerichtsentscheid 2C_460/2009 kann man aber davon ausgehen, dass lediglich eine dieser Voraussetzungen genügt. Es wurde in der Gruppe generell bedauert, dass die kantonale Migrationsbehörden seither vermehrt das Thema "Integration" in den Vordergrund stellen, welches in Art. 50 Abs. 2 AuG aber gar nicht genannt wird.

Danach behandelten wir diverse Fälle aus der Praxis. Wir haben darüber diskutiert, in wie fern die Bestimmungen des CEDAW (v. a. in Verbindung mit häuslicher Gewalt und kurzzeitigen Ehedauer) eingebracht werden könnten. Es wurde der Standpunkt vertreten, dass gewisse Bestimmungen des CEDAW durchaus **unmittelbar anwendbar** sein sollten. Man sollte sich aber nicht nur auf das CEDAW beschränken, sondern auch weiterhin mit KRK, Folterkonvention, Anti-Rassendiskriminierungsübereinkommen etc. argumentieren.

Wir haben zum Schluss die einzelnen Diskussionsfragen behandelt und folgende Antworten gefunden:

1. Rechtliche Argumente

- Mankopraxis im Schweizerischen Scheidungsrecht führt zu einer indirekten Diskriminierung bei der Anwendung von Art. 62 und 63 AuG (Wideruf von Aufenthaltsbewilligungen) wegen der Voraussetzung der Sozialhilfeabhängigkeit
- In Bezug auf die (alte) Praxis der Migrationsämter zu Art. 50 Abs. 2 AuG kann CEDAW ebenfalls argumentiert werden
- Der Punkt "Integration" sollte mit Bezugnahme auf das CEDAW argumentiert werden. Beispiel: Mann sperrte Ehefrau zu Hause ein, verbot ihr Deutsch zu lernen oder mit den Nachbarn zu reden. Sie erleidet häusliche Gewalt nach 1jähriger Ehedauer und muss das Land verlassen, weil sie nicht integriert ist. Dies wäre eine Diskriminierung i. S. d. CEDAW

2. Sinn des individuellen Mitteilungsverfahrens

- Lange Verfahren, hohe Kosten, deshalb lohnt sich das Mitteilungsverfahren nicht unbedingt
- Die betroffenen Frauen sind kaum in der Lage, Gerichts- und Anwaltskosten zu tragen bzw. vorzuschüssen
- Man könnte ein NGO oder eine andere Institution finden, um einen Musterprozess zu finanzieren

3. Herausforderungen

- Finanzierung (s. bei Punkt 2)
- Föderalismus. Kantonale Migrationsämter sollten dem Bund konsolidierte Daten liefern, damit in Bern überhaupt eine der tatsächlichen Situation entsprechende Berichterstattung erfolgen kann. Beispiel: Migrantinnen erhalten in jedem Kanton unterschiedlich hohe Unterstützung, wenn sie in ein Frauenhaus gehen müssen oder auf Grund häuslicher Gewalt mit ihren Kindern den gemeinsamen Haushalt verlassen müssen und eine neue Bleibe suchen. Es wäre interessant zu wissen weshalb nicht alle Kantone gleich viel Unterstützung anbieten (vgl.

SKOS-Richtlinien). Diese Praxis hat eine Ungleichbehandlung von Migratinnen zur Folge.
Beispiel: Kanton Glarus richtet weniger Unterstützung aus, als Kanton Zürich

- Eine Herausforderung ist auch, dass gewisse Fälle noch unter dem alten Recht (ANAG) laufen

Auszug aus der PPT-Präsentation:

Rechtliche Grundlagen CEDAW

Art. 1 CEDAW – Diskriminierungstatbestand

Art. 5 und 16 I lit. d CEDAW – Kindererziehung

Art. 9 und 16 I lit. c CEDAW – Aufenthaltsstatus

Art. 11 lit. a CEDAW – Recht auf Arbeit

Art. 11 lit. e CEDAW – Recht auf soziale Sicherheit

Rechtliche Grundlagen AuG

Art. 50 AuG – Auflösung der Ehe und abgeleiteter Aufenthaltsanspruch

Art. 62 AuG – Widerrufsgründe bei Aufenthaltsbewilligung B

Art. 63 AuG – Widerrufsgründe bei Niederlassungsbewilligung C

* Vorliegend wird das Asylgesetz und das Einbürgerungsgesetz nicht behandelt

Anwendung des CEDAW auf schweizerische Sachverhalte – 1. Fallbeispiel

- Brasilianische Frau heiratet Schweizer Mann und bringt zwei Kinder auf die Welt (der Schweizer Mann ist der Vater der Kinder)
- Die Kinder erhalten die Schweizerische Bürgerschaft
- Die Frau widmet sich während der Ehe zu 100 % der Kindererziehung
- Nach einer Ehedauer von 4 Jahren lassen sie sich scheiden
- Zuvor hatte die Ehefrau überhaupt keinen Aufenthaltstitel in der Schweiz
- Ex-Ehemann ist arbeitslos und die Ex-Ehefrau muss vom Sozialamt Hilfeleistungen beziehen

Anwendung des CEDAW auf schweizerische Sachverhalte – 2. Fallbeispiel

- Marokkanische Frau heiratet einen Libanesischen Niedergelassenen und bringt ein Kind auf die Welt (der Niedergelassene ist der Vater des Kindes)
- Das Kind erhält die Niederlassungsbewilligung C
- Die Frau widmet sich während der Ehe zu 50 % der Kindererziehung, zu 50 % arbeitet sie als Serviertochter
- Nach einer Ehedauer von 2,5 Jahren lassen sie sich scheiden, weil er sie geschlagen hatte und sie in ein Frauenhaus landete
- Zuvor hatte die Ehefrau überhaupt keinen Aufenthaltstitel in der Schweiz
- Der Ex-Ehemann kommt mit einem Lohn von CHF 2'500 knapp finanziell durch und die Ex-Ehefrau muss vom Sozialamt monatlich ca. CHF 600.- beziehen

Anwendung des CEDAW auf schweizerische Sachverhalte – 3. Fallbeispiel

- Schweizer Bürgerin heiratet einen Peruaner und bringt ein Kind auf die Welt (der Peruaner ist der Vater des Kindes)
- Das Kind erhält die Schweizerische Staatsbürgerschaft
- Die Frau widmet sich während der Ehe zu 50 % der Kindererziehung, zu 50 % arbeitet sie bei einer Hilfsorganisation
- Nach einer Ehedauer von 2 Jahren trennen sie sich, weil er sie misshandelte
- Der Ex-Ehemann kommt mit einem Lohn von 2'500 selber finanziell knapp durch; die Ex-Ehefrau muss aber vom Sozialamt monatlich CHF 600.- beziehen

Anwendung des CEDAW auf schweizerische Sachverhalte – 4. Fallbeispiel

- Italienerin heiratet einen Türkischen Staatsangehörigen mit einer Aufenthaltsbewilligung „B“
- Die Ehe geht nach 2 Jahren Ehe in die Brüche, weil der Ehemann die Ehefrau misshandelt und ständig kontrolliert hatte (sog. Stalking); die Ehefrau muss sich einer psychiatrischen Behandlung unterziehen
- Die Ehefrau leitet mit der Hilfe ihres Anwaltes ein Eheschutzverfahren ein
- Die Ehefrau wird vom Sozialamt unterstützt
- Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt

Anwendung des CEDAW auf schweizerische Sachverhalte – 5. Fallbeispiel

- US-Amerikanerin heiratet Schweizer Bürger, ein gemeinsames Schweizer Kind
- Sie erleidet nach 2 Jahren häusliche Gewalt
- sie leitet ein Eheschutzverfahren ein
- Die Ex-Ehefrau hat ein Studium absolviert und findet nach der Trennung einen Job als Lehrerin, teilzeitlich zu 40%
- Sie kann mit ihrem Einkommen und mit den Unterhaltsbeiträgen des Kindesvaters selbständig ihr Leben bestreiten und gleitet nicht in die Sozialhilfeabhängigkeit
- Als das Kind 12 Jahre alt wird, sucht sie eine 100%-Stelle mit Erfolg

Anwendung des CEDAW auf schweizerische Sachverhalte – 6. Fallbeispiel

- Türkische Staatsangehörige heiratet niedergelassenen Türkischen Staatsangehörigen, ein gemeinsames Kind
- Trennung nach 4 Jahren Ehedauer, Scheidung nach 2 Jahren Getrenntleben
- Rückkehr in die Türkei ist der geschiedenen Frau und ihrem Kind zuzumuten, die Ehefrau erlitt auch keine häusliche Gewalt
- Das Kind ist ca. 8 Jahre alt und die Ex-Ehefrau kann nur zu 50% einer Erwerbstätigkeit nachgehen
- Sie findet diverse Stellen als Reinigungsfachfrau, da sie aber über keinen gültigen Aufenthaltstitel verfügt, bekommt sie effektiv keine der Stellen

Anwendung des CEDAW auf schweizerische Sachverhalte – Fallbeispiel „I“

- Aufenthaltsbewilligung einer Kosovarin
- Opfer von häuslicher Gewalt, Ehedauer von ca. 1,5 Jahren
- Ehemann hat die Niederlassungsbewilligung
- Ehemann bezahlt keine Unterhaltsbeiträge, da er zu wenig verdient
- Ihr wird vorgeworfen, sie beziehe Sozialhilfe (sie betreut ihren 2-jährigen Sohn)
- Ihr wird vorgeworfen, sie sei nicht integriert, aber Ehemann hatte Kontrollwahn und sperrte sie zu Hause ein (sie konnte bspw. keinen Deutschkurs besuchen)

Relevante Gerichtsentscheide

2C_460/2009 vom 4.11.2009: Aufzählung der wichtigen Gründe nicht abschliessend und häusl. Gewalt und gefährdete Wiedereingliederung müssen nicht kumulativ erfüllt sein

2C_505/2009 vom 29.3.2010: Kongolesin darf in der Schweiz bleiben, da ihr Kind den Schweizerischen Pass inne hat, obwohl das Kind keine besonders enge Beziehung zu seinem Vater pflegt; Verstösse gegen fremdenpolizeiliche Bestimmungen sind irrelevant

Zwei EuGH-Entscheide vom 23. Februar 2010:

- Recht auf Personenfreizügigkeit selbst bei Sozialhilfeabhängigkeit, wenn Kinder der geschiedenen Ehefrau in Ausbildung stehen
- Kinder profitieren von einem eigenständigen Aufenthaltsrecht, das nicht von der Bedingung einer finanziellen Autonomie abhängt
- dieses Aufenthaltsrecht erstreckt sich auf die Mutter, da sie die elterliche Sorge inne hat

EKF –Workshop zu CEDAW vom 27. Mai 2010

Bericht von Frau RAin lic. iur. Olga Gamma Amman (Diskussionsgruppe „Erwerbsleben“)

Die ursprünglich kleine Gruppe erweiterte sich spontan um Frauen. Zunächst fand eine kurze Vorstellungsrunde statt, bei welcher sich die Teilnehmerinnen vorstellten und ihre Präferenzen äusserten. Die Diskussion wurde – angesichts des sehr breiten Spektrums Erwerbsleben – auf Lohngleichheit sowie Diskriminierungen bei Teilzeitarbeit (insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft) beschränkt. Der Bereich sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz musste aus zeitlichen Gründen ganz weg gelassen werden. Vorab wurde festgestellt, dass das CEDAW bei den Gerichten weitgehend unbekannt ist. Für die anwaltliche Praxis ist deshalb vorab zu prüfen, ob sich die betroffene Frau – neben den innerstaatlichen Normen – auf die Individualrechte des CEDAW, insbesondere auf die Art. 11 ff, stützen könnte. Die entsprechenden Rechte sind dann immer explizit in den Rechtschriften aufzuführen (Abkommen etc. beilegen!), verbunden mit dem Hinweis, dass das CEDAW Landesrecht ist, damit die Voraussetzungen für ein Mitteilungsverfahren gewahrt sind.

Einigkeit herrschte darüber, dass in arbeitsrechtlichen/gleichstellungsrechtlichen Verfahren ein grosses Interesse der klagenden Frau besteht, den Konflikt möglichst schnell abzuschliessen, um Zeit (arbeitsrechtliche Verfahren dauern bis Bundesgericht zwischen 5 und 7 Jahren), Energie und Kosten zu sparen. In arbeitsrechtlichen Verfahren herrscht eine grosse „Vergleichskultur“. Angeregt wird, dass der Inhalt abgeschlossener Vergleiche öffentlich und den Praktikerinnen zugänglich gemacht werden sollten. Hier würde sich eine Plattform bei www.gleichstellungsgesetz.ch anbieten, wo Entscheide nach Gleichstellungsgesetz und insbesondere die Verfahren vor Schlichtungsstellen nach GIG auf dem Netz eingesehen werden können. Gemäss Kathrin Arioli, Leiterin der Fachstelle für die Gleichstellung von Frau und Mann im Kanton Zürich, wäre es machbar, auf der entsprechenden Homepage eine Rubrik für derartige Mitteilungen einzurichten. AnwältInnen sollen aufgefordert werden, über abgeschlossene Vergleiche zu informieren (hier steht entgegen, dass oft in Vergleichen Stillschweigen über den Inhalt vereinbart wird).

Ganz zentral ist die Angst der Frau vor Stigmatisierung, welche sich negativ auf ihr weiteres Berufsleben auswirken könnte. Frauen haben überdies Angst, ihre Rechte während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses gerichtlich geltend zu machen. Die meisten Verfahren werden erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses angestrengt (Angst vor Kündigung, Mobbing, Herabsetzung der Leistung etc.).

Kostenrisiko: Arbeitsrechtliche Verfahren sind bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-, Verfahren nach GIG grundsätzlich kostenlos. Nicht davon betroffen sind jedoch die Kosten der anwaltlichen Vertretung und – sofern die Klage abgewiesen wird – die Entschädigung der Gegenseite. Gerade in Lohngleichheitsklagen ist der anwaltliche Aufwand sehr hoch (vielfach aufwändige Beweisverfahren notwendig). Die klagende Frau muss deshalb begütert sein, eine Rechtsschutzversicherung haben oder Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung haben. Wird unentgeltliche Rechtsvertretung bewilligt, besteht die Gefahr, dass diese durch obere Instanzen wegen sog. Aussichtslosigkeit wieder entzogen wird. Vorgeschlagen wurde deshalb die Lancierung eines Prozesskostenfonds für CEDAW-Fälle, damit der innerstaatliche Rechtsmittelweg ausgeschöpft werden kann bzw. die Förderung der Vernetzung, damit die Kosten durch Frauenorganisationen, Gewerkschaften etc. übernommen werden könnten.

Gewünscht wird, dass angesichts von Stigmatisierung der klagenden Partei, persönlicher und finanzieller Belastung durch die Verfahren, ein Schritt weg von der Individualbeschwerde Richtung Organisationsbeschwerde gemacht würde.

Anwendungsmöglichkeiten des CEDAW sehen die Teilnehmerinnen v.a. bei indirekter Diskriminierung (z.B. Benachteiligung teilzeitbeschäftigter Mütter bei Beförderungen (Mindestpensen bei Kaderstellen), beim Zugang zu Weiterbildung (bezahlte Weiterbildung nur bei Mindestpensen), sowie Arbeitszeiten, die nicht kompatibel mit den Kinderbetreuungseinrichtungen sind).

Handlungsbedarf bei der EKF:

- Hilfestellung bei der Vernetzung (Suche nach
- Kostengutsprachen für Pilotfälle)
- Individualbeschwerde - Beschwerde von Organisationen
- Angebot Schulungen zum CEDAW (Gerichte, Anwaltschaft, Beratungsstellen)

COLLOQUE CEDEF DU 27 MAI 2010, BERNE

Groupe de discussion : Comment utiliser la CEDEF dans la pratique en droit des étrangers ?

Animation : Charlotte ISELIN

1. La CEDEF : quels avantages à l'invoquer en pratique ?

En droit des étrangers, l'invocation d'une discrimination homme-femme est rare en pratique. Des outils existent mais leur portée est limitée.

1.1 Droit suisse

L'art. 8 Cst interdit la discrimination sur la base du sexe mais prévoit une approche symétrique. La CEDEF impose des mesures positives dans des domaines spécifiques.

1.2 Droit international

Les Tribunaux doivent interpréter la loi suisse conformément aux dispositions du droit international.

La CEDEF peut avoir un impact sur l'interprétation des normes de droit des étrangers.

Des normes spécifiques existent en matière d'égalité des sexes : CEDH (art. 14 : pas de portée autonome), Pacte ONU I et II, Convention des Nations unies sur les droits des femmes.

1.3 Procédure

Il faut épuiser les voies de recours internes.

Attention : il faut invoquer une discrimination homme-femme devant les instances nationales déjà, sinon le Comité CEDEF n'entre pas en matière.

CEDAW/C/42/D/15/2008

Mme Zhen Zehn Zehng c/Pays-Bas

Ressortissante chinoise indique avoir été emmenée aux Pays-bas alors qu'elle était encore mineure par des trafiquants qui voulaient la prostituer. Elle donnera naissance à une fille quelques mois après son arrivée aux Pays-bas. Elle demande l'asile en 2003. Refus des Pays-Bas. En 2006, elle dépose une nouvelle demande de permis de séjour au vu de sa bonne intégration. Un recours est toujours pendant.

Teneur de la plainte

Violation de l'article 6 CEDEF : cet article protège de la traite et de la prostitution forcée.

Elle indique que les autorités néerlandaises ne lui ont pas dit qu'elle pouvait obtenir un permis de séjour si elle signalait avoir été victime de traite.

Examen de la recevabilité

Le Comité déclare la plainte irrecevable car son auteure n'a pas soulevé la violation de l'art. 6 CEDEF devant les instances nationales. De surcroît, un recours était toujours pendant (art. 4 §1 protocole).

Trois membres du Comité expriment une opinion dissidente.

Selon elles, les déclarations de la plaignante au cours de la procédure d'asile devaient conduire l'Etat à reconnaître que la plaignante avait été victime de traite. L'Etat devait dès lors l'informer de ses droits et la protéger.

Il y a donc des lacunes au sein des procédures des services de l'immigration qui empêchent les femmes d'exercer les recours prévus. L'Etat doit donc prendre des mesures pour remédier à ces lacunes.

Il est possible de demander des **mesures conservatoires** (art. 5 Protocole facultatif).

La question ne doit pas avoir déjà été examinée dans le cadre d'une autre procédure d'enquête ou de règlement international (art. 4 al. 2 a Protocole facultatif), par exemple par la CEDH.

CEDAW/C/38/D/10/2005

Mme N.F.S c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

Ressortissante pakistanaise qui demande l'asile au Royaume-Uni

Crainte que son époux la tue en cas de renvoi au Pakistan. Allègue des violences conjugales. Un divorce a été prononcé en 2002. Son ex-mari a continué à la harceler après le divorce. Elle l'a dénoncé à la police qui n'est pas intervenue. En 2003, son ex-mari la menace avec un couteau. Elle quitte le pays pour se rendre au Royaume-Uni avec ses deux enfants.

Refus d'asile. Epuisement des voies de recours. 2005 : nouvelle demande de permis pour motif humanitaire rejetée.

La plaignante dépose une requête auprès de la CEDH : violation art. 3 et 8 CEDH, décision d'irrecevabilité.

Le Comité demande à l'Etat partie des mesures conservatoires de protection (§1 de l'art. 5 prot.fac).

Le Comité estime que la plainte met en avant la question des femmes qui fuient leur pays par crainte de violence conjugale.

Il rappelle sa recommandation générale n°19 sur la violence à l'égard des femmes, dans laquelle il affirme que la définition de la discrimination à l'égard des femmes selon l'art. 1 CEDEF inclut la violence sexiste, c'est-à-dire tout acte de violence exercé contre une femme parce qu'elle est femme ou qui touche spécialement les femmes.

Le Comité juge la plainte irrecevable car les allégations de discrimination sexuelle n'ont pas été soulevées devant les juridictions internes.

2. Dans quel cas une invocation de la CEDEF semble envisageable ?

La situation des femmes migrantes est un des thèmes pour lesquels la Suisse est invitée à effectuer des efforts particuliers. Mesures spécifiques pour les femmes migrantes car groupe vulnérable, plus exposé au risque de discrimination.

De manière générale en droit des étrangers, l'intégration professionnelle est requise pour accéder à un permis ou pour améliorer ses conditions de séjour. Or, les femmes et particulièrement les femmes migrantes ont un accès limité à des emplois qualifiés. Elles ont donc des revenus bas qui ne leur permettent pas de démontrer leur indépendance financière. De surcroît, les autorités considèrent que les métiers non qualifiés (personnel de maison, vente, service,...) ne permettent pas de retenir une intégration poussée.

Vers un changement ? Arrêt du TAF du 15 mars 2010 en la cause C-4447/2008 : reconnaissance d'un cas de rigueur grave et d'une intégration réussie pour une mère célibataire dépendant de l'aide sociale. Le TAF retient que le statut de mère de famille célibataire devant assumer deux enfants en bas âge et les conditions de séjour précaires ne lui ont pas permis d'acquérir une autonomie. Le fait qu'elle ait manifesté sa volonté de travailler en se présentant à plusieurs entretiens d'embauche et qu'elle exerce des activités bénévoles dénotent d'une bonne intégration.

2.1 En matière de séjour

Problématique de discrimination souvent évoquée dans le cadre de l'art. 50 Letr.

« La Letr facilite l'abus de pouvoir ainsi que la violence du conjoint et fragilise la victime » (*Troisième rapport de la Suisse sur la mise en œuvre de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) du 23 avril 2008 (ci-après : troisième rapport) §123, 125*).

Art. 50 Letr Dissolution de la famille

¹ Après dissolution de la famille, le droit du conjoint et des enfants à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité en vertu des art. 42 et 43 subsiste dans les cas suivants :

- a. l'union conjugale a duré au moins trois ans et l'intégration est réussie;
- b. la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures.

² Les raisons personnelles majeures visées à l'al. 1, let. b, sont notamment données lorsque le conjoint est victime de violence conjugale et que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise.

³ Le délai d'octroi de l'autorisation d'établissement est réglé à l'art. 34.

Effets discriminatoires de cette disposition :

- Intégration réussie signifie intégration professionnelle : problème de reconnaissance des diplômes, répartition des rôles traditionnelle dans le couple. Etat de dépendance souvent aussi économique, refus du conjoint d'autoriser l'épouse à travailler, difficultés à mobiliser des ressources dans les cas de violences physiques ou psychologiques au sein du ménage.
- Difficultés de démontrer la violence conjugale : le TF a précisé que violence conjugale et réintégration sociale ne sont pas des critères cumulatifs (ATF 136 II 1).
- Pouvoir d'appréciation laissé aux autorités : pas de garantie, risque d'arbitraire, pas de prise de risque du conjoint qui va rester avec l'époux violent pour assurer le renouvellement du permis.
- Besoin de directives d'application claires !

Les observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes du 7 août 2009 comportent des recommandations concernant les femmes vulnérables :

Les points 43 et 44 expriment les préoccupations du comité quant à la situation des femmes vulnérables, soit les femmes de communauté ethnique et minoritaire et les migrantes.

Le Comité se dit préoccupé « *par le fait que les conditions imposées par la nouvelle loi relative aux étrangers, notamment la preuve d'une intégration réussie après moins de 3 ans de mariage ou de difficultés d'intégration sociale dans le pays d'origine, pourraient rendre difficile pour les victimes de violence d'acquiescer ou de renouveler des permis de résidence et continuer d'empêcher les victimes de mettre fin à des relations abusives ou de rechercher de l'aide* » (43).

La Suisse est donc invitée à prendre des mesures efficaces pour éliminer les discriminations à l'égard des femmes :

- élaborer des programmes et des stratégies pour sensibiliser les femmes aux services de l'éducation, de santé et d'assistance sociale, à la formation et à l'emploi et promouvoir l'accès à ses services ;
- familiariser ces femmes à leurs droits en matière d'égalité des sexes ;
- réunir des données et réaliser des études sur la situation de ces femmes ;
- surveiller minutieusement les effets des lois et politiques sur ces femmes afin de prendre des mesures correctives qui correspondent aux besoins.

2.2 En matière d'asile

A. Conditions légales

Reconnaissance du statut de réfugiés (art. 3 LAsi)

- Crainte fondée de persécution en raison de motifs liés à l'ethnie et à l'opinion politique
- Pas de protection : une personne victime de persécution peut-elle obtenir une protection dans son Etat d'origine ?

- Rapport de causalité temporelle et matérielle entre les préjudices et la fuite
- Pas d'alternative de fuite interne

B. Développements jurisprudentiels

Un motif de persécution peut être reconnu lorsque la persécution se fonde uniquement sur le sexe. La persécution doit atteindre une certaine intensité et être rattachée de manière discriminatoire à des qualités de la personne persécutée, qualités dont le sexe fait partie intégrante.

En conclusion : les persécutions spécifiques aux femmes susceptibles de conduire à l'octroi de la qualité de réfugiée comprennent également les mesures discriminatoires infligées en raison de la seule appartenance sexuelle. La qualité de réfugiée peut être reconnue lorsqu'il s'avère que le fait d'être une femme, soumise pour ce motif à certaines discriminations dans son pays d'origine, entraîne des mesures de persécution en raison du comportement que cette femme a adopté (Troisième rapport §424).

C. Application de la CEDEF dans un cas concret

APPEAL 71427 du 16 août 2007 Nouvelle Zélande (www.globaljusticecenter.net/casebank)

Ressortissante d'Iran qui a subi des violences conjugales graves. Son mari l'a rejetée alors qu'elle était enceinte. Sa belle-mère lui a fait croire que son enfant était mort à la naissance. Celui-ci a été vendu à un couple. Le couple divorce. L'ex-mari continue de la harceler. Elle découvre que son enfant est vivant et entame une procédure contre son ex-mari. Elle subit de nombreuses menaces. La police refuse d'intervenir. Elle finira par quitter l'Iran au moyen d'un faux passeport et demande l'asile en Nouvelle-Zélande avec son fils.

Elle invoque l'art. 12 de la convention sur les réfugiés.

Jugement

La discrimination en soi ne justifie pas l'octroi du statut de réfugiés. On doit être en présence d'une persécution fondée sur la discrimination.

La persécution peut être opérée par des agents étatiques ou par des personnes privées.

L'Etat ne doit pas offrir de protection suffisante : on examine cette condition selon le principe des possibilités sérieuses de dommage.

Les art. 15 et 16 CEDEF doivent être pris en compte comme des standards en matière de discrimination et conduisent à admettre qu'il existe une politique discriminatoire à l'égard des femmes en Iran et un renforcement des normes basée sur le genre à l'encontre des femmes. On doit admettre qu'il s'agit d'une persécution dans le sens d'une violation systématique des droits humains.

3. Quels articles de la CEDEF pourraient être invoqués en droit des étrangers ?

Article 1 : Définition de la discrimination.

- **Recommandation générale 19** : la discrimination comprend la violence fondée sur le sexe

Article 2 : Abstention de toute discrimination et mesures appropriées pour les éliminer, mesures visant à lutter contre les discriminations dans la législation et la jurisprudence

- Nécessité de prendre des mesures permettant une meilleure prise en compte des besoins des femmes migrantes **Recommandation générale n°26.**
- Ne pas révoquer le permis de séjour des femmes étrangères victimes de violence conjugale

Article 6 : Lutte contre le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitution

- Permis de séjour pour les victimes de traite (30 Letr)
- Protection des danseuses de cabaret

Article 11 : Vie professionnelle

- Migrantes particulièrement défavorisées dans le milieu professionnel. Revenu moyen inférieur à celui des femmes suisses. Travaillent souvent dans le secteur de service ou de la vente (Troisième rapport, §342).
- Mesures d'encouragement à l'intégration des migrantes.

Article 12: Accès aux soins

- Prise en compte du risque de mutilation génitale lors de la reconnaissance de la qualité de réfugié. (Troisième rapport, §384). La crainte d'une mutilation génitale féminine future est déterminante dans la mesure où l'Etat d'origine n'offre pas de protection adéquate face à de tels agissements.
- Les mutilations génitales féminines sont reconnues comme un traitement inhumain selon 3 CEDH et donc comme un motif qui s'oppose au renvoi.

Article 15: Capacité juridique, libre choix du lieu de séjour et de domicile

- Limitée pour femmes étrangères non européennes. La problématique de l'art. 50 Letr a été rattachée à l'art. 15 CEDEF. Les femmes étrangères risquent de perdre leur droit de séjour si elles quittent le domicile conjugal dans les 3 ans qui suivent le mariage.

Article 16: Mariage

- Possibilité de dissolution limitée par 50 Letr

4. Rapport du groupe de discussion du 27 mai 2010

Nous avons examiné comment invoquer la CEDEF dans des cas concrets.

Dans un cas d'application de l'art. 50 Letr, nous envisagerions d'invoquer l'art. 11 CEDEF. En effet, l'art. 50 al. 1 let. a conditionne la poursuite du séjour à une intégration réussie. Intégration signifie généralement intégration professionnelle. Or, souvent, l'intégration professionnelle des femmes migrantes n'est pas suffisante (pas de reconnaissance des diplômes, métiers peu qualifiés, répartition des rôles dans le couple). L'art. 11 CEDEF devrait permettre de prendre en considération les difficultés d'intégration professionnelle des femmes migrantes et de modérer les exigences.

Dans les cas d'application de l'art. 50 al. 1 let. b LEtr, les membres du groupe ont souligné qu'il est souvent difficile d'obtenir des preuves des violences conjugales. Nous avons envisagé de demander à l'Etat de garder systématiquement une trace des interventions au domicile des époux en cas de violence. La mise à disposition de tels rapports pourrait découler de l'art. 1 CEDEF qui interdit les discriminations et de la recommandation générale n° 19 qui prévoit la protection des femmes en cas de violence domestique.

Dans les cas de permis humanitaire, il semble aussi que la CEDEF pourrait trouver application lorsqu'une bonne intégration professionnelle est exigée. A nouveau on appliquerait l'art. 11 CEDEF. Dans les cas de sans-papiers, on pourrait encore évoquer la difficulté à accéder à des métiers qualifiés du fait de leur statut de séjour précaire.

Nous avons ensuite évoqué le problème des employées domestiques de diplomate. Cette problématique semble présente surtout à Genève. Elles obtiennent une carte de légitimation très précaire. Elles ne peuvent pas avoir d'enfant sinon elles perdent leur permis de séjour. Il s'agit de situations contraires à la CEDEF.

Nous avons constaté que les femmes migrantes rencontrent des difficultés surtout car elles sont souvent un droit de séjour qui est dérivé, à savoir qui dépend du mariage. Pour sortir de cette situation, elles doivent démontrer leur bonne intégration.

Nous avons évoqué les difficultés d'application suivantes : la CEDEF prévoit des programmes d'amélioration, plus que des droit invocables tels quels. Il était difficile de voir comment on pourra justifier une demande de permis de séjour en se basant sur une disposition précise de la CEDEF. Il s'agit plutôt de s'inspirer des principes posés par la CEDEF dans l'examen des conditions légales pour l'obtention d'un permis.

Nous avons aussi examiné comment faire reconnaître qu'une violation de la CEDEF dans l'Etat de provenance peut donner lieu à un statut de séjour en Suisse. En effet, de nombreuses femmes viennent travailler en Suisse et laissent leurs enfants dans leur pays d'origine car elles ne peuvent subvenir aux besoins de leur famille sur place. Elles n'ont pas d'accès à la formation ou à une vie professionnelle dans leur pays d'origine. Il est cependant difficile de tirer un droit de séjour en Suisse.

Les autres difficultés mentionnées dans le groupe sont des difficultés pratiques que nous rencontrons dans les procédures de droit des étrangers en général et non particulières à la CEDEF. Il s'agit des problèmes liés à la preuve des violences subies, à la peur de perdre son statut en cas de dénonciation et aux pressions subies pour suspendre les plaintes pénales.

Contrairement aux autres groupes de discussion, nous n'avons pas évoqué le problème des coûts. Peut-être cela est-il dû au fait que certains membres du groupe travaillent pour des associations. Ces associations ne perçoivent pas d'honoraires et les coûts de la procédure sont donc limités aux frais de justice.

Les membres du groupe ont encore indiqué qu'elles souhaitaient vivement être tenues au courant de l'application de la CEDEF dans la pratique. Une base de données des Jugements suisses qui y font référence serait un outil très utile.