



Alberto Achermann/
Constantin Hruschka
(Hrsg./édit.)

Geschlechtsspezifische Verfolgung

Die schweizerische Praxis vor
dem Hintergrund der europäischen
und globalen Entwicklungen

Persécutations liées au genre

La pratique suisse au regard des
évolutions européennes et globales



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKOM)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHE)

www.weblaw.ch

**Alberto Achermann /
Constantin Hruschka (Hrsg./édit.)**

Geschlechtsspezifische Verfolgung

Die schweizerische Praxis vor dem
Hintergrund der europäischen
und globalen Entwicklungen

Persécutions liées au genre

La pratique suisse au regard des
évolutions européennes et globales

Schriftenreihe SKMR
Collection CSDH

Editions Weblaw

ISBN 978-3-906029-26-9 (Print)
ISBN 978-3-906029-27-6 (Online)

© Editions Weblaw, Bern(e) 2012

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Tous les droits sont réservés aux Editions Weblaw y compris la réimpression d'extraits ou de contributions isolées. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est interdite en particulier la reproduction, la traduction, le microfilmage, l'enregistrement et le traitement informatique.

VORWORT

Soll Asyl bekommen, wer als Frau Zwangsheirat, Ehrenmord oder sexueller Verstümmelung entfliehen will? Ist Flüchtling, wer als homosexueller Mann befürchten muss, Opfer gewaltsamer Übergriffe zu werden? Klar ist, dass solche Personen Anspruch auf Schutz ihrer Rechte haben, aber ob und unter welchen Voraussetzungen dies in Form der Asylgewährung in einem anderen Land geschehen soll, ist durchaus kontrovers. Das Thema der geschlechtsspezifischen Verfolgung gehört somit zu den komplexesten Fragen des schweizerischen, europäischen und internationalen Flüchtlingsrechts.

In der Schweiz ist seit der Asylgesetzrevision von 1998 „frauen-spezifischen Fluchtgründen ... Rechnung zu tragen“, womit ein besonders wichtiger Aspekt des Themas angesprochen wird. Dazu haben das Bundesamt für Migration und das Bundesverwaltungsgericht eine reiche Praxis entwickelt. In der EU nimmt die Qualifikationsrichtlinie ausdrücklich auf Formen geschlechtsspezifischer Verfolgung in einer Weise Bezug, die auch für die Schweiz relevant ist. Und das UNO Flüchtlingshochkommissariat hat mit einer Reihe von Richtlinien Wesentliches zur Klärung des materiell- und verfahrensrechtlichen Umgangs mit geschlechtsspezifischer Verfolgung beigetragen.

Die vorliegende Publikation, welche auf eine Weiterbildungsveranstaltung am Bundesverwaltungsgericht im Sommer 2011 zurückgeht, informiert in umfassender Weise über diese wichtigen Entwicklungen. Sie ist die erste in einer Schriftenreihe des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR), welche sich an Fachleute richtet, die in der Schweiz in menschenrechtsrelevanten Bereichen tätig sind. Das Kompetenzzentrum – ein Netzwerk mehrere Universitätsinstitute in der Deutschschweiz und der Romandie – soll im Auftrag des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) die Kompetenzen zur Umsetzung internationaler Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz auf allen Stufen unseres Staatswesens, in der Zivilgesellschaft und

der Wirtschaft stärken und unterstützen und die öffentliche Diskussion über Menschenrechte fördern. Zu diesem Zweck kann es im Rahmen von Aufträgen der öffentlichen Hand, der Zivilgesellschaft und der Wirtschaft Studien verfassen, Tagungen durchführen, Informationsarbeit leisten und Ausbildung betreiben.

Das Kompetenzzentrum dankt den Herausgebern und Autorinnen und Autoren dieses Bandes herzlich für ihre Beiträge. Es hofft, damit konstruktiv zu einer Versachlichung asylpolitischer Debatten und einer menschenrechtskonformen Asylpraxis beitragen zu können.

Bern, im Februar 2012

Professor Walter Kälin
Direktor SKMR

INHALTSVERZEICHNIS – TABLE DES MATIÈRES

Vorwort.....	III
Inhaltsverzeichnis/Table des Matières	V
Einleitung	1
<i>Alberto Achermann und Constantin Hruschka</i>	
Probleme der internationalen Schutzgewährung bei frauenspezifischer Verfolgung unter Berücksichtigung der Neufassung der Qualifikationsrichtlinie (2011/95/EU)	21
<i>Anna Wildt</i>	
La pratique de l'Office fédéral des migrations (ODM) en matière de persécutions liées au genre	67
<i>Liselotte Barzé</i>	
Persécutions liées au genre, pratique et jurisprudence en Suisse et en Europe	109
<i>Samah Ousmane et Sarah Progin-Theuerkauf</i>	
LGBTI-Personen im Asylverfahren.....	147
<i>Constantin Hruschka und Christof Portmann</i>	
Literatur, Materialien und Dokumente zum Thema geschlechtsspezifische Verfolgung	171
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren und der Herausgeber	185

EINLEITUNG

Alberto Achermann und Constantin Hruschka¹

Inhaltsverzeichnis

1. Rückblick.....	1
2. Entwicklungen	5
2.1. Genderaspekte im Asylverfahren	6
2.2. Europäische Harmonisierung.....	8
2.3. Entwicklungen in der Rechtsprechung mit Auswirkungen auf geschlechtsspezifische Verfolgung.....	9
2.4. Entwicklungen im Rahmen des UNHCR.....	12
2.5. Entwicklungen im Bereich der Menschenrechte.....	15
3. Herausforderungen.....	16

1. RÜCKBLICK

Das Thema „Verfolgung wegen des Geschlechts“ wird in der Schweiz – wie in vielen anderen Asylstaaten – seit langem debatiert, wenn auch in unterschiedlicher Intensität und Tiefe. Die Diskussionen in Wissenschaft und Praxis fokussierten dabei hauptsächlich auf die Verfolgung von Frauen und die asylrechtliche Behandlung „frauenspezifischer Verfolgung“, auch wenn mitunter Verfolgung von Homosexuellen mitgedacht wurde. SAMUEL WERENFELS, damals Mitarbeiter des Delegierten für das Flüchtlingswesen (heute Bundesamt für Migration, BFM), führte in seiner Dissertati-

¹ Constantin Hruschka arbeitet als Rechtsberater beim UNHCR, Büro für die Schweiz und Liechtenstein in Genf. Die hier geäusserten Meinungen entsprechen der persönlichen Meinung des Autors und widerspiegeln nicht zwangsläufig jene der UNO oder des UNHCR.

on² im Jahr 1987 aus, hie und da werde eine Ergänzung des Kataloges der Verfolgungsmotive um den Begriff des Geschlechts gewünscht. Damit werde einerseits auf den Schutz von Frauen aus der Dritten Welt gezielt, die nach einer Vergewaltigung oder ehelicher Untreue mit dem Tod bedroht seien, sowie auf Schutz vor sexuellen Verstümmelungen und Gewalt in der Ehe; andererseits gehe es um die Diskriminierung von Homosexuellen. WERENFELS gab im Folgenden die damals gängige Praxis wieder, indem er ausführte, *sexuelle Gewalt gegen Frauen sei kein Asylgrund*,

„solange sie nicht von staatlichen Organen ausgeht oder geduldet wird, so sie wirksam unterbunden werden könnte. Wollte man durch die Einführung eines Verfolgungsmotives des Geschlechts auch Beeinträchtigungen erfassen, die nicht dem Staat angelastet werden können, so setzte dies eine ganz andere Konzeption des Flüchtlingsbegriffes voraus, denn Asyl ist nicht Schutz schlechthin (vor der Familie/Sippe/Gesellschaft), sondern Schutz allein vor dem Zugriff des Staates. Ohne eine solche Änderung der Konzeption aber könnte die Aufnahme eines Verfolgungsmotives des Geschlechts den wesentlichen Teil des ihm zugedachten Zwecks nicht erfüllen“.

Es ist dem Autor Recht zu geben, dass eine Ergänzung der in Art. 3 Asylgesetz (AsylG) bzw. Art. 1A Abs. 2 der Flüchtlingskonvention aufgezählten Verfolgungsmotive (Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, politische Anschauungen bzw. politische Überzeugung) mit einem Verfolgungsmotiv „Geschlecht“ allein keine wesentliche Änderung der Anerkennungspraxis bedeutet hätte. Eine angemessene Beurteilung geschlechtsspezifischer Verfolgung umfasst notwendig die Auslegung aller Elemente des Flüchtlingsbegriffes. So hielt die Lehre und namentlich CHRISTINA HAUSAMMANN³ bereits früh fest, die Verfolgung

² SAMUEL WERENFELS, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, Bern 1987, S. 262 f.

³ CHRISTINA HAUSAMMANN, Frauenverfolgung und Flüchtlingsbegriff. Studie zur Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in der Flüchtlingskonvention und im Asylgesetz, hrsg. vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau, Bern 1992, S. 5 und 42.

von Frauen folge in vielen Fällen anderen Regeln als die Verfolgung von Männern: Regeln, die sich vor allem aus der unterschiedlichen Zuweisung der Geschlechterrollen ergeben würden. So lebten Frauen in einem anderen Verhältnis zur Öffentlichkeit und zum Staat und sie lebten andere Formen von (auch politischem) Widerstand. Da weibliche Fluchtschicksale schlecht dokumentiert seien, bestehe die Gefahr, dass die Asylrelevanz der geltend gemachten Verfolgung nicht erkannt und die Flüchtlingseigenschaft vorschnell verneint werde. Die Beurteilung frauenspezifischer Verfolgung scheitere in vielen Fällen an den fehlenden Kenntnissen über die Lebensbedingungen der Frauen in ihren Herkunftsländern, über ihre rechtliche und soziale Stellung und deren politische Einordnung.⁴

Neben Postulaten nach besonderen Verfahrensbestimmungen zielten die politischen Forderungen in der Schweiz auf Bundesebene dennoch lange primär auf die Frage des Verfolgungsmotives und der Ergänzung durch das Verfolgungsmotiv „Geschlecht“.⁵ Das totalrevidierte Asylgesetz von 1998 verzichtete zwar auf die Aufnahme eines Verfolgungsmotives „Geschlecht“, ergänzte aber Art. 3 Abs. 2 (ernsthafte Nachteile) mit dem Satz: „Den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen“. Der Bundesrat hielt in der Botschaft⁶ fest, der geforderten Ausdehnung des Flüchtlingsbegriffes auf geschlechtsspezifische Verfolgung könne nicht entsprochen werden. Dem Anliegen nach einer umfassenden Be-

⁴ Dass diese Probleme bei der konkreten asylrechtlichen Prüfung teilweise auch heute noch bestehen dürften, zeigt die aktuelle Studie von TERRE DES FEMMES, Frauen im Asylverfahren – Die Anerkennung frauenspezifischer Fluchtgründe in der Schweizer Asylpraxis vom Dezember 2011, die aber aufgrund der Auswahl der Fälle kein vollständiges Bild der Praxis zu vermitteln vermag.

⁵ Vgl. hierzu etwa CHRISTINA HAUSAMMANN, Die Berücksichtigung der besonderen Anliegen der Frauenflüchtlinge, ASYL 1996/2, S. 44 f. Vgl. auch WALTER KÄLIN, Die Bedeutung geschlechtsspezifischer Verfolgung im Schweizerischen Asylrecht, ASYL 2001/2, S. 7. Zum ganzen auch ANDREA BINDER, Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention, Basel 2001, S. 501 ff. und passim.

⁶ Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II S. 1 ff. (S. 40). Der Bundesrat sah in seiner Botschaft die spätere Ergänzung von Art. 3 Abs. 2 AsylG nicht vor.

rücksichtigung geschlechtsspezifischer Probleme im Asylverfahren werde jedoch insofern Rechnung getragen, als eine Pflicht des Bundesrates zum Erlass von ergänzenden Bestimmungen über das Asylverfahren für Frauen aufgenommen würde. Eine materielle Änderung des Flüchtlingsbegriffes in Artikel 3 AsylG sei „im heutigen Zeitpunkt nicht opportun: Mit der Ausweitung des Flüchtlingsbegriffs würde die Schweiz von der Flüchtlingsdefinition nach Artikel I A der Flüchtlingskonvention abweichen“. Die Konturen einer geschlechtsbezogenen Verfolgung seien unklar und sowohl in Bezug auf den Berechtigtenkreis als auch auf die Verfolgungsmotivation häufig nur schwer konkret festzustellen. Mit der Ausdehnung des Flüchtlingsbegriffes würde ein internationales Signal gegeben, welches dazu führen könnte, dass Frauen (einschliesslich ihrer Familien), insbesondere aus Staaten mit starken fundamentalistischen Strömungen, den Eindruck bekämen, sie könnten grundsätzlich mit einer Aufnahme in der Schweiz rechnen. Eine geschlechtsspezifische Verfolgung wäre umso leichter begründbar, als frühere politische oder religiöse Aktivitäten grundsätzlich nicht gefordert werden könnten. Vielmehr würde „es im Regelfall ausreichen, dass eine Frau in begründeter Weise erklärt, sie müsse aufgrund der Praktizierung von in der Schweiz geltenden sozialen Normen mit einer geschlechtsbezogenen Verfolgung in ihrem Heimatstaat rechnen“. *Gegen eine einseitige Ausdehnung des Flüchtlingsbegriffes* durch die Schweiz spreche zudem die *europäische Harmonisierung des Asylrechts*, die längerfristig auf eine einheitliche Interpretation des Flüchtlingsbegriffes der Flüchtlingskonvention ausgerichtet sei. Es sei anzunehmen, dass in absehbarer Zeit hierüber ein Konsens erzielt werde. Dabei stehe fest, dass keiner der Mitgliedstaaten der Europäischen Union einen erweiterten Flüchtlingsbegriff unterstütze. Schliesslich wies der Bundesrat darauf hin, dass sowohl bei der Weltfrauenkonferenz der UNO im September 1995 in Peking wie auch bei der Sitzung des Exekutivkomitees des UNHCR (Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen) im Oktober 1995 die Staaten der Ansicht gewesen seien, dass frauenspezifische Verfolgungsgründe von der Flüchtlingskonvention erfasst würden und *sich eine Erweiterung des Flüchtlingsbegriffs deshalb nicht aufdränge*.

Das Parlament lehnte ebenfalls Vorstösse zur Aufnahme eines zusätzlichen Verfolgungsmotives ab, ergänzte indessen Art. 3 Abs. 2 AsylG mit dem oben erwähnten Satz: „Den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen“.⁷

2. ENTWICKLUNGEN

Wie ist die Situation 14 Jahre nach Verabschiedung des totalrevidierten Asylgesetzes zu beurteilen und wie haben sich rechtliches Umfeld und Praxis entwickelt? Der Bundesrat verwies bei der Begründung seiner ablehnenden Haltung gegenüber einer Ausweitung des Flüchtlingsbegriffes einerseits auf die Gefahr einer Sogwirkung durch ein zu grosszügiges Signal an Frauen aus Staaten mit fundamentalistischen Strömungen, andererseits auf die Schwierigkeiten, Gesuche von Frauen aus solchen Ländern abzulehnen, und schliesslich auf die Tatsache, dass die Schweiz mit einer einseitigen Ausdehnung des Flüchtlingsbegriffes von der Europäischen Harmonisierung abweichen könnte.⁸

Die nachfolgenden Entwicklungen haben einerseits gezeigt, dass die erstgenannte Befürchtung grundlos war und andererseits deutlich gemacht, dass der Europäische Harmonisierungsprozess falsch eingeschätzt wurde. Zusammen mit weiteren wichtigen Entwicklungen – namentlich der Anerkennung der sog. nichtstaatlichen Verfolgung⁹ – der letzten Jahre steht die Diskussion heute an ei-

⁷ Zur parlamentarischen Beratung siehe KÄLIN (Anm. 5), S. 7 f. und 9.

⁸ Der Bundesrat sah sich indessen nicht bemüssigt, dieselbe Überlegung auch in Bezug auf die Frage nach der staatlichen Schutzfähigkeit im Falle nichtstaatlicher Verfolgung anzustellen. Vgl. zu der damaligen Schweizer Haltung WALTER KÄLIN, Nichtstaatliche Verfolgung und staatliche Schutzunfähigkeit, ASYL 2001/3, S. 3 ff.

⁹ Im Europäischen Kontext wurde durch Art. 6 c) der sog. Qualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304/12 vom 30.9.2004) festgeschrieben, dass auch Verfolgung, die von nichtstaatlichen Akteuren ausgeht, Verfolgung im Sinne der Flüchtlingskonvention sein kann. Die Frist zur Umsetzung der

nem ganz anderen Ort als zur Zeit der Totalrevision des Asylgesetzes. Es soll denn auch Zweck des vorliegenden Bandes sein, einen aktuellen Blick auf die Herausforderungen zu werfen, die sich aufgrund der geänderten faktischen und rechtlichen Lage heute für die Beurteilung der Asylvorbringen im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischer Verfolgung ergeben.

2.1. Genderaspekte im Asylverfahren

Während früher hauptsächlich „frauenspezifische Verfolgung“ thematisiert wurde, wird heute vermehrt der Begriff der „geschlechtsspezifischen Verfolgung“ i.S. des englischen Begriffes „gender“ verwendet, der sich nicht in erster Linie auf das biologische Geschlecht („sex“), sondern auf die soziale Dimension der Geschlechtszugehörigkeit und die basierend darauf zugeschriebenen und auferlegten sozialen Rollen bezieht.¹⁰ „Geschlechtsspezifische Verfolgung“ umfasst somit Formen von frauenspezifischer Verfolgung und sowie Verfolgung von schwulen, lesbischen und bisexuellen Personen.¹¹ Die Infragestellung der geschlechtsspezifischen Rollenverteilung wird in vielen Ländern als Angriff auf die Machtverteilung generell verstanden und sanktioniert.

Richtlinie lief im Oktober 2006 ab, so dass ab diesem Zeitpunkt in der gesamten EU die nichtstaatliche Verfolgung Anerkennung fand. Insbesondere Frankreich und Deutschland (aber auch andere Staaten wie die Tschechische Republik und Griechenland), die die gleiche Haltung wie die Schweiz verfolgten (vgl. die Hinweise bei Anm. 6), änderten die rechtlichen Grundlagen entsprechend. Diese Entwicklung hat die Asylrekurskommission (ARK) mit ihrer Entscheidung zur nichtstaatlichen Verfolgung (Grundsatzurteil vom 8. Juni 2006, EMARK (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission) 2006/18) ebenfalls nachvollzogen.

¹⁰ Vgl. BINDER (Anm. 5), S. 346 ff.; ANNA WILDT, Frauen im Asylrecht, Wien 2010, S. 13 ff., mit Hinweis auf UNHCR-Richtlinien. Siehe auch den Beitrag von OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF in diesem Band, Ziff. 1. und 2.

¹¹ Die in dem Begriff „LGBTI“ ebenfalls enthaltenen trans- und intersexuellen Personen würden nach dem aktuellen Meinungsstand eher unter „sex“ als unter „gender“ fallen. Siehe auch den Beitrag von HRUSCHKA/PORTMANN in diesem Band.

In der Praxis manifestiert sich die Verfolgung insbesondere in folgenden Konstellationen und Formen¹²: Bestrafung wegen Verstößen gegen religiöse oder moralische Vorschriften (z.B. «westlicher Lebensstil», Kleidervorschriften, Ausbruch aus traditioneller Rollenverteilung, ausserehelicher Sex), Einschliessung namentlich von Frauen, Beschneidung, Zwangsverheiratung, Ein-Kind-Politik und deren Auswirkungen (u.a. Zwangssterilisation oder „versteckte Mädchen“), häusliche Gewalt, Ehrenmorde, sexuelle Gewalt während Konflikten oder auch nach Konflikten (Rückkehr von Soldaten nach der Demobilisierung), Menschenhandel und Zwangsprostitution und Verbot homosexueller Beziehungen bzw. Diskriminierung von schwulen und lesbischen, bisexuellen, transsexuellen und intersexuellen Personen im Allgemeinen. Einige dieser Kategorien sind erst in den letzten Jahren überhaupt als verfolgungsrelevante Diskriminierung anerkannt worden, während sie vorher häufig als kulturell bedingt und damit „normal“ für das betreffende Land eingestuft wurden, mit der Folge, dass in der Diskriminierung schon gar keine potentielle Verfolgungssituation gesehen wurde.

Geschlechtsspezifische Aspekte sind indessen – wie die Beiträge in diesem Band aufzeigen – nicht nur im Rahmen der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft (Nachweis, verfahrensmässige Behandlung, Anspruch auf selbständige Würdigung der Vorbringen bei Ehepaaren) und der Elemente des Flüchtlingsbegriffes (insbesondere das Vorliegen ernsthafter Nachteile, das Verfolgungsmotiv und hierbei namentlich die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, die staatliche Schutzfähigkeit bzw. der staatliche Schutzwille, die Gezieltheit der Verfolgungsmassnahmen bzw. allenfalls das Vorliegen von Kollektivverfolgung und schliesslich die Frage nach einer inländischen Fluchtalternative) zu berücksichtigen, sondern auch im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit und Zumutbarkeit der Wegweisung sowohl im materiellen Verfahren (geschlechtsspezifische Wegweisungshindernisse bezogen auf den Herkunftsstaat) als auch im Verfahren zur Festlegung des zuständigen Staates (Dublin-Verfahren). Zudem sollte eine für Genderfragen sensibilisierte Behörde in Dublin-Verfahren unterhalb der Schwelle der Wegwei-

¹² Vgl. auch die umfassendere Darstellung durch BARZÉ in diesem Band.

sungshindernisse eine Praxis in Bezug auf die Anwendung der humanitären Klausel (Art. 15 Dublin-Verordnung¹³) bzw. der Selbst-eintrittsklausel (Art. 3 Abs. 2 Dublin-Verordnung) bei Personen entwickeln, die aufgrund geschlechtsspezifischer Merkmale besonders verletzlich sind.

2.2. Europäische Harmonisierung

Bereits die Qualifikationsrichtlinie 2004/83 der EU aus dem Jahr 2004¹⁴ nahm in verschiedenen Bestimmungen explizit Bezug auf Formen geschlechtsspezifischer Verfolgung.¹⁵ Hinsichtlich des Verfolgungsmotivs blieb die Richtlinie indessen zurückhaltend.¹⁶ Durch die kürzlich erfolgte Neufassung der Richtlinie (2011/95) wird der Schutz Betroffener im Falle geschlechtsspezifischer Verfolgung in mehrfacher Hinsicht verbessert. So wird in der Präambel¹⁷ ausgeführt, bei der Definition einer bestimmten sozialen Gruppe seien „die Aspekte im Zusammenhang mit dem Geschlecht des Antragstellers, einschliesslich seiner geschlechtlichen Identität und sexuellen Orientierung, die mit bestimmten Rechtstraditionen und Bräuchen in Zusammenhang stehen können, wie z.B. Genitalverstümmelung, Zwangssterilisationen oder erzwungene Schwangerschaftsabbrüche, angemessen zu berücksichtigen, soweit sie in

¹³ Verordnung (EG) Nr. 343/2002 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrages zuständig ist, ABl. L 50/01 vom 25.2.2003.

¹⁴ Siehe Anm. 9.

¹⁵ Art. 9 (betreffend Verfolgungshandlungen) Abs. 2 lit. a (sexuelle Gewalt) und f („Handlungen, die an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfen ...“).

¹⁶ Laut Art. 10 Abs. 1 lit. d (Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe) 3. Satz kann „je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland“ als eine soziale Gruppe „auch eine Gruppe gelten, die sich auf das gemeinsame Merkmal der sexuellen Ausrichtung gründet. Als sexuelle Ausrichtung dürfen keine Handlungen verstanden werden, die nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten als strafbar gelten; geschlechterbezogene Aspekte können berücksichtigt werden, rechtfertigen für sich allein noch nicht die Annahme, dass dieser Artikel anwendbar ist“.

¹⁷ Erwägungsgrund Nr. 30 Richtlinie 2011/95.

Verbindung mit der begründeten Furcht des Antragstellers vor Verfolgung stehen“. Der Beitrag von ANNA WILDT in diesem Band widmet sich diesen wichtigen Neuerungen. Die Entwicklung auf EU-Ebene zeigt, dass sich die Schweiz durch eine progressive Haltung bei der Berücksichtigung genderspezifischer Verfolgung nicht – wie vom Bundesrat einst befürchtet – vom harmonisierten Flüchtlingsbegriff der EU-Staaten entfernt hätte.

Angesichts der Einbindung der Schweiz in den Europäischen Asylraum aufgrund der Dublin-Assoziation sind Entwicklungen im Bereich der Richtlinien für die Schweiz von einiger Bedeutung. Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) verweist denn auch darauf, dass die Einhaltung der Rechtstexte (Dublin-Verordnung und Richtlinien), die das Gemeinsame Europäische Asylsystem bilden, dazu führen solle, dass die beteiligten Staaten einander Vertrauen entgegenbringen dürfen.¹⁸

2.3. Entwicklungen in der Rechtsprechung mit Auswirkungen auf geschlechtsspezifische Verfolgung

Während die Ergänzung von Art. 3 Abs. 2 AsylG durch die Totalrevision des Asylgesetzes von 1998, wonach „frauenspezifischen Fluchtgründen Rechnung zu tragen“ sei, im Zusammenhang mit der Umschreibung des Begriffes „ernsthafte Nachteile“ steht, wurde keine Erweiterung der Verfolgungsmotive (etwa mit dem Element „Geschlecht“) vorgenommen.¹⁹ Ein Blick auf die Praxis des Bundesamtes für Migration zeigt aber, dass geschlechtsspezifische

¹⁸ Siehe das Urteil des EuGH vom 21. Dezember 2011, verbundene Rechtsachen C-411/10 und C-493/10, *N.S. u.a.*, noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht, Ziff. 75 ff. Der EuGH verweist dabei auch darauf, dass die genannten Rechtstexte auf der Einhaltung der Grundrechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und der uneingeschränkten und umfassenden Anwendung der GFK und der EMRK beruhen.

¹⁹ Vgl. dazu auch SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE (HRSG.): Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern 2009, S. 174 f.

Verfolgung regelmässig unter das Verfolgungsmotiv „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ subsumiert wird.²⁰

Einen entscheidenden Fortschritt für die Anerkennung der Flüchtlingsrelevanz geschlechtsspezifischer Verfolgung brachte der Übergang der schweizerischen Praxis von der Zurechenbarkeitstheorie zur *Schutztheorie*²¹ durch das genannte Urteil der Asylrekurskommission²² (heute Bundesverwaltungsgericht). Danach sind nicht nur Verfolgungshandlungen asylrelevant, für die der Staat eine Mitverantwortung trägt, sondern es sind auch Personen zu schützen, die keinen staatlichen Schutzes beanspruchen können, unabhängig davon, ob der Staat Schutz nicht gewähren will oder kann. Gerade im Lichte der Ausführungen von WERENFELS²³ wird deutlich, welche Bedeutung diese Praxisänderung für die Beurteilung von Asylgesuchen etwa von Opfern häuslicher Gewalt oder von Frauen, denen Zwangsbeschneidung droht, hat.

Mit einem kürzlich ergangenen Urteil hat sich das Bundesverwaltungsgericht nun sowohl begrifflich („Schutzalternative“ statt „Fluchtalternative“) wie inhaltlich bei der Beurteilung eines allfälligen Ausschlusses der Flüchtlingseigenschaft wegen bestehender innerstaatlicher Schutzalternative vollständig von der Zurechenbarkeitstheorie gelöst. Nach den neuen Massstäben kann eine solche Schutzalternative im Sinne der Schutztheorie nur angenommen

²⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen von BARZÉ in diesem Band, namentlich Ziff. 3.2.1. Vgl. auch bereits den Bericht des Bundesamtes für Migration vom August 2005, Stellung der Frauen in der Asylpolitik – Würdigung frauen- bzw. geschlechtsspezifischer Aspekte im Asylverfahren als Antwort auf das Postulat Menétrey-Savary (00.3659), S. 10: „Im Zusammenhang mit geschlechtsspezifischer Verfolgung ist auf das im Asylgesetz genannte Verfolgungsmotiv „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ zu verweisen. Obwohl nach geltender Praxis das Geschlecht allein keine soziale Gruppe zu bilden vermag, ist bei Personengruppen die Subsumtion unter den Flüchtlingsbegriff einer „bestimmten sozialen Gruppe“ möglich, wenn sich eine Mehrheit von Personen aufgrund bestimmter, der Person anhaftender bzw. unveränderbarer Eigenschaften als Gruppe deutlich von anderen Gruppen unterscheidet und gerade deshalb Verfolgungshandlungen ausgesetzt ist bzw. solche befürchten muss“.

²¹ Vgl. dazu SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, Handbuch (Anm. 19), S. 176 f.

²² Siehe Anm. 9.

²³ Siehe oben Ziff. 1 bei Anm. 2.

werden, wenn der in einem Landesteil von Verfolgung betroffenen Person zugemutet werden kann, den in einem anderen Landesteil erhältlichen Schutz auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen. Das Bundesverwaltungsgericht verlangt dabei eine individuelle Prüfung, ob es der Person konkret zumutbar ist, sich dort niederzulassen und sich eine neue Existenz aufzubauen.²⁴ Dieses Urteil dürfte insbesondere für Frauen, die ihren Wohnort verlassen müssen und denen es oft unmöglich ist, alleinstehend eine neue Existenz aufzubauen, von grosser Bedeutung sein. Deren Aussichten, Asyl zu erhalten, werden sich dadurch verbessern.

Allerdings gibt es im Bereich der Rechtsprechung zur geschlechtsspezifischen Verfolgung auch Tendenzen, die darauf hinauslaufen, Schutz nur dann zu gewähren, wenn die Person der Verfolgung „nicht ausweichen“ kann. Dies wird zur Zeit insbesondere bei der Verfolgung aufgrund sexueller Orientierung diskutiert. Hier wird zum Teil verlangt, dass die betroffenen Personen ihre Sexualität „im Verborgenen“ „ausleben“ und sich in der Öffentlichkeit so diskret verhalten, dass sie nicht auffallen, um einer möglichen Verfolgung zu entgehen.²⁵ Ähnliche Diskussionen gibt es auch bei Verfolgung von Frauen in islamischen Ländern, die sich nicht den herrschenden sozialen Normen oder Bekleidungsvorschriften anpassen „wollen“ oder auch bei der Verfolgung aus religiösen Gründen. In der Substanz bedeutet dies eine Relativierung des nach dem Konzept der Genfer Flüchtlingskonvention für die fünf Verfolgungsgründe absolut gewährleisteten menschenrechtlichen Schutzes bei einzelnen Verfolgungsgründen.²⁶

²⁴ Grundsatzurteil vom 21. Dezember 2011, D-4935/2007. Siehe auch dazu die Besprechung von CHRISTOF PORTMANN in ASYL 1/2012, S. 30-32.

²⁵ Vgl. dazu SABINE JANSEN/THOMAS SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia*. Asylanträge mit Bezug zur sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität in Europa, Amsterdam, September 2011, S. 39 ff., und zuletzt JAMES C. HATHAWAY/JASON POBJOY, *Queer cases make bad law*, in: *New York University Journal of International Law and Politics*, 44(2) (2012), S. 315 ff.

²⁶ Vgl. dazu auch die Ausführungen von HRUSCHKA und PORTMANN in diesem Band, Ziffer 4.

2.4. Entwicklungen im Rahmen des UNHCR

Die Diskussionen um die Auslegung der geschlechtsspezifischen Verfolgung haben auch das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR) dazu veranlasst, dem Thema grössere Aufmerksamkeit zu schenken. Im UNHCR-Handbuch von 1979²⁷ fand das Thema „geschlechtsspezifische Verfolgung“ noch keine Erwähnung. In der Nachfolge verschiedener Beschlüsse des UNHCR-Exekutivkomitees zu einzelnen Aspekten des Themas²⁸ wurde es von UNHCR im Positionspapier vom Januar 2000²⁹ in den rechtlichen Rahmen der Flüchtlingsdefinition des Art. 1 A 2 GFK eingebettet und auf die Agenda der Global Consultations on International Protection zum 50-jährigen Jahrestag der Genfer Flüchtlingskonvention gesetzt und im Rahmen einer Expert Roundtable im September 2001 in San Remo diskutiert.³⁰

Diese Diskussionen fanden ihren Niederschlag in den als Ergänzung zum Handbuch konzipierten Richtlinien zum internationalen Schutz zur „geschlechtsspezifischen Verfolgung“³¹ und zur „Zugehörigkeit

²⁷ UNHCR, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, Genf 1979 (unveränderte Neuauflage: Wien 2003).

²⁸ Siehe beispielsweise den Beschluss des Exekutivkomitees von UNHCR (EXKOM) Nr. 87 (1999), „Beschluss zum internationalen Rechtsschutz“, in dem explizit anerkannt wird (Buchstabe (n)), „dass Verfolgung geschlechtsspezifische Gründe haben oder die Form sexueller Gewalt annehmen kann.“ Siehe auch die EXKOM-Beschlüsse Nr. 39 (1985) „Flüchtlingsfrauen und internationaler Schutz“, Nr. 73 (1993) „Rechtsschutz für Flüchtlinge und sexuelle Gewalt“, Nr. 77 (g) (1995) „Allgemeiner Beschluss zum internationalen Rechtsschutz“, Nr. 79 (o) (1997) „Allgemeiner Beschluss zum internationalen Rechtsschutz“ und Nr. 81 (t) (1997) „Allgemeiner Beschluss zum internationalen Rechtsschutz“.

²⁹ UNHCR, UNHCR Position Paper on Gender-Related Persecution, 1. Januar 2000.

³⁰ Dokumentiert in ERIKA FELLER/VOLKER TÜRK/FRANCES NICHOLSON (HRSG.), Refugee Protection in International Law – UNHCR’s Global Consultations on International Protection, S. 351 f. Dort findet sich auch eine Aufsatz von HAINES zum damaligen internationalen Stand der Diskussion (S. 319 ff.).

³¹ UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz, Nr. 1: Geschlechtsspezifische Verfolgung im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, UN-Dokument HCR/GIP/02/01 vom 7. Mai 2002.

zu einer bestimmten sozialen Gruppe,³² die UNHCR am 7. Mai 2002 herausgab. Aus dieser Aufteilung in zwei Richtlinien wird auch deutlich, dass sich das Thema „geschlechtsspezifische Verfolgung“ nicht auf die Frage, ob Verfolgung wegen Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe vorliegt, reduzieren lässt, sondern dass nur bei einer umfassenden und geschlechtersensiblen Prüfung aller Elemente der Flüchtlingsdefinition gewährleistet ist, dass die geschlechtsspezifischen Formen der Verfolgung erkannt werden.

Damit waren aber weder die rechtlichen noch die begrifflichen³³ Fragen umfassend geklärt, die Richtlinien waren vielmehr ein Auftakt, um sich diesem Thema von Seiten des UNHCR vertiefend zu befassen. Die nachfolgenden Dokumente widmeten sich dann meist Aspekten der „geschlechtsspezifischen Verfolgung“ oder Themen, bei denen diese eine grosse Rolle spielt. Besonders zu erwähnen sind hier die Richtlinien zum internationalen Schutz für Opfer von Menschenhandel (2006),³⁴ die UNHCR-Leitlinien zu Anträgen auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestützt auf sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität,³⁵ die Guidance

³² UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz, Nr. 2: „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, UN-Dokument HCR/GIP/02/02 vom 7. Mai 2002.

³³ Die begrifflichen Unklarheiten in diesem Bereich erklären sich vielfach daraus, dass die im menschenrechtlichen Bereich benutzten Begrifflichkeiten nicht mit denen aus dem flüchtlingsrechtlichen Bereich übereinstimmen, zudem wurden einige Begrifflichkeiten verändert ersetzt oder erweitert. Als Beispiel seien genannt die Hinzufügung des „I“ (für intersexual) an den Begriff „LGBT“ und die von UNHCR im Jahr 2008 vollzogene Ersetzung des Begriffs „appartenance sexuelle“ durch „genre“ in den genannten Richtlinien.

³⁴ Richtlinien zum Internationalen Schutz, Nr. 7: Anwendung des Artikels 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge auf die Opfer von Menschenhandel und entsprechend gefährdete Personen, UN-Dokument HCR/GIP/06/07 vom 7. April 2006.

³⁵ Deutsche Übersetzung (April 2009) der UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 21. November 2008.

Note on Refugee Claims relating to Female Gender Mutilation,³⁶ und das Diskussionspapier "The Protection of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Asylum-Seekers and Refugees."³⁷ Auch die Richtlinien zu Asylanträgen von Kindern³⁸ enthalten viele Hinweise auf die Notwendigkeit einer geschlechtersensiblen Prüfung der Flüchtlingseigenschaft, ähnliches gilt für die regelmässige Erwähnung des Themas in den Beschlüssen des Exekutivkomitees von UNHCR.³⁹ Zudem ist – nicht nur bei UNHCR – eine Tendenz feststellbar, in Herkunftsländerinformationen explizit auf geschlechtsspezifische Aspekte hinzuweisen.⁴⁰ Im Bereich LGBTI veranstaltete UNHCR im November 2010 eine Expert Round Table.⁴¹ Ausserdem hat sich UNHCR seit 2004 immer wieder mit Interventionen in Gerichtsverfahren zu Wort gemeldet und damit zur rechtlichen Diskussion und Entwicklung in diesem Bereich beigetragen.⁴²

³⁶ UNHCR, Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Gender Mutilation, Mai 2009.

³⁷ UNHCR, Discussion Paper – The Protection of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Asylum-Seekers and Refugees", 22. September 2010.

³⁸ Richtlinien zum internationalen Schutz, Nr. 8: Asylanträge von Kindern im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 und 1 (F) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, UN-Dokument HCR/GIP/09/08 vom 22. Dezember 2008.

³⁹ Siehe neben den in Anm. 24 genannten Beschlüssen beispielsweise auch: EXKOM-Beschlüsse Nr. 84 (XLVIII) über Flüchtlingskinder und jugendliche Flüchtlinge, Nr. 94 (LIII) über den zivilen und humanitären Charakter von Asyl, Nr. 98 (LIV) über Schutz vor sexuellem Missbrauch und sexueller Ausbeutung, Nr. 105 (LVII) über gefährdete Frauen und Mädchen sowie Nr. 107 (LVIII) über gefährdete Kinder.

⁴⁰ So enthalten zum Beispiel die UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Eritrea, UN Dokument HCR/EG/ERT/11/01 vom 20. April 2011, eigene Unterpunkte zu "gender-based violence", "harmful traditional practices", "LGBTI" und "victims of trafficking."

⁴¹ Siehe UNHCR, Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity, November 2010.

⁴² Siehe beispielsweise: UNHCR, Matter of Rodi Alvarado Peña (A73 753 922), Advisory Opinion on International Norms: Gender-Related Persecution and Relevance to "Membership of a Particular Social Group" and "Political Opinion", 9. Januar 2004; UNHCR, Advisory Opinion by UNHCR to

2.5. Entwicklungen im Bereich der Menschenrechte

Schliesslich spielen, wie in einzelnen Beiträgen dieses Bandes vertieft, die allgemeinen Entwicklungen im Menschenrechtsbereich eine wichtige Rolle für den flüchtlingsrechtlichen Schutz von Personen vor geschlechtsspezifischer Verfolgung. Dies gilt neben der Weiterentwicklung des internationalen Schutzes von Frauenrechten insbesondere für den *Wegweisungsschutz*, wie die Beiträge in diesem Band zeigen. Von ebenso grosser Bedeutung sind Bestrebungen auf universeller Ebene für den besseren Schutz der Rechte von Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Trans- und Intersexuellen (LGBTI-Rechte). Hier ist insbesondere auf die von der Internationalen Juristenkommission im November 2006 verabschiedeten Yogyakarta-Prinzipien⁴³ zu verweisen, die den menschenrechtlichen Rahmen für diesen Bereich abstecken. Einen weiteren Meilenstein hat der UNO-Menschenrechtsrat am 17. Juni 2011 in Genf gesetzt, indem zum ersten Mal eine Resolution zum Thema Menschenrechtsverletzungen wegen sexueller Orientierung und Geschlechteridentität verabschiedet worden ist.⁴⁴ Dabei ist bemerkenswert, dass eine starke Minderheit opponierte, was zeigt, wie umstritten diese Rechte sind und wie weit hier die (Moral-) Vorstellungen zwischen einzelnen

the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation, 3. September 2004; UNHCR, Zainab Esther Fornah (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener). Case for the Intervener, 14. Juni 2006; UNHCR, HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department – Case for the first intervener (the United Nations High Commissioner for Refugees), 19. April 2010; UNHCR, Rivera-Barrientos v. Holder, United States Attorney General: Brief of the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae in Support of Petitioner, No. 10-9527, 18. August 2010.

⁴³ Internationale Juristenkommission, Yogyakarta Principles – Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, November 2006.

⁴⁴ Siehe dazu den Bericht auf der Webseite von humanrights.ch, www.humanrights.ch/de/Instrumente/Nachrichten/Menschenrechtsrat/idart_8595-content.html?search=1 (zuletzt besucht am 19.1.2012); vgl. auch die Hinweise bei BARZÉ in diesem Band, Ziff. 5.3. mit Anm. 28, etwa auf die Yogyakarta-Prinzipien aus dem Jahr 2006.

Regionen der Welt auseinanderklaffen.⁴⁵ Die Resolution fordert u.a. das UNO-Hochkommissariat für Menschenrechte auf, eine Studie über Gewalt und Diskriminierung wegen sexueller Orientierung und Geschlechteridentität zu erstellen.⁴⁶

Der Beitrag von HRUSCHKA und PORTMANN widmet sich den Entwicklungen beim Thema sexuelle Orientierung und Geschlechteridentität im Hinblick auf deren möglichen praktischen und rechtlichen Auswirkungen.

3. HERAUSFORDERUNGEN

Betrachtet man die Entwicklungen bei der Behandlung geschlechtsspezifischer Verfolgung in den letzten 25 Jahren in der Schweiz, so kann mit Befriedigung festgestellt werden, dass sich sowohl die Sensibilität für das Thema wie auch die Praxis von BFM und Rekursinstanz bei der Auslegung und Anwendung des Flüchtlingsbegriffes stark gewandelt haben. Davon zeugen auch die Ausführungen von BARZÉ in diesem Band, die teilweise vorbildliche inhaltliche Vorgaben des BFM manifestieren.⁴⁷ Das Standardwerk von WEREN-

⁴⁵ Vgl. auch die Rede der US-Aussenministerin Clinton vor der UNO in Genf am 6.12.2011, in welcher sie sich stark gegen Gewalt und Diskriminierung gegenüber Personen wegen deren sexuellen Orientierung eingesetzt hat (Hillary Clinton declares 'gay rights are human rights', www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-16062937, zuletzt besucht am 19.1.2012).

⁴⁶ Diese Studie liegt in der Zwischenzeit vor: Bericht des UNO-Hochkommissars vom 17.11.2011 (A/HRC/19/41).

⁴⁷ Der Antwort des Bundesrates vom 19.8.2009 auf die Motion Prelicz-Huber „Erweiterung des Flüchtlingsbegriffes. Anerkennung der geschlechtsspezifischen Verfolgung“ (vom 10.6.2009, 09.3561) lässt sich ebenfalls entnehmen, dass die geltende Asylpraxis bei der Anerkennung des Verfolgungsgrundes der sexuellen Orientierung den Richtlinien des UNHCR von 2002 betreffend geschlechtsspezifische Verfolgung folgt, gemäss welchen der Begriff der sozialen Gruppe auch Homosexuelle, Transsexuelle und Transvestiten umfasst. Im Weiteren führt der Bundesrat aus, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, welche die entsprechenden Asylgesuche prüfen, würden in einer spezifischen Ausbildung für die Schwierigkeiten und Eigenheiten im Zusammenhang mit der Prüfung derartiger Gesuche sensibilisiert. Zu diesem Zweck würden Experten der jeweiligen Fachgebiete Ausbildungen zu bestimmten Themen wie z.B. zur asylrechtlichen Würdigung

FELS⁴⁸ aus dem Jahr 1987 enthielt noch kein Stichwort „Frauen“ und nur zwei Einträge zum Stichwort „Geschlecht“. Aus dieser Zeit finden sich auch heute kaum mehr nachvollziehbare Entscheide wie ein Beschwerdeentscheid des Justiz- und Polizeidepartementes, der festhält, die mögliche Verfolgungssituation der Ehefrau sei irrelevant, wenn diese durch das Verhalten des Ehemannes verursacht worden sei.⁴⁹

Dennoch entbinden diese erfreulichen Entwicklungen nicht davor, einzelne Aspekte der Praxis kritisch zu hinterfragen und hier, ohne jeglichen Anspruch auf Vollständigkeit, auf Problembereiche hinzuweisen. Einige Stichworte sollen genügen:

- Nach wie vor scheitern die meisten Asylgesuche an der fehlenden Glaubhaftmachung der Asylgesuche, so dass es letztlich zu vielen Fragen geschlechtsspezifischer Verfolgung sehr wenig Praxis gibt.
- Die Anerkennung der Schutztheorie mit dem Verzicht auf den staatlichen Verfolger kombiniert mit einer liberalen Auslegung des Verfolgungsmotives „Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe“ erlaubt den schweizerischen Behörden, die typischen Fälle geschlechtsspezifischer Verfolgung unter den Flüchtlingsbegriff zu subsumieren. Allerdings besteht die Gefahr, dass sich die Anwendungsprobleme bei anderen Elementen des Flüchtlingsbegriffes stellen, indem z.B. höhere Anforderungen an den Eingriff oder an das Erfordernis der Gezieltheit der Verfolgung gestellt werden. So wird in der schweizerischen Praxis eine Kollektivverfolgung äusserst selten anerkannt. Dabei wären die Folgen von Eingriffen, die üblicherweise nicht als ernsthaft betrachtet werden, bei spezifischen Gruppen (z.B. Frauen oder Homosexuelle) aber schwerwiegende Konsequenzen haben können (Verstossung der Frau; Erpressbarkeit von gleichgeschlechtlichen Personen etc.), stärker zu berücksichtigen.

der sexuellen Orientierung führen. Der Bundesrat erachtete daher einen vorgeschlagenen Zusatz von Art. 3 Abs. 2 AsylG in Bezug auf den Verfolgungsgrund der sexuellen Orientierung als nicht notwendig.

⁴⁸ Siehe oben bei Anm. 2.

⁴⁹ Entscheid des EJPD vom 1.5.1985 i.S. I.K., Erwägungen zu finden in ASYL 1986/1, S. 10: „Der Beschwerdeführer hat die Lage der in Rumänien zurückgebliebenen Ehefrau und seines Kindes durch ein eigenes Verschulden verursacht, so dass auch dieser Grund eine Asylgewährung nicht zu rechtfertigen vermag“. (Erw. 11c.).

- Auf einen besonders problematischen Aspekt verweist ein Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom Januar 2011⁵⁰, in welchem diese Instanz es offensichtlich für zumutbar erachtet, dass Betroffene (in casu ein homosexueller iranischer Staatsangehöriger) ihre sexuelle Orientierung im Verborgenen leben sollen. Eine Verallgemeinerung dieser Praxis und Anwendung auf andere Opfer geschlechtsspezifischer Verfolgung (z.B. Frauen, die sich in traditionellen Gesellschaften nicht dem Ehemann unterordnen wollen) könnten die erreichten Fortschritte bei der Berücksichtigung geschlechtsspezifischer Verfolgung zunichte machen.
- Die weltweit sehr unterschiedlichen Auffassungen über die Geltung der Menschenrechte für Frauen und Menschen mit anderer sexueller Orientierung, wobei insbesondere die Rechte Letzterer den Keim eines Kulturkampfes in sich tragen, bergen einerseits die Gefahr eines neuen menschenrechtlichen Relativismus. Andererseits könnte sich vor dem Hintergrund der neuen universellen Menschenrechtsdebatte (und der darauf basierenden Ermutigung der Betroffenen) die Situation der LGBTI-Gruppe weiter verschärfen und neue Verfolgungsmassnahmen auslösen.
- Vor diesem Hintergrund gilt es, vermehrt für den Schutz von Menschen, die Opfer geschlechtsspezifischer Verfolgung geworden sind, einzustehen und eine liberale Auslegung des Flüchtlingsbegriffes zu verteidigen. Die Neufassung der Qualifikationsrichtlinie der EU, die Richtlinien des UNHCR, die Leitlinien der Praxis des BFM und auch die neuere Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zur internen Schutzalternative geben eine gute Orientierung.

Die Beiträge in diesem Band möchten dazu beitragen, für die Anliegen der Opfer geschlechtsspezifischer Verfolgung zu sensibilisieren und auf die besonderen Herausforderungen bei der Anwendung des Flüchtlingsbegriffes, bei der Abklärung des Sachverhaltes und des Nachweises der Flüchtlingseigenschaft und bei der Prüfung der Wegweisung hinzuweisen. Die Autorinnen und Autoren, Praktiker und Vertreterinnen der Wissenschaft, beleuchten in den folgenden Beiträgen die schweizerische Praxis (Bundesamt und Bundesver-

⁵⁰ Urteil C-2107/2010 vom 18. Januar 2011. Vgl. dazu die kritischen Anmerkungen durch SERAINA NUFER/MAXIMILIAN LIPP, Zulässigkeit der Wegweisung eines homosexuellen Iraners, Jusletter vom 30. Mai 2011, mit Hinweisen auf diametral gegensätzliche Entscheide des UK Supreme Court.

waltungsgericht), die Rechtslage auf Ebene der Europäischen Union und die Entwicklungen auf universeller Ebene.

* * * * *

Die Herausgeber danken den Autorinnen und Autoren für die Bereitschaft, Ihre Vorträge, die sie im Rahmen einer Weiterbildungsveranstaltung für das Bundesverwaltungsgericht im Juni 2011 gehalten haben, zuhanden einer breiteren Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Zu danken haben wir auch Frau Barbara von Rütte, MLaw, für die tatkräftige Unterstützung bei der Publikation dieses Buches.

Bern und Genf, Februar 2012

Alberto Achermann
Constantin Hruschka

PROBLEME DER INTERNATIONALEN SCHUTZGEWÄHRUNG BEI FRAUENSPEZIFISCHER VERFOLGUNG UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER NEUFASSUNG DER QUALIFIKATIONSRICHTLINIE (2011/95/EU)¹

Anna Wildt

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	22
2. Schutzakteure im Herkunftsstaat (Art. 7 QRL).....	24
2.1. Die Neudefinition der schutzbietenden Akteure	24
2.2. Gender als Kriterium für die Effektivitätsprüfung	27
2.3. Die Prüfung des staatlichen Schutzes in der österreichischen Asylpraxis zur häuslichen Gewalt.....	29
2.3.1. Die unterbliebene Anzeigenerstattung.....	29
2.3.2. Die fehlende Offensichtlichkeit der Schutzunwilligkeit	30
2.4. Die Position der Vereinten Nationen zum Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt	31
2.4.1. Der UN-Frauenrechtsausschuss	32
2.4.2. Der Menschenrechtsausschuss	34
2.4.3. Der UN-Ausschuss gegen Folter	36
3. Interner Schutz (Art. 8 QRL).....	38
3.1. Die Neufassung des internen Schutzes	38
3.2. Frauenhäuser: Zugänglichkeit, Effektivität des Schutzes und eine dauerhafte Lösung?.....	40

¹ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABl. L 337/9 vom 20.12.2011, im Folgenden Qualifikationsrichtlinie (QRL).

3.3.	Die Auswahlkontrolle der Schutzmassnahmen	41
3.3.1.	Einrichtung geeigneter Schutzmechanismen	43
3.3.2.	Die Umsetzung der Schutzmassnahmen im Vollzug	44
3.3.3.	Güterabwägung im Vollzug	46
3.3.4.	Schlussfolgerungen für die Überprüfung des internen Schutzes	46
3.4.	Zumutbarkeit der Fluchtalternative: Gefährdung von alleinstehenden Frauen	46
4.	Anknüpfung des Konventionsgrundes an den fehlenden staatlichen Schutz	49
4.1.	Nicht-staatliche Verfolgung und fehlender staatlicher Schutz (Art. 9 Abs. 3 QRL)	49
4.1.1.	Die mittelbare Anknüpfung des Fluchtgrundes an die diskriminierende staatliche Schutzpraxis	49
4.1.2.	Genderspezifische Konkretisierung des Sachverhalts	51
5.	Der Fluchtgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe (Art. 10 Abs. 1 lit. d QRL)	53
5.1.	Die Bedeutung von geschlechtsspezifischen Aspekten	53
5.2.	Beispiele aus der österreichischen Judikatur zur Verfolgung im Familienkreis	55
5.2.1.	Gewaltformen in österreichischen Entscheidungen zum Herkunftsland Türkei	55
5.2.2.	Die soziale Gruppe der Familie des Verfolgers	56
6.	Subsidiärer Schutz	59
6.1.	Aufenthaltsdauer	59
6.2.	Sozialhilfeleistungen	60
6.3.	Bedürfnisse von Opfern geschlechtsspezifischer Gewalt	60
6.4.	Fallbeispiele aus der österreichischen Judikatur	62
6.4.1.	Psychischer Gesundheitszustand und Gefahr einer Retraumatisierung	63
6.4.2.	Wegfall der Lebensgrundlage und fehlender Familienanschluss	63
7.	Schlussbemerkung	65

1. EINLEITUNG

Die Qualifikationsrichtlinie gilt als Kernstück des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems. Sie zielt auf die Harmonisierung nationaler Vorschriften über die Anerkennung und den Status von

Schutzsuchenden ab. Mit der ersten Fassung² aus dem Jahr 2004 bezweckte die Kommission unter anderem die *„Eindämmung der Sekundärmigration von um internationalen Schutz ersuchenden Personen, die ausschliesslich in unterschiedlichen Rechtsvorschriften über die Anerkennung als Flüchtling und über die Gewährung subsidiären Schutzes begründet liegt.“*³ Zentrale Bestimmungen der Richtlinie wurden jedoch von den Mitgliedstaaten nicht umgesetzt oder belassen einen zu grossen Interpretationsspielraum, um die Schutzgewährung zu vereinheitlichen.⁴

Nunmehr soll eine Neufassung der Richtlinie die Schwachstellen beseitigen, zu einem ausreichenden Harmonisierungsniveau führen und die Vereinbarkeit des Europäischen Asylsystems mit den Weiterentwicklungen im Menschenrechts- und Flüchtlingsschutz sicherstellen.⁵ War in der ersten Phase der Errichtung eines Europäischen Asylsystems (1999-2005) beabsichtigt gemeinsame Mindestvoraussetzungen zu schaffen, soll die vorliegende Neufassung der Richtlinie im Rahmen der zweiten Phase die Harmonisierung der Asylsysteme vertiefen und zu einem vereinheitlichten Status des internationalen Schutzes führen.

² Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304/12 vom 30.9.2004.

³ KOM 12.9.2001, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, KOM(2001)510 endg., S. 7.

⁴ KOM 16.6.2010, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, KOM(2010)314 endg. S. 17; KOM 21.10.2009, Vorschlag über eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, KOM(2009)551 endg., S. 3.

⁵ KOM(2009)551 endg., S. 3.

Die Neufassung betrifft den Schutz vor frauenspezifischer Verfolgung in mehrfacher Hinsicht: Sie beinhaltet eine Verbesserung des Schutzes vor nicht-staatlicher Verfolgung durch eine deutlichere Definition der Schutz bietenden Akteure (Art. 7), eine Änderung der Voraussetzungen für den internen Schutz (innerstaatliche Fluchtalternative, Art. 8), eine Regelung des Kausalzusammenhangs zwischen den Verfolgungsgründen und dem fehlenden Schutz vor nicht-staatlicher Verfolgung (Art. 9 Abs. 3) und eine Verbesserung des Schutzes vor geschlechtsspezifischer Verfolgung (Art. 10 Abs. 1 lit. d). Ferner soll der unsachlichen Differenzierung zwischen den Statusrechten von Asylberechtigten und von subsidiär Schutzberechtigten entgegenwirkt werden (Art. 15 ff.). Die Änderungen sind von den Mitgliedsstaaten bis zum 21. Dezember 2013 umzusetzen.

Einige dieser Bestimmungen wurden gezielt geändert, weil die Richtlinie bisher dem Schutz vor geschlechtsspezifischer Verfolgung nicht gerecht geworden ist.⁶ In welchem Ausmass durch die Neufassung die nationalstaatliche Auslegungspraxis zur frauenspezifischen Verfolgung verbessert werden kann, bleibt abzuwarten. Die diesbezüglichen Herausforderungen lassen sich anhand der Probleme bei der Anerkennung von Frauen, die im Familienkreis verfolgt werden, lokalisieren.

2. SCHUTZAKTEURE IM HERKUNFTSSTAAT (ART. 7 QRL)

2.1. Die Neudefinition der schutzbietenden Akteure

Wie bisher haben auch nach der Neufassung der QRL zunächst die Schutzsuchenden darzulegen, dass der Herkunftsstaat beziehungsweise Parteien oder Organisationen, die den Staat oder einen wesentlichen Teil des Staatsgebiets beherrschen, nicht in der Lage oder nicht willens sind, Schutz vor Verfolgung bzw. ernsthaftem Schaden zu bieten. Daraufhin überprüft die Behörde, ob im Her-

⁶ Siehe etwa zu den schutzbietenden Akteuren KOM(2009)551 endg., S. 8; KOM(2010)314 endg., S. 6 f.

kunftsland Schutz erlangt werden könnte. Art. 7 QRL sieht nach wie vor neben dem Staat eine Reihe von Organisationen vor, die als Schutzakteure gelten können. Trotz der anhaltenden Kritik wurde dies in der Neufassung der Richtlinie nicht geändert.⁷

Jedenfalls reicht die alleinige Präsenz dieser Organisationen nicht aus, um von deren Schutzzfähigkeit auszugehen. Die neugefasste Bestimmung hebt hervor, dass ein Schutzakteur willens und in der Lage sein muss, wirksamen und dauerhaften Schutz vor Verfolgungshandlungen zu gewähren. Es wird in der Neufassung viel deutlicher zu einer gewissen Effektivitätsprüfung verpflichtet. Nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 muss *„(d)er Schutz vor Verfolgung oder ernsthaftem Schaden wirksam und darf nicht nur vorübergehender Art sein.“*

Gemäss Art. 7 Abs. 2 Satz 2 gilt Schutz nach wie vor generell dann als gewährleistet, wenn die Schutzakteure *„geeignete Schritte einleiten“*, um die Verfolgung oder den ernsthaften Schaden zu verhindern. Als Beispiele dafür werden *„wirksame Rechtsvorschriften zur Ermittlung, Strafverfolgung und Ahndung von Handlungen, die eine Verfolgung oder einen ernsthaften Schaden darstellen“*, genannt und es wird klargestellt, dass Schutz nur dann gewährleistet sein kann, wenn *„der Antragsteller Zugang zu diesem Schutz hat“* (Art. 7 Abs. 2 Satz 2). Es wird aber nicht näher ausgeführt, wie diese subjektiven Zugangskriterien zu prüfen sind. Im Fall von geschlechtsspezifischer Verfolgung, insbesondere bei häuslicher Gewalt, liegt hier eine der Herausforderungen. In der Rechtssache *Abdulla*⁸ hat sich der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in der Frage des Erlöschens der Flüchtlingseigenschaft auf diese Bestimmung gestützt. Bei der Prüfung, ob ausreichender Schutz im Herkunftsland erlangt werden kann, muss sich die Behörde mit der individuellen Situation des Flüchtlings auseinandersetzen. Wie die-

⁷ Vgl. European Council on Refugees and Exiles (ECRE), Comments from ECRE on the European Commission Proposal to recast the Qualification Directive, März 2010, S. 8.

⁸ EuGH, verbundene Rechtssachen C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/08, Urteil vom 2. März 2010, *Aydin Salahadin Abdulla und andere*, Slg. 2010, I-1493.

ser individuelle Zugang zum Schutz zu prüfen ist, hat aber auch der Gerichtshof nicht weiter ausgeführt.

Es ist fraglich, ob diese Effektivitätskriterien die Schwierigkeiten bei der Gewährung des internationalen Schutzes für Frauen, die im Familienkreis verfolgt werden, beseitigen. Eines der Hauptprobleme liegt in den Anforderungen bei der Darlegung, dass sie sich im Herkunftsland ausreichend um Schutz bemüht haben, insbesondere wenn in der Asylrechtsprechung Hürden für die Schutzsuche nicht geschlechtsspezifisch berücksichtigt werden. Ein weiteres Problem ist das Fehlen oder die unterschiedliche Qualität von geschlechtsspezifischen Länderfeststellungen zum vorhandenen Schutz. Zudem scheint es im Vergleich der Praxis der Mitgliedsstaaten unklar, welche Einrichtungen letztendlich für erfolgversprechende Schutzbemühungen als geeignet gelten.⁹ Im Bereich der geschlechtsspezifischen Verfolgung – wie im Fall von Genitalverstümmelung oder von drohenden Ehrendelikten – wurden zum Teil Nichtregierungsorganisationen als Anlaufstelle gesehen, obwohl dieser Schutz ineffizient ist und nicht von Dauer sein kann.¹⁰ Gemäss der Neufassung ist nun zumindest ausdrücklich festgehalten, dass als Schutzakteur nur in Frage kommt, wer den Willen und vor allem auch die Fähigkeit hat, Schutz zu bieten.¹¹

Der UN Hochkommissar für Flüchtlinge empfiehlt eine Gesamtbeurteilung, die sowohl die begründete Furcht als auch die Tatsache, dass sich ein Flüchtling nicht unter den Schutz seines Landes stellen will, umfasst. Jedenfalls muss ergebnisorientiert geprüft werden, *„ob die der Furcht zugrundeliegende Gefahr in ausreichendem Masse durch verfügbaren und wirksamen nationalen Schutz vor der befürchteten Gefahr entschärft wird.“*¹² In der österreichischen Judikatur kommt es darauf an, ob die zur Verfügung stehenden

⁹ Vgl. ECRE, (Anm. 7), S. 6.

¹⁰ So z.B. in Ungarn und Belgien, siehe Bericht der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2004/83/EG, S. 7.

¹¹ Vgl. Art. 7 Abs. 1 und Erwägungsgrund 26 QRL.

¹² UNHCR, Auslegung von Artikel 1 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Genf, April 2001.

Schutzmassnahmen im Ergebnis dazu führen, dass der Eintritt eines entsprechend intensiven Nachteils nicht mit massgeblicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.¹³

2.2. Gender als Kriterium für die Effektivitätsprüfung

Wird überprüft, ob Schutz im Herkunftsland erlangt werden kann, sind Feststellungen zum Vorhandensein des effektiven Rechtsschutzes zu treffen. Auch wenn ein Strafrechtssystem in allgemeinen Bereichen funktioniert, muss dies nicht für den Fall von geschlechtsspezifischer Verfolgung gelten. Um von der Schutzfähigkeit und von der Schutzwilligkeit eines Staates auszugehen, wären hier geschlechtsspezifische Länderfeststellungen zur Effektivität des Schutzes notwendig.¹⁴ Bereits 2003 hat ALICE EDWARDS kritisiert, dass bei nicht-staatlicher Verfolgung von Frauen die Vermutung gilt, der Schutz sei bei einem gewissen allgemeinen Mass an Rechtsstaatlichkeit gegeben.¹⁵ Grundsätzlich müssen bei nicht-staatlicher Verfolgung klare Anhaltspunkte vorliegen, dass der Staat nicht in der Lage oder nicht willens ist, Schutz zu gewähren. Fraglich ist, ob gewisse formale, jedoch unter Umständen ineffektive Mechanismen bereits genügen, die staatliche Schutzwilligkeit anzunehmen.¹⁶ Dies wäre zum Beispiel der Fall, wenn Körperverletzungen zwar gesetzlich verboten sind und bestraft werden, das Verbot aber in Fällen häuslicher Gewalt nicht wirksam vollzogen wird. EDWARDS hat angemerkt, dass ein Staat eine Vielzahl an Schutzmassnahmen vorsehen könne, die zentrale Frage unter einer Schutzperspektive sei, ob diese Massnahmen auch greifen: Schutz für Frauen müsse erstens zugänglich, zweitens effektiv und drit-

¹³ Unabhängiger Bundesasylsenat (UBAS) 21.10.2005, 258.651/0-XIV/08/05; Verwaltungsgerichtshof (VwGH) 01.09.2005, 2005/20/0357.

¹⁴ Vgl. die divergierenden Rechtsansichten in Asylgerichtshof (AsylGH) 1.4.2009, E12 266888-0/2008 und AsylGH 31.7.2009, B6 407061-1/2009/2E.

¹⁵ ALICE EDWARDS, Age and gender dimensions in international refugee law, in: *Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.), Refugee Protection in International Law*, Cambridge 2003, S. 64.

¹⁶ DEBORAH ANKER, Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm, in: *Harvard Human Rights Journal*, Jg. 15, 2002, S. 147 f.

tens von Dauer sein.¹⁷ Die neugefasste Richtlinie sieht zwar diese drei Kriterien vor, doch reichen sie allein nicht aus. Eine Untersuchung der Einzelfallrechtsprechung zeigt, dass diese Kriterien im Fall von Gewalt gegen Frauen geschlechtsspezifisch geprüft werden müssen.

Einen geeigneten Massstab legt Art. 4 Abs. 3 lit. c QRL fest, wonach bei der Prüfung der Anträge *„die individuelle Lage und die persönlichen Umstände des Antragstellers, einschliesslich solcher Faktoren wie familiärer und sozialer Hintergrund, Geschlecht und Alter“* zu berücksichtigen sind, um festzustellen, ob die Handlungen einer Verfolgung gleichzusetzen sind oder zu einem ernsthaften Schaden führen. Die Bestimmung zu den Schutzakteuren (Art. 7) verweist nicht auf diesen Prüfmassstab. In der Erläuterung zum ursprünglichen Richtlinienentwurf aus dem Jahr 2001 hat die Kommission festgehalten, dass geschlechtsspezifische Leitlinien notwendig sein werden, jedoch sei weder die erste Phase der Errichtung eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems der geeignete Zeitpunkt dafür, noch sei eine Richtlinie das geeignete Instrument, solche Leitlinien auszuarbeiten.¹⁸

Die Neufassung der Qualifikationsrichtlinie enthält nun aber hinsichtlich der Prüfung des internen Schutzes (innerstaatliche Fluchtalternative) eine Bestimmung, der zufolge die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass *„genaue und aktuelle Informationen aus einschlägigen Quellen, wie etwa Informationen des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Flüchtlinge oder des Europäischen Unterstützungsbüros für Asylfragen, eingeholt werden“* (Art. 8 Abs. 2).¹⁹ Die Bestimmung verweist auch auf Art. 4 QRL, wodurch bei der Prüfung einer innerstaatlichen Fluchtalternative die individuellen Umstände aufgrund des Geschlechts zu berücksichtigen sein werden. Dieser Massstab eignet sich auch für die Überprüfung der staatlichen Schutzfähigkeit und Schutzwilligkeit und würde dem

¹⁷ EDWARDS (Anm. 15), S. 65; siehe auch ANKER (Anm. 16), S. 147.

¹⁸ KOM(2001)510 endg., S. 17.

¹⁹ KOM(2009)551 endg.

Erfordernis, den individuellen Zugang zum Schutz zu prüfen, gerecht werden.

2.3. Die Prüfung des staatlichen Schutzes in der österreichischen Asylpraxis zur häuslichen Gewalt

Es liegt in der Subsidiarität des Flüchtlingsschutzes begründet, dass sich ein Opfer von nicht-staatlicher Verfolgung zunächst im Herkunftsland um Schutz bemüht haben muss. Je ausgeprägter die Rechtsstaatlichkeit im Herkunftsland ist, desto stärker trifft die Antragstellerinnen und Antragsteller diese Darlegungspflicht. In der österreichischen Judikatur haben sich im Fall von nicht-staatlicher Verfolgung drei Kriterien entwickelt, eine Schutzwillingkeit anzunehmen, ohne tiefer gehende Ermittlungspflichten auf der Seite der Behörde auszulösen: Erstens ist der Täter leicht auszuforschen (bei häuslicher Gewalt ist dies anzunehmen, da dieser dem Opfer regelmässig bekannt sein wird), zweitens wurde nicht versucht, Anzeige zu erstatten und drittens fehlt die Offensichtlichkeit der Schutzunwillingkeit staatlicher Behörden.²⁰

Generell ist das Kriterium der fehlenden Offensichtlichkeit der Schutzunwillingkeit bedenklich, denn es entbindet die Asylbehörde, darauf zu achten, ob im Herkunftsland tatsächlich Schutz erlangt werden kann. Nach den Auslegungsempfehlungen des UNHCR wäre hier zu prüfen, ob die Gefahr, die der begründeten Furcht zugrunde liegt, durch die Schutzmechanismen im Herkunftsland tatsächlich entschärft wird.²¹

2.3.1. Die unterbliebene Anzeigenerstattung

Hat ein Opfer nicht-staatlicher Verfolgung nicht versucht, sich unter den Schutz des Herkunftsstaates zu stellen, so ist darzulegen,

²⁰ VwGH 8.6.2000, 2000/20/0141; AsylGH 1.4.2009, E12 266888-0/2008.

²¹ UNHCR-Dokument, Auslegung von Artikel 1 des Abkommens von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, Genf, April 2001.

warum dieses Schutzersuchen nicht möglich war. Hier können sowohl äussere Hindernisse als auch persönliche Gründe geltend gemacht werden. In der österreichischen Judikatur wird zum Beispiel die Gefahr, bei einer Anzeigenerstattung verstärkten Repressalien ausgesetzt zu sein, erwähnt. Die Nötigung durch einen gewalttätigen Partner, ein Hilfesuchen zu unterlassen, andernfalls würde er den Familienangehörigen etwas antun, gilt als Barriere für die Schutzsuche im Herkunftsstaat.²² Auch eine Morddrohung gegenüber einer Frau oder die Möglichkeit, dass die Anzeige ein Motiv für ein Ehrendelikt wäre, sind Barrieren.²³ Als weiteres Hindernis gilt die Angst, Schande über die Familie zu bringen.²⁴ Darüber hinaus gilt ein fehlender geschützter Rahmen für eine Anzeigenerstattung als Barriere.²⁵ Auch die Unmöglichkeit, über ein gesellschaftliches Tabu wie den Missbrauch durch den eigenen Vater zu sprechen, ist ein Hinderungsgrund,²⁶ sowie auch die Tatsache, dass eine Anzeige aus Angst vor dem Täter zurückgezogen wurde bzw. nicht möglich ist.²⁷

2.3.2. Die fehlende Offensichtlichkeit der Schutzunwilligkeit

Ein Schutzersuchen bei den Behörden des Herkunftsstaates kann ferner dann unterbleiben, wenn es offensichtlich erfolglos wäre. In Fällen von Flucht vor häuslicher Gewalt stellt sich die Frage, worauf ein erster Anschein des effektiven Schutzes gestützt ist, wenn die Asylbehörde keine entsprechenden Länderfeststellungen zum Problem der häuslichen Gewalt treffen muss.²⁸ Eine Prognose, die davon ausgeht, dass Frauen in einem Staat mit rechtsstaatlichen, demokratischen Strukturen generell vor Gewalt in der Familie ge-

²² AsylGH 23.6.2009, B13 319626-1/2008 (Albanien).

²³ AsylGH 12.1.2009, E3 239432-0/2008 (Türkei).

²⁴ AsylGH 19.6.2009, B13 227439-0/2008 (Mazedonien).

²⁵ UBAS 18.6.2007, 246.169/0/5E-XIV/08/04 (Türkei).

²⁶ UBAS 18.6.2007, 246.169/0/5E-XIV/08/04 (Türkei).

²⁷ AsylGH 8.5.2009, B13 232020-0/2008 (Türkei).

²⁸ Problematisch etwa UBAS 13.2.2007, 307.023-C1/3E-XIX/62/06 (Georgien) und AsylGH 1.4.2009, E12 266888-0/2008 (Armenien).

schützt sind, erkennt den geschlechtsspezifischen Charakter dieser Schutzproblematik und steht im Spannungsverhältnis zum frauenspezifischen Menschenrechtsschutz.

Kriterien, wie die Effektivität von Schutzmassnahmen im Fall von häuslicher Gewalt einzuschätzen ist, finden sich in der Menschenrechtsjudikatur. Grundsätzlich gilt, dass Staaten Gesetze zum Schutz vor Gewalt durch Dritte erlassen müssen und der Vollzug wirksam sein muss.²⁹ Innerhalb der letzten zehn Jahre wurde eine Reihe von internationalen Menschenrechtsschutzbestimmungen so ausgelegt, dass die besondere Verletzlichkeit von Opfern häuslicher Gewalt ein aktives Schutzbemühen auf staatlicher Seite voraussetzt. Allen voran ist die Position der Vereinten Nationen zum frauenspezifischen Schutz vor häuslicher Gewalt und vor Diskriminierung zu nennen.

2.4. Die Position der Vereinten Nationen zum Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt

Entsprechend der Schutzpflichtendoktrin muss ein Staat seine Bürger auch vor Verletzungen durch nicht-staatliche Akteure effektiv schützen.³⁰ Trotz gleichlautender Fragen lehnt sich die flüchtlingsrechtliche Judikatur zum staatlichen Schutzwillen und zum internen Schutz nicht immer an die für eine gendersensible Beurteilung entwickelten Kriterien an, sie kann von der menschenrechtlichen Schutzpflichtenjudikatur und von den Empfehlungen der UN-Vertragsorgane abweichen.³¹

Die Vertragsorgane der UN-Menschenrechtsübereinkommen überwachen deren Umsetzung und haben sich in einer Vielzahl von Dokumenten zu staatlichen Schutzpflichten geäußert. In den ab-

²⁹ EGMR, *X und Y gg. Niederlande*, Az. 8978/80, Urteil vom 26. März 1985, §22f.; EGMR, *M.C. gg. Bulgarien*, Az. 39272/98, Urteil vom 4. Dezember 2003, §150, 152; EGMR, *A. gg. Kroatien*, Az. 55164/08, Urteil vom 14. Oktober 2010, §60; EGMR, *Hajduova gg. Slowakei*, Az. 2660/03, Urteil vom 30. November 2010, §46.

³⁰ Vgl. CCPR General Comment Nr. 20/44, 10.4.1992, A/47/40(SUPP).

³¹ ANKER (Anm. 16), S. 147.

schliessenden Beobachtungen haben der Frauenrechtsausschuss, der Menschenrechtsausschuss und der Ausschuss gegen Folter Staaten wie die Türkei, Mazedonien, Albanien, die Ukraine oder Serbien wiederholt dazu aufgefordert, durch geeignete rechtliche und andere Massnahmen der Gewalt im Familienkreis Abhilfe zu schaffen. Zumindest die Beobachtungen der Vertragsorgane sollten in eine *prima-facie* Bewertung der staatlichen Schutzfähigkeit einfließen. Wurden die ungenügenden Schutzmassnahmen gerügt, kann nicht der erste Anschein entstehen, dass rechtsstaatliche Strukturen von der Einholung geschlechtsspezifischer Länderfeststellungen entbinden.

2.4.1. Der UN-Frauenrechtsausschuss

Gemäss dem Frauenrechtsausschuss (CEDAW) fällt Gewalt gegen die Frau im Familienkreis unter den Diskriminierungstatbestand des Art. 1 des Übereinkommens über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau³² und löst frauenspezifische staatliche Schutzpflichten aus. Der Ausschuss hat in der Allgemeinen Empfehlung Nr. 19 einen Katalog von Massnahmen festgelegt, die dazu geeignet sind, Frauen vor häuslicher Gewalt zu schützen.³³ Dazu zählen unter anderem notwendige strafrechtliche Sanktionen, zivilrechtliche Rechtsbehelfe zum Schutz vor häuslicher Gewalt, Abschaffung der Berücksichtigung von Ehrenmotiven als Milderungsgründe im Zusammenhang mit Körperverletzungsdelikten oder Mord an weiblichen Familienmitgliedern, Unterstützungsangebote für den Schutz und die Sicherheit von Opfern von Gewalt, einschliesslich von Frauenhäusern, Beratungs- und Rehabilitationsangeboten für Frauen, Programme für häusliche Gewalttäter, sowie spezielle Angebote für Familien, in denen Inzest oder sexueller Missbrauch vorgefallen ist. Angehörige der Justiz- und Strafverfol-

³² Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, UNTS Vol. 1249, S. 13, (im Folgenden Frauenrechtskonvention).

³³ CEDAW General Recommendation Nr. 19 (HRI/GEN/1/Rev 9, Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by human rights treaty bodies).

gungsbehörden sowie sonstige öffentliche Bedienstete sollten eine Ausbildung zur Gendersensibilität erhalten und Angehörige der Gesundheitsberufe sollten speziell geschult werden. Insgesamt werden die Vertragsstaaten in der Allgemeinen Empfehlung dazu aufgefordert, alle gesetzlichen und sonstigen Massnahmen vorzusehen, die erforderlich sind, um einen wirksamen Schutz von Frauen vor geschlechtsspezifischer Gewalt zu leisten.

Im Rahmen der Staatenberichtsverfahren zur Türkei hat der Frauenrechtsausschuss mehrfach ausgesprochen, dass die Massnahmen zur Umsetzung des Schutzes vor häuslicher Gewalt nicht ausreichend sind und mehr Anstrengungen unternommen werden müssen. Insbesondere sollten gesetzliche Massnahmen zum Schutz vor häuslicher Gewalt effektiv ausgestaltet und die Polizei und die Justiz geschult werden; es fehlt auch an Frauenhäusern und Beratungsstellen zum Schutz der Frauen.³⁴ Weiter hat der Ausschuss Serbien (einschliesslich des Kosovo) wegen unzureichender Gesetzgebung und Umsetzung im strafrechtlichen Bereich gerügt; zudem wurde bemängelt, dass Frauenhäuser Aufnahmekriterien anwenden, die Roma-Frauen ausschliessen.³⁵ Der Frauenrechtsausschuss forderte ferner Mazedonien auf, die Gesetzgebung gegen häusliche Gewalt wirksam umzusetzen und Schulungen vorzunehmen, da die Zahl der Opfer häuslicher Gewalt viel zu hoch ist.³⁶ Albanien wurde 2010 vom Frauenrechtsausschuss gerügt, weil Vergewaltigung in der Ehe kein Strafdelikt darstellt und häusliche Gewalt nicht entsprechend verfolgt und strafrechtlich verpönt wird; insbesondere zeigte sich der Frauenrechtsausschuss besorgt über die hohe Selbstmordrate von Frauen, die unter häuslicher Gewalt leiden.³⁷ Im Berichtsverfahren über die Russische Föderation

³⁴ CEDAW 16.8.2010, Concluding Observations Turkey, CEDAW/C/TUR/CO/6; 20.1.2005, Concluding Observations Turkey, CEDAW/C/TUR/4-5 and Corr.1.

³⁵ CEDAW 11.6.2007, Concluding Observations Serbia, CEDAW/C/SCG/CO/1.

³⁶ CEDAW 3.2.2006, Concluding Observations FYROM, CEDAW/C/MKD/CO/3.

³⁷ CEDAW 16.9.2010, Concluding Observations Albania, CEDAW/C/ALB/CO/3.

rügte der Ausschuss die Auffassung, häusliche Gewalt sei eine Privatsache, sowie den Druck, der auf die Frauen ausgeübt wird, die Vorfälle innerhalb der Familie zu lösen; gerügt wurden auch die fehlenden Schutzmassnahmen wie zum Beispiel die fehlenden Kapazitäten der Frauenhäuser sowie die Vorgabe, dass nur Staatsbürgerinnen, die im entsprechenden lokalen Melderegister erscheinen, Schutz in den Frauenhäusern erlangen können.³⁸ Der Frauenrechtsausschuss bemängelte auch die zu geringen Strafen, die gegen häusliche Gewalttäter in der Ukraine verhängt werden; meistens bestehen sie nur aus Geldstrafen und tragen so kaum zum Schutz der Frauen bei.³⁹

2.4.2. Der Menschenrechtsausschuss

Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte⁴⁰ legt eine allgemeine Gewährleistungspflicht für die Paktrechte fest. Diese Pflicht ist auch Inhalt des Folterverbots unter Art. 7 Pakt II: *“It is the duty of the State party to afford everyone protection through legislative and other measures as may be necessary against the acts prohibited by article 7, whether inflicted by people acting in their official capacity, outside their official capacity or in a private capacity.”*⁴¹ Es besteht daher eine positive Verpflichtung der Staaten vor Übergriffen durch Dritte zu schützen und die entsprechenden Minimalgarantien dafür zu schaffen.⁴² Sind zivilrechtliche Massnahmen ungeeignet, Rechtsverletzungen hin-

³⁸ CEDAW 16.8.2010, Concluding Observations Russia, CEDAW/C/USR/CO/7.

³⁹ CEDAW 28.1.2010, Concluding Observations Ukraine, CEDAW/C/UKR/CO/7.

⁴⁰ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, UNTS Vol. 999, S. 171 (im Folgenden Pakt II).

⁴¹ CCPR General Comment Nr 20/44, 10.4.1992, A/47/40 (SUPP).

⁴² MANFRED NOWAK, CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl/Strasbourg/Arlington 2005, Art. 2 CCPR, RZ 19f.; siehe unterschiedliche Bewertung von SARAH JOSEPH/KATIE MITCHELL/LINDA GYORKI/CARIN BENNINGER-BUDEL (HRSG.), *Seeking Remedies for Torture Victims, A Handbook on the Individual Complaints Procedures of the UN Treaty Bodies*, 2006, S. 213.

tanzuhalten, muss ein Staat zusätzliche Massnahmen ergreifen, wobei dies Strafmassnahmen mit einschliesst.⁴³

Gemäss General Comment Nr. 28 überprüft der Menschenrechtsausschuss (CCPR) die Einhaltung des Folterverbots in Bezug auf häusliche Gewalt gegen Frauen, indem Staaten dazu aufgefordert werden, über Gesetzgebung und den Vollzug des Gewaltschutzes, einschliesslich besonderer Schutzmassnahmen und Rechtsbehelfe zu berichten.⁴⁴ Im Zuge des Staatenberichtsverfahrens hat der Menschenrechtsausschuss immer wieder ineffektive oder fehlende staatliche Massnahmen gegen häusliche Gewalt gerügt.⁴⁵

Der Menschenrechtsausschuss rügte Aserbaidshan, weil für den effektiven Schutz vor häuslicher Gewalt nicht genügend Frauenhäuser bestehen.⁴⁶ 2006 brachte der Menschenrechtsausschuss seine Bedenken gegenüber der Wahrung der Menschenrechte durch die UNMIK im Kosovo zum Ausdruck, indem er darauf hinwies, dass in Bezug auf häusliche Gewalt zu wenig Anzeigen aufgenommen wurden und zu wenig Verurteilungen vorliegen und es an geeigneten Schutzeinrichtungen mangelt.⁴⁷ Ferner rügte der Menschenrechtsausschuss die Russische Föderation für fehlende gesetzgeberische Massnahmen zum Schutz vor häuslicher Gewalt und für den Mangel an Frauenhäusern und drückte seine Besorgnis über die Ehrenmorde in Tschetschenien aus.⁴⁸

⁴³ NOWAK (Anm. 42), Art. 2, RZ 20.

⁴⁴ CCPR General Comment Nr 28, 29.3.2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10.

⁴⁵ Vgl. JOSEPH/MITCHELL/GYORKI/BENNINGER-BUDEL (Anm. 42), S. 184; NOWAK (Anm. 42), Art. 7, RZ 41.

⁴⁶ CCPR 13.8.2009, Concluding Observations Aserbaidshan, CCPR/C/AZE/CO/3.

⁴⁷ CCPR 14.8.2006, Concluding Observations Kosovo (Serbia), CCPR/C/UNK/CO/1.

⁴⁸ CCPR 24.11.2009, Concluding Observations Russia, CCPR/C/RUS/CO/6.

2.4.3. Der UN-Ausschuss gegen Folter

2008 hat der Ausschuss gegen Folter (CAT) die UN-Antifolterkonvention⁴⁹ in Bezug auf häusliche Gewalt frauenspezifisch interpretiert. Staaten sind unter der Antifolterkonvention verpflichtet, entsprechende Vorkehrungen zu treffen. *“The Committee has made clear that where State authorities or others acting in official capacity or under colour of law, know or have reasonable grounds to believe that acts of torture or ill-treatment are being committed by non-State officials or private actors and they fail to exercise due diligence to prevent, investigate, prosecute and punish such non-state officials or private actors consistently with the Convention, the State bears responsibility and its officials should be considered as authors, complicit or otherwise responsible under the Convention for consenting to or acquiescing in such impermissible acts. Since the failure of the State to exercise due diligence to intervene to stop, sanction and provide remedies to victims of torture facilitates and enables non-State actors to commit acts impermissible under the Convention with impunity, the State’s indifference or inaction provides a form of encouragement and/or de facto permission. The Committee has applied this principle to States parties’ failure to prevent and protect victims from gender-based violence, such as rape, domestic violence, female genital mutilation, and trafficking.”*⁵⁰

2009 rügte der Ausschuss Serbien, weil gegen häusliche Gewalttäter zu niedrige Strafen verhängt werden.⁵¹ Zudem hat der Ausschuss die lange Prozessdauer und das Fehlen von Schutzmassnahmen in Serbien bemängelt.⁵² Trotz Vorhandensein gesetzlicher Massnahmen steht auch das Schutzverhalten der Republik Moldau in Konflikt mit der Antifolterkonvention, da kaum Schutzverfügungen durch die Justiz verhängt werden und die Polizei gegen familiä-

⁴⁹ Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, UNTS Vol. 1465, S. 85 (im Folgenden UN-Antifolterkonvention).

⁵⁰ CAT 24.1.2008, General Comment Nr. 2, CAT/C/GC/2.

⁵¹ CAT 19.1.2009, Concluding Observations Serbia, CAT/C/SRB/CO/1.

⁵² CAT 19.1.2009, Concluding Observations Serbia, CAT/C/SRB/CO/1.

re Gewalttäter erst beim Vorliegen von schweren Körperverletzungen vorgeht; auch gibt es zu wenig Frauenhäuser und die Aufnahmekapazität der bestehenden Häuser ist zu gering.⁵³ Verletzungen der UN-Antifolterkonvention begingen auch Staaten wie Algerien, das keinerlei Schutzmassnahmen für Frauen und Kinder bei häuslicher Gewalt vorsieht.⁵⁴ Ferner rügte der Ausschuss Mazedonien aufgrund der zu geringen Zahl an Ermittlungen und Strafverfolgungen in Fällen häuslicher Gewalt.⁵⁵ Albanien wurde für die hohe Zahl von häuslichen Gewaltopfern und Opfern von sexueller Gewalt gerügt und insbesondere auch für die Säumigkeit, gesetzliche Massnahmen zum Schutz vor häuslicher Gewalt zu ergreifen.⁵⁶ Der Ausschuss gegen Folter bemängelte die unzureichende Umsetzung von Gesetzen zum Schutz vor Gewalt in der Türkei: Frauen würden sich nicht trauen, Gewalttäter anzuzeigen, die Zahl von Frauenhäusern und Schutzmassnahmen sei viel zu gering; im Fall von Vergewaltigung sieht das Strafgesetz vor, gegen den Willen des Opfers einen Jungfräulichkeitstest durchzuführen und im Fall von Ehrendelikten werden keine ausreichenden Ermittlungen zur Aufklärung der Taten geführt.⁵⁷ Ferner forderte der Ausschuss die Russische Föderation dazu auf, wegen der weiten Verbreitung häuslicher Gewalt wirksame Gesetze zum Schutz vor familiärer Gewalt zu erlassen, die Täter zu bestrafen und genügend Frauenhäuser einzurichten.⁵⁸ Bezüglich der Ukraine rügte der Ausschuss die geringen Verurteilungen trotz der Häufigkeit familiärer Gewalt.⁵⁹

⁵³ CAT 19.11.2009, Concluding Observations Moldau, CAT/C/MDA/CO/2.

⁵⁴ CAT 26.5.2008, Concluding Observations Algeria, CAT/C/DZA/CO/3.

⁵⁵ CAT 21.5.2008, Concluding Observations FYROM, CAT/C/MKD/CO/2.

⁵⁶ CAT 21.6.2005, Concluding Observations Albania, CAT/C/CR/34/ALB.

⁵⁷ CAT 20.1.2011, Concluding Observations Turkey, CAT/C/TUR/CO/3.

⁵⁸ CAT 6.2.2007, Concluding Observations Russia, CAT/C/RUS/CO/4.

⁵⁹ CAT 3.8.2007, Concluding Observations Ukraine, CAT/C/UKR/CO/5.

3. INTERNER SCHUTZ (ART. 8 QRL)

3.1. Die Neufassung des internen Schutzes

Grosser Anpassungsbedarf bestand bei der Regelung des internen Schutzes (interne Fluchtalternative).⁶⁰ Insbesondere gab es Probleme mit missverständlichen Formulierungen. Mit der Neufassung wird nun eine Bestimmung abgeschafft, die die Annahme des internen Schutzes erlaubte, „*wenn praktische Hindernisse für eine Rückkehr in das Herkunftsland bestehen*“.⁶¹ Die Bestimmung hatte dazu geführt, dass in einigen Mitgliedsstaaten interner Schutz angenommen werden konnte, trotz der Unmöglichkeit, in das sichere Gebiet zu reisen und trotz der Weigerung der Behörden, eine Niederlassung zu ermöglichen.⁶² Auch wurde angenommen, es bestehe interner Schutz trotz körperlicher Beeinträchtigungen oder Krankheiten, die eine Niederlassung in einem für sicher erachteten Gebiet unzumutbar erscheinen liessen.⁶³ Bezüglich der Frage, wann eine Niederlassung in einem anderen Landesteil vernünftigerweise erwartet werden kann, gab es bisher einen zu grossen Spielraum für Interpretationen, der die Unterschiede in der Anerkennung von Flüchtlingen in den Mitgliedsstaaten begünstigt hat.⁶⁴

Mit der Frage, wann eine interne Fluchtalternative für einen somalischen Flüchtling vorliegt, hat sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in der Rechtssache *Salah Sheekh gg. die Niederlande*⁶⁵ auseinandergesetzt: Die Rückführung einer Person unter der Annahme einer internen Fluchtalternative trotz fehlender Gewissheit, dass ihr die legale Einreise und der Aufenthalt gestattet wird, verletzt Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Obwohl gemäss dem Urteil Art. 3 EMRK die Berück-

⁶⁰ Vgl. UNHCR, *Asylum in the European Union: A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, 2007.

⁶¹ Richtlinie 2004/83/EG, Art. 8 Abs. 3.

⁶² KOM(2010)314, S. 8.

⁶³ KOM(2010)314, S. 8.

⁶⁴ KOM(2010)314 endg.

⁶⁵ EGMR, *Salah Sheekh gg. Niederlande*, Az. 8196/02, Urteil vom 11. Januar 2007.

sichtigung interner Fluchtalternativen nicht ausschliesst, müssen hierfür drei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens muss die sichere Hinreise in das betroffene Gebiet möglich, zweitens die Einreise gestattet und drittens muss es erlaubt sein, sich in dem Gebiet niederzulassen. Die Behörden von Somaliland und Puntland hatten aber klargestellt, dass sie Flüchtlinge, die aus anderen Gebieten stammen, nicht einreisen lassen wollen. Der EGMR nahm an, dass es aufgrund des lückenhaften Grenzschatzes den niederländischen Behörden wahrscheinlich trotzdem gelingen würde, eine Person dorthin rückzuführen, doch bestünde keine Garantie, dass der Flüchtling in diesem Gebiet bleiben könne, zumal er Angehöriger eines Minderheitenclans ist und dort keinen Clanschutz vorfinden würde. Der Gerichtshof erachtete es als unwahrscheinlich, dass die lokalen Behörden offiziell die dauerhafte Niederlassung gestatten würden. Deshalb wurde auf die reale Möglichkeit geschlossen, dass der Flüchtling aus den sicheren Gebieten ausgewiesen werden könnte und gezwungen wäre, sich nach Somalia zu begeben, wo er einer unmenschlichen Behandlung ausgesetzt wäre.

Das heisst, dass für die Annahme einer Fluchtalternative in einem Gebiet Aufenthaltssicherheit bestehen muss. Aus diesem Grund sieht die Neufassung der Richtlinie vor, dass für die Annahme des internen Schutzes neben dem Schutz vor Verfolgung und anderen Gefährdungen auch die sichere und legale Hinreise- und Aufenthaltsmöglichkeit bestehen muss (Art. 8 Abs. 1 QRL). Insbesondere legt die Neufassung fest, dass die Schutzmöglichkeit individuell zu prüfen ist. Die allgemeinen Gegebenheiten in den sicheren Gebieten und die persönlichen Umstände der Antragssteller sind zu berücksichtigen, wobei sicherzustellen ist, dass genaue und aktuelle Länderfeststellungen vorliegen (Art. 8 Abs. 2).

Erwähnenswert ist der in Art. 8 Abs. 2 neu eingefügte Verweis auf Art. 4 QRL und das damit zusammenhängende Erfordernis aktueller Länderfeststellungen. Art. 4 QRL sieht vor, dass „*Faktoren wie familiärer und sozialer Hintergrund, Alter und Geschlecht*“ bei der Feststellung des Sachverhalts zu berücksichtigen sind. Damit ist klar, dass bei geschlechtsspezifischer Gewalt für die Überprüfung interner Schutzmöglichkeiten geschlechtsspezifische Länderfest-

stellungen einzuholen sind. Überdies gilt bei einer bereits erlittenen Verfolgung oder Schäden, wie dies bei Flucht vor häuslicher Gewalt häufig der Fall ist, eine Erleichterung für die Bescheinigung der wohlbegründeten Furcht (Art. 4 Abs. 4 QRL). Gründe, die dagegen sprechen – wie zum Beispiel eine interne Fluchtalternative – müssen stichhaltig sein. Der ausdrückliche Verweis auf Art. 4 QRL sollte künftig zu einer Anhebung der Standards bei der Überprüfung des internen Schutzes führen.

3.2. Frauenhäuser: Zugänglichkeit, Effektivität des Schutzes und eine dauerhafte Lösung?

In der österreichischen Rechtsprechung ist wiederholt thematisiert worden, ob die Existenz von Frauenhäusern ausreicht, um von einer zumutbaren Fluchtalternative auszugehen.⁶⁶ Nach ständiger Rechtsprechung sind drei Kriterien zu prüfen: Ausreichende Kapazitäten müssen vorhanden sein,⁶⁷ ein dauerhafter Aufenthalt muss möglich sein und dieser Aufenthalt muss geeignet sein, vor weiteren Übergriffen zu schützen.⁶⁸ Letzteres Kriterium würde eine genderspezifische Analyse des Gewaltschutzsystems und dessen Wirksamkeit im konkreten Einzelfall verlangen. Die Schutzeignung von Frauenhäusern hängt unter einem menschenrechtlichen Blickwinkel mit der Garantie einer wirksamen strafrechtlichen Verfolgung des Täters und mit dem Schweregrad der Gewalt zusammen. Diese Analyse wird häufig nicht detailliert durchgeführt.

⁶⁶ Vgl. etwa Serbien: zur Notwendigkeit von Länderfeststellungen, AsylGH 17.2.2009, E3 255217-0/2008; Kosovo: zur Notwendigkeit, Zugänglichkeit und Effektivität im Einzelfall zu prüfen, um die Reichweite der Verfolgungsgefahr festzustellen, VwGH 27.3.2007, 2005/21/0305; Bosnien: zu fehlenden Schutzeinrichtungen für Minderjährige, UBAS 24.5.2007, 305.465-C1/12E-XIII/66/06; Türkei: zu fehlenden Frauenhäusern im ländlichen Bereich und zu geringen Aufnahmekapazitäten im städtischen Bereich, UBAS 18.6.2007, 246.169/0/5E-XIV/08/04; zur Notwendigkeit der Prüfung im Einzelfall, VwGH 21.12.2006, 2003/20/0550.

⁶⁷ Zur mangelhaften Kapazität siehe etwa UBAS 18.6.2007, 246.169/0/5E-XIV/08/04 (Türkei).

⁶⁸ VwGH 27.3.2007, 2005/21/0305; 21.12.2006, 2003/20/0550.

Da bei der Annahme von Verfolgung die erlittene Gewalt regelmässig massiv oder von einiger Dauer gewesen sein wird, kann die Unterbringung in einem Frauenhaus allein nicht als ausreichend erachtet werden, um vor weiteren Übergriffen wirksam zu schützen. Nach der Judikatur des EGMR ist der Schutzpflicht des Staates unter Art. 3 EMRK nicht genüge getan, wenn bei schwerer häuslicher Gewalt keine effektive Strafverfolgung garantiert ist. Der Gerichtshof stellt dabei auf die Schwere der Delikte, die wiederholte Gewalttätigkeit und auf die zeitlich begrenzte Aufnahmemöglichkeit der Frauenhäuser ab.⁶⁹ Aufgrund der besonderen Vulnerabilität von Opfern schwerer Gewaltbeziehungen muss die effektive Strafverfolgung auch dann gegeben sein, wenn die Opfer die Anzeigen zurückziehen bzw. aufgrund des psychischen Drucks keine Aussagen machen können.⁷⁰ Wenn im konkreten Fall Hinweise vorliegen, dass die Behörden nicht kooperieren und bei häuslicher Gewalt nicht entschieden eingeschritten sind, ist die Möglichkeit, in ein Frauenhaus zu ziehen, eine reine Unterbringungsmassnahme, jedoch keine ausreichende Schutzmassnahme. Erreichen im Einzelfall die von den Behörden gewählten Massnahmen nicht die Schutzerfordernisse unter Art. 3 EMRK, kann nicht angenommen werden, dass Frauenhäusern der ausreichende Schutz gelingen würde, bzw. dass dies den Opfern zumutbar wäre.⁷¹

3.3. Die Auswahlkontrolle der Schutzmassnahmen

Bei der Prüfung des effektiven Schutzes ist auf die Bedeutung von Gender hinzuweisen: Im Fall von häuslicher Gewalt kann den Opfern der Zugang zum Recht verwehrt bleiben, weil sie Frauen sind. In der Praxis des internationalen und regionalen Menschenrechtsschutzes hat dies zur Entwicklung besonderer Beurteilungskriterien geführt.

⁶⁹ EGMR, *Opuz gg. Türkei*, Az. 33401/02, Urteil vom 9. Juni 2009; zur IFA bei unzureichenden Strafverfolgungsmassnahmen, AsylGH 23.6.2009, B13 319626-1/2008.

⁷⁰ EGMR, *Opuz gg. Türkei* (Anm. 69).

⁷¹ EGMR, *Opuz gg. Türkei* (Anm. 69).

Im Individualbeschwerdeverfahren vor dem Frauenrechtsausschuss und in der Schutzpflichtenjudikatur des EGMR wird überprüft, ob Staaten im Einzelfall geeignete Massnahmen für den Schutz vor häuslicher Gewalt gewählt haben. Das Besondere an der Judikatur ist das Erfordernis der Einzelfallbetrachtung. Nur auf diese Weise lässt sich feststellen, ob eine besondere Schutzwürdigkeit vorliegt und ob Barrieren einen effektiven Schutz verhindern. Die Einzelfallbetrachtung ist auch für den Flüchtlingsschutz unabdingbar. Der UNHCR hat wiederholt darauf hingewiesen, dass die Konkretisierung des Flüchtlingsbegriffs auf allen Ebenen eine individualisierte Betrachtungsweise verlangt: *„Es ist von grösster Wichtigkeit, sich einerseits ein Gesamtbild von der Persönlichkeit des Asylsuchenden, seinem Hintergrund und seinen persönlichen Erfahrungen zu machen und andererseits die spezifischen historischen, geographischen und kulturellen Verhältnisse im Herkunftsland genau zu kennen und zu analysieren. Verallgemeinerungen in Bezug auf Frauen und Männer sind nicht hilfreich, denn dabei können kritische Unterschiede, die im speziellen Fall von Bedeutung sein können, übersehen werden.“*⁷²

In der Frage des häuslichen Gewaltschutzes können keine geschlechtsneutralen Verallgemeinerungen vorgenommen werden, da überwiegend Frauen von dieser Gewalt betroffen sind. Es ist bedenklich, wenn zum Beispiel dem Vorbringen einer bedrohten Frau, die von einer systematischen Schutzlosigkeit in Fällen häuslicher Gewalt berichtet, Länderfeststellungen über ein bloss gelegentliches Fehlverhalten der Polizei im Rahmen von Demonstrationen entgegengehalten werden, ohne Informationen über den Schutz vor häuslicher Gewalt einzuholen.⁷³ Auch eine Auflistung von Rechtsbehelfen gegen das Fehlverhalten von Staatsorganen ist keine Auskunft darüber, ob für den Bereich der häuslichen Gewalt präventive Massnahmen getroffen werden. Es ist die Aufgabe der

⁷² UNHCR Richtlinien zum internationalen Schutz: Geschlechtsspezifische Verfolgung im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/01 (im Folgenden UNHCR-RL zur geschlechtsspezifischen Verfolgung), para. 7.

⁷³ AsylGH 1.4.2009, E12 266888-0/2008.

Asylbehörden, zum Vorhandensein und zur Effizienz von Schutzmöglichkeiten vor familiärer Gewalt Ermittlungen anzustellen.⁷⁴

Werden Feststellungen zu Schutzmassnahmen nicht genderspezifisch getroffen, wird Flüchtlingen der Zugang zum internationalen Schutz indirekt geschlechtsdiskriminierend erschwert. Ob Rechtsvorschriften für Frauen, die Opfer von Gewalt sind, wirksam sind, oder ob ein Staat nicht gewillt ist, der Rechtsstaatlichkeit Geltung zu verschaffen, ist anhand geschlechtsspezifischer Auslegungskriterien zu messen. Die menschenrechtliche Schutzpflichtenjudikatur hat Prüfkriterien für Fälle entwickelt, in denen staatlicher Schutz für Frauen aufgrund des Geschlechts nicht erreichbar, effektiv oder dauerhaft ist. Der EGMR hat sich wiederholt in einer völkerrechtskonformen Auslegung der EMRK auf die quasi-judiziellen Entscheidungen des UN-Frauenrechtsausschusses gestützt und ausgesprochen, dass Staaten aufgrund der besonderen Verletzlichkeit von Opfern häuslicher Gewalt spezielle Schutzmassnahmen zu ergreifen haben und auf deren Umsetzung achten müssen.⁷⁵

Sowohl der Frauenrechtsausschuss als auch der EGMR prüfen bei Menschenrechtsverletzungen durch Dritte, ob geeignete Schutzmechanismen eingerichtet wurden, ob die Massnahmen im Vollzug umgesetzt wurden und ob bei der Wahl der Massnahmen eine Güterabwägung unter dem Schutzgedanken erfolgte. Diese drei Kriterien dienen der Überprüfung der Wirksamkeit des frauenspezifischen Schutzes im Fall von häuslicher Gewalt.

3.3.1. Einrichtung geeigneter Schutzmechanismen

Der EGMR überprüft das Vorhandensein einer wirksamen Strafgesetzgebung, wobei hier die Wirksamkeit mit einer gesetzlichen Verpflichtung zur amtswegigen Ermittlungstätigkeit zusammenhängt. Das bedeutet, dass Strafverfolgungsbehörden unabhängig

⁷⁴ Vgl. AsylGH 17.2.2009, E3 255217-0/2008 zur Notwendigkeit, Länderfeststellungen zum Schutz vor häuslicher Gewalt zu treffen.

⁷⁵ EGMR, *Hajduova gg. Slowakei* (Anm. 29), §50; EGMR, *Opuz gg. Türkei* (Anm. 69), §76-77.

von der Anzeigenerstattung oder von der Aussagebereitschaft des Opfers Ermittlungsschritte setzen und Schutzmassnahmen treffen müssen. Nach der Judikatur des EGMR gilt dies insbesondere für schwere Delikte, für Wiederholungstaten im Rahmen von Gewaltbeziehungen oder bei Vorliegen einer ernsthaften Bedrohung, etwa durch Waffengebrauch.⁷⁶ Diese Abwägung verlangt eine individualisierte Beurteilung der Schutzwürdigkeit des Opfers, um Aussagen über die Effektivität des vorhandenen Schutzes treffen zu können.

Der Frauenrechtsausschuss hat ebenfalls die fehlende Ermittlungstätigkeit gerügt, etwa wenn die Staatsanwaltschaft trotz bekannter Gewaltbereitschaft des Täters Verfahren aufgrund des fehlenden öffentlichen Interesses einstellt.⁷⁷ Darüber hinaus prüft der Ausschuss auch das Vorhandensein anderer Massnahmen, die den sofortigen unverzüglichen Schutz vor häuslicher Gewalt gewährleisten, wie die Einrichtung von Frauenhäusern mit ausreichenden Kapazitäten oder die Möglichkeit, wirksame Kontaktverbote oder Schutzverfügungen zu erlassen. Verschafft sich ein Gewalttäter immer wieder Zugang zur Wohnung der Opfer, so besteht eine positive Pflicht des Staates, dafür zu sorgen, dass die Gewaltopfer einen sicheren Ort zum Leben haben.⁷⁸

3.3.2. Die Umsetzung der Schutzmassnahmen im Vollzug

Die Schaffung von Schutzmechanismen allein gilt nicht als ausreichend, die Behörden müssen diese auch mit der gebotenen Sorgfalt umsetzen, um unter der Schutzpflichtendoktrin von der Wirksamkeit der Massnahmen auszugehen. Trotz Vorliegens von Strafgesetzen und des Setzens von bestimmten Schutzmassnahmen haben sowohl der EGMR als auch der Frauenrechtsausschuss in einigen Fällen die tatsächliche Wirksamkeit von Schutzmassnah-

⁷⁶ EGMR, *Opuz gg. Türkei* (Anm. 69); EGMR, *Bevacqua und S. gg. Bulgarien*, Az. 71127/01, Urteil vom 12. Juni 2008; EGMR, *Jankovic gg. Kroatien*, Az. 38478/05, Urteil vom 5. März 2009; EGMR, *Kontrova gg. Slowakei*, Az. 7510/04, Urteil vom 31. März 2007.

⁷⁷ CEDAW 6.8.2007, *Goekce (deceased) v. Austria*, CEDAW/C/39/D/5/2005.

⁷⁸ CEDAW 26.1.2005, *A. T. v. Hungary*, CEDAW/C/32/D/2/2003.

men wiederholt verneint. Dies ist gemäss den Entscheidungen des Frauenrechtsausschusses der Fall, wenn trotz aufrechter gerichtlicher Schutzverfügungen die Polizei auf Notrufe nicht reagiert oder wenn die Polizei bei Bruch einer Schutzverfügung und einer neuerlichen Bedrohung des Opfers keine Verhaftung erwägt, sowie den Angaben der Zeugen über den Waffenbesitz des Täters nicht nachgeht.⁷⁹ Solche Indikatoren für eine erhöhte Gefährlichkeit sind in die Wahl der Schutzmassnahmen einzubeziehen. So verpflichten etwa auch die zunehmende Eskalation einer Gewaltbeziehung und der aufgrund migrationsrechtlicher Bestimmungen bedrohte Status des Täters die Strafverfolgungsbehörden, den Täter festzunehmen und einen Haftantrag zu stellen.⁸⁰

Wie der Frauenrechtsausschuss überprüft auch der EGMR die Gefährdungsprognosen der Strafverfolgungsbehörden. Der Spielraum bei der Wahl der Schutzmassnahmen ist durch diese Prognosen definiert: Einschneidende Massnahmen sind zu ergreifen, wenn neuerliche Gewalt nicht auszuschliessen ist. Wiederholt ein Täter nach seiner Haftentlassung gefährliche Drohungen, muss eine Festnahme erwogen werden. Insbesondere hat der EGMR verschiedene Kriterien der Verletzlichkeit herausgearbeitet, die bei der Wahl von Schutzmassnahmen zu berücksichtigen sind: Faktoren, die aufgrund von besonderen Abhängigkeiten Zugangsbarrieren für Opfer darstellen können, wie die soziokulturelle Position aufgrund von Gender, das geringe Alter oder eine geistige Beeinträchtigung der Opfer müssen in die Wahl der präventiven Massnahmen einbezogen werden.⁸¹ Zu milde Strafurteile setzen den *effet utile* von Art. 2 und Art. 3 EMRK aus.⁸²

⁷⁹ CEDAW, *Goekce (deceased) v. Austria*, (Anm. 77).

⁸⁰ CEDAW 6.8.2007, *Yildirim (deceased) v. Austria*, CEDAW/C/39/D/6/2005.

⁸¹ EGMR, *X und Y gg. Niederlande*, (Anm. 29); EGMR, *M.C. gg. Bulgarien*, (Anm. 29); EGMR, *Opuz gg. Türkei*, (Anm. 69).

⁸² EGMR, *Opuz gg. Türkei*, (Anm. 69).

3.3.3. Güterabwägung im Vollzug

Immer wieder wurde festgehalten, dass Staaten ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, wenn bei der Wahl der Massnahmen auf die besonderen Schutzbedürfnisse von Gewaltopfern keine Rücksicht genommen wird. Der EGMR hat sich auf die diesbezüglichen Ergebnisse der Individualbeschwerden vor dem Frauenrechtsausschuss berufen und wiederholt ausgesprochen, dass das Zurückziehen einer Anzeige oder die Einstellung von Verfahren nicht mit der Aufrechterhaltung des Familienlebens begründet werden darf, ohne die Gefährdung der Opfer in Betracht zu ziehen.⁸³

3.3.4. Schlussfolgerungen für die Überprüfung des internen Schutzes

Wird geprüft, ob interner Schutz durch einen Aufenthalt in einem Frauenhaus erlangt werden kann, ist es empfehlenswert, sich mit den Vorfällen und dem strafrechtlichen Gewaltschutz auseinanderzusetzen, um ein realistisches Bild von der tatsächlichen Schutzeignung eines Frauenhauses zu erlangen. Die Menschenrechtsjudikatur weist darauf hin, dass der Schutz durch Frauenhäuser nur im Zusammenspiel mit der Möglichkeit, eine wirksame Strafverfolgung einzuleiten, funktionieren kann.

3.4. Zumutbarkeit der Fluchtalternative: Gefährdung von alleinstehenden Frauen

Bei der Frage, ob die Inanspruchnahme des internen Schutzes vernünftigerweise zu erwarten ist, ist auf die spezielle Situation des Flüchtlings Rücksicht zu nehmen. In Österreich spielt in einer Reihe von Entscheidungen die soziale Lage von Frauen, die sich aus Gewaltbeziehungen getrennt haben, oder der besorgniserregende psychische Gesundheitszustand von Gewaltopfern eine Rolle.⁸⁴

⁸³ EGMR, *Opuz gg. Türkei*, (Anm. 69), mit Bezug auf CEDAW 1.10.2007, *Yildirim (deceased) v. Austria*, (Anm. 80) und 26.1.2005, *A.T. v Hungary*, (Anm. 78); siehe auch EGMR, *Hajduova gg. Slowakei*, (Anm. 29).

⁸⁴ UBAS 18.6.2007, 246.169/0/5E-XIV/08/04.

Aufgrund von Länderfeststellungen wird beurteilt, ob allein stehende Frauen schutzlos Übergriffen ausgesetzt sind,⁸⁵ ob Frauen ohne Familienanschluss im Herkunftsland eine Lebensgrundlage vorfinden, welche psychologischen Auswirkungen diese Situation hat und ob dadurch auch Kinder gefährdet sind.⁸⁶ So ist es beachtlich, wenn eine alleinerziehende Mutter nach ihrer Scheidung vom gewalttätigen Ehemann keine Wohnmöglichkeit im Kosovo vorfinden kann: In einem Verfahren zur Aberkennung des subsidiären Schutzes vertrat der Asylgerichtshof (AsylGH) die Ansicht, dass bei fehlendem Platzangebot und fehlender Unterstützungsmöglichkeit seitens der Herkunftsfamilie weiterhin Schutz zu gewähren ist.⁸⁷

Bei posttraumatischen Belastungsstörungen kann die Inanspruchnahme des internen Schutzes unzumutbar sein. Dies ist der Fall für eine Frau aus der Türkei, die vor häuslicher Gewalt geflüchtet ist, insbesondere aufgrund des angegriffenen psychischen Zustands.⁸⁸ Ein weiteres Kriterium für die Unzumutbarkeit ist die fehlende gesicherte Möglichkeit, in der Türkei dauerhaft in einem Frauenhaus Aufnahme zu finden.⁸⁹ In einem weiteren Fall wurde etwas unsystematisch die fehlende staatliche Schutzwillingkeit bei häuslicher Gewalt in Albanien als fehlende innerstaatliche Fluchtalternative bewertet, wobei die Anknüpfung an einen Fluchtgrund der GFK umgangen wurde. Es wurde festgestellt, dass familiäre Gewalttaten nur im Fall von Tötungsdelikten oder schweren Körperverletzungsdelikten bestraft werden. Der AsylGH beurteilte die Situation eines häuslichen Gewaltopfers so, dass es der Frau nicht zumutbar sei, sich in einem anderen Landesteil niederzulassen, weil ihr auch dort nicht ausreichend Schutz gewährt werden könnte.⁹⁰

⁸⁵ AsylGH 2.10.2008, D8 304580-1/2008; 8.5.2009, B13 232020-0/2008; 23.6.2009, B13 319626-1/2008.

⁸⁶ AsylGH 22.9.2010, A3 241499-0/2008; siehe auch EDWARDS (Anm. 15), S. 72.

⁸⁷ AsylGH 18.5.2010, B4 234197-4/2010.

⁸⁸ AsylGH 8.5.2009, B13 232020-0/2008.

⁸⁹ UBAS 18.6.2007, 246.169/0/5E-XIV/08/04.

⁹⁰ AsylGH 23.6.2009, B13 319.626-1/2008.

Ferner wurde angenommen, dass sich eine junge, alleinstehende Frau, die unter psychischen Problemen leidet, in Guinea nur schwer niederlassen könnte, ohne in eine existenzbedrohende Situation zu kommen. Aus realistischer Sicht besteht für sie keine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sie eine Beschäftigung findet und folglich ihr Unterhalt gewährleistet ist. Sie verfügte zwar laut ihren Angaben über familiäre Bindungen in Guinea, wo sie bei allfälliger Notwendigkeit unterkommen könnte, jedoch wäre sie bei einer Rückkehr zu ihren beiden Onkeln dem Druck einer drohenden Zwangsbeschneidung bzw. Zwangsheirat ausgesetzt.⁹¹

Eine fehlende innerstaatliche Fluchtalternative wurde auch für alleinerziehende Mütter aus Nigeria angenommen. Zwar geht der AsylGH in Bezug auf Nigeria regelmässig davon aus, dass alleinstehende Frauen, die durch Familienangehörige verfolgt werden, in einem anderen Landesteil für ihren Unterhalt sorgen könnten, es sei denn, ihre persönliche Situation weist auf eine besondere Vulnerabilität hin. Dies ist beispielsweise der Fall bei geringem Alter oder bei einer Behinderung der schutzsuchenden Person.⁹² Ferner geht die Rechtsprechung im Fall von Sorgepflichten für zwei Kinder (sechs und drei Jahre)⁹³ oder für eine zweijährige Tochter⁹⁴ von einer Existenzgefährdung aus, wenn die Mütter in Nigeria keinen Familienrückhalt haben.

⁹¹ AsylGH 30.4.2010, A4 401506-1/2008.

⁹² AsylGH 15.9.2009, B1 254624-0/2008; UBAS 6.4.2006, 246.100/0-XII/37/04.

⁹³ AsylGH 22.9.2010, A3 241499-0/2008.

⁹⁴ AsylGH 19.9.2010, A3 236500-0/2008.

4. ANKNÜPFUNG DES KONVENTIONSGRUNDES AN DEN FEHLENDEN STAATLICHEN SCHUTZ

4.1. Nicht-staatliche Verfolgung und fehlender staatlicher Schutz (Art. 9 Abs. 3 QRL)

Gemäss dem neu eingefügten Art. 9 Abs. 3 QRL soll künftig ein staatliches Schutzversagen, das auf einem Verfolgungsgrund beruht, zur Asylgewährung führen. Die Kommission begründet die Änderung damit, dass es in Fällen von familiärer Gewalt und in Fällen von Gewalt durch Clans oder kriminelle Gruppen vorkommt, dass der Staat aus einem mit der Genfer Flüchtlingskonvention zusammenhängenden Grund (z.B. Religion, Geschlecht) keinen Schutz gewährt.⁹⁵ Damit wird der europäische Standard den Vorgaben des UNHCR zur nicht-staatlichen Verfolgung angeglichen.⁹⁶ Beruht das mangelnde Angebot zum Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt auf einem Konventionsgrund, ist die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen.

4.1.1. Die mittelbare Anknüpfung des Fluchtgrundes an die diskriminierende staatliche Schutzpraxis

In den Richtlinien des UNHCR zur geschlechtsspezifischen Verfolgung wird ausdrücklich auf die indirekte frauenspezifische Diskriminierung durch den fehlenden Schutz vor häuslicher Gewalt hingewiesen und klargestellt, dass es sich um Verfolgung handeln

⁹⁵ KOM(2009)551 endg., S. 8.

⁹⁶ Vgl. UNHCR-Richtlinien zum internationalen Schutz: „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ im Zusammenhang mit Artikel 1 A Abs. 2 des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/02 (im Folgenden UNHCR-RL zur sozialen Gruppe), para. 22; UNHCR-RL zur geschlechtsspezifischen Verfolgung, para. 21; UNHCR (2010) comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted (COM(2009)551, 21 October 2009), S. 7.

kann: „Von massgeblicher Bedeutung bei geschlechtsspezifischen Anträgen ist ferner eine Analyse der Diskriminierungsformen, die sich daraus ergeben, dass der Staat den Einzelnen nicht vor bestimmten Schäden schützt. Wenn der Staat durch seine Politik oder Praxis nicht gewisse Rechte oder Schutz vor ernstlichem Schaden bietet, könnte die Diskriminierung in der Schutzgewährung, die dazu führt, dass den Betroffenen ungestraft Schaden zugefügt werden darf, der Verfolgung gleichkommen. Konkrete Fälle von häuslicher Gewalt oder von Misshandlung aus Gründen einer anderen sexuellen Orientierung könnten zum Beispiel unter diesem Blickwinkel analysiert werden.“⁹⁷

Gemäss dem neu eingefügten Art. 9 Abs. 3 QRL führt eine fehlende Schutzwilligkeit oder Schutzfähigkeit zur Asylgewährung, sofern die Gründe für den fehlenden Schutz den in Art 10 QRL aufgelisteten Fluchtgründen entsprechen. Ein mangelhafter Schutz vor häuslicher Gewalt kann eine indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen. Es ist dabei unerheblich, aus welchen Gründen ein Staat keine geeigneten Schutzmassnahmen getroffen hat oder warum eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass Massnahmen nicht greifen. Es kommt auf das Ergebnis an, dass überwiegend Frauen vor einer Gewaltform nicht ausreichend geschützt sind. Auch in der antidiskriminierungsrechtlichen Doktrin werden für die Feststellung von Diskriminierungsgründen unter Art. 14 EMRK keine subjektiven Komponenten verlangt.⁹⁸

Bereits die Berücksichtigung des Geschlechtsbegriffs des UNHCR führt zu einer Auslegungsmethode, die mittelbare Diskriminierungen in die Prüfung des Fluchtgrundes einbezieht. Die UNHCR-Richtlinien zur geschlechtsspezifischen Verfolgung definieren Geschlecht unter anderem als Beziehungen zwischen Frauen und Männern, die von unterschiedlichen Rechtsstellungen geprägt sein können.⁹⁹ Schützt ein Staat nicht ausreichend vor häuslicher Ge-

⁹⁷ UNHCR-RL zur geschlechtsspezifischen Verfolgung, para. 15.

⁹⁸ DORIS KÖNIG/ANNE PETERS, Das Diskriminierungsverbot, in: *Rainer Grothe/Thilo Marhaun (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen 2006, S. 1142.

⁹⁹ UNHCR-RL zur geschlechtsspezifischen Verfolgung, para. 3.

walt, werden Frauen mittelbar geschlechtsspezifisch diskriminiert, weil Frauen überwiegend von dieser Form der Gewalt betroffen sind. Gemäss der internationalen und der regionalen Schutzpflichtenjudikatur können das Recht auf den Schutz des Lebens und das Verbot von Folter oder von unmenschlichen, erniedrigenden Behandlungen im Fall von häuslicher Gewalt nicht wirkungslos sein. Wird festgestellt, dass kein ausreichender Schutz gewährt wird, dann ist nach den UNHCR-Richtlinien zur geschlechtsspezifischen Verfolgung Gender ein relevanter Faktor, der in die Auslegung der Fluchtgründe einfließen muss.¹⁰⁰ Auch Erläuterungen der Kommission legen diese Sichtweise von Geschlecht nahe.¹⁰¹

4.1.2. Genderspezifische Konkretisierung des Sachverhalts

In *Islam und Shah*¹⁰² hat die britische Rechtsprechung für die Auslegung des Fluchtgrundes der sozialen Gruppe ähnliche Prüfkriterien verwendet wie der EGMR in der Prüfung des Diskriminierungsverbots in einem Fall von mangelhaftem Schutz vor häuslicher Gewalt in der Türkei.¹⁰³ Dabei handelt es sich um eine genderspezifische Methode der Sachverhaltsfeststellung. Sie dient der einzelfall-spezifischen Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen, wie zum Beispiel dem Flüchtlingsbegriff.

Sowohl das *House of Lords* als auch der EGMR haben in diesen Entscheidungen das Lebensumfeld von häuslichen Gewaltopfern einer Genderanalyse unterzogen. Sie haben für die Beurteilung, ob der fehlende Schutz die Flüchtlingseigenschaft begründet oder ob das Schutzangebot gemäss Art. 14 EMRK Frauen diskriminiert, drei Indikatoren herangezogen: Erstens, die gesellschaftliche Stellung von Frauen, zweitens die Häufigkeit mit der Frauen Opfer familiärer

¹⁰⁰ UNHCR-RL zur geschlechtsspezifischen Verfolgung, para. 3 i.V.m. para. 15, 21.

¹⁰¹ Siehe die Begründung der Kommission vom 12.9.2001 zu Art. 12 Abs. 4 des Richtlinienvorschlags KOM(2001)510 endg.

¹⁰² House of Lords des Vereinigten Königreichs (UKHL) 25.3.1999, *Islam and Shah*.

¹⁰³ EGMR, *Opuz gg. Türkei* (Anm. 69).

Gewalt werden und drittens das staatliche Schutzverhalten. In *Opuz gg. die Türkei* hat der EGMR für den Ausspruch einer frauendiskriminierenden Schutzpflichtenverletzung festgestellt, dass Frauen in der Osttürkei einen geringeren Bildungsgrad aufweisen als Männer, dass ihnen die Erwerbstätigkeit häufig verwehrt bleibt und dass sie sich in grosser sozialer und ökonomischer Abhängigkeit von männlichen Familienmitgliedern befinden. Frauen sind daher gesellschaftlich nicht Männern gleichgestellt. Der Gerichtshof sprach sich auch über die weite Verbreitung von häuslicher Gewalt gegen Frauen in der Osttürkei aus und stellte fest, dass Schutzmängel in der Gesetzgebung und im Vollzug bestehen. Daraus schloss er auf eine frauendiskriminierende Verletzung des Rechtes auf Leben und des Folterverbots (Art. 14 i.V.m. Art. 2 und 3 EMRK).

Die flüchtlingsrechtliche Staatenpraxis kennt dieselben gendersensiblen Kriterien, die der Bescheinigung einer staatlichen Schutzverweigerung dienen, um eine Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe festzustellen. Doch werden die Zusammenhänge zwischen dem staatlicherseits ungenügend beachteten genderspezifischen Schutzbedürfnis und der Verfolgung nicht in Bezug auf viele Herkunftsländer untersucht.

Wie erwähnt, kann gemäss der UNHCR-Richtlinie zur geschlechtsspezifischen Verfolgung ein Schutzmangel zur Feststellung der sozialen Gruppe der Frauen, bzw. der Frauen, die nicht geeigneten Schutz vor Gewalt erlangen, führen.¹⁰⁴ Obwohl mittlerweile viele Gerichte Genderanalysen vornehmen, basiert die Rechtsprechung der Mitgliedsstaaten auf unterschiedlichen Standards der Sachverhaltsfeststellung. Zum Beispiel wurde in Österreich Opfern häuslicher Gewalt aus dem Iran der Flüchtlingsstatus zuerkannt,¹⁰⁵ im Vereinigten Königreich jedoch nicht.¹⁰⁶

¹⁰⁴ UNHCR-RL zur geschlechtsspezifischen Verfolgung, para. 15.

¹⁰⁵ AsylGH 14.10.2008, E3 261183-0/2008.

¹⁰⁶ Immigration Appeals Tribunal des Vereinigten Königreichs (IAT) 6.6.2003, SSHD v. ZH (Iran), CG (2003) UKIAT 00207.

5. DER FLUCHTGRUND DER ZUGEHÖRIGKEIT ZU EINER BESTIMMTEN SOZIALEN GRUPPE (ART. 10 ABS. 1 LIT. D ORL)

5.1. Die Bedeutung von geschlechtsspezifischen Aspekten

Die Frage, ob und wann geschlechtsspezifische Aspekte allein zur Feststellung einer sozialen Gruppe führen, wurde in Europa bisher sehr unterschiedlich gehandhabt. Der bisher gültige europäische Mindeststandard zur sozialen Gruppe besagt, *„geschlechterbezogene Aspekte können berücksichtigt werden, rechtfertigen aber für sich allein genommen noch nicht die Annahme, dass dieser Artikel anwendbar ist“*.¹⁰⁷ Das wurde zum Teil so umgesetzt, dass neben den Gründen des Geschlechts auch noch andere Gründe wie Ethnie oder Clanzugehörigkeit hinzutreten müssen, um zur Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft zu führen. Hingegen ist es aber nach einem Bericht der Kommission derzeit in der Praxis von zehn Mitgliedsstaaten möglich, eine bestimmte soziale Gruppe ausschliesslich aufgrund von geschlechterbezogenen Aspekten festzustellen.¹⁰⁸ In Deutschland ist dies ausdrücklich im deutschen Aufenthaltsgesetz verankert, in Österreich findet man einen entsprechenden Hinweis in den Materialien zum Asylgesetz.¹⁰⁹

Entsprechend der neugefassten Qualifikationsrichtlinie wurde die Formulierung, der zufolge geschlechtsspezifische Aspekte für die Bildung einer sozialen Gruppe zu berücksichtigen sind, wie folgt geändert: *„Geschlechtsspezifische Aspekte, einschliesslich der geschlechtlichen Identität, werden zum Zwecke der Bestimmung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der Ermittlung eines Merkmals einer solchen Gruppe angemessen be-*

¹⁰⁷ Vgl. Richtlinie 2004/83/EG, Art. 10 Abs. 1 lit. d.

¹⁰⁸ KOM(2010)314 endg., 9: Belgien, Bulgarien, Deutschland, Tschechische Republik, Finnland, Frankreich, Ungarn, Luxembourg, Spanien und Schweden.

¹⁰⁹ Vgl. § 60 deutsches Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgesetz vom 30. Juli 2004 (AufenthG); Materialien zum österreichischen Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl von 1991 (AsylG 1991), 270 Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats (BlgNR) 18. GP 11.

rücksichtigt".¹¹⁰ Die Änderung ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Zum einen wird vom Parlament das Merkmal der geschlechtlichen Identität aufgenommen, die Richtlinie umfasst daher künftig nicht nur die sexuelle Orientierung als geschütztes Merkmal, sondern sieht auch den Schutz vor Verfolgung aufgrund von Transsexualität und Transgender-Identität vor. Zum anderen wird klargestellt, dass auch die Geschlechtszugehörigkeit allein zur Bildung einer sozialen Gruppe führen kann.

Die Qualifikationsrichtlinie lässt offen, was unter Geschlecht zu verstehen ist und in der Staatenpraxis finden sich Ansätze, die auf biologischen Geschlechtsstereotypisierungen basieren. Die UNHCR-Richtlinie benennt einen biologischen und einen sozialen Geschlechtsbegriff. Soziales Geschlecht bezeichnet die Beziehungen zwischen Männern und Frauen auf der Grundlage von unterschiedlichen Identitäten, Rechtsstellungen, Rollen und Aufgaben.¹¹¹ Auch die Kommission sieht die Flüchtlingseigenschaft aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe nicht nur im Fall von Genitalverstümmelung indiziert: Es werden *„auch Gruppen von Personen umfasst, die nach dem Gesetz als "minderwertig" oder Menschen "zweiter Klasse" gelten, wodurch die Verfolgung durch Privatpersonen oder sonstige nichtstaatliche Akteure stillschweigend geduldet wird, sowie Gruppen, gegenüber denen der Staat in diskriminierender Weise vom Gesetz Gebrauch macht und bei denen er sich weigert, das Gesetz zu ihrem Schutz anzuwenden. Dies kann der Fall sein, wenn Frauen in Staaten, in denen sie aufgrund ihres Geschlechts oder der sozialen Stellung als verheiratete Frauen, Töchter, Witwen oder Schwestern keinen wirksamen Schutz vor Missbrauch erlangen können, zu Opfern häuslicher Gewalt,*

¹¹⁰ Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 27. Oktober 2011 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung) (KOM(2009)0551 – C7-0250/2009 – 2009/0164(COD)).

¹¹¹ UNHCR-RL zur geschlechtsspezifischen Verfolgung, para. 3.

*einschliesslich sexueller Gewalt und Verstümmelungen, werden.*¹¹²

5.2. Beispiele aus der österreichischen Judikatur zur Verfolgung im Familienkreis

Unter einer Geschlechterperspektive stellt sich die Frage, welche Kriterien für eine gendersensible Konkretisierung des Flüchtlingsbegriffs herangezogen werden. In der Judikatur fällt bisher die Beurteilung von Verfolgung je nach Form der Gewalt und je nach Herkunftsland unterschiedlich aus.

5.2.1. Gewaltformen in österreichischen Entscheidungen zum Herkunftsland Türkei

Im Unterschied zur Schutzpflichtenjudikatur des EGMR wird in österreichischen Asylentscheidungen zu Frauen aus der Türkei, die sich mehrfach vergeblich mit einem Schutzersuchen an die staatlichen Behörden gewandt haben, erkannt, dass im Herkunftsland effektive Schutzmechanismen vorhanden sind und keine Diskriminierung von Frauen besteht. Es erfolgt keine Genderanalyse der Lebensumstände.¹¹³ Vergleicht man diese Praxis zur häuslichen Gewalt mit der Praxis zu drohenden Ehrendelikten, wird erkennbar, dass bei „blosser“ häuslicher Gewalt kein Zusammenhang zwischen der drohenden Verfolgung und der Geschlechtszugehörigkeit gesehen wird.¹¹⁴ Aufgrund spezieller Zumutbarkeitserwägungen wird subsidiärer Schutz gewährt.¹¹⁵

Auf die menschenrechtlich bedenkliche Praxis der unzureichenden Schutzgewährung wird daher in Asylentscheidungen zur häuslichen

¹¹² Siehe Art. 12 Abs. 4 des Richtlinienvorschlags aus 2001, KOM(2001)510 endg., siehe Begründung der Kommission zum RL-Vorschlag vom 12.9.2001.

¹¹³ So wird etwa pauschal auf Gewaltschutzmassnahmen in der Türkei verwiesen, Umsetzungsmängel bleiben ausser Betracht, vgl. AsylGH 17.2.2009, E3 255217-0/2008; 8.5.2009, B13 232020-0/2008.

¹¹⁴ AsylGH 17.2.2009, E3 255217-0/2008; 23.6.2009, B13 319626-1/2008.

¹¹⁵ AsylGH 17.2.2009, E3 255217-0/2008; 23.6.2009, B13 319626-1/2008.

Gewalt in der Türkei nicht eingegangen. Es wird keine soziale Gruppe der Frauen gebildet, denen der Schutz verweigert wird. Im Unterschied dazu wird bei drohenden Ehrendelikten und mangelhaftem Schutz Asyl gewährt. Die österreichische Rechtsprechung knüpft in diesen Fällen den Verfolgungsgrund direkt an die Verfolgungshandlung.¹¹⁶ Dieser Ansatz wurde in der jüngeren Judikatur zur häuslichen Gewalt weiterentwickelt, indem der Fluchtgrund der „Zugehörigkeit zur sozialen Gruppe der Familie des Verfolgers“ gebildet wurde.

5.2.2. Die soziale Gruppe der Familie des Verfolgers

EDWARDS hat bereits 2003 darauf hingewiesen, dass die Situation von familiären Gewaltopfern entkoppelt von westlichen Vorstellungen über die Staatsgewalt analysiert werden muss. Sie hält politische Verfolgung dort für möglich, wo die üblicherweise staatliche Autorität bei staatlicher Untätigkeit oder Ineffektivität auf regionaler Ebene und auf dörflicher Ebene in die Clan- bzw. Familienstrukturen weitergereicht wird.¹¹⁷

Dem Gedanken der politischen Verfolgung im Fall von familiärer Gewalt ist die Staatenpraxis aber nicht nähergetreten. Das Problem schien gelöst, indem man sich auf europäischer Ebene der Schutztheorie anschloss und die nicht-staatliche Verfolgung anerkannte. Daneben sehen die US-amerikanischen Rechtsprechung¹¹⁸ und auch die österreichische Rechtsprechung im faktischen Gewaltmonopol eines Verfolgers, innerhalb einer Familie ungehindert Zwang auszuüben, den Fluchtgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe verwirklicht.

Bezüglich eines minderjährigen Mädchens aus Bosnien, das in Österreich durch ihre Familienangehörigen misshandelt worden war, wurde festgehalten, dass bei einer Rückkehr keine ausreichenden

¹¹⁶ AsylGH 12.1.2009, E3 239432-0/2008; 17.2.2009, E3 255217-0/2008; D8 304580-1/2008; 12.1.2009, E3 239432-0/2008.

¹¹⁷ EDWARDS (Anm. 15), S. 68.

¹¹⁸ US Court of Appeals (9th circuit) 21.3.2001, *Aguirre-Cervantes v. Immigration and Naturalisation Service (INS)*, 99-70861.

Betreuungseinrichtungen vorhanden seien und das Risiko einer Rückführung zum gewalttätigen Vater besteht. Es wurde entschieden, dass das Mädchen die Misshandlungen *„nur auf Grund ihrer Zugehörigkeit zu der sozialen Gruppe ihrer Familie und – nach der klaren Überzeugung des Unabhängigen Bundesasylsenates – wegen der Zugehörigkeit zu ihrem Geschlecht erleiden (konnte).“*¹¹⁹

Im Jahr 2009 hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) festgehalten, dass bei schwerer familiärer Gewalt gegen Frauen die Zugehörigkeit zur sozialen Gruppe der Familie zu prüfen ist.¹²⁰ Die Unterinstanz hatte zunächst über den Antrag einer geschiedenen Frau folgendermassen entschieden:

In Kirgisistan hatte sich eine zwangsverheiratete Frau scheiden lassen. Nach ihrer Scheidung wurde sie weiterhin von ihrem Ex-Mann vergewaltigt und geschlagen. Der Mann war Polizeibeamter und die Sicherheitsbehörden haben nicht zum Schutz der Frau eingegriffen. Vor dieser Gewalt flüchtete sie nach Österreich. Im Asylverfahren wurde festgestellt, dass sie in Kirgisistan nicht ausreichend geschützt sei, sie erhielt zunächst subsidiären Schutz, mit der Begründung, dass *„blosse Opfer familiärer Gewalt“* kein Asyl erlangen können, da Schläge und Vergewaltigungen den blossen Opferstatus bedingen, jedoch keinen Asylgrund. Im Wesentlichen wurde das so begründet: *„Diese Frau ist nicht zur ‚Gruppe der Opfer von Zwangsverheiratungen‘ zu zählen, weil sie sich scheiden lassen konnte und im Übrigen sind auch die Übergriffe ‚rein im Zuge von häuslicher bzw. familiärer Gewalt‘ geschehen.“*¹²¹

Der VwGH hat diesen Bescheid behoben und den Asylgrund in der *„(früheren) Zugehörigkeit zur Familie des Verfolgers“* und im Geschlecht verwirklicht gesehen. Der Verfolger hat die Beendigung der erzwungenen Ehe nicht hingenommen und deshalb versucht, die Frau unter dem Einsatz von brutaler Gewalt zu einem ihm genehmen Verhalten zu zwingen. *„Der frühere Ehemann betrachtet somit die Erstbeschwerdeführerin weiterhin als Teil seiner Familie,*

¹¹⁹ UBAS 24.5.2007, 305.465-C1/12E-XIII/66/06.

¹²⁰ VwGH 28.8.09, 2008/19/1027.

¹²¹ UBAS zitiert nach VwGH 28.8.09, 2008/19/1027.

hinsichtlich dessen er sich das Recht anmasst, durch Anwendung von auch geschlechtsspezifischer Gewalt seinen Willen durchzusetzen.“¹²²

In einem weiteren Fall hat der AsylGH sowohl die Gewalttätigkeit des Ehemannes als auch die Tatsache, dass familiäre Gewaltopfer keinen Schutz erhalten, an die Familienzugehörigkeit der Frau geknüpft. Eine Frau aus der Ukraine ist von ihrem Ehemann sowie von seiner Mutter und von seiner Schwester bedroht, misshandelt und auch von ihrem Ehemann oftmals vergewaltigt worden. Aufgrund der Länderfeststellungen als auch aufgrund des Umstandes, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin über gute Beziehungen zu den Polizeibehörden verfügt, die keine Anzeigen entgegennahmen, wurde festgehalten, dass von einem effektiv bestehenden staatlichen Schutz nicht ausgegangen werden kann. Der AsylGH erkannte, dass *„nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden (kann), dass die Beschwerdeführerin bei einer Rückkehr in die Ukraine erneut denselben Repressalien ausgesetzt wäre. Der Ehemann der Beschwerdeführerin betrachtet die Beschwerdeführerin als Teil seiner Familie, hinsichtlich dessen er sich das Recht anmasst, durch Anwendung von (auch geschlechtsspezifischer) Gewalt seinen Willen durchzusetzen (...) Zusammenfassend wird festgehalten, dass die Beschwerdeführerin aus wohlbegründeter Furcht wegen ihrer Zugehörigkeit zur sozialen Gruppe der Familie des Verfolgers weder Schutz seitens des Staates zu erwarten, noch eine inländische Fluchtalternative hat.“¹²³*

¹²² VwGH 28.8.09, 2008/19/1027.

¹²³ AsylGH 27.5.2010, B13 409141-1/2009.

6. SUBSIDIÄRER SCHUTZ

Es kommt häufig vor, dass im Fall von frauenspezifischer Verfolgung subsidiärer Schutz gewährt wird, weil entweder die Schutzfähigkeit des Herkunftsstaates angenommen wird oder der Flüchtlingsbegriff eng ausgelegt wird.¹²⁴ Grund für die subsidiäre Schutzgewährung sind in solchen Fällen die besonderen Umstände oder die spezielle Situation, in der sich die Antragstellerinnen befinden. Damit gehen aber auch besondere Bedürfnisse einher, denen die schwächeren Statusrechte des subsidiären Schutzes nicht in dem Ausmass entsprechen, wie dies in der Realität geboten scheint.

Durch die Neuregelung ist die Angleichung der Statusrechte von subsidiär Schutzberechtigten und Asylberechtigten beabsichtigt. Die ursprüngliche Annahme, dass subsidiär Schutzberechtigte, insbesondere Kriegsflüchtlinge, nach einer kürzeren Aufenthaltsdauer wieder in ihre Herkunftsstaaten zurückkehren können, hat sich nicht bewahrheitet.¹²⁵ In Zukunft sollte eine längerfristige Aufenthaltserlaubnis dieser Tatsache gerecht werden. Die Neuregelung sieht auch eine Verbesserung hinsichtlich der Anerkennung von Befähigungsnachweisen, hinsichtlich des Zugangs zu Bildung und Beschäftigung sowie hinsichtlich der Integrationsmassnahmen und der Massnahmen für die Unterstützung bei der Wohnraumsuche vor. Obwohl dies eine Verbesserung der derzeitigen Situation bedeutet, konnte man sich noch nicht auf die Gewährung langfristiger Aufenthaltstitel und auf eine Angleichung der Sozialhilfeansprüche einigen.

6.1. Aufenthaltsdauer

Bisher sah die Richtlinie eine einjährige Aufenthaltsdauer mit Verlängerungsmöglichkeit auf je ein Jahr vor. Von der Kommission

¹²⁴ Zur nötigen Schließung von Schutzlücken bei frauenspezifischer Verfolgung in bewaffneten Konflikten siehe UNHCR, *Safe at last? Law and practice in selected EU Member States with respect to asylum-seekers fleeing indiscriminate violence*, Juli 2011, S. 101 f.

¹²⁵ KOM(2009)551 endg., 9.

wurde für die Neufassung eine Ausdehnung auf eine dreijährige Dauer vorgeschlagen.¹²⁶ Während der interinstitutionellen Verhandlungen zum Entwurf konnte man sich aber nur auf einen Kompromiss einigen. Nach der beschlossenen Neuregelung bleibt die Dauer der erstmaligen subsidiären Schutzgewährung zunächst auf mindestens ein Jahr festgelegt. Danach ist sie aber für jeweils mindestens zwei Jahre verlängerbar (Art. 24 Abs. 2 QRL). Eine weitere Verbesserung der Aufenthaltssituation von subsidiär Schutzberechtigten wurde im Mai 2011 auch durch die Änderung der Daueraufenthaltsrichtlinie beschlossen, wonach zumindest ein Teil der Asylverfahrensdauer in den Fristenlauf für den Daueraufenthalt einberechnet werden muss.¹²⁷

6.2. Sozialhilfeleistungen

Ursprünglich wurde auch hier eine grosszügigere Regelung diskutiert, die subsidiär Schutzberechtigten den gleichen Zugang zur Sozialhilfe ermöglichen sollte wie Flüchtlingen. Jedoch konnte keine Einigung erzielt werden. Der kleinste gemeinsame Nenner bleibt die Beschränkung von subsidiär Schutzberechtigten auf Kernleistungen (Art. 29 Abs. 2 QRL).

6.3. Bedürfnisse von Opfern geschlechtsspezifischer Gewalt

In beiden Punkten, sowohl bei der Aufenthaltsdauer, als auch beim Zugang zu Sozialleistungen, ist die Neufassung ein Minimalkonsens. Bezüglich der Situation von geschlechtsspezifisch verfolgten Gewaltopfern wäre eine weitgehendere Angleichung der Rechte von subsidiär Schutzberechtigten an die Rechte von Flüchtlingen notwendig.

¹²⁶ KOM(2009)551 endg., 42, Art. 24.

¹²⁷ Richtlinie 2011/51/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/109/EG des Rates zur Erweiterung ihres Anwendungsbereichs auf Personen, die internationalen Schutz genießen, ABl. L 132/1 vom 19.5.2011, Art. 1 Abs. 3 lit. b.

Bisher wurde das Vorliegen der Voraussetzungen für den subsidiären Schutz jährlich überprüft. Für Gewaltopfer, die häufig aufgrund ihrer psychischen Verfassung einen einjährigen Aufenthaltstitel erhielten, bedeutete dies, dass die Aussicht auf eine Verbesserung des Gesundheitszustandes zur Aberkennung des Status führen kann. In der Praxis hat dies eine jahrelange Aufenthaltsunsicherheit für Frauen, deren Verlängerungsanträge abgewiesen werden bzw. die Aberkennungsverfahren unterzogen werden, zur Folge.¹²⁸ Die Abhängigkeit des Aufenthaltstitels von der psychisch schlechten Konstitution, von einer Traumatisierung oder von einem post-traumatischen Belastungssyndrom wird in der Sozialarbeit kritisiert. Es steht der Stabilisierung eines Gewaltopfers entgegen, wenn der Aufenthaltstitel davon abhängt, dass sich die Person psychisch nicht erholt. Diese aufenthaltsrechtlichen Rahmenbedingungen erschweren das Leben von Menschen mit Gewalterfahrungen und behindern die Hilfeleistung.¹²⁹ Dass nun im Fall einer Verlängerung ein Aufenthalt für zwei Jahre gewährt werden kann und dass auch durch die Änderung zur Daueraufenthaltsrichtlinie zumindest ein Teil der Verfahrensdauer in den Fristenlauf einberechnet werden kann, stellt eine Verbesserung dar. Eine weitgehendere Angleichung würde den Bedürfnissen von Opfern von geschlechtsspezifischer Gewalt gerechter werden.

Auch können die Sozialleistungen für subsidiär Schutzberechtigte im Vergleich zu Flüchtlingen nach wie vor stark eingeschränkt werden. Wenn subsidiär Schutzberechtigte aufgrund von Krankheit und Traumatisierung auf erhöhte Sozialhilfe angewiesen sind, dann stossen sie auf Barrieren beim Zugang zu jener Unterstützung, die sie für eine Stabilisierung ihrer Lebensverhältnisse benötigen. Es ist nicht ausreichend, nur auf den gleichen Zugang zu medizinischen

¹²⁸ Vgl. etwa AsylGH 18.5.2010, B4 234197-4/2010.

¹²⁹ NIVEDITA PRASAD, Gewalt gegen Migrantinnen und die Gefahr ihrer Instrumentalisierung im Kontext von Migrationsbeschränkung: Soziale Arbeit als Menschenrechtsprofession mit ethischer Verantwortung, Oldenburg: Universität Oldenburg 2008, (unveröffentlichte kumulative Dissertation).

Leistungen abzustellen.¹³⁰ Ohne entsprechende Spiegelung der Hilfeleistung im Sozialhilfesystem werden die Probleme von psychisch erkrankten Frauen medikalisiert, aber nicht unbedingt gelöst.

Zwar präzisierte Art 20 QRL schon bisher, dass bezüglich des Inhalts der Schutzrechte auf „*Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben*,“ Rücksicht zu nehmen ist, jedoch lässt sich daraus nicht der selbe Anspruch auf Sozialhilfe ableiten, wie er anerkannten Flüchtlingen zusteht. Erwähnenswert ist aber, dass hinsichtlich des Inhalts der internationalen Schutzrechte die neugefasste Richtlinie nun auch Opfer des Menschenhandels und Menschen mit psychischen Störungen in diese Liste jener schutzwürdigen Gruppen aufnimmt, auf deren Bedürfnisse bei der Gestaltung der Rechte zu achten ist.¹³¹

6.4. Fallbeispiele aus der österreichischen Judikatur

Gemäss Art. 15 lit. b QRL ist bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung eines Antragstellers im Herkunftsland subsidiärer Schutz zu gewähren.

Wird ein Herkunftsland für schutzfähig und schutzwilling gehalten, ist Art. 3 EMRK der Massstab für die Beurteilung einer Gefährdung, die allenfalls ausserhalb des staatlichen Einflussbereichs liegt. Solche Umstände müssen aussergewöhnlich sein, um subsidiären Schutz zu begründen.¹³² Eine gendersensible Gesamtbetrachtung der Lebensumstände von Frauen kann daher trotz staatlicher Schutzfähigkeit zur subsidiären Schutzgewährung führen.

¹³⁰ Vgl. Art. 30 QRL zur medizinischen Versorgung, wonach künftig gleicher Zugang wie für Staatsangehörige besteht, insbesondere auch für Personen mit besonderen Bedürfnissen (Art. 30 Abs. 2).

¹³¹ Siehe Neufassung des Art. 20 QRL

¹³² VwGH 21.8.2001, 2000/01/0043; 9.7.2002, 2001/01/0164.

6.4.1. Psychischer Gesundheitszustand und Gefahr einer Retraumatisierung

Für Opfer geschlechtsspezifischer Gewalt sind der schlechte psychische Gesundheitszustand, die Gefahr, bei Rückkehr einer Retraumatisierung ausgesetzt zu sein und der Wegfall der Lebensgrundlage die häufigsten Gründe für eine subsidiäre Schutzgewährung. Einer Frau aus der Türkei, die aus einer langjährigen Gewaltbeziehung geflüchtet ist und nach einem Selbstmordversuch für einen längeren Zeitraum in stationärer psychiatrischer Behandlung war, wurde Schutz gewährt; die Gründe dafür lagen im schlechten psychischen Gesundheitszustand und der Gefahr einer Retraumatisierung bei einem erneuten Zusammentreffen mit dem Täter.¹³³ Ebenso ist einer Frau aus der Türkei, die aufgrund von ständigen Misshandlungen, Bedrohungen und sexueller Gewalt durch den Ehegatten unter einem ausgeprägten posttraumatischen Belastungssyndrom leidet und bei einer Rückkehr der Gefahr einer Retraumatisierung ausgesetzt wäre, subsidiärer Schutz zu gewähren. Aufgrund des angegriffenen psychischen Zustandes ist auch ein Verweis auf eine innerstaatliche Fluchtalternative in der Türkei nicht zumutbar.¹³⁴

Auch Opfern von Menschenhandel wurde subsidiärer Schutz gewährt.¹³⁵ Ist eine betroffene Frau durch Täuschung an einen Menschenhändlering geraten, kann bei psychischer Beeinträchtigung durch die erlebte schwere Gewalt im Zielland und bei einer Gefahr der Retraumatisierung die Rückkehr in den Herkunftsstaat unter Art 3 EMRK unzumutbar sein.¹³⁶

6.4.2. Wegfall der Lebensgrundlage und fehlender Familienanschluss

Frauen, die sich aus Gewaltbeziehungen getrennt haben, kann aufgrund der fehlenden familiären Anbindung im Herkunftsstaat subsi-

¹³³ AsylGH 17.2.2009, E3 255217-0/2008.

¹³⁴ AsylGH 8.5.2009, B13 232020-0/2008.

¹³⁵ Grundsätzlich ist bei Anträgen von Frauenhandelsopfern die Prüfung der Fluchtgründe indiziert, vgl. VwGH 31.1.2002, 99/20/0497.

¹³⁶ AsylGH 30.4.2009, B13 225.163-0/2008.

diärer Schutz gewährt werden. Subsidiären Schutz erhält zum Beispiel eine mazedonische Asylwerberin, die aus dem Familienverband ausgestossen wurde und deshalb in eine wirtschaftliche Notlage geraten könnte; zusätzlich wurde ihr angeschlagener Gesundheitszustand und die Gefahr, bei einem neuerlichen Zusammentreffen mit dem gewalttätigen Ehegatten retraumatisiert zu werden, in die Gesamtbetrachtung einbezogen.¹³⁷

Auch zwei Frauen aus Bosnien-Herzegowina, eine pflegebedürftige 82-jährige Frau und deren 58-jährige Tochter, die beide unter chronischen Erkrankungen leiden, haben Anspruch auf subsidiären Schutz. Aufgrund ihrer individuellen Situation, insbesondere aufgrund der Tatsache, dass sie bei Rückkehr keine familiäre Unterstützung vorfinden, ist trotz der vorhandenen medizinischen Versorgung im Herkunftsstaat eine Rückkehr unzumutbar.¹³⁸

Kumulation von schwierigen Umständen führt zum subsidiären Schutz für eine tschetschenische Frau, die von ihrem Mann verlassen wurde und unter einem post-traumatischen Belastungssyndrom aufgrund der Kriegsgräuereien leidet. Bei Rückkehr hat sie Angst vor einer Scheidung, weil nach traditionellem Recht die Kinder durch den Ältesten Rat dem Vater zugesprochen werden. Im konkreten Fall verfügt sie zudem über kein soziales Netz und würde an den Rand der Gesellschaft gedrängt. Im Zuge einer Scheidung das Sorgerecht für die vier gemeinsamen minderjährigen Kinder zu verlieren, hätte für sie daher nicht nur existenzbedrohende Auswirkungen, sondern würde auch ihre psychischen Erkrankungen – die posttraumatische Belastungsstörung und ihre Depression – massiv verschlechtern. Zudem wurde angenommen, dass sie keine ausreichende psychologische Behandlung erhalten könnte und dass dies einer unmenschlichen Behandlung gleichkäme.¹³⁹

Ferner wurde entschieden, dass eine alleinerziehende Frau mit vier Kindern aufgrund ihrer psychischen Probleme, der hohen Arbeitslo-

¹³⁷ AsylGH 19.6.2009, B13 227439-0/2008.

¹³⁸ AsylGH 8.4.2010, B10 216724-0/2008 und B10 216725-0/2008.

¹³⁹ AsylGH 18.11.2009, D5 307136-1/2008.

sigkeit und der fehlenden Unterstützung durch Angehörige bei einer Rückkehr in den Kosovo in eine Notlage geraten würde.¹⁴⁰

7. SCHLUSSBEMERKUNG

Auch wenn die Neufassung der Qualifikationsrichtlinie wichtige Verbesserungen für einheitlichere Schutzstandards in Europa bringt, bleiben weitere Änderungen notwendig, um den Schutzbedürfnissen von Opfern geschlechtsspezifischer Gewalt gerecht zu werden. Für die Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie bzw. für die Auslegung des internationalen Schutzes müssen vermehrt geschlechtsspezifische Kriterien beachtet werden. Insgesamt sollte sich eine Entscheidung an der Frage orientieren, ob aus geschlechtsspezifischer Sicht im Herkunftsland tatsächlich Schutz erlangt werden kann oder nicht.

Die Kriterien für die individuelle Überprüfung des Zugangs zum staatlichen Schutz müssen daher frauenspezifisch weiterentwickelt werden. Im Fall von Gewalt gegen Frauen kann in der Frage des staatlichen Schutzes ein allgemein funktionierendes Strafrechtssystem an sich nicht als ausreichend erachtet werden. Hier sind geschlechtsspezifische Länderfeststellungen erforderlich und die Beobachtungen der UN-Vertragsorgane im Rahmen der Staatenberichtsverfahren müssen berücksichtigt werden.

Im Einzelfall soll sich die Überprüfung der Möglichkeiten für den internen Schutz an jenen frauenspezifischen Kriterien orientieren, die im internationalen Menschenrechtsschutz entwickelt worden sind. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass ein Aufenthalt in einem Frauenhaus als Fluchtalternative geprüft wird. Hier muss ein Zusammenhang zu anderen Gewaltschutzmechanismen hergestellt werden, denn einem Frauenhaus allein kann der Schutz vor schwerer Gewalt nicht gelingen.

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Fluchtgründe können nach dem Erlass und der Umsetzung der Richtlinie geschlechtsspezifische

¹⁴⁰ AsyIGH 18.5.2010, B4 234197-4/2010.

sche Aspekte allein ausreichend sein, eine soziale Gruppe zu bilden. Geht es um häusliche Gewalt, kann im Fall von diskriminierender Schutzverweigerung der Verfolgungsgrund mit dem fehlenden Schutz verknüpft sein. Diese Verknüpfung sollte in Zukunft auch für Schutzsuchende aus Herkunftsländern mit demokratischen Strukturen genauer geprüft werden.

Eine weitgehendere Angleichung der subsidiären Schutzrechte an die Statusrechte der Flüchtlinge wäre ein wichtiger Schritt, den Sicherheitsbedürfnissen von Opfern von sexueller und geschlechtsspezifischer Gewalt gerecht zu werden. Da überwiegend Frauen geschlechtsbezogene Gründe geltend machen, die oft aufgrund einer geschlechtsneutralen Interpretation des Flüchtlingsbegriffs nicht zur Asylgewährung führen, würde eine Angleichung der inhaltlichen Statusrechte einen wichtigen Beitrag zur Geschlechtergleichstellung im Zugang zu sozialen Rechten bedeuten.

LA PRATIQUE DE L'OFFICE FÉDÉRAL DES MIGRATIONS (ODM) EN MATIÈRE DE PERSÉCUTIONS LIÉES AU GENRE

Liselotte Barzé

Table des matières

1. Introduction	68
2. Evolution.....	69
3. Pratique développée par l'ODM.....	71
3.1. Textes de référence	72
3.2. Pertinence	73
3.2.1. Les sept groupes sociaux déterminés reconnus par l'ODM.....	76
3.2.1.1. Victimes de mutilations génitales féminines (MGF).....	76
3.2.1.2. Victimes de violences domestiques	78
3.2.1.3. Victimes de mariage forcé	80
3.2.1.4. Victimes de crimes d'honneur	82
3.2.1.5. Victimes en raison de l'appartenance à la communauté "Lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex" (LGBTI)	84
3.2.1.6. Victimes de législation sexiste/discriminatoire.....	86
3.2.1.7. Victimes de politique de l'enfant unique/ avortement forcé/stérilisation forcée.....	88
3.2.2. Issue des causes.....	88
3.3. Autres aspects importants	89
3.3.1. Protection.....	89
3.3.2. Alternative de fuite	90
3.4. Autres pratiques spécifiques	91
3.4.1. Qualification „nouvelle" demande contenant le motif de la MGF	91
3.4.2. Prostitution forcée (Traite humaine)	92
4. Jurisprudence de l'autorité de recours	96
5. Difficultés particulières dans le domaine des persécutions liées au genre.....	97
5.1. L'audition.....	97
5.2. La protection	99
5.3. Les personnes appartenant à la communauté LGBTI	100

5.4. La question de la traite humaine.....	101
6. Statistiques et conclusion	103

1. INTRODUCTION

La nécessité de développer une approche différenciée dans le contexte de la migration et de l'asile part d'un constat évident : les hommes et les femmes ne sont pas affectés de la même manière en cas de conflits, de guerres et de violations des droits humains. Une approche tenant compte de la notion "genre" s'avère donc indispensable. Or, le texte de référence dans ce domaine, à savoir la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés¹ ne fournit aucune indication à cet égard et historiquement, la définition de la notion de réfugié a principalement été interprétée dans un contexte d'expériences masculines.

Les hommes et les femmes peuvent être victimes de persécutions pour des motifs identiques, soit des raisons politiques, ethniques, religieuses ou autres. Par ailleurs, les hommes peuvent, à l'instar des femmes, être victimes de violences de nature sexuelle et de caractère insoutenable dans des contextes de conflits bien qu'ils soient plus souvent perçus comme étant les acteurs de la violence. Toutefois, les persécutions qui visent les femmes se fondent, généralement, sur d'autres facteurs et ce principalement en raison du rôle qui leur est attribué au sein de la société.

Après avoir été ignorés durant de longues années, les besoins, les rôles et les expériences différents des femmes migrantes ont été reconnus et les différents acteurs concernés par ces questions ont adapté leur approche afin de garantir une protection adéquate et spécifique aux femmes.

¹ RS 0.142.30, ci-après: la Convention ou CR.

2. EVOLUTION

Depuis les années 90, les besoins, le rôle et les expériences spécifiques des migrantes ont été reconnus par la communauté internationale et divers instruments ont été élaborés en conséquence².

Lancé à l'échelon international, le débat sur les persécutions dirigées spécifiquement à l'encontre des femmes ou liées au genre a également trouvé un écho en Suisse³. Ainsi, plusieurs motions et interpellations ont été déposées sur ce thème⁴. A la même époque, l'office compétent a adopté diverses mesures procédurales et de formation. En 1997, une circulaire prévoyant un catalogue de mesures a été édictée notamment en ce qui concerne le droit à une procédure individuelle, l'audition par une personne du même sexe et la technique d'audition.

La révision totale de la loi sur l'asile de 1998⁵ a dû satisfaire nombre de revendications demandant que l'appartenance sexuelle soit davantage prise en compte dans le domaine de l'asile. Certains milieux ont milité pour que les préoccupations spécifiques aux

² Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, RS 0.108; Résolution 48/104 de l'Assemblée générale de l'ONU, Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, 20 décembre 1993, A/RES/48/104; Déclaration de Beijing de 1995; UNHCR, Lignes directrices pour la protection des femmes réfugiées, juillet 1991; UNHCR: Violences sexuelles à l'encontre des réfugiés : Principes directeurs concernant la prévention et l'intervention, 1995; UNHCR: Principes directeurs concernant la protection internationale relative à "La persécution liée au sexe" et à "L'appartenance à un groupe social déterminé" en relation avec l'art. 1 A (2) de la Convention de 1951 sur le statut des réfugiés et son protocole additionnel de 1967, 7 mai 2002 ; Résolution du Parlement européen du 13 avril 1984 sur l'application de la Convention de Genève relative au statut de réfugié, JO C 127/137 du 15.4.1984 ; Lignes directrices du Conseil de l'Europe 2001/55 du 20 juillet 2001.

³ Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG): Les femmes victimes de persécutions et la notion de réfugié. Comment interpréter le terme de « réfugié » figurant dans la Convention relative au Statut des réfugiés et dans la loi sur l'asile ?, Berne 1992.

⁴ Motion Gurtner du 10 juin 1987, réponse du Conseil fédéral du 2 septembre 1987 (87.436); Interpellation urgente Haering-Binder du 1er décembre 1992, réponse du Conseil fédéral du 14 décembre 1992 (92.3473).

⁵ Loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi; RS 142.31).

femmes ou à un sexe soient davantage prises en compte et que la notion de réfugié s'étende également à la persécution liée au sexe. Toutefois, le Conseil fédéral s'est prononcé contre un élargissement de la notion de réfugié.⁶ Bien que le terme "sexe" n'ait finalement pas été ajouté à la liste des motifs déterminants de l'art. 3, al. 1, LAsi, la notion de persécution définie à l'al. 2 de l'art. 3 LAsi a néanmoins été complétée par une mention relative à l'appartenance sexuelle⁷. En outre, sur la base de l'art. 17, al. 2, LAsi, des dispositions procédurales spéciales relatives aux procédures d'asile engagées par des femmes ont été édictées par voie d'ordonnance (art. 5 et 6 de l'Ordonnance 1 sur l'asile [OA1])⁸.

A ce stade, on précisera également que la terminologie utilisée dans ce contexte n'a cessé d'évoluer au sein de l'Office fédéral des migrations (ODM). Si, au début des années 2000, on recourait encore aux termes de "persécutions spécifiques aux femmes" ou "persécutions liées au sexe" ou "sexo spécifique", il apparaît, désormais, que le terme "persécutions liées au genre" est le plus approprié. Ces changements sur le plan linguistique démontrent également que, dans le domaine du droit relatif aux réfugiés, celui des persécutions liées au genre est en constante évolution. Un autre exemple de l'évolution de la terminologie sera abordé lorsque la

⁶ Message concernant la révision totale de la loi sur l'asile du 4 décembre 1995, FF 1996 II 40ss.; L'adjonction relative aux motifs de fuite spécifiques aux femmes ne figure pas dans le Message et le projet du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 et des propositions introduites par des membres du Conseil national sur cette question ont été rejetées aussi bien par la Commission du Conseil national (CN) qu'en plenum. Cependant, une proposition introduite par la Conseillère aux Etats Forster auprès de la Commission des Etats (CE) a été acceptée et le Conseil des Etats a ensuite approuvé la décision majoritaire de la Commission. Dans le cadre des débats portant sur les divergences, le Conseil national a confirmé la décision du Conseil des Etats.

⁷ Art. 3, al. 2 LAsi: "Sont notamment considérées comme de sérieux préjudices la mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté, de même que les mesures qui entraînent une pression psychique insupportable. Il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes".

⁸ Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure, Ordonnance 1 sur l'asile, (OA 1, RS 142.311).

situation des personnes victimes de persécutions en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre sera évoquée.

3. PRATIQUE DÉVELOPPÉE PAR L'ODM

Compte tenu de l'évolution sur le plan international et sur la base des nouvelles dispositions adoptées lors de la révision de la loi sur l'asile de 1998, l'ODM a décidé de se doter d'une pratique dans le domaine des persécutions spécifiques aux femmes.

Il est indéniable que le concept "genre" et les nombreuses recherches menées dans ce contexte ces dernières années ont facilité l'élaboration d'une pratique et une meilleure compréhension du phénomène des persécutions infligées pour ce motif.

Dans le cadre de cette élaboration, la distinction claire entre les termes "genre" et "sexe" a été essentielle. Alors que le genre fait référence aux relations entre les femmes et les hommes basées sur des identités, des statuts, des rôles et des responsabilités définies ou construites socialement ou culturellement et qui sont attribués aux hommes et aux femmes, le sexe fait référence à une définition biologique (l'identité sexuelle). En d'autres termes, les relations "genre" sont fondées sur la hiérarchie des rôles sociaux et le genre fait référence aux attentes spécifiques d'une société concernant la façon dont les hommes et les femmes doivent se comporter.

Dans le domaine des persécutions, cette distinction permet de comprendre que certaines formes de persécution ne sont pas obligatoirement infligées en raison du seul sexe d'une personne mais qu'elles se dirigent principalement à l'encontre de personnes qui refusent de se conformer aux critères sociaux attribués aux hommes et aux femmes. Il s'agit, en définitive, de répressions menées contre ceux qui, parce qu'ils rejettent un certain modèle social, menacent les valeurs des groupes dominants. En d'autres termes, le facteur à l'origine du châtement ou de l'abus n'est pas le sexe biologique de la victime mais la façon dont celle-ci exprime son identité ou son rôle.

Dans le domaine de l'asile, il est possible de rencontrer une variété de demandes dans lesquelles le genre revêt une importance pour la détermination de la pertinence des motifs invoqués en vue de la reconnaissance de la qualité de réfugié. Quelques grands groupes peuvent être dégagés en fonction de la nature des actes invoqués :

- Les violences sexuelles qui accompagnent toutes formes de persécutions infligées pour l'un des motifs énoncés à l'art. 3, al. 1, LAsi. Dans la pratique, ces violences sont qualifiées de "mesures de persécution de nature sexuelle" et on citera, comme exemple, le viol auquel il est fait recours comme instrument de persécution ;
- Les diverses pratiques culturelles et traditionnelles frappant plus particulièrement les femmes et les enfants, regroupées plus communément sous la dénomination de "*harmful practices*". Ces pratiques sont diverses et on citera notamment : les mutilations génitales féminines, le mariage forcé ou précoce, le lévirat, le gavage, le repassage des seins, le "*sati*", la scarification, l'infanticide, le crime d'honneur, la dot, les rites de veuvage, l'avortement sélectif, la "*davadassi*", les rites initiatiques, etc...;
- Les discriminations diverses touchant spécifiquement les femmes, comme, par exemple, les législations discriminatoires ;
- Les mesures qui visent les hommes et les femmes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité genre.

3.1. Textes de référence

Afin de développer sa propre pratique, l'ODM s'est inspiré des différents textes de référence existants à l'époque et qui ont déjà été cités précédemment⁹. Au fil des années, les connaissances dans le domaine spécifique de la migration féminine n'ont cessé d'évoluer et l'approche de l'ODM s'est développée parallèlement aux diverses études et textes publiés sur cette question¹⁰. En outre, les dis-

⁹ Ibid. note 2.

¹⁰ WALTER KÄLIN, Frauenspezifische Fluchtgründe, OSAR/3.12.1999; du même auteur: Die Bedeutung geschlechtsspezifischer Verfolgung im Schweizerischen Asylrecht, in: ASYL 2/01, p. 11ss. ; du même auteur: Gender-

positions légales adoptées en 1998 lui ont permis d'asseoir son approche dans ce domaine, de mener des procédures individuelles et distinctes pour les femmes et de tenir compte des persécutions spécifiques qu'elles faisaient valoir à l'appui de leur requête¹¹.

3.2. Pertinence

Une des premières difficultés auxquelles l'ODM a été confronté dans l'élaboration de sa pratique était de clarifier à quel motif d'asile pouvaient être rattachées les situations variées sur lesquelles se fondaient les demandes d'asile contenant des allégations spécifiques aux femmes. En effet, selon la CR "la personne doit établir qu'elle craint avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques" et il est reconnu que même si la définition de réfugié ne fait pas spécifiquement référence au genre, celui-ci peut influencer, ou dicter, le type de persécution ou de préjudice subi. Selon la pratique suisse en matière d'asile, il faut également, pour se voir reconnaître la qualité de réfugié, que les personnes concernées soient "exposées à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être en raison de leur race, de

related persecution, in: *Vera Gowlland-Debbas/Vincent Chetail (ed.)*, La Suisse et la protection internationale des réfugiés, The Hague 2002; UNHCR: Position Paper on Gender-Related Persecution, 2000; UNHCR: Principes directeurs sur la protection internationale No 2, L'appartenance à un certain « groupe social » dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut de réfugiés, 7 mai 2002 ; UNHCR: Persécution fondée sur l'appartenance sexuelle dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 7 mai 2002; UNHCR: La violence sexuelle et sexiste contre les réfugiés, les rapatriés et les personnes déplacées. Principes directeurs pour la prévention et l'intervention, 2003; UNHCR: Comparative analysis of gender related persecution in national asylum legislation and practice in europe, Evaluation and Policy Analysis Unit, department of international protection, and regional bureau for europe, 2004; Recommandation 1723 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Mariages forcés et mariages d'enfants; UNHCR: Manuel pour la protection des femmes et des filles, 2008.

¹¹ Voir aussi Manuel de procédure de l'ODM, Chapitre D, §1: La notion de réfugié et Chapitre J, §2: La problématique des persécutions liées au sexe en procédure d'asile, <http://www.bfm.admin.ch>.

leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social déterminé ou de leurs opinions politiques".

Par ailleurs, l'ODM ne pouvait directement se fonder sur l'adjonction figurant à l'al. 2 de l'art. 3 de la LAsi étant donné qu'elle n'avait pas été introduite dans le but d'élargir la notion de réfugié mais visait principalement à spécifier les préjudices que subissent les femmes exclusivement et à faciliter une prise de conscience face à la gravité de certains préjudices que les hommes connaissent à peine voire pas du tout dans le contexte des persécutions.

Dès lors et comme beaucoup d'autres Etats, l'ODM s'est tourné vers l'un des motifs reconnus, à savoir le "groupe social déterminé". Ainsi, en 1997, l'office adopte la définition suivante :

« Un groupe social déterminé est constitué de personnes qui, en raison de certaines qualités innées et immuables, se distinguent clairement d'autres groupes de personnes et qui est, du fait de ces qualités, exposé ou craint de l'être à une persécution étatique ou tolérée par l'Etat ».

Tout en adoptant cette définition, il a été précisé, d'une part, que le sexe, à lui seul, ne peut permettre de constituer un tel groupe. D'autre part, et compte tenu de la difficulté que pouvait soulever le rattachement à un tel groupe, il a été convenu que ce motif de persécution devait toujours être apprécié à titre subsidiaire. Ainsi, si la persécution invoquée peut être rattachée à un autre motif énoncé à l'al. 1 de l'art. 3 LAsi, celui-ci l'emporte ; en d'autres termes, le motif fondé sur l'appartenance à un groupe social déterminé n'est retenu que restrictivement et en l'absence d'autres motifs de persécution.

Au vu de la définition adoptée et de la théorie développée dans ce contexte, l'ODM a décidé, sur la base de cas pratiques, de concrétiser ce motif d'asile. Dans cette optique, il souhaitait plus particulièrement pouvoir tenir compte des spécificités des pays de provenance, de l'attitude des autorités de ces Etats, des questions liées à l'alternative de fuite interne, des particularités liées au statut social des personnes concernées ainsi que de l'éventuelle incidence du milieu (urbain/rural) d'où provenaient ces personnes.

Afin de servir de référence à l'avenir, plusieurs cas concrets ont été rassemblés selon trois critères identiques : un contexte genre, au sens large, devait être allégué à l'appui de la requête, l'instruction du dossier devait avoir été menée à terme et avoir conclu à la vraisemblance des déclarations et aucun autre motif déterminant pour la reconnaissance de la qualité de réfugié ne devait être pertinent.

En 2002, 2003 et 2004, les diverses unités impliquées dans l'adoption de la pratique relative aux persécutions liées au genre au sein de l'ODM ont débattu des différents aspects énoncés ci-dessus. Sur la base des cas concrets présentés, ils ont arrêté les principes généraux découlant de la définition du "groupe social déterminé" adoptée en 1997 et dressé une liste comprenant divers groupes sociaux déterminés. A relever qu'à cette époque, les réflexions devaient être menées sous l'égide de la théorie de l'imputabilité et l'auteur de la persécution constituait l'élément déterminant pour la reconnaissance de la qualité de réfugié. Or, les persécutions liées au genre sont majoritairement infligées par des tiers, soit des membres de la famille, des proches ou des membres de la propre communauté, et il était souvent difficile de les imputer directement à l'Etat ou à ses organes. Pour être considérées comme déterminantes pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, encore fallait-il pouvoir démontrer que ces persécutions constituaient des persécutions étatiques indirectes en raison de l'attitude adoptée par l'Etat (défiance de protection intentionnelle de l'Etat). Grâce au passage à la théorie de la protection¹² en 2006, il est plus aisé d'apprécier la pertinence dans le contexte des persécutions liées au genre dans la mesure où l'examen porte désormais uniquement sur la question de savoir si la victime peut bénéficier de la protection des autorités de son pays d'origine.

En 2008, cette pratique a été adaptée à certaines situations spécifiques (la qualification juridique des demandes de réexamen se fondant sur une crainte de mutilation génitale féminine et l'alléga-

¹² Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile JICRA 2006/18.

tion concernant la prostitution forcée dans le contexte de la traite humaine).

Comme mentionné ci-dessus, et sur la base de divers cas pratiques, une liste de sept types de "groupe social déterminé" a été adoptée. Ci-dessous et pour chacun de ces groupes, seront développés le cheminement et l'approche suivis par l'ODM pour admettre l'appartenance à un groupe social déterminé. A cet effet, un aperçu sera donné concernant la problématique en général puis, sur la base des cas pratiques, la démarche suivie pour conclure à l'appartenance au groupe social sera exposée (3.2.1.) et au besoin, accompagnée d'explications spécifiques.

Finalement, l'issue données aux causes, notamment après examen d'une éventuelle alternative de fuite interne et de l'existence d'une protection dans le pays d'origine, sera brièvement abordée (3.2.2.).

3.2.1. Les sept groupes sociaux déterminés reconnus par l'ODM

3.2.1.1. Victimes de mutilations génitales féminines (MGF)

Les mutilations génitales féminines (MGF) désignent tous les actes chirurgicaux qui consistent à enlever en partie ou dans leur intégralité les organes génitaux externes de la fille ou de la femme, ou à les meurtrir d'une quelconque autre façon, pour des raisons culturelles ou autres que thérapeutiques. Tant sur le plan international que national¹³, les MGF sont jugées comme inacceptables vu qu'elles portent atteintes à l'intégrité physique et psycho-sexuelle des femmes et des filles et constituent une forme de violence à leur encontre.

Afin de déterminer si les personnes invoquant être victimes de MGF à l'appui de leur demandes d'asile constituent un "groupe social déterminé", l'ODM s'est inspiré d'une requête introduite par

¹³ Interpellation Caspar-Hutter du 7 octobre 1992, Réponse du Conseil fédéral du 1er mars 1993 (92.3422).

une ressortissante tchadienne et sa fille et de celle déposée par une ressortissante kenyane.

Pour l'affaire tchadienne, on notera que le Tchad est un état laïc et que la population est majoritairement de confession musulmane. Les femmes y sont traditionnellement soumises à l'autorité du père, de l'oncle ou du mari et la société est basée sur des principes claniques. Concernant les MGF, cette pratique est largement répandue parmi la population (60% des femmes ont subi une MGF). En 2002, une loi sur la santé reproductive a été promulguée et cette dernière interdit les MGF et permet à une éventuelle victime de porter plainte si elle est touchée par cette pratique. En 2002, aucune procédure judiciaire n'a encore été engagée sur la base de cette loi. Dans le cas examiné, la requérante alléguait, principalement, qu'elle refusait que sa fille subisse une MGF.

Dans l'affaire kenyane, on relèvera que la prévalence des femmes ayant subi une MGF est estimé entre 20 à 30% et qu'il existe de grande disparité entre les zones urbaines et la campagne ainsi qu'entre les différentes ethnies. Le "Children's Bill" promulgué en 2001 a interdit cette pratique pour les femmes âgées de moins de 17 ans puis, par décret présidentiel en 2003, la pratique a été interdite pour toutes les femmes. Sur la base de ces législations, plusieurs procédures judiciaires ont été ouvertes, principalement lorsqu'elles étaient soutenues par des ONG. Dans le cas examiné, la requérante alléguait être contrainte de se soumettre à une MGF en vue d'un mariage arrangé par son père.

Tant pour la fille tchadienne que pour la femme kenyane, l'appartenance à un groupe social déterminé a été admise. A cet effet, ont été pris en compte la nationalité, l'appartenance ethnique et/ou religieuse, les traditions prévalant au sein de la communauté de provenance, le statut social, l'origine géographique et la crainte alléguée.

Pour la mère tchadienne, cette appartenance a cependant été déniée dans la mesure où elle ne craignait pas, personnellement, d'être victime de cette pratique mais s'opposait à ce qu'elle soit pratiquée sur sa fille. Cette distinction quant au motif à retenir en

vue de la reconnaissance de la qualité de réfugié a permis de dégager la règle suivante: lorsque des mères ou parents font valoir qu'elles/ils s'opposent à ce que leur/s fille/s subissent une MGF et qu'elles/ils ne sont pas en mesure d'empêcher qu'une telle pratique leur soit infligée, l'ODM considère que leur agissement doit être assimilé à une attitude oppositionnelle (opinion politique) susceptible de conduire à la reconnaissance de la qualité de réfugié¹⁴.

Dans le cadre de la définition de ce premier groupe social déterminé, il a été clairement établi que seule une crainte future de MGF et non celle déjà subie pouvait être déterminante en matière d'asile. Par ailleurs, et comme il sera abordé plus tard, l'attitude adoptée par l'Etat de provenance joue, comme pour l'ensemble des cas contenant un motif d'asile subsumé à l'appartenance au groupe social déterminé, un rôle central pour l'issue de la cause. Concernant celui relatif aux MGF et dans l'optique d'une éventuelle reconnaissance, il sera ainsi distingué entre les demandes émanant de femmes originaires de pays où les gouvernements sont actifs, ont interdit ces pratiques et légiféré en la matière et celles émanant de femmes originaires de pays où les gouvernements n'ont ordonné aucune mesure juridique ou autre pour combattre ces pratiques.

3.2.1.2. Victimes de violences domestiques

Le terme de "violences domestiques" doit être entendu au sens large, à savoir tant les violences conjugales, que les situations d'inceste, les menaces proférées par l'époux ou d'autres parents, les abus d'ordre sexuel, etc... Ce type de situation a été pris en compte dans l'élaboration de la pratique dans la mesure où il a été constaté que de nombreuses femmes requérant l'asile en Suisse étaient issues de sociétés de type patriarcal où, pour des motifs culturels, traditionnels voire religieux, l'Etat n'était que rarement disposé à intervenir dans les conflits familiaux.

¹⁴ Cette approche a, par la suite, été confirmée dans une jurisprudence de la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) dans une affaire somalienne (JICRA 2004/14).

Afin de déterminer si les personnes invoquant être victimes de violences domestiques à l'appui de leur demandes d'asile constituent un "groupe social déterminé", l'ODM s'est inspiré de requêtes introduites par une ressortissante camerounaise, une ressortissante guinéenne et une ressortissante béninoise.

Dans l'affaire camerounaise, la requérante, orpheline et mineure à son arrivée en Suisse, alléguait avoir été abusée sexuellement par son tuteur, un parent de la famille, occupant une certaine position au sein de la société. Selon les dispositions pénales en vigueur au Cameroun, le viol et l'inceste sont réprimés. Cependant, en pratique, les femmes n'obtiennent en général aucune protection efficace lorsqu'elles sont victimes de tels agissements dans le cadre familial, ce d'autant moins lorsque l'auteur a une position sociale d'une certaine importance.

Dans l'affaire guinéenne, la requérante invoquait avoir été victime d'inceste de la part de son père dès l'âge de 12 ans puis avoir été mariée de force par celui-ci à l'âge de 20 ans. Suite à la découverte de l'inceste par le mari, la requérante a été menacée de mort par ce dernier, son père a été arrêté alors qu'elle-même a été écrouée. Le droit pénal guinéen contient des dispositions protégeant les victimes d'inceste ou de violences. Cependant, les organes étatiques n'interviennent guère pour assurer une protection aux femmes victimes de violences dans le cadre familial, d'autant moins lorsque celles-ci transgressent l'ordre moral et social traditionnel (respect de la charia).

Dans l'affaire béninoise, la requérante, mineure à son arrivée en Suisse, déclarait avoir été abandonnée à sa naissance par ses parents et recueillie par un pasteur réputé devenu son tuteur. Ce dernier a abusé d'elle sexuellement de manière répétée avant de l'envoyer vivre auprès d'un ministre.

Pour les trois cas, l'appartenance à un groupe social déterminé a été admise. A cet effet, ont été pris en compte la nationalité, la situation personnelle et le statut social personnelle (minorité, orpheline, tutelle), l'appartenance ethnique et/ou religieuse, les tradi-

tions prévalant au sein de la communauté de provenance, la nature des actes infligés et la situation de mise en danger.

3.2.1.3. Victimes de mariage forcé

Un grand nombre de requérantes d'asile proviennent de sociétés où les mariages, compte tenu des coutumes, sont arrangés par la famille. De tels mariages, qui ne sont pas obligatoirement conclu contre la volonté des femmes, constituent, parfois, le seul moyen de rencontrer un homme et sont, sous cet angle, perçu par certaines comme une forme d'émancipation. Le mariage arrangé doit donc être différencié du mariage forcé.

L'ODM considère que lorsqu'au moins un des futurs partenaires est placé en situation de contrainte en vue du mariage, les conditions d'un mariage forcé sont remplies. En outre, l'allégation relative à un mariage forcé se fonde principalement sur le refus de se soumettre à un tel mariage et subsidiairement, sur d'autres motifs, tels que, par exemple, la crainte d'une excision ou celle d'être victime d'un crime d'honneur.

Afin de déterminer si les personnes invoquant être victimes d'un mariage forcé à l'appui de leur demande d'asile constituent un "groupe social déterminé", l'ODM s'est inspiré de requêtes introduites par une ressortissante kosovare, une ressortissante turque et une ressortissante yéménite.

Dans l'affaire kosovare, la requérante, appartenant à l'ethnie albanaise, invoquait que suite au décès de son père, son oncle devenu le chef de la famille, l'avait menacée de mort si elle refusait de se marier à l'homme qu'il avait choisi pour elle. Compte tenu des structures patriarcales dont est largement imprégnée la société au Kosovo ainsi que des coutumes prévalant au sein de l'ethnie albanaise, le phénomène des mariages forcés/arrangés y est répandu. Les bases légales susceptibles de protéger ces femmes devraient exister mais il demeure indécis si la capacité de protection tant de l'UNMIK que de la police kosovare est donnée.

Dans l'affaire turque, la requérante, appartenant à l'ethnie kurde et handicapée de naissance, alléguait que son père avait décidé de la donner comme deuxième épouse à un homme âgé. Devant son refus, elle a subi des graves maltraitances. La structure familiale prévalant en Turquie est patriarcale et le système sociétal prévalant dans les régions rurales et au sud du pays demeure traditionnel. Les dispositions légales adoptées par la Turquie pour conférer davantage de droits aux femmes et pour les protéger ne sont guère respectées dans les régions du sud est du pays. La structure familiale traditionnelle et la pression sociale et familiale limitent les libertés des femmes de ces régions et les empêchent d'accéder à une aide en dehors du contexte familial. En outre et pour celles qui franchissent ce pas en s'adressant à la police, il n'est pas rare qu'elles soient renvoyées chez elles ou au mieux, qu'elles soient placées pour une durée limitée dans un centre d'accueil où on tentera de les convaincre de retourner auprès de leur famille. L'application souvent peu conséquente des dispositions légales existantes n'est pas le seul fait des organes de police et se retrouve également au niveau de la justice. En définitive, le sort réservé à une femme demandant une éventuelle aide dans ce contexte dépend essentiellement de l'attitude individuelle de l'agent de police, du procureur ou du juge. Par ailleurs, une jurisprudence claire dans ce domaine fait défaut.

Dans l'affaire yéménite, la requérante alléguait avoir été violée par un proche et que son père avait tenté de la marier. Ne voulant accepter l'homme choisi par son père et craignant que sa non-virginité soit découverte, l'intéressée a pris la fuite.

Les traditions patriarcales sont fortes au Yémen et le système juridique en vigueur (Charia) est discriminatoire à l'encontre des femmes. Par ailleurs, les divers clans présents sur le territoire yéménite imposent leur loi tant au niveau familial que social (lapidations, exécutions, etc...) et leurs chefs sont réputés pour appliquer leur propre justice sans que les autorités n'interviennent. Tant du point de vue législatif que pratique, les femmes sont, de manière générale, victimes d'inégalités et la législation ainsi que les sentences judiciaires (se fondant sur la Charia) sont discriminatoires.

S'agissant du mariage forcé, les autorités étatiques n'accordent aucune protection, ne fût-ce que théorique, aux femmes désireuses de faire valoir leur droit dans ce contexte, la résolution de ces questions étant du ressort clanique et familial.

Pour les trois cas examinés, l'appartenance à un groupe social déterminé a été admise et les éléments déterminants ayant été pris en compte étaient principalement les traditions prévalant dans les sociétés de provenance et le fait que les intéressées, par leur refus de s'y soumettre, s'étaient placées dans une situation de non-conformité familiale et socioculturelle.

3.2.1.4. Victimes de crimes d'honneur

Dans les sociétés traditionnelles et/ou patriarcales, les femmes sont souvent censées incarner l'honneur des hommes et la responsabilité de la sauvegarde de l'honneur de la famille incombe aux femmes. Ces dernières sont volontiers considérées comme des êtres humains moins dignes et dotées de moins de droit que les hommes. Celles qui s'opposent à ce système remettent en cause les rapports de force au sein de la famille, ce qui n'est pas toléré. Sous la notion d'honneur se cache fréquemment le besoin des hommes d'exercer un contrôle sur la sexualité des femmes et de restreindre leur liberté. Les crimes perpétrés dans ce contexte ne s'appuient pas sur des croyances religieuses mais sur des traditions culturelles ancestrales.

Les crimes d'honneur ne sont pas toujours motivés par l'amour, la honte, la jalousie ou les pressions sociales mais également par des facteurs économiques et sociaux. Les raisons à l'origine des délits commis dans ce contexte sont diverses et vont de l'adultère, du viol jusqu'au refus d'accepter un mariage décidé par la famille ou même le simple fait de s'être entretenue avec un homme. Parfois, de simples rumeurs sont suffisantes pour exacerber la violence à l'encontre des femmes et le reproche se fonde toujours sur le fait d'avoir jeté la honte sur la famille. La violence peut s'exercer de diverses manières : les femmes peuvent être poussées au suicide, disparaître, être aspergées d'acide voire tuées.

Les crimes d'honneur sont des pratiques ayant, notamment, cours au Pakistan, en Turquie, en Jordanie, en Syrie, en Egypte, au Liban, au Yémen, en Iran, au Maroc ainsi que dans des pays de la région du Golf. Un grand nombre des codes pénaux de ces pays font intervenir la notion de crime d'honneur et permettent aux auteurs de tels crimes de jouir d'une réduction de peine voire de l'impunité.

Afin de définir l'appartenance à ce groupe social déterminé, l'ODM s'est inspiré de deux demandes d'asile déposées par des ressortissants irakiens.

Le premier cas concernait un couple de jeunes irakiens originaires du nord de l'Irak. Après s'être vu refusé la main de la requérante par le père de cette dernière, un chef de la sécurité, le requérant et sa compagne ont pris la fuite. Par la suite, ils ont été informés que le père de l'intéressée avait fait émettre un mandat d'arrêt et proféré des menaces de mort à leur encontre. Le deuxième cas concernait une femme, veuve, et ses deux enfants, également originaires du nord de l'Irak. Selon leurs explications, la mère et sa fille avaient été arrêtées à tort lors d'une descente de police et accusées de comportement immoral sur le plan sexuel. Suite à cet événement, les frères de la mère, en tant que responsable de la famille, ont décidé qu'ils devaient tuer les deux femmes pour que l'honneur de la famille soit lavé.

Les crimes d'honneur sont des pratiques très répandues dans le nord de l'Irak et dans les zones contrôlées par le PDK et la législation permet de poursuivre les auteurs de tels crimes. Cependant, et de facto, les dispositions légales existantes ne sont pas appliquées.

Les cas étant similaires, l'appartenance à un groupe social déterminé a été admise. Les éléments déterminants ayant été pris en compte étaient principalement l'appartenance ethnique et clanique, les traditions et croyance prévalant au sein des communautés de provenance en matière d'honneur et le fait d'avoir ou d'être, à tort, accusé d'avoir violé les coutumes et donc d'avoir sali l'honneur familial ou clanique.

3.2.1.5. Victimes en raison de l'appartenance à la communauté

"Lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex" (LGBTI)

Avant de traiter de ce groupe social déterminé, il convient de souligner que la thématique du traitement des demandes d'asile déposées par des personnes appartenant à la communauté LGBTI est probablement une de celles qui, dans le domaine des persécutions liées au genre, est l'objet d'une évolution constante ces dernières années. A titre d'exemple et pour donner un aperçu des changements survenus, on mentionnera que depuis l'adoption, par l'ODM, de sa pratique en matière d'appartenance à un groupe social déterminé, la terminologie pour définir les personnes susceptibles d'appartenance à ce groupe n'a cessé de changer. Ainsi et si au départ il était principalement question d'*homosexualité*, l'arrivée de requérants d'asile revêtant un nouveau profil, comme par exemple en matière de transsexualité, a nécessité une adaptation au niveau de la terminologie. De ce fait, le terme utilisé passa à "*l'orientation sexuelle*" puis à "*LGBT*" puis finalement, à celui de "*LGBTI*".

Concernant la thématique LGBTI, il convient de préciser que l'orientation sexuelle et l'identité genre sont des parties fondamentales de l'identité humaine, tout comme le sont les cinq caractéristiques qui constituent le fondement de la définition du réfugié : la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social et les opinions politiques.

De nombreux Etats ont adopté des lois et édicté des principes constitutionnels afin de garantir aux personnes de toute orientation sexuelle et identité genre de jouir des mêmes droits que toute autre personne. Cependant, d'autres Etats et sociétés imposent des normes en matière de genre et d'orientation sexuelle. Par le biais de lois et de coutumes, ils cherchent à contrôler les personnes qui ne correspondent, selon leur conception, pas à la norme sexuelle habituelle et leur infligent, à cette fin, des tortures, des mauvais traitements. D'autres formes de violences peuvent également toucher les personnes appartenant à cette communauté, telles que des intrusions dans la vie privée, des discriminations, des détentions arbitraires, des menaces de mort, etc...

Afin de définir l'appartenance à ce groupe social déterminé, l'ODM s'est inspiré d'une demande d'asile émanant d'un ressortissant algérien.

Le requérant déclarait avoir des attirances pour les personnes du même sexe depuis son plus jeune âge. En outre, dès son adolescence, ses gestes et sa voix se sont féminisés, de sorte que ses proches ont tout entrepris pour le changer. Fortement battu par son frère, il a décidé de porter plainte. Toutefois, il l'a retirée par la suite sur pression de sa mère. Craignant finalement d'être dénoncé par ses proches puis condamné, il a pris la fuite.

L'appartenance à un groupe social déterminé a été admise. A cet effet, ont été pris en compte la nationalité, l'orientation sexuelle et le fait de s'être, pour ce motif, placé dans une situation de non-conformité familiale et socio-culturelle dans son pays d'origine.

Comme pour d'autres groupes sociaux déterminés, il est apparu, d'une part, que les persécutions infligées aux personnes appartenant à la communauté LGBTI émanaient fréquemment de tiers et que, d'autre part, la législation dans ce domaine différait d'un Etat à un autre. Ainsi, la question de l'attitude adoptée par l'Etat de provenance est centrale et diverses catégories de pertinence pour ce groupe social particulier ont été dégagées. Lorsque l'Etat d'origine ne dispose pas d'une législation incriminant une orientation sexuelle ou une identité genre, l'issue de la requête dépendra essentiellement de la protection apportée dans le pays d'origine face à des persécutions de tiers. Pour ce type de pays de provenance, une "*simple*" discrimination pour ce motif ne sera, en principe, pas considérée comme suffisante sous l'angle de l'intensité. Dans l'hypothèse où l'Etat incrimine les relations sexuelles entre personnes de même sexe mais que, parallèlement, il est constaté qu'une certaine tolérance est de mise et que des poursuites pénales ne sont pas systématiquement engagées, il conviendra d'effectuer un examen individuel minutieux afin de dégager l'existence ou non d'indices concrets susceptibles de fonder une crainte d'être victime d'une procédure judiciaire.

3.2.1.6. Victimes de législation sexiste/discriminatoire

Un grand nombre de requérantes d'asile proviennent de pays connaissant des systèmes juridiques discriminatoires à l'encontre des femmes. A l'appui de leur demande, elles allèguent, par exemple, avoir entretenu des relations sexuelles extra-conjugales, avoir commis un adultère, être traitées de manière discriminatoire dans le cadre des procédures de divorce, etc.

Afin de définir l'appartenance à ce groupe social déterminé, l'ODM s'est inspiré de deux demandes d'asile émanant de ressortissantes iraniennes.

Dans le premier cas, la requérante a épousé un homme dont la famille lui a rapidement reproché de ne pas suffisamment respecter les préceptes islamiques. Suite au divorce demandé par le mari, ce dernier a obtenu la garde des enfants. Un droit de visite hebdomadaire au domicile du père a été accordé à la requérante mais elle n'a jamais pu l'exercer, en dépit de ses nombreuses tentatives. Après avoir réussi à voir son fils en cachette, elle a été menacée par son ex-époux et face à ces menaces, elle l'a informé qu'elle allait se battre pour faire valoir ses droits. Peu après, elle a été appréhendée, écrouée dans une caserne et torturée. Persuadée que son interpellation avait été orchestrée par le frère de son ex-époux, officier au sein de la Sepah, et craignant d'autres ennuis, elle a pris la fuite.

Dans le deuxième cas, la requérante a été placée sous l'autorité tutélaire de son beau-frère après le décès de son père. Peu après, celui-ci l'a mariée alors qu'elle était mineure. Suite à la naissance de sa fille et, ne souhaitant plus d'autre enfant, la requérante a, à l'insu de son mari, pris la pilule. Supposant qu'elle était stérile, son mari a contracté un mariage limité (« sigheh ») avec une autre femme. Invitée en Suisse, la requérante a été autorisée à voyager par son mari à condition qu'elle lui remette, par acte notarié, l'héritage reçu de son père. Durant son séjour en Suisse, la requérante a informé son mari qu'elle ne regagnerait pas l'Iran. Contrarié, celui-ci l'a informée qu'il entendait l'accuser d'adultère et lui retirer son enfant.

L'appartenance à un groupe social déterminé a été admise dans les deux cas. A cet effet, ont été pris en compte la nationalité, le statut de femme divorcée, le fait de refuser d'accepter de se plier à des décisions de justice se fondant sur des dispositions discriminatoires à l'encontre des femmes.

Aux termes de l'analyse effectuée pour ce groupe social déterminé, il a été précisé que la situation générale à laquelle sont confrontées les femmes provenant de pays islamiques n'est, à elle seule, pas déterminante en matière d'asile étant donné qu'une femme n'est pas plus touchée que toutes les autres dans son pays. Seule pourra être considérée comme appartenant au groupe social déterminé, la femme qui, en refusant de se plier à certaines règles discriminatoires dans son pays d'origine, a ou craint d'être victime de mesures déterminantes en matière d'asile dans la mesure où son attitude peut être subsumée à la notion d'opinion politique.

A cette occasion, il a encore été précisé que, dans l'hypothèse où les critères déterminants pour l'octroi de la qualité de réfugié n'étaient pas remplis, l'examen d'éventuels obstacles au renvoi devait se faire au sens de l'art. 3 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) pour la femme concernée. Lorsque cette dernière est accompagnée d'enfants mineurs, un examen particulier doit être effectué sous l'angle de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁵.

¹⁵ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE) (RS O.107). Cette approche est également confirmée par un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 129 III 250): art. 3 al. 1 et art. 9 al. 1 de la CDE. Si, selon le droit iranien applicable, l'autorité parentale sur l'enfant doit être attribuée au père, il convient encore d'examiner si cette attribution est compatible avec l'ordre public suisse. Cette compatibilité ne saurait être admise du simple fait qu'une telle attribution ne met pas en péril le bien de l'enfant ; elle suppose au contraire que l'enfant soit confié à celui des parents qui, selon toute probabilité, favorisera davantage son développement et le soutiendra le mieux dans l'épanouissement de sa personnalité. L'attribution de l'autorité parentale au père contrevient dans son résultat à l'ordre public, à moins qu'elle ne soit également recommandée par une appréciation circonstanciée sous l'angle du bien de l'enfant (consid. 3.4).

3.2.1.7. Victimes de politique de l'enfant unique/ avortement forcé/stérilisation forcée

Certains Etats, en particulier la Chine, ont émis des dispositions légales visant à faire respecter le contrôle étatique des naissances et de telles mesures sont valables pour l'ensemble de la population sur le territoire donné.

Comme pour les victimes de législations discriminatoires, l'ODM envisageait de prévoir une base de pertinence en vue de la reconnaissance de la qualité de réfugié pour les individus qui seraient, en raison de leur opposition à de telles mesures, plus durement touchés dans leur intégrité psychique ou physique, par la mise en œuvre de législation de cette nature ou par ses effets, que d'autres personnes.

Faute de dossiers remplissant les conditions énoncées en vue de l'élaboration de la pratique (vraisemblance et absence d'autres motifs pertinents), l'ODM n'a pas développé son approche pour ce groupe social déterminé mais a décidé de le maintenir dans sa liste dans la mesure où il n'était pas exclu que de tels cas se présentent à l'avenir.

3.2.2. Issue des causes

Comme il ressort de ce qui précède, la concrétisation du motif d'asile de "l'appartenance à un groupe social déterminé" et l'établissement d'une liste regroupant diverses situations susceptibles d'être rattachées à ce motif n'a pas réellement soulevé de difficulté. A partir de faits caractéristiques au genre et en tenant compte à chaque fois du profil particulier de la personne concernée, tous les cas soumis ont été considérés comme pouvant être subsumés à ce motif d'asile.

Cependant, l'issue des causes, sous l'angle de la reconnaissance de la qualité de réfugié, a, pour une grande majorité, été l'objet de larges débats. Au centre de ces discussions se trouvaient, à chaque fois, des questions de principe telles que celle liée à l'existence d'une alternative de fuite interne et celle relative à l'existence

d'une possible protection sur place. Cette dernière question était, à l'époque, et comme relevé précédemment, particulièrement délicate puisque les réflexions devaient être menées sous l'angle de la théorie de l'imputabilité.

3.3. Autres aspects importants

Outre le rattachement au motif de "l'appartenance à un groupe social déterminé", les débats menés dans le cadre du développement de la pratique de l'ODM en matière de persécutions liées au genre ont, comme évoqué brièvement ci-dessus, nécessité que l'approche de certains autres principes régissant le droit d'asile soient clarifiés voire spécifiés pour ce domaine particulier. Il s'agissait plus particulièrement de la question de la protection et de l'alternative de fuite interne.

3.3.1. Protection

Avant le passage à la théorie de la protection, l'ODM se devait, pour le domaine des persécutions liées au genre, d'établir des critères généraux à prendre en compte dans l'appréciation de la volonté, respectivement *l'absence de volonté*, de protection de l'Etat face à des persécutions de tiers alors qu'il en a la capacité et l'obligation. Cette condition étant, à l'époque, la condition sine qua non pour imputer la persécution d'un tiers à l'Etat (persécution étatique indirecte).

Pour une grande partie des demandes d'asile reposant sur des motifs de persécutions liées au genre, le constat était le suivant : l'Etat a édicté des règles permettant la poursuite de la plupart des délits invoqués, il dispose de structures policières et judiciaires qui permettent de sanctionner les comportements invoqués et ces infrastructures fonctionnent. Cette constatation ne permet donc, en principe, pas de s'écarter de l'exigence imposant à la victime alléguée de s'adresser, en premier lieu, aux autorités de son pays d'origine pour y requérir protection. Toutefois, d'un autre côté, il apparaît que la plupart des Etats de provenance appliquent de ma-

nière discriminatoire les lois dont ils se sont dotés et rechignent à intervenir dans les affaires familiales, surtout lorsque seules des femmes sont concernées. Dans ces circonstances, il s'avère souvent difficile d'exiger de la victime qu'elle s'adresse, en premier lieu, aux autorités de son pays. Une telle démarche est d'autant moins exigible lorsqu'elle doit rapporter des faits touchant à sa sphère intime et qu'elle sait, par avance, que son initiative sera vouée à l'échec au vu du contexte prévalant dans son pays d'origine ou qu'elle l'exposera à de sérieux préjudices en raison du contexte culturel et social.

Ainsi, et sous l'emprise de la théorie de l'imputabilité, l'ODM a retenu qu'en matière de persécutions liées au genre l'exigence relative à la recherche d'une protection auprès des autorités de l'Etat d'origine doit être nuancée et qu'il fallait, en particulier, tenir compte du contexte spécifique prévalant dans le pays d'origine et de la situation personnelle de la victime (exigibilité de la démarche et éventuel rejet du milieu social, culturel, religieux).

Suite à l'adoption de la théorie de la protection, ces nuances seront clairement retenues par la jurisprudence dans la mesure où ils sont contenus dans les critères devant être appréciés sous l'angle de l'examen portant sur le caractère raisonnablement exigible de la recherche d'une protection sur place¹⁶.

3.3.2. Alternative de fuite

Comme déjà évoqué à plusieurs reprises, les persécutions liées au genre sont, majoritairement, imputables à des tiers et de ce fait, très souvent limitées géographiquement à la zone d'influence desdits tiers. De telles persécutions étant donc restreintes au plan local, la question liée à l'alternative de fuite interne nécessite que soient, pour ce domaine particulier, définis des critères permettant de conclure à l'existence d'une protection sur le lieu de refuge.

¹⁶ JICRA 2006/18.

La question centrale est toujours : la victime risque-t-elle une persécution sur le lieu de refuge et plus précisément, existe-t-il des indices selon lesquels la persécution pourrait se poursuivre au-delà du plan local ? En s'inspirant de la jurisprudence¹⁷, l'ODM a retenu que les exigences liées à une protection efficace sur le lieu de refuge sont élevées et qu'en particulier pour ce domaine, la protection garantie ne devait se limiter à une simple question théorique. Ainsi, et sur la base des cas pratiques étudiés dans le cadre de l'adoption de la pratique en matière du groupe social déterminé, il a été convenu que certains facteurs aggravants pouvaient conduire à exclure l'existence d'une alternative de fuite interne. Ces facteurs étant notamment considérés comme présents lorsque la victime ne dispose pas de ressources financières/réseau social influent, lorsque l'agresseur occupe une position sociale/politique importante et lorsque l'agresseur exerce un pouvoir sur la victime (père, mari, tuteur).

3.4. Autres pratiques spécifiques

Confronté à de nouvelles situations, l'ODM a complété la pratique précédemment exposée à deux thématiques spécifiques, à savoir celle de la qualification juridique de "nouvelle" demande d'asile invoquant un motif de MGF et celle concernant un motif lié à la traite humaine ou à la prostitution forcée.

3.4.1. Qualification „nouvelle“ demande contenant le motif de la MGF

Suite au passage à la théorie de la protection, plusieurs demandes de réexamen se fondant sur ce changement et invoquant des craintes de MGF pour des fillettes en cas de retour dans le pays d'origine avaient été déposées. Ces demandes concernaient en particulier des ressortissantes en provenance de Somalie, d'Ethiopie et d'Erythrée. Selon les directives adoptées par l'ODM suite à l'abandon de la théorie de l'imputabilité, les modifications postérieures de la ju-

¹⁷ JICRA 1997/12, consid. 6, p. 87ss.; JICRA 1996/1, consid. 5, p. 6ss.; JICRA 1993/9.

jurisprudence, dans un sens favorable au demandeur, n'ouvrent pas la voie du réexamen et des demandes de réexamen fondées sur ce motif sont qualifiées d'irrecevables. Or, il s'avérerait nécessaire, pour les demandes de réexamen concluant à l'octroi de la qualité de réfugié et de l'asile portant sur des craintes de MGF, de s'adapter aux circonstances et se conformer à la jurisprudence de principe¹⁸.

En effet, selon l'autorité de recours, les moyens invoqués tardivement au sens de l'art. 66, al. 2 PA ouvrent la voie de la révision d'une décision entrée en force lorsqu'il résulte manifestement de ceux-ci que le requérant est menacé de persécutions ou de traitements contraires aux droits de l'homme.

Sur ce constat, de nouvelles consignes ont été adoptées en 2008 pour les demandes invoquant spécifiquement les MGF. Ainsi, il convient désormais de distinguer entre les requêtes concernant les fillettes non-excisées nées avant ou après l'entrée en force de la décision initiale. Pour la première catégorie, la demande est considérée comme une demande de réexamen et le motif du réexamen est apprécié sous l'angle de la qualité de réfugié (en principe reconnaissance) alors et que sous l'angle de l'asile, le motif est considéré comme tardif (rejet). Pour la deuxième catégorie, la demande est qualifiée de nouvelle demande (ou première pour l'enfant), la naissance étant assimilée à la survenance d'un fait propre à motiver la qualité de réfugié postérieur à l'entrée en force de la décision et la requête est traitée conformément à l'art. 32, al. 2, let. e, LAsi. Pour les parents invoquant de telles circonstances, le motif est apprécié sous l'angle de l'art. 54 LAsi.

3.4.2. Prostitution forcée (Traite humaine)

Dès 2006, l'ODM a été confronté à quelques cas portant sur des questions de prostitution forcée et ils concernaient essentiellement des ressortissantes d'origine africaine ou de certains pays d'Europe de l'Est. L'issue donnée à ces différentes affaires divergeait sensiblement alors que les constellations étaient identiques. En 2008, il

¹⁸ JICRA 1995/9.

s'est donc avéré indispensable d'élaborer un programme d'examen uniforme et d'adopter des consignes de traitement.

A cet égard, il convient de préciser que l'exploitation sexuelle (ou prostitution forcée) est une des formes reconnues de traite humaine. Interdite sur le plan international et criminalisée dans divers Etats, de nombreux instruments juridiques traitent de cette thématique¹⁹. Cependant, la protection qu'il conviendrait d'accorder aux victimes avérées ou potentielles de la traite sous l'angle de l'asile diffère évidemment de celle prévue par ces instruments.

Par ailleurs et s'agissant des mesures auxquelles sont successibles d'être exposées les victimes avérées ou potentielles de la traite, on relève qu'il s'agit principalement de représailles pour s'être soustraites à une exploitation auxquelles s'ajoute, parfois, un risque de reprise de la traite. En outre, ces mesures sont le fait de personnes individuelles, soit des trafiquants, des entreprises criminelles voire des membres de la famille ou de la communauté.

Pour les demandes d'asile déposées en Suisse et contenant un motif en lien avec la prostitution forcée, il est constaté qu'elles se distinguent certes par leur lieu de commission (dans le pays d'origine, en transit, dans un Etat européen ou en Suisse) mais que les questions qu'elles soulèvent sont identiques: la mesure subie est-elle déterminante pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, la personne concernée obtient-elle, dans son pays d'origine, une protection adéquate face à une telle mesure ou les craintes qui y sont liées et le cas échéant, l'absence de protection se fonde-t-elle sur un motif déterminant en matière d'asile ?

S'agissant de la nature de la mesure, la prostitution forcée, suite à une tromperie ou un recrutement forcé, est généralement qualifiée de torture ou de traitement cruel, inhumain ou dégradant²⁰. Cette

¹⁹ Protocole additionnel du 15 novembre 2000 à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, entré en vigueur le 26 novembre 2006, RS 0.311.542.

²⁰ UNHCR: Principes directeurs relatifs à la "Persécution fondée sur l'appartenance sexuelle dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951, p. 6.

qualification est conforme aux exigences généralement requises dans la pratique suisse en matière d'asile concernant le degré d'intensité déterminant pour admettre une persécution. Quant à l'existence d'un système de protection, à savoir l'existence ou non de mécanismes administratifs et législatifs destinés à prévenir et combattre la traite (et la prostitution forcée), pour protéger les victimes, et la mise en œuvre effective de ces mécanismes, elles doivent être examinées pour chaque pays concerné en fonction des critères définis par la jurisprudence²¹.

En l'absence de tout système de protection, parfois expliqué par des raisons coutumières, traditionnelles ou autres, encore faut-il déterminer si cette absence se fonde sur un des motifs déterminants au sens de l'art. 3 LAsi. Se pose donc la question de l'éventuel rattachement à la notion de "groupe social déterminé". Dans le cadre de l'élaboration de sa pratique, l'ODM n'a pas retenu cette approche principalement en raison de la définition adoptée en 1997. En effet, outre le sexe des éventuelles victimes, aucune autre qualité indispensable à la définition d'un tel groupe n'était présente et la prostitution, en tant que telle, ne pouvait être considérée comme une qualité innée et immuable²². Devant ce constat, l'ODM a décidé de s'inspirer de la jurisprudence de principe du TAF développée en matière de persécutions spécifiques aux femmes²³. Sur cette base, il a été convenu qu'en présence d'un motif lié à la prostitution forcée, il s'agira de déterminer si la victime est soumise dans son pays d'origine à des discriminations en raison de son sexe et si par le comportement adopté elle a transgressé des règles coutumières, traditionnelles ou familiales de sorte que la discrimination dont elle est l'objet dérive vers une persécution.

En pratique, deux groupes de personnes sont distingués :

²¹ JICRA 2006/18.

²² Sur ce point, l'approche de l'ODM ne correspond pas à celle privilégiée par le UNHCR: Principes directeurs sur la protection internationale: Application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés aux victimes de la traite et aux personnes risquant d'être victimes de la traite, 7 avril 2006.

²³ JICRA 2006/32.

Le premier comprend les personnes provenant d'Etats où le statut de prostitué(e) constitue déjà un élément de stigmatisation. Cet élément, ajouté à l'appartenance sexuelle, peut être assimilée à une discrimination dérivant vers une persécution dans la mesure où les autorités, pour des raisons sociales, traditionnelles ou coutumières, refuseraient ou pour le moins n'accorderaient pas de protection adéquate à une victime de prostitution forcée tentant d'obtenir leur aide. L'absence de protection ajoutée à une discrimination (stigmatisation d'une personne en raison de son appartenance sexuelle) peut, pour ce premier groupe, conduire à l'octroi de la qualité de réfugié et à l'asile.

Le deuxième groupe se compose de personnes provenant d'Etats où les victimes de prostitution forcée ou les prostitué(e)s ne sont pas victimes d'une stigmatisation mais où les femmes sont, de manière générale, précarisées et où l'on constate une inefficacité voire une inaction de l'Etat à combattre la traite humaine ou à instaurer un système de protection efficace pour les victimes. La pratique a démontré que les femmes invoquant avoir été victimes de prostitution forcée, majoritairement après leur arrivée en Suisse, n'étaient victimes d'aucune persécution déterminante en matière d'asile au moment du départ de leur pays d'origine et qu'elles ont, de leur plein gré, suivi des personnes leur promettant d'accéder au marché du travail en Suisse ou d'y conclure un mariage prometteur. Séquestrées et contraintes de s'adonner à la prostitution après leur arrivée en Suisse, ces personnes ont, à un moment donné, réussi à prendre la fuite et déposer une demande d'asile en invoquant craindre de subir des représailles. Les craintes qu'éprouvent ces personnes sont liées à la rupture d'un engagement qu'elles avaient, certes suite à une tromperie, conclu avec des personnes agissant dans la sphère de la criminalité organisée ou mafieuse les ayant ensuite forcées à la prostitution. Les manquements dans le système de protection du pays d'origine de ces femmes s'expliquent principalement par une absence de volonté sérieuse de sévir à l'encontre d'une certaine forme de criminalité et ne se fondent pas sur une attitude discriminatoire à l'encontre des femmes. Dans de telles circonstances, il sera conclu au rejet de la demande sous l'angle de l'asile.

En conclusion et conformément à la pratique adoptée, l'évocation d'une situation en relation avec la prostitution forcée peut être, dans certaines circonstances, considérée comme pertinente en vue de la reconnaissance de la qualité de réfugié. L'examen portera principalement sur l'existence d'une menace et de risques auxquels la personne serait exposée en cas de retour dans son pays d'origine.

4. JURISPRUDENCE DE L'AUTORITÉ DE RECOURS

Outre la pratique spécifique adoptée par l'ODM en matière de persécutions liées au genre, diverses jurisprudences élaborées par la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) et reprises par le Tribunal administratif fédéral (TAF) trouvent une application directe dans ce domaine. On citera, notamment, les jurisprudences suivantes :

- JICRA 2006/32 (Art. 3 al. 1 et 2 LAsi ; art. 1A ch. 2 CR. : *Pertinence, au regard du droit d'asile, du rapt nuptial en Ethiopie; persécutions spécifiques aux femmes*) ;
- JICRA 2006/18 (Art. 1A ch. 2 CR. ; art. 3 LAsi : *pertinence en matière d'asile des persécutions de nature non étatique [théorie de la protection]*) ;
- JICRA 2000/21 et 2001/3 (Art. 3 LAsi, art. 1 C ch. 5 al. 2 CR. : *cessation des risques de persécution, raisons impérieuses; raisons impérieuses conduisant à la reconnaissance de la qualité de réfugié*) ;
- JICRA 1998/4 et 2003/17 (*L'invocation tardive de motifs d'asile peut, suivant les cas, mettre en cause leur vraisemblance ou, au contraire, se justifier dans certaines circonstances particulières*).

5. DIFFICULTÉS PARTICULIÈRES DANS LE DOMAINE DES PERSÉCUTIONS LIÉES AU GENRE

Ci-après, seront exposés quatre types de difficultés auxquelles l'ODM est confronté dans le domaine des persécutions liées au genre. Si certaines sont spécifiques au traitement des requêtes déposées dans ce contexte, d'autres découlent plus particulièrement de l'évolution que connaît l'évocation d'un motif d'asile particulier ou de certains phénomènes jusqu'alors méconnus en matière d'asile.

5.1. L'audition

Comme pour l'ensemble des demandes d'asile, la question de la vraisemblance des déclarations doit être tranchée avant leur pertinence. Dans la mesure où cet examen repose, en principe, sur les seules déclarations du requérant d'asile, l'audition, donc les informations et éléments récoltés dans ce cadre, constitue l'instrument de base pour procéder à l'examen de la vraisemblance. Ceci est encore davantage le cas en matière de persécutions liées au genre et l'audition revêt donc un caractère central.

En effet, dans ce contexte, les événements allégués surviennent essentiellement dans le cadre privé et contrairement à des motifs liés, par exemple, à des activités politiques, ne sont guère vérifiables par d'autres moyens d'instruction. Par ailleurs, et compte tenu de cette particularité, l'examen de la vraisemblance d'une persécution liée au genre ne se limite pas uniquement à son évocation mais porte aussi sur l'existence d'une logique – au vu du contexte socioculturel existant – entre les faits allégués et les réalités inhérentes au pays concerné. L'audition devra être menée dans cette optique et ces exigences requièrent, de la part du collaborateur, une maîtrise de diverses connaissances. Il devra, non seulement, disposer de connaissances approfondies sur le pays de provenance mais également, de la situation alléguée.

De plus, les personnes invoquant ce type de persécutions ont, généralement, des difficultés à s'exprimer sur des domaines qui

concernent la sphère intime, notamment en raison de leur origine socioculturelle. Il n'est pas rare non plus qu'en raison des éventuels traumatismes subis, leurs facultés de perception, de mémorisation et de verbalisation des circonstances liées à l'événement vécu en soient considérablement affectées. Ces différents phénomènes exigent que le collaborateur dispose de compétences sur le plan humain et ait acquis diverses connaissances sur le plan psychologique, psychiatrique voire médical.

Pour ces motifs, le cadre et le climat dans lesquels se déroule une audition dans ce domaine revêtent une importance primordiale. En outre, l'ODM considère que les personnes traumatisées peuvent s'exprimer sur les faits qu'elles ont vécus et qu'elles sont en mesure d'expliquer les événements auxquelles elles ont été confrontées, notamment sur les circonstances entourant ces événements (par ex. : avant-après). Ce qui est essentiel pour que la personne puisse se livrer sur les traumatismes qu'elle a subis est le climat et l'atmosphère installés durant l'audition.

Une des règles fondamentales que l'ODM doit respecter dans le cadre de l'audition est évidemment celle découlant de l'art. 6 OA1²⁴. Une application conséquente de cette disposition n'est pas toujours aisée à respecter en dépit des efforts consentis dans ce domaine et de la jurisprudence publiée à cet égard²⁵. Néanmoins, l'ODM entend mettre un accent particulier sur le respect de cette règle afin qu'elle soit appliquée à toutes les situations relevant du domaine des persécutions liées au genre, à savoir non seulement les mesures de persécution de nature sexuelle mais également à l'ensemble des situations telles que celles évoquées sous la notion d'appartenance au groupe social déterminé. Cela étant, et compte tenu des expériences récoltées à ce jour, il s'avère nécessaire de faire preuve, dans la pratique, d'un certain pragmatisme dans l'ap-

²⁴ Art. 6 Ordonnance sur l'asile relative à la procédure (OA1 ; RS 142.311) : "Lorsqu'il existe des indices concrets de persécution de nature sexuelle ou si la situation dans l'Etat de provenance permet de déduire qu'il existe de telles persécutions, la personne requérant l'asile est entendue par une personne du même sexe".

²⁵ JICRA 2003/2.

plication de cette règle, en particulier en présence de personnes appartenant à la communauté LGBTI ou encore d'hommes alléguant avoir subi des violences de nature sexuelle. Pour ces personnes, et après avoir accordé un droit d'être entendu sur la question, l'ODM envisage de s'écarter d'une application trop rigoureuse de cette disposition afin d'offrir à la personne concernée la possibilité de pouvoir s'exprimer dans un cadre où elle se sentirait plus à même d'exposer les événements vécus.

5.2. La protection

La question relative à la protection que les autorités d'origine sont en mesure d'offrir à une personne dans son pays d'origine est souvent délicate en matière de persécutions liées au genre. Selon la jurisprudence relative à la théorie de la protection, divers critères ont certes été établis pour déterminer si une personne peut obtenir une telle protection et quel est le degré de protection requis. Néanmoins, la pratique a démontré qu'il était souvent difficile de déterminer dans quelle mesure une personne pouvait obtenir une protection efficace ou adéquate lorsqu'elle provient d'un pays où, pour des raisons culturelles ou traditionnelles, les autorités considèrent que l'Etat n'a pas à intervenir dans les affaires ressortant de la sphère familiale.

Ainsi, pour les demandes traitées par l'ODM, il s'avère fréquemment que les critères permettant de conclure à l'existence d'un système de protection sont donnés (organes de police, système légal et judiciaire) mais que les Etats n'engagent pas réellement les instruments dont ils se sont dotés. En outre, compte tenu de la situation particulière à laquelle sont confrontées les femmes dans les pays de provenance, il est souvent objectivement et subjectivement difficile d'exiger des requérantes d'asile qu'elles entreprennent des démarches concrètes afin de requérir protection auprès des autorités de leur pays d'origine.

5.3. Les personnes appartenant à la communauté LGBTI

Des demandes d'asile se fondant sur des persécutions liées à l'appartenance à cette communauté ont déjà été déposées par le passé mais l'ODM constate, à l'instar d'autres pays européens, une certaine augmentation des requêtes contenant ce motif. Cette augmentation a également été accompagnée d'une évolution, non seulement de la terminologie (cf. 3.2.1.5.) mais également du profil des personnes invoquant un motif de cette nature. Ce constat a nécessité certaines adaptations de la part de l'ODM, non seulement au niveau de la pratique mais également sur le plan de l'instruction des demandes, de la rédaction des décisions et de l'issue donnée aux requêtes.

Une étude publiée par MARTIN BERTSCHI sur la base de dossiers émanant tant de l'ODM que de l'autorité de recours²⁶ a également permis à l'office de prendre conscience de divers manquements. Ainsi, les critiques concernant la méconnaissance des pressions sociales auxquelles sont confrontées les personnes appartenant à cette communauté, du coming-out et plus particulièrement celle relative à l'argumentation utilisée tendant à exiger des personnes concernées qu'elles vivent dans la discrétion ont servi de points de réflexion dans le processus mené.

Ainsi et dès 2007, l'ODM a notamment exigé des collaborateurs de ne plus motiver le rejet d'une requête fondée sur l'appartenance à la communauté *LGBTI* sur des arguments s'inspirant d'une possibilité d'échapper ou de se soustraire à toute forme de persécution en adoptant un mode vie plus discret ou moins ostentatoire. Cette approche se justifie amplement dans la mesure où l'orientation sexuelle est, comme relevé précédemment (cf. 3.2.1.5.), une partie fondamentale de l'identité humaine. Affirmer le contraire serait tout simplement discriminatoire mais aussi contraire au droit à la vie privée ainsi qu'au droit à la liberté d'opinion et d'expression.

²⁶ MARTIN BERTSCHI, Die asylrechtliche Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität, in: ASYL 4/07, p. 3 ss.

Cela dit, les adaptations que nécessitent ce domaine ne sont pas achevées et compte tenu des nombreux débats²⁷ qu'il suscite tant sur le plan national qu'international ainsi que des nombreux textes adoptés dans ce contexte²⁸, la pratique de l'ODM va encore évoluer.

5.4. La question de la traite humaine

La traite d'être humain est un délit généralement lié au phénomène de la migration et il n'est par conséquent pas étonnant qu'il occupe également le domaine de l'asile. Les criminels profitent de la pauvreté des migrants et de leur espoir d'un avenir meilleur en Suisse pour les recruter en leur promettant notamment une possibilité de travail ou de mariage. Les victimes sont ensuite mises en situation de dépendance et exploitées ; elles sont, par exemple, placées en situation de servitude pour dettes ou soumises à des actes de violence. En Suisse, la forme de traite d'êtres humains la plus répandue est l'exploitation aux fins de prostitution. Toutefois, d'autres domaines sont touchés, tels que l'aide domestique. Les victimes sont pour la plupart des femmes.

²⁷ Interpellation Prelicz-Huber du 10 juin 2009: Asylpraxis bei Opfern von geschlechtsspezifischer Verfolgung (09.3562); Motion Prelicz-Huber du 10 juin 2009: Erweiterung des Flüchtlingsbegriffes. Anerkennung der geschlechtsspezifischen Verfolgung (09.3561); Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity Expert roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, Switzerland, 30 September – 1 October 2010 (2010); Vrije Universiteit Amsterdam: Fleeing Homophobia, Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in the EU, septembre 2011.

²⁸ Les principes de Jogjakarta, Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, novembre 2006 ; UNHCR: Note d'orientation sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre (2008) ; Resolution by the United Nations Human Rights Council on violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) people, 17 juin 2011.

La Suisse a conclu divers accords internationaux²⁹ et s'est doté d'instruments nationaux³⁰ pour lutter contre ce phénomène. Sur le plan national, l'approche se focalise sur trois axes : la prévention, la répression et l'aide aux victimes.

Comme énoncé précédemment (3.4.2.), certaines adaptations ont déjà été trouvées en procédure d'asile concernant la question spécifique de la prostitution forcée.

Depuis l'entrée en vigueur de la procédure Dublin, quelques requérantes d'asile ont invoqué s'être soustraites à des situations de prostitution forcée auxquelles elles avaient été contraintes dans des Etats européens. Or, dans la mesure où le traitement de leur demande tombe sous le coup de la procédure susmentionnée, les procédures engagées ne font pas l'objet d'une instruction ou de mesures particulières. Cette manière de procéder n'est pas sans soulever quelques interrogations, notamment si une décision de non-entrée en matière est prononcée sans qu'un examen sur l'existence d'une protection dans le pays de renvoi ou sans que soit, au moment de l'exécution, mis en place un certain suivi ou accompagnement. Pour les cas plus sérieux, il faudrait s'interroger sur l'application éventuelle de la clause de souveraineté.

Diverses réflexions doivent encore être menées dans ce cadre et celles-ci devront aussi s'inspirer des recommandations et obligations découlant de la Convention européenne, du message du Conseil fédéral en vue de la ratification de cet instrument et du projet de loi sur la protection extra procédurale des témoins qui l'accompagne³¹.

²⁹ Ibid. note 22; Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 sur la lutte contre la traite des êtres humains, signée par la Suisse en septembre 2008, mais pas encore ratifiée.

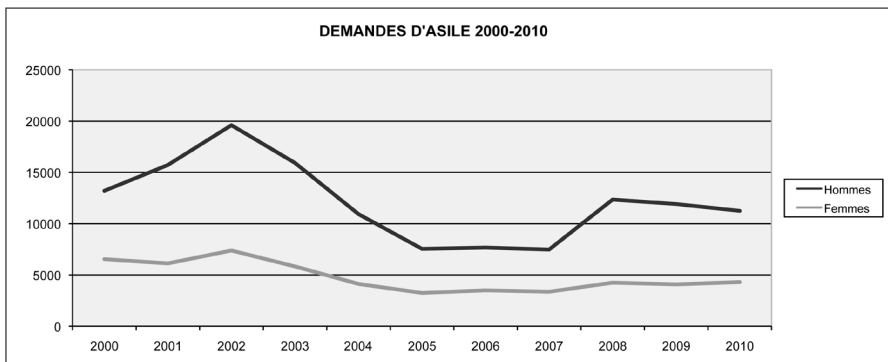
³⁰ Art. 182 Code pénal suisse du 1^{er} décembre 2006 (RS 311.0); Art. 30, al. 1, let. e Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20); Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI; RS 312.5).

³¹ Message concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains et la loi sur la protection extra procédurale des témoins du 17 novembre 2010

6. STATISTIQUES ET CONCLUSION

Afin de pouvoir mieux cerner le profil des personnes touchées par la pratique de l'ODM dans le domaine des persécutions liées au genre et d'évaluer l'impact de l'application de cette pratique, il paraît judicieux d'examiner quelques statistiques. Les chiffres présentés s'inspirent, pour l'essentiel, des statistiques officielles publiées par l'ODM³².

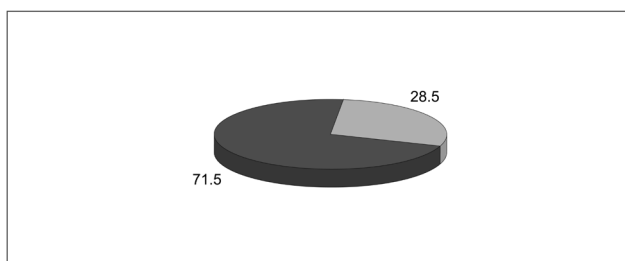
Un premier chiffre intéressant se rapporte à la proportion de femmes et d'hommes représentés dans le nombre global des demandes d'asile déposées. Pour ces dix dernières années, on constate que le nombre de femmes déposant une telle requête est, contrairement aux hommes, relativement stable.



Ainsi, le nombre de requêtes introduites en Suisse par des femmes oscille, pour cette période, entre 25 à 30% de la totalité des requêtes, ce qui correspond à la valeur moyenne suivante :

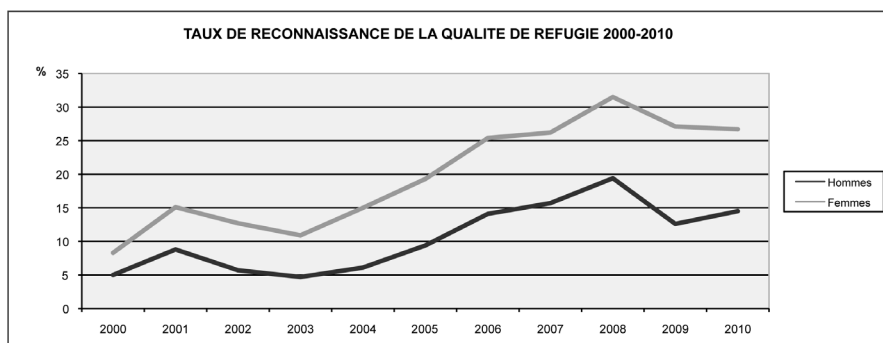
(FF 2011 1) ; Projet Loi fédérale sur la protection extra procédurale des témoins (Ltém ; FF 2011 97).

³² http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/fr/home/dokumentation/-zahlen_und_fakten/asylstatistik.html.



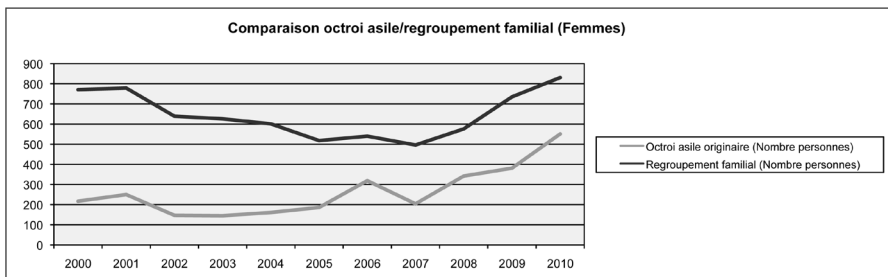
Un deuxième chiffre intéressant concerne le taux de reconnaissance de la qualité de réfugié. Comme le démontre le schéma ci-dessous le taux de reconnaissance, est, à l'évidence, plus élevé pour les femmes que pour les hommes alors qu'elles sont, proportionnellement, moins nombreuses à déposer une demande d'asile en Suisse.

Pour l'année 2010, ce taux s'élève à 26, 7 % pour les femmes alors qu'il est de 14, 5 % pour les hommes.



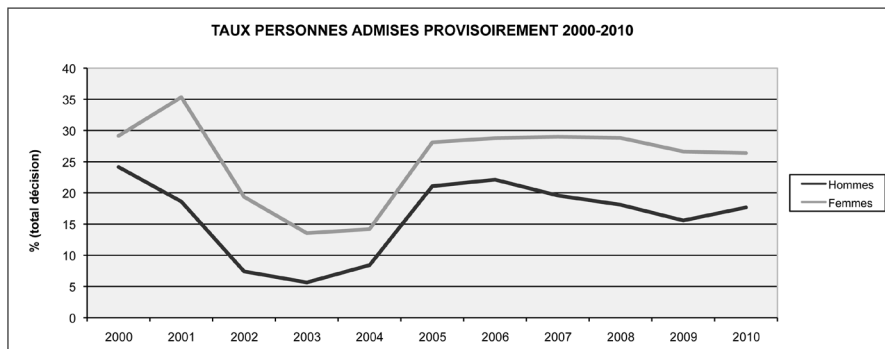
Cependant, il ne faut pas omettre que la reconnaissance de la qualité de réfugié peut se fonder sur différentes bases légales, soit à titre originaire (art. 3 LAsi) ou à titre dérivé (art. 51 LAsi). Il paraît donc opportun d'affiner les chiffres concernant le taux de reconnaissance pour les femmes en fonction du type de reconnaissance prononcé.

Le tableau ci-dessous présente les chiffres comprenant cette distinction et il en ressort que le taux de reconnaissance pour les femmes sur les dix dernières années s'élève à 71 % pour les reconnaissances à titre dérivé et à 29 % à titre originaire. A titre comparatif, pour les hommes, le taux de reconnaissance à titre originaire s'élève à 52 % et à 48 % à titre dérivé.



Si, pour les femmes, la reconnaissance à titre dérivé ou regroupement familial est incontestablement et constamment plus élevée, les chiffres démontrent néanmoins que le taux de reconnaissance à titre originaire est en constante augmentation depuis l'année 2006 et que l'écart entre ces deux types de reconnaissance de la qualité de réfugié semble clairement s'atténuer.

D'autres chiffres méritent également d'être examinés concernant l'issue donnée aux procédures engagées par les femmes en Suisse et ceux-ci se rapportent au taux ou au nombre d'admissions provisoires prononcées en présence d'un obstacle à l'exécution du renvoi (pour illicéité ou inexigibilité).



Le tableau ci-dessus démontre que l'existence d'un obstacle au renvoi conduisant au prononcé d'une admission provisoire est plus fréquemment constatée aux termes des procédures engagées par des femmes.

Ainsi, ces premiers chiffres permettent de démontrer que les femmes, bien que moins nombreuses à requérir l'asile en Suisse, se voient davantage reconnaître la qualité de réfugié ou être admises provisoirement en Suisse, proportionnellement parlant, que les hommes.

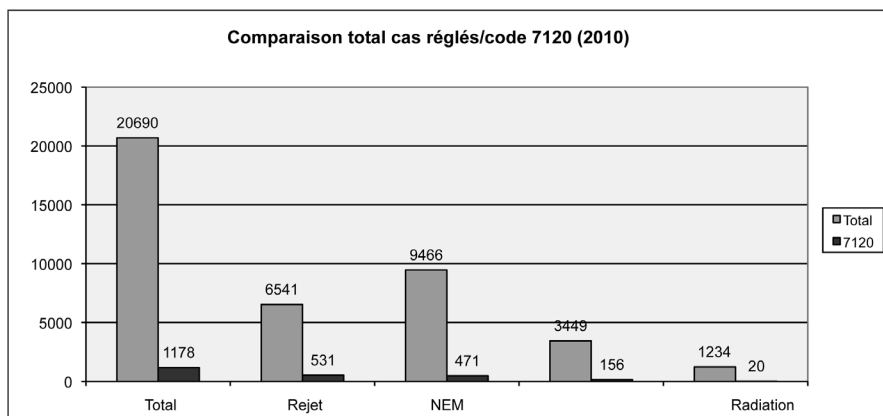
Cela dit, les chiffres présentés jusqu'ici ne permettent pas encore de dégager une image plus précise de la pratique de l'ODM dans le domaine des persécutions liées au genre ou des motifs de fuite spécifiques aux femmes. En effet, les statistiques officielles de l'ODM, sur lesquelles ils se fondent, ne prennent en compte que le sexe, l'âge, la nationalité, l'état civil et ne contiennent pas d'indication sur les motifs d'asile invoqués par les requérants.

Fréquemment interpellé quant à l'absence de statistiques plus précises dans le domaine genre, l'ODM a décidé d'introduire un code spécifique (7120) pour ce domaine en juillet 2008.

A ce jour, cette introduction permet de présenter un premier aperçu pour l'année 2010. Cependant et dans la mesure où l'apposition

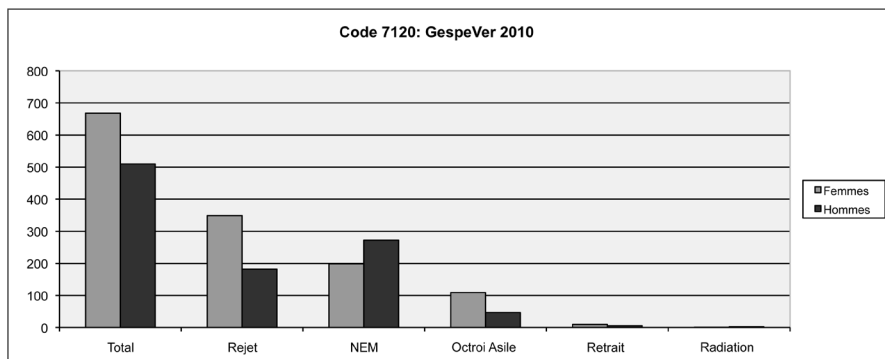
de ce code n'est pas générée automatiquement, ces chiffres demeurent approximatifs.

Les valeurs présentées constituent un minimum qui pourraient, en réalité, être plus élevées.



Ce graphique démontre que sur l'ensemble des cas traités durant l'année 2010, 6% des cas concernaient un motif de persécutions liées au genre. Si, selon ces chiffres, il n'est pas possible de distinguer combien de personnes ont invoqué, par exemple, des craintes de mutilations génitales ou d'avoir été victimes de persécutions en raison de leur orientation sexuelle, ils donnent néanmoins un aperçu du type de décisions prononcées.

Finalement, ce nouveau code donne une image plus précise de l'évocation d'une persécution liée au genre en fonction du sexe :



En résumé et sur la base de ce nouveau code, on constate que sur 20'690 cas traités, 1'178 contenaient des motifs de persécutions liées au genre. Sur ce nombre, 668 cas, concernaient des femmes (12%). Sur ces 668 cas, 109 se sont vus reconnaître la qualité de réfugié pour un tel motif.

En dépit du fait que les derniers chiffres doivent être appréciés avec un certain recul, il n'en demeure pas moins qu'ils permettent à l'ODM de considérer que la pratique mise en œuvre depuis le début des années 2000 en matière de persécutions liées au genre porte ses fruits. En outre, ils sont de nature à démontrer que les mesures ordonnées et les efforts consentis dans ce domaine ont permis de respecter l'obligation légale tendant à ce qu'il soit tenu compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes.

Le processus engagé n'est, cependant, pas clos et diverses questions abordées précédemment démontrent que le traitement des demandes d'asile comprenant des allégations relatives à des persécutions liées au genre nécessitera encore diverses adaptations dans la mesure où il s'agit d'un domaine en constante évolution.

PERSÉCUTIONS LIÉES AU GENRE

Pratique et jurisprudence en Suisse et en Europe

Samah Ousmane et Sarah Progin-Theuerkauf

Table des matières

1. La problématique des persécutions liées au genre	110
2. Aspects terminologiques	111
3. Aspects procéduraux	114
3.1. Mesures au sein du Conseil de l'Europe	114
3.2. Droit suisse	116
3.3. Droit européen	118
4. L'examen du fond : Persécutions liées au genre et statut de réfugié	118
4.1. La Convention de Genève	118
4.2. Mesures au sein du Conseil de l'Europe	120
4.3. Droit suisse	120
4.3.1. Historique	120
4.3.2. Analyse matérielle du statut de réfugié	122
4.3.2.1. Motifs de fuite et agent de persécution	122
4.3.2.2. Interprétation du critère de l'appartenance à un groupe social déterminé	125
4.3.2.3. Examen de la vraisemblance	127
4.3.2.4. Examen de la pertinence	130
4.4. Droit européen	133
5. Admission provisoire et protection subsidiaire	137
5.1. Droit suisse	137
5.2. Droit européen	138
6. Jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme	139
6.1. Violences conjugales et législations discriminatoires	139
6.2. Lutte contre le travail forcé et le trafic d'êtres humains	142
7. Conclusion	145

1. LA PROBLÉMATIQUE DES PERSÉCUTIONS LIÉES AU GENRE

Dans certains pays, les actes de violence liés au genre¹ sont de plus en plus répandus. Ce phénomène touche essentiellement des femmes, même si des cas de persécution d'hommes – notamment homosexuels – sont également connus. Effectivement, ces derniers temps, les Etats européens, y compris la Suisse, se retrouvent confrontés à un nombre grandissant de demandes d'asile déposées par des femmes fuyant des persécutions qui leur sont spécifiques. En Europe, 52 % de l'ensemble des réfugiés sont de sexe féminin.² Elles sont donc nombreuses à demander l'asile pour échapper à des persécutions subies pour des raisons propres à leur position de femme.

Dans ce qui suit, nous allons analyser comment la pratique et la jurisprudence en Suisse et en Europe font face à ces nouveaux défis. On peut distinguer entre les règles de procédure (Chapitre 3) et les dispositions matérielles qui s'appliquent aux persécutions liées au genre (Chapitre 4 et 5). Finalement, nous résumerons quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme (Chapitre 6).

Nous ne nous limiterons pas aux problèmes des femmes, même si celles-ci constituent le sujet principal de notre recherche, car, en raison de leur constitution physique et leur position sociale, elles sont plus fréquemment cible d'attaques de nature sexuelle que les hommes.

¹ Cf. HCR, HCR/GIP/02/01 Rev. 1, Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, pt. 3: « *Le genre fait référence aux relations entre les femmes et les hommes basées sur des identités, des statuts, des rôles et des responsabilités qui sont définis ou construits socialement ou culturellement, et qui sont attribués aux hommes et aux femmes. Alors que le « sexe » est déterminé biologiquement, ainsi, le genre n'est ni statique ni inné mais acquiert une signification construite socialement et culturellement au fil du temps.* »

² Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*.

2. ASPECTS TERMINOLOGIQUES

La notion de genre renvoie à toutes les problématiques liées à l'appartenance sexuelle, à l'identité sexuelle ou l'orientation sexuelle, elle englobe ainsi la question de l'homosexualité, du viol ou de la prostitution. Notamment la persécution des femmes n'est pas un phénomène nouveau, celles-ci ont toujours été plus facilement victimes de persécutions, surtout lorsqu'elles ne se conforment pas aux règles posées par leurs sociétés respectives.

La « persécution liée au genre » est une expression qui n'a pas de signification juridique en soi. Elle est plutôt utilisée pour englober la variété de demandes dans lesquelles le genre est une considération pertinente pour la détermination du statut de réfugié.³

On parle d'actes de violence spécifiques aux femmes lorsqu'il s'agit d'actes perpétrés contre une femme en raison de sa position sociale ainsi que les actes dont les femmes sont plus fréquemment victimes que les hommes. Certaines cultures attribuent à la femme une position sociale qui se caractérise par une prédétermination plus ou moins rigide de son rôle en tant que femme. Ce rôle se traduit notamment par une relégation au sein de la famille, des chances très limitées de s'épanouir par la formation, le travail et l'indépendance financière qui en résulte.⁴ En résumé, il se manifeste par la négation ou – au minimum – la négligence des droits de la femme. Il y a persécution spécifique aux femmes lorsqu'on répond par la négative à la question de savoir si un mode de persécution touche dans la même mesure les hommes.⁵

En principe, les femmes comme les hommes peuvent être persécutés pour l'un des cinq motifs de persécution énumérés par la

³ Cf. HCR, HCR/GIP/02/01 Rev. 1, Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, pt. 1.

⁴ Manuel de la procédure d'asile de l'ODM, Chapitre J, §2, p. 4.

⁵ CHRISTINA HAUSAMMANN, Die Berücksichtigung der besonderen Anliegen der Frauenflüchtlinge in der laufenden Asylgesetzrevision, ASYL 1996/2, p. 39 ss.

Convention de Genève⁶ et repris par la Loi sur l'asile (LAsi)⁷ : la race, la religion, la nationalité, les opinions politiques ou l'appartenance à un groupe social déterminé. En ce qui concerne les femmes, elles sont souvent persécutées en raison de leurs croyances, de leurs engagements politiques, de leurs appartenances à des ethnies ou des groupes minoritaires ou simplement en raison de leurs proximités familiales ou amicales avec des personnes stigmatisées par une société ou un agent de persécution.⁸ Des persécutions peuvent également être considérées comme spécifiques aux femmes compte tenu de l'ampleur des violences sexuelles qui les accompagnent, indépendamment des raisons qui les motivent. Les actes infligés peuvent donc être liés au sexe non pas du fait de leur motivation mais en raison du genre de préjudices infligés ou des mesures de persécutions à craindre.⁹ Les violences perpétrées contre les femmes peuvent se produire dans de nombreux contextes, par exemple au sein de la famille¹⁰ ou d'un groupe social.¹¹ Dans la plupart des cas, elles sont commises par des personnes privées, mais elles peuvent aussi être le fait de l'Etat ou tolérées par ce dernier.¹² Par ailleurs, une grande partie des violences à l'encontre des femmes sont commises lors de conflits armés.¹³ Dans les guerres interethniques notamment, le viol de fem-

⁶ Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés.

⁷ Loi sur l'asile du 26 juin 1998, RS 142.31.

⁸ Dans ces derniers cas, on parle de « persécutions réfléchies ». Celles-ci permettent aux femmes concernées de faire valoir leurs propres raisons d'asile.

⁹ Rapport de l'ODM d'août 2005 en réponse au postulat Menétrey-Savary (00.3659), La situation des femmes dans la politique d'asile – appréciation des aspects spécifiques aux femmes et liés au sexe en procédure d'asile, p. 10.

¹⁰ Exemples : Violences domestiques, viol conjugal, conditions de vie proches de l'esclavage, mutilations, mariage forcé, crime dit d'honneur.

¹¹ Exemples : Prostitution forcée, exploitation sexuelle, travail forcé, mutilations génitales féminines, actes d'agression et de harcèlement sur le lieu du travail.

¹² Exemples : Viol par des agents des pouvoirs publics, torture en détention, actes de violence perpétrés par des agents des services de l'immigration, planifications familiales forcées.

¹³ Ces violences peuvent être le fait des forces régulières, des membres de groupes armés, des attaques contre la population civile (composée bien

mes constitue une stratégie de conflit qui est souvent utilisée comme arme d'épuration ethnique, car les femmes sont perçues comme le vecteur de la culture ennemie et représentent symboliquement et biologiquement l'intégrité de la partie adverse.¹⁴ Le fait de violer, d'agresser et de mutiler sexuellement, de féconder de force et de contaminer par le VIH/sida les épouses, les filles et les mères des «ennemis» a non seulement de terribles conséquences physiques et psychologiques pour les victimes elles-mêmes, ces actes sont aussi un moyen de bouleverser, voire détruire, des communautés entières.¹⁵

Il convient aussi de rappeler que les femmes et les filles ne sont pas les seules confrontées à des actes de violence liés au genre, les hommes et les garçons pouvant également en être victimes¹⁶ en raison de leur orientation sexuelle.¹⁷

souvent en majorité de femmes et d'enfants). Il s'agit, pour l'essentiel, de viols et autres violences sexuelles ou encore de la soumission des femmes à une forme d'esclavage au profit des forces armées. Des exactions peuvent également être commises ou tolérées par les policiers, gardiens de prisons, gardes-frontières etc.

¹⁴ Exemple : Pendant le génocide du Rwanda, il y a eu des viols massifs de femmes d'ethnie tutsi par des personnes malades du SIDA ou encore à l'aide d'objets blessants comme des tessons de bouteilles.

¹⁵ Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population du 26 juillet 2010, *Demandes d'asile liées au genre*, Doc. 12350, pt. 6.1.

¹⁶ Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*, pt. 8.2.

¹⁷ L'«orientation sexuelle» renvoie à la capacité de chacun de ressentir à l'égard de personnes du sexe opposé, du même sexe ou de plus d'un sexe une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle et d'entretenir avec ces personnes des relations intimes ou sexuelles. Cf. Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, *Demandes d'asile liées au genre*, du 26 juillet 2010, Doc. 12350, pt. 47 : « Dans certains pays, les gays, lesbiennes, bisexuels et transsexuels peuvent faire l'objet de discrimination et de maltraitance physique de la part des autorités ou d'acteurs privés, y compris des membres de leur famille, en raison de leur personne ou de la façon dont ils sont perçus par la collectivité. Cela peut être dû aux normes culturelles et sociales en vigueur, qui nourrissent l'intolérance et les préjugés, ou à des lois nationales qui reflètent ces attitudes ».

3. ASPECTS PROCÉDURAUX

Face à la spécificité des persécutions liées au genre, il s'est avéré indispensable de développer des règles de procédure tenant compte des mesures de persécution de nature sexuelle ; ceci tant sur le plan international que sur le plan national.

3.1. Mesures au sein du Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe¹⁸, organisation internationale dont font partie tous les Etats membres de l'Union européenne ainsi que la Suisse, a adopté, le 8 octobre 2010, une Résolution¹⁹ qui appelle les Etats membres à prendre un certain nombre de mesures afin d'assurer que les demandes liées au genre soient examinées par un système d'asile qui tient compte des formes particulières de persécution et de violation des droits fondamentaux auxquelles notamment les femmes sont confrontées en raison de leur genre.

La Résolution estime que la procédure d'asile des Etats membres du Conseil de l'Europe ne permet pas toujours aux femmes de raconter toute leur histoire. Sous cet angle, elle relève que « *Face à un enquêteur ou à un interprète masculin, une femme peut avoir du mal à parler librement et à donner le récit complet des violences qu'elle a subies, qu'elles soient ou non fondées sur le genre. En outre, n'ayant pas de formation adéquate sur les problèmes spécifiques liés au genre, les agents publics en charge de la procédure d'asile ne posent pas toujours les bonnes questions et n'analysent pas toujours correctement les preuves qui leur sont présentées. A cela peut s'ajouter l'utilisation d'informations sur le pays d'origine qui ne tiennent pas compte des problèmes spécifiques aux femmes ou qui ne sont guère pertinentes au regard du genre.* » Pour pallier à cette lacune, le texte adopté demande aux Etats de veiller à ce que les requêtes liées au genre soient dûment prises en compte

¹⁸ Cf. <http://www.coe.int/t/portal/web/coe-portal> (dernière visite: 1er décembre 2011).

¹⁹ Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*.

dans les procédures d'asile. Il invite les Etats membres à identifier le plus tôt possible les femmes et les filles pouvant avoir été victimes de violence fondée sur le genre et de persécution liée au genre, de veiller à ce qu'elles déposent leur demande d'asile à titre individuel afin qu'elles restent indépendantes, dans leur demande, par rapport à leur époux ou aux membres masculins de leur famille; et que les dossiers de demande d'asile soient remplis par les femmes elles-mêmes, et non pas, à leur place, par leur époux ou par d'autres membres de leur famille. Les Etats doivent également faire en sorte que les femmes bénéficient systématiquement d'une assistance et de services d'interprétation assurés par des femmes pour présenter leur demande d'asile et remplir les formulaires requis. En outre, l'examen des demandes d'asile doit être conduit par un agent dûment formé, afin de détecter les cas de violences fondées sur le genre et de persécutions liées au genre pouvant ouvrir droit au statut de réfugié ou à un autre statut. La Résolution demande entre autres aux Etats de faire en sorte que le conjoint ou des proches ne puissent assister à l'entretien pendant la demande d'asile, et de garantir la confidentialité de la procédure si la victime de violences liées au genre ou d'autres formes de violences le demande, ou si la sensibilité de l'affaire l'exige. Les Etats doivent également veiller à ce que les entretiens, lors de la demande d'asile, tiennent dûment compte des considérations de genre et, en particulier, que des questions touchant à la violence fondée sur le genre et à la persécution liée au genre soient posées. Enfin, la Résolution demande aux Etats de veiller à accorder aux femmes qui souffrent de traumatismes à la suite d'actes de violence fondée sur le genre ou autres un temps de réflexion et de rétablissement suffisant avant le début de la procédure d'asile, si nécessaire par le biais d'un permis de séjour temporaire, ce dernier ne devant toutefois jamais exclure ou remplacer un permis de séjour à long terme dont l'octroi est possible après la reconnaissance du statut de réfugié.²⁰

²⁰ Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*, pt. 9.2.

3.2. Droit suisse

En droit suisse, l'art. 17 al. 2 LAsi donne au Conseil fédéral le mandat d'édicter des dispositions complémentaires pour qu'il soit tenu compte dans la procédure de la situation particulière des femmes et des mineures. Ce mandat est à l'origine de l'adoption de l'art. 5 de l'Ordonnance 1 sur l'asile (OA 1)²¹, qui prévoit que *« lorsque des conjoints, des partenaires enregistrés ou une famille demandent l'asile, chaque personne requérant l'asile a droit, pour autant qu'elle soit capable de discernement, à ce que ses propres motifs d'asile soient examinés »*. En outre, en vertu de l'art. 6 OA 1, avant que l'Office fédéral des migrations (ODM) ne statue sur la demande d'asile, le requérant d'asile est entendu par une personne du même sexe, pour autant qu'il existe des indices concrets de persécution de nature sexuelle ou si la situation dans l'Etat de provenance permet de déduire qu'il existe de telles persécutions. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) considère que *« l'audition par une personne de même sexe constitue ainsi à la fois un droit de participation du requérant d'asile à la procédure qui le concerne et un moyen pour l'administration d'établir les faits »*.²² En ce sens, il rappelle que *« des sentiments de culpabilité et de honte, conditionnés par des facteurs d'ordre culturel [...], imposent en effet de tenir compte de manière spécifique de ces motifs particuliers de fuite. L'effet réel des mesures d'aménagement, imposées par le droit fédéral, importe par ailleurs peu. Chaque requérant d'asile qui invoque des indices concrets de persécutions de nature sexuelle doit avoir la possibilité de les développer lors d'une audition en présence d'une personne du même sexe. Il y va de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la procédure d'asile. »*²³

²¹ Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure, RS 142.311.

²² JICRA 2003/1.

²³ ATAF E-5314/2010 du 3 août 2010. L'arrêt en question concerne une sri lankaise d'ethnie tamoule impliquée dans la guérilla aux côtés des tigres tamouls. Elle soutient ainsi avoir été recrutée de force par la guérilla au printemps 2008 et avoir été contrainte de vivre au sein des séparatistes tamouls lors de l'intensification du conflit interne. Puis, alors qu'elle tentait de fuir la région à la fin de l'année 2008, elle aurait été interceptée au poste de contrôle par les forces de sécurité sri lankaises et placée dans un

Partant, le droit fédéral exige de donner à une femme concernée la faculté de soumettre oralement ses motifs de fuite spécifiques aux femmes.

Par ailleurs, il convient, dans la mesure du possible, de tenir également compte du sexe lors du choix de l'interprète et du procès-verbaliste. Les œuvres d'entraide doivent aussi prendre en considération ce principe lors de la désignation de leur représentant.²⁴

Un problème particulier se pose lors de l'audition d'un homme homosexuel. En fait, celui-ci pourrait se sentir plus gêné face à un autre homme que face à une femme. Nous sommes d'avis qu'il faut tenir compte de chaque cas d'espèce et ne pas insister sur une application rigide de la règle de l'auditeur du même sexe. Cela irait à l'encontre de l'essence de la norme, dont le but est d'élargir le cercle de droits des demandeurs, et non pas d'imposer à tout prix un auditeur d'un certain sexe.

camp où elle affirme avoir subi des attouchements. Libérée grâce à l'intervention de sa famille, elle aurait par la suite utilisé de faux documents pour rejoindre la capitale et quitter le Sri Lanka, où elle serait activement recherchée. Lors de son audition par l'ODM, elle avait déclaré « *J'ai été violée par l'armée. Je n'ai pas été vraiment violée, car il n'y a pas eu de rapport sexuel, mais j'ai été touchée partout par les militaires sri lankais* ». Cette déclaration a été interprétée par l'ODM comme l'indice d'une « *agression sexuelle* » et l'auditeur lui a proposé de ne plus poser de questions à ce sujet. Puis, au terme de l'audition, il lui a imparté un délai de sept jours pour détailler par écrit les « *violences sexuelles* » alléguées. Par décision du 17 juin 2010, l'ODM a rejeté la demande d'asile de l'intéressée, prononcé son renvoi du territoire et ordonné son admission provisoire en Suisse pour inexigibilité du renvoi. Celle-ci a interjeté recours devant le TAF principalement pour la violation de son droit d'être entendue par le fait que l'ODM n'avait pas chargé une femme de l'entendre sur les persécutions de nature sexuelle invoquées. Par ailleurs, elle estimait que cette problématique, qui était l'une des raisons de sa fuite, n'avait pas fait l'objet d'une instruction suffisante. Le TAF a admis le recours et renvoyé le dossier à l'autorité inférieure pour instruction. Sur le sujet, cf. également JICRA 2003/1.

²⁴ Manuel de la procédure d'asile de l'ODM, Chapitre J, §2, p. 6.

3.3. Droit européen

Contrairement au droit suisse, le droit européen ne contient pas beaucoup d'instructions concernant la manière de mener une procédure impliquant un cas de persécution liée au genre. Selon l'art. 4 al. 3 let. c) de la Directive 2004/83/CE (Directive Qualification)²⁵, l'appréciation d'une demande de protection internationale doit se faire sur la base d'une évaluation individuelle, en tenant compte des éléments comme le sexe du demandeur.

La Directive 2005/85/CE (Directive Procédure)²⁶ ne contient aucune disposition faisant preuve d'une prise de conscience du rôle du genre dans les procédures d'asile de la part du législateur européen.

4. L'EXAMEN DU FOND : PERSÉCUTIONS LIÉES AU GENRE ET STATUT DE RÉFUGIÉ

4.1. La Convention de Genève

Historiquement, la définition du réfugié a été interprétée dans le cadre d'expériences masculines, ce qui fait que de nombreuses demandes émanant de femmes ou d'homosexuels n'ont pas été reconnues.²⁷ Bien que la persécution subie par les femmes et les filles soit différente de celle vécue par les hommes, le système d'asile continue de la percevoir à travers le prisme des expériences

²⁵ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO L 304/12 du 30.9.2004.

²⁶ Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et du retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, JO L 326/13 du 13.12.2005.

²⁷ HCR, HCR/GIP/02/01 Rev. 1, Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, pt. 5.

masculines.²⁸ Le sexe ne figurant pas parmi les cinq motifs de persécution énumérés par la Convention de Genève, il s'est avéré nécessaire, au fil des cas qui se présentaient, d'adopter une approche spécifique au genre. Conscient du problème, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) a recommandé aux Etats de développer des critères permettant que les persécutions spécifiques aux femmes puissent aboutir à l'octroi de l'asile.²⁹ En général, il s'agit d'appliquer un des cinq motifs de persécution de la Convention au cas individuel impliquant une persécution liée au genre ; dans la plupart des cas, c'est le critère du « groupe social » qui est applicable. La définition du réfugié, interprétée correctement, englobe donc les demandes liées au genre.³⁰ Le HCR rappelle que « *dans nombre de demandes liées au genre, la persécution redoutée peut être fondée sur un ou plusieurs des motifs prévus par la Convention. Par exemple, une demande de statut de réfugié basée sur la transgression des normes sociales ou religieuses peut être analysée en termes de religion, d'opinion politique ou d'appartenance à un certain groupe social. Il n'est pas exigé de la requérante ou du requérant qu'elle ou il détermine précisément la raison pour laquelle elle ou il craint avec raison d'être persécuté(e)* ». ³¹

²⁸ Cf. également Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*, pt. 2.

²⁹ HCR, HCR/GIP/02/01 Rev. 1, Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés; cf. également : HCR, Violence sexuelle à l'encontre des réfugiés, Principes directeurs concernant la prévention et l'intervention, mars 1995 ; remplacé par HCR, La violence sexuelle et sexiste contre les réfugiés, les rapatriés et les personnes déplacées, Principes directeurs pour la prévention et l'intervention, mai 2003 ; HCR, Note d'orientation sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, novembre 2008. Tous les documents sont disponibles sur <http://www.unhcr.org/refworld/>.

³⁰ HCR, HCR/GIP/02/01 Rev. 1, Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, pt. 6.

³¹ HCR, HCR/GIP/02/01 Rev. 1, Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la

4.2. Mesures au sein du Conseil de l'Europe

La Résolution 1765 (2010) du Conseil de l'Europe demande aux Etats « *de veiller à ce que la violence fondée sur le genre soit prise en compte dans les cinq motifs de persécution (race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinions politiques) dans toute procédure d'asile, et que le «genre» soit explicitement inclus dans la notion de «certains groupes sociaux» au sens de la définition du réfugié que donne la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés adoptée en 1951 (Convention de Genève), de préférence dans la loi, et à tout le moins dans la pratique.* »³²

A titre d'exemple, la Résolution demande aux Etats membres de veiller à ce que la traite, la stérilisation forcée, les mutilations génitales ou les risques de mutilations génitales soient reconnus comme un motif possible de demande d'asile.³³ Concernant les violences domestiques, elle souligne que certaines formes peuvent constituer une persécution au sens de la Convention de Genève et/ou justifier l'octroi d'une protection complémentaire, notamment quand cette violence atteint une certaine intensité et quand les autorités ne peuvent ou ne souhaitent pas protéger la victime.³⁴

4.3. Droit suisse

4.3.1. Historique

En Suisse, la question des persécutions liées au genre a été soulevée pour la première fois sur le plan politique en 1996, lors de la révision totale de la LAsi. Certains groupes politiques et organisa-

Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, pt. 23.

³² Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*, pt. 8.1.

³³ Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*, pt. 11.4 ss.

³⁴ Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*, pt. 10.9 ss.

tions féminines ont demandé l'extension de la notion de réfugié aux persécutions spécifiques aux femmes. Leur requête consistait à compléter la liste exhaustive des motifs de persécution relevant de la notion de réfugié par l'élément « genre ». Le Conseil fédéral a, pour sa part, considéré qu'un élargissement de la notion de réfugié risquait de mener à une interprétation différente du droit international en Suisse, ou, au moins, de donner cette impression. Il a jugé que, dans la perspective d'une harmonisation du droit d'asile en Europe, un élargissement ou une interprétation trop généreuse pourraient engendrer des difficultés par rapport à d'autres Etats d'accueil européens et, notamment, de causer des mouvements secondaires de demandeurs d'asile (« *asylum shopping* »).³⁵ Finalement, le législateur a suivi l'avis du Conseil fédéral en ajoutant à la notion de réfugié une clause générale, c'est-à-dire une sorte de « mandat » donné aux autorités d'application selon lequel « *il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes* » (art. 3 al. 2 LAsi). Cette clause complémentaire n'introduit pas un nouveau motif d'asile.³⁶ En pratique, son insertion a pour vocation uniquement d'attirer l'attention des autorités d'application sur la gravité de certains préjudices infligés essentiellement, voire exclusivement, aux femmes. En ce sens, la systématique de l'art. 3 LAsi voudrait que l'on tienne compte de la problématique spécifique aux femmes dans l'interprétation de l'intensité de la persécution (« *sérieux préjudices* »).³⁷ Il va de soi que dans certains cas, le sexe de la requérante ou du requérant peut avoir une incidence significative sur la demande, mais cela devrait également concerner les hommes persécutés en raison de leur orientation sexuelle. Les autorités doivent toujours y être attentives.

³⁵ Message concernant la modification totale de la Loi sur l'asile du 4 décembre 1995, FF 1996 II 40.

³⁶ Intervention du rapporteur au Conseil des Etats BO, CE 1997, p. 1195 : « En inscrivant les motifs de fuite spécifiques aux femmes nous n'introduisons aucun nouvel élément constitutif de la notion de réfugié, mais nous relevons de manière nettement marquante une exigence dont il était déjà tenu compte ».

³⁷ OSAR, Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, p. 174.

4.3.2. Analyse matérielle du statut de réfugié

4.3.2.1. Motifs de fuite et agent de persécution

L'appréciation des motifs de fuite liés au genre à la lumière de la notion de réfugié n'est pas toujours facile.

En ce qui concerne l'application de l'art. 3 al. 2 LAsi in fine, la pratique de l'ODM consiste à rattacher la persécution à l'un des motifs exhaustivement énoncés à l'art. 3 al. 1 LAsi (la race, la religion, la nationalité, les opinions politiques ou l'appartenance à un groupe social déterminé).

Un autre élément extrêmement important dans les cas de persécutions liées au sexe – et qui pose problème parfois par rapport à l'auteur de la persécution – est le caractère étatique de la persécution ou le fait que l'Etat n'offre pas de protection contre celle-ci. Parfois, les actes de violence liés au genre peuvent être infligés par les autorités du pays d'origine. Cela peut notamment être dû au fait que la femme a agi d'une manière jugée inappropriée ou simplement parce qu'elle a refusé de se soumettre à des normes discriminatoires du point de vue du genre, ce qui peut entraîner des sanctions sévères. Cela étant, la pratique a démontré que, pour l'essentiel, les persécutions perpétrées à l'encontre des femmes surviennent dans le cadre familial et sont de ce fait dans la plupart des cas imputables à des personnes privées. Sur ce point, conformément à la théorie de la protection, une éventuelle responsabilité de l'Etat ne peut être mise en cause que si les informations obtenues permettent de conclure à un manque de volonté et/ou de capacité de protection de la part de celui-ci. C'est notamment le cas lorsqu'un Etat facilite, juge avec indulgence, conditionne, excuse ou tolère la violence perpétrée contre des femmes par des acteurs privés. En principe, on considère que l'Etat est capable d'offrir une protection adéquate du moment où il met en place des infrastructures législatives et judiciaires lui permettant de réprimer et lutter efficacement contre des actes de violence commis par des tiers. En outre, les infrastructures mises en place doivent être objectivement

accessibles et raisonnablement exigibles à la victime.³⁸ Ainsi, l'autorité chargée de l'instruction procède à des investigations avant de conclure à l'existence ou non d'une protection adéquate dans le pays d'origine. Aussi, il lui incombe de motiver sa décision sur ce point.³⁹

Dans les sociétés de type patriarcal notamment, les autorités ne sont souvent pas très disposées à intervenir dans le cadre de conflits familiaux ou de violences conjugales. Une telle attitude n'implique pas forcément une volonté de non protection de la part de l'Etat ou une incapacité de ce dernier d'accorder une protection contre les violences en question. Selon la pratique, seule l'existence d'indices concrets (vide juridique, jurisprudentiel, ou inexistence d'infrastructures) permet d'aboutir à une telle conclusion. A ce niveau, l'examen individuel en fonction des spécificités du pays joue un rôle très important.⁴⁰

En matière de mutilations génitales féminines⁴¹, les demandes d'asile déposées par des femmes provenant de pays où le gouvernement a pris des mesures d'ordre juridique ou autre pour interdire

³⁸ Une démarche n'est pas raisonnablement exigible si, par exemple, elle exposerait la victime à des risques de représailles ou à des pressions familiales importantes. L'appréciation du caractère exigible d'une recherche de protection s'effectue sur la base des spécificités prévalant dans le pays d'origine.

³⁹ JICRA 1996/1 ; JICRA 1997/12.

⁴⁰ ATAF E-5316/2006 du 24 novembre 2009 : Avant de se prononcer sur l'exigibilité du renvoi d'une ressortissante ivoirienne vers son pays, le TAF procède à un examen approfondi des infrastructures existantes en matière de protection des femmes en Côte d'Ivoire (arrêt rendu avant les troubles survenus suite aux élections présidentielles de novembre 2010).

⁴¹ Sont considérés comme mutilations génitales féminines, tous les actes chirurgicaux qui consistent à enlever en partie ou dans leur intégrité les organes génitaux externes de la femme, ou de les meurtrir d'une quelconque autre façon pour des raisons autres que thérapeutiques. Les MGF sont infligées aux filles et aux femmes en raison de leur sexe féminin, afin d'exercer un pouvoir sur elles et de contrôler leur sexualité. Cette pratique s'inscrit souvent dans un cadre sociétal plus large de discrimination envers les filles et les femmes. En principe, seule la crainte de mutilations futures est prise en compte (cf. ATAF E-3461/2006 du 4 décembre 2009). Des mutilations déjà subies ne sont pas déterminantes en matière d'asile, cependant elles peuvent néanmoins constituer un indice non négligeable sur le rôle assigné à la femme dans la société d'origine.

ces pratiques aboutissent en principe à un rejet, car il est considéré que les intéressées peuvent obtenir une assistance et une protection auprès de leur pays d'origine et ne relèvent plus de la protection de la Suisse.⁴² Par contre, les demandes déposées par des femmes provenant de pays n'ayant pris aucune mesure juridique ou autre pour éradiquer ces pratiques, ou ayant rejeté l'introduction de dispositions spécifiques, sont examinées individuellement afin de déterminer si les conditions nécessaires à la reconnaissance de la qualité de réfugié sont remplies ou, le cas échéant, si une admission provisoire peut être envisagée.

Le fait que l'Etat ait adopté des mesures légales ne suffit pas pour déduire l'existence d'une protection adéquate, il faut encore que ces mesures soient accessibles et effectives.⁴³

Le TAF a considéré lors de l'examen d'un recours déposé par une jeune éthiopienne qu' « *il faut dès l'abord constater – élément essentiel – que si la loi écrite accorde aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes et la liberté de décider de leur vie personnelle, son application concrète laisse à désirer et n'est en rien garantie ; le statut réel des femmes éthiopiennes est bien plus déterminé, dans la pratique, par les coutumes socio-culturelles d'essence patriarcale, souvent dérivées de la religion, que suivent les diverses communautés habitant le pays* ». ⁴⁴

⁴² Décision de la CRA du 17 août 1999, ad. N361 678.

⁴³ A titre d'exemple, en dehors du droit suisse, le Comité des droits de l'Homme a constaté que, même si en Guinée, les mutilations génitales féminines sont interdites par la loi, cette interdiction légale n'est pas respectée. La documentation disponible à ce sujet met en évidence un taux élevé de mutilations génitales féminines et confirme que « la mutilation génitale est une pratique généralisée et étendue dans le pays, en particulier parmi les femmes de l'ethnie Malinké [...] Celles qui la pratiquent jouissent de l'impunité » ; Comité des droits de l'Homme, *Kaba c. Canada*, CPPR/C/98/D/1465/2006, 21 mai 2010.

⁴⁴ ATAF E-4749/2006 du 11 juin 2009 : Les faits concernent une jeune éthiopienne qui a affirmé avoir fui son pays pour des raisons de mariage forcé. Les autorités ont constaté un nombre important de contradictions, d'incohérences et d'imprécisions dans le récit de la jeune femme. Dès lors, la vraisemblance n'a pas été retenue dans le cas d'espèce. Cela étant, le TAF procède à examen contextuel de la situation des femmes en Ethiopie,

En raison du caractère subsidiaire de la protection accordée par la Suisse et surtout afin de déterminer si l'Etat a la volonté d'accorder une protection effective, il est, en principe, exigé que les personnes concernées aient déposé une plainte et qu'elles aient requis protection auprès des autorités de leur pays d'origine, à moins que des circonstances particulières ne fassent obstacle à de telles démarches. C'est le cas lorsque le sentiment de pudeur est touché, lorsque de mauvaises expériences ont précédemment été faites avec les autorités et lorsqu'une démarche auprès des autorités est, compte tenu du contexte culturel spécifique, synonyme de préjudices.⁴⁵ En Suisse, même si la reconnaissance des persécutions émanant de tiers n'a pas fait l'objet d'une modification légale, le passage de la théorie d'imputabilité à celle de la protection a été consacré par une décision de principe de l'autorité de recours.⁴⁶

4.3.2.2. Interprétation du critère de l'appartenance à un groupe social déterminé

En principe, les persécutions liées au sexe sont rattachées à la notion d'« *appartenance à un groupe social déterminé* ». Le motif de persécution découlant de l'appartenance à un groupe social déterminé doit être apprécié comme un élément de fait subsidiaire. En d'autres termes, le motif fondé sur l'appartenance à un groupe social déterminé ne doit être retenu que restrictivement et en

à l'issue duquel, il a jugé que le renvoi de la recourante n'était pas raisonnablement exigible.

⁴⁵ Rapport de l'ODM d'août 2005 en réponse au postulat Menétrey-Savary (00.3659) La situation des femmes dans la politique d'asile – appréciation des aspects spécifiques aux femmes et liés au sexe en procédure d'asile, p. 16.

⁴⁶ JICRA 2006/18 : Cas d'un Somalien fait prisonnier torturé et mutilé par une milice privée de son pays. En 2005, le statut de réfugié lui a été refusé au motif que la persécution en question n'était pas imputable à l'Etat. La CRA a jugé que la Somalie n'était pas en mesure d'assurer à l'intéressé une protection adéquate et que la Suisse devait lui accorder l'asile. Cet arrêt affirme ainsi la reconnaissance des persécutions non étatiques comme pertinentes au regard du droit d'asile (théorie de la protection) et concrétise le principe de subsidiarité de la protection internationale.

l'absence d'autres motifs de persécution.⁴⁷ Selon l'approche suisse, ce critère sert en quelque sorte de clause générale et concerne les personnes qui présentent une caractéristique sociale commune qui donne lieu à des mesures de persécution objectivement justifiées.⁴⁸

Conformément à la définition retenue par l'ODM, un groupe social est un groupe constitué de personnes qui, en raison de certaines qualités innées et immuables, se distingue clairement d'autres groupes de personnes et qui est, du fait de ses qualités, exposé ou craint de l'être à une persécution (« approche des caractéristiques protégées »). Selon cette conception, le sexe ne peut, à lui seul, constituer le critère déterminant d'un groupe social.⁴⁹

Au demeurant, la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA), dans un arrêt de principe⁵⁰ rendu au sujet de rapt nuptial de femmes dans les régions rurales, a admis l'existence de motif de persécution pertinent lorsque la persécution est uniquement liée au genre. Elle a en effet considéré que les mesures discriminatoires infligées en raison de la seule appartenance sexuelle, ou lorsque le

⁴⁷ Manuel de la procédure d'asile de l'ODM, Chapitre J, §2, p. 6.

⁴⁸ OSAR, Manuel de la procédure d'asile et de renvoi, p. 182.

⁴⁹ La pratique de l'ODM concernant les persécutions liées au genre permet plus ou moins de distinguer les catégories de groupes sociaux déterminés suivants : les victimes de mutilations génitales féminines, de violences domestiques, de mariage forcé, de crimes d'honneur, les personnes persécutées en raison de leurs orientations sexuelles, les victimes de législations sexistes, les personnes persécutées en raison d'atteintes au code moral, les victimes de la politique de l'enfant unique, de l'avortement forcé ou de la stérilisation forcée.

⁵⁰ JICRA 2006/32 : Les faits concernent une jeune éthiopienne enlevée et mariée de force à l'âge de 16 ans à un officier de haut rang. La jeune fille a été violée et battue à plusieurs reprises. Sa famille et l'Etat éthiopien n'ont pas été en mesure de la protéger. Dans ce cas, la CRA a jugé que les autorités éthiopiennes ne garantissent pas une protection adéquate aux femmes victimes d'enlèvement et de viol à des fins de mariage forcé. Cette situation est due à l'importance sociale des traditions ancestrales éthiopiennes ainsi qu'au système pénal en vigueur dans ce pays. Par ailleurs, les victimes d'enlèvement et de viol à des fins de mariage forcé n'obtiennent pas la même protection de la part de l'Etat éthiopien que celle à laquelle les hommes peuvent généralement s'attendre s'ils sont victimes de violence privée. Il faut relever qu'en Ethiopie, environ 70% des mariages sont célébrés après que la femme ait été victime d'enlèvement.

fait d'être une femme, soumise à des discriminations est de nature à entraîner des persécutions au sens de la Convention de Genève en raison du comportement adopté. Il y a lieu de préciser que par cette analyse, l'autorité de recours n'a pas introduit un nouveau motif d'asile. Elle a plutôt procédé à l'interprétation des cinq motifs énoncés par la Convention de Genève à la lumière des recommandations du HCR.

Par ailleurs, un arrêt non publié du TAF du 12 février 2007⁵¹ laisse penser que le Tribunal a admis l'appartenance à un groupe social en se fondant sur une interprétation de « *l'immuabilité des caractéristiques* » à la lumière de « *la perception sociale* ». Ceci pourrait être interprété comme un signe en faveur de l'examen préconisé par les directives du HCR⁵². En substance, la décision de principe de 2006 a l'avantage d'apporter une solution pragmatique aux motifs de fuites liés au sexe sans pour autant entrer dans le débat doctrinal.

4.3.2.3. Examen de la vraisemblance

L'examen des motifs d'asile se fait pour l'essentiel sur la base de l'établissement des faits. En principe, l'autorité procède à un premier examen qui consiste à apprécier les faits et les motifs invoqués sous l'angle de la vraisemblance. « *Quiconque demande l'asile (requérant) doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'il est un réfugié.* »⁵³ Ce n'est qu'une fois les faits et les motifs avancés qualifiés de vraisemblables que l'autorité procédera à un examen de la pertinence au sens de la LA^{si}.

L'examen de la vraisemblance précède donc celui de la pertinence dans la mesure où seules les allégations qualifiées de vraisemblables

⁵¹ ATAF E-7192/2006 du 12 février 2007. Cette décision ne concerne pas un cas lié aux motifs de fuite spécifiques aux femmes.

⁵² Cf. FRANCESCO MAIANI, *La définition de réfugié entre Genève, Bruxelles et Berne – différences, tensions et ressemblances*, in : Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés : une étude comparative, p. 49.

⁵³ Art. 7 al. 1 LA^{si}.

bles par l'autorité sont appréciées en vue de la reconnaissance de la qualité de réfugié.⁵⁴ Dès lors, l'examen de la vraisemblance occupe un rôle central dans la procédure d'asile. A cet égard, sont considérées comme vraisemblables les déclarations que l'autorité estime hautement probables.⁵⁵ En ce sens, l'art 7 al. 3 LAsi précise que « *ne sont pas vraisemblables notamment les allégations qui, sur des points essentiels, ne sont pas suffisamment fondées, qui sont contradictoires, qui ne correspondent pas aux faits ou qui reposent de manière déterminante sur des moyens de preuve faux ou falsifiés* ».

Pour WALTER KÄLIN, « [...] *si l'autorité doit être convaincue que les faits allégués ont pu se produire, elle ne doit pas être absolument persuadée de leur véracité, une certitude totale excluant tout doute n'étant logiquement pas possible ; il faut que le requérant d'asile parvienne à "convaincre le juge que les choses se sont vraisemblablement passées comme prétendu, sans avoir à démontrer qu'elles doivent vraiment s'être passées ainsi parce que toute hypothèse contraire est raisonnablement à exclure [...]. Quand bien même la vraisemblance autorise l'objection et le doute, ceux-ci doivent toutefois paraître d'un point de vue objectif moins importants que les éléments parlant en faveur de la probabilité des allégations* » [...]. *C'est ainsi que lors de l'examen de la vraisemblance des allégations de fait d'un requérant d'asile, il s'agit pour l'autorité de pondérer les signes d'invraisemblance en dégageant une impression d'ensemble et en déterminant, parmi les éléments portant sur des points essentiels et militant en faveur ou en défaveur de cette vraisemblance, ceux qui l'emportent.* »⁵⁶

En pratique, il s'agit de procéder à une appréciation globale de tous les éléments tels que la concordance des faits essentiels ou encore le caractère plausible et détaillé des indications en faveur et en défaveur du requérant. Pour que les faits invoqués soient rendus vraisemblables, il ne suffit pas que le contenu des allégations soit

⁵⁴ Cf. Manuel de procédure d'asile de l'ODM, Chapitre J, §2, p. 18.

⁵⁵ Art. 7 al. 2 LAsi.

⁵⁶ Cf. JICRA 1996/28 consid. 3a p. 270; JICRA 1993/11 p. 67 ss.; WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel 1990, p. 307 et 312.

possible si la prise en considération de tous les aspects laisse paraître des éléments essentiels prépondérants contraires à l'exposé des faits.⁵⁷ L'examen de la vraisemblance peut être défini comme étant l'appréciation de la consistance interne et externe des déclarations. Sont consistantes d'un point de vue externe les allégations qui correspondent aux faits et qui recoupent des faits objectivement vérifiables. Sont consistantes d'un point de vue interne les allégations logiques et plausibles et qui reflètent, de surcroît, une cohérence tant sous l'angle temporel, du lieu, des circonstances que du déroulement des événements.⁵⁸ Selon la jurisprudence, « *il est admis que chaque personne qui a vécu une situation particulière doit être en mesure de la décrire de manière détaillée, précise et concrète, la vraisemblance de propos trop généraux, voire stéréotypés étant généralement écartée.* »⁵⁹

Il faut cependant garder à l'esprit que certains actes violents ou humiliants peuvent considérablement altérer la perception de la victime. En effet, il est courant que dans certaines situations émotionnellement intenses, un individu perde notamment la notion du temps ou encore ait une perception subjective de la douleur. En d'autres termes, l'appréciation de la vraisemblance peut se révéler particulièrement complexe en ce qui concerne les persécutions liées au genre.⁶⁰

⁵⁷ Cf. JICRA 1996/28 consid. 3a p. 270.

⁵⁸ Manuel de procédure d'asile de l'ODM, Chap. J, § 2, p. 19.

⁵⁹ Cf. notamment JICRA 1996/28 consid. 3a p. 270.

⁶⁰ HCR, HCR/GIP/02/01 Rev. 1, Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, pt. 36. « *La crédibilité d'une femme en quête d'asile ne doit pas être affectée par la forme et le degré d'émotion exprimée au cours du récit de ses expériences. Les personnes chargées des entretiens et les décideurs doivent comprendre que les différences culturelles et le traumatisme jouent un rôle important et complexe au niveau du comportement. Dans certains cas, il peut convenir de s'appuyer sur des éléments objectifs d'ordre psychologique ou médical. Il n'est pas nécessaire de déterminer l'acte de viol ou d'agression sexuelle par des détails précis, mais plutôt les événements qui y ont conduit et ceux qui ont suivi l'acte, les circonstances plus larges et certains détails (tels que l'usage d'armes, de mots ou d'expressions prononcés par les agresseurs, le type d'agression, le lieu et le mode d'agression, des détails sur le ou les auteurs de l'agression (par*

4.3.2.4. Examen de la pertinence

L'existence de motifs de persécution reconnus et d'une mise en danger concrète et individuelle ne suffit pas, à elle seule, pour la reconnaissance de la qualité de réfugié. Selon les normes applicables, la mesure de poursuite doit être dirigée contre une personne particulière, être en interdépendance logique et temporelle avec la fuite⁶¹ et revêtir une certaine intensité pour être qualifiée de persécution au sens de la LAsi. Enfin, il ne doit pas exister de possibilité de protection adéquate à l'intérieur du pays (alternative de fuite interne).

La notion de persécution selon la LAsi implique que la personne soit exposée à une mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté, ou encore à des pressions psychiques importantes. Sous cet angle, il est très important de distinguer entre une simple discrimination et une persécution au sens de la LAsi. C'est en principe la nature et la gravité des actes infligés qui déterminent si l'on est en présence d'une persécution. Concernant les discriminations envers les femmes, *« les actes discriminatoires sont assimilés à des persécutions quand ils pèsent à tel point sur la personne concernée que la vie dans le pays d'origine devient quasi insupportable, que ces actes la visent personnellement et qu'ils engendrent des conséquences particulièrement graves. »*⁶² C'est le cas de certaines mesures discriminatoires clairement préjudiciables pour les personnes concernées, comme par exemple des restric-

exemple, soldats, civils, etc.), ainsi que la motivation des auteurs. Dans certaines circonstances, il s'agit de remarquer qu'une femme peut ne pas avoir conscience des raisons de l'agression qu'elle a subie. »

⁶¹ ATAF E-3461/2006 du 4 décembre 2009 : « En l'occurrence, la recourante dit avoir été excisée en 1991, à l'âge de dix-sept ans (cf. Faits let. D). Vu ce qui vient d'être dit et compte tenu du temps écoulé, il n'existe par conséquent plus de rapport de causalité temporel et matériel suffisamment étroit entre le préjudice subi que constitue la mutilation génitale infligée à la recourante et son départ de Côte d'Ivoire en juillet 2002 ».

⁶² HCR, Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer la qualité de réfugié, septembre 1979, ch. 54.

tions graves au droit de gagner sa vie, de pratiquer sa religion ou d'accéder aux établissements d'enseignements existants.⁶³

Concernant la politique de l'enfant unique par exemple, les mesures étatiques visant à faire respecter le contrôle étatique des naissances touchent la majorité de la population dans un pays donné et ne peuvent de ce fait, à elles seules, être qualifiées de déterminantes en matière d'asile. Ce n'est que lorsqu'une personne est plus durement touchée dans son intégrité psychique ou physique que d'autres personnes par la mise en oeuvre de telles mesures ou par ses effets, qu'il convient d'examiner les allégations faites dans ce contexte en relation avec les autres motifs d'asile énoncés à l'art. 3 al. 1 LA*si*.

Il est également tenu compte, dans le cas particulier, d'éventuels obstacles à l'exécution du renvoi.⁶⁴ Cette approche peut poser des difficultés dans les cas où les mesures adoptées par l'Etat sont particulièrement sévères et touchent la majorité de la population avec la même intensité. Dans un tel contexte, c'est la sévérité de la persécution perpétrée en relation avec un des motifs énoncés par la Convention qui devrait être déterminante et non la singularité de la persécution.

En matière de législations discriminatoires, lorsqu'il existe de sérieux préjudices au sens de l'art. 3 al. 2 LA*si*, la qualité de réfugié peut être reconnue lorsque l'attitude oppositionnelle invoquée par la requérante, ou le refus de respecter une législation discriminatoire, doit être assimilé à la notion d'opinion politique.⁶⁵

⁶³ HCR, HCR/GIP/02/01 Rev. 1, Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés, pt. 14.

⁶⁴ Rapport de l'ODM d'août 2005 en réponse au postulat Menétrey-Savary (00.3659) La situation des femmes dans la politique d'asile – appréciation des aspects spécifiques aux femmes et liés au sexe en procédure d'asile, p. 17.

⁶⁵ Rapport de l'ODM d'août 2005 en réponse au postulat Menétrey-Savary (00.3659) La situation des femmes dans la politique d'asile – appréciation des aspects spécifiques aux femmes et liés au sexe en procédure d'asile, p. 17.

Dans un arrêt du 18 janvier 2011⁶⁶, le TAF a confirmé le renvoi d'un homosexuel iranien de 35 ans pacsé avec un ressortissant suisse depuis sept ans. L'intéressé avait déposé lors de son arrivée en Suisse deux demandes d'asile qui ont été rejetées par l'ODM. Son statut a été finalement régularisé en 2000, grâce à l'obtention d'un permis B accordé en raison de son pacs avec un ressortissant suisse. Le 20 décembre 2006, il a été condamné par la justice bernoise à vingt-quatre mois de prison avec sursis pour trafic d'héroïne. Suite à ces faits, le Service des habitants de la ville de Thoun a refusé de prolonger son autorisation de séjour. L'intéressé a fait recours devant le TAF contre l'extension des mesures de renvoi à l'ensemble de la Suisse. A l'appui de son recours, il avait fait valoir qu'en raison de son homosexualité et de son pacs avec une personne de même sexe, la mesure de renvoi ne pouvait pas être exécutée, notamment parce qu'un retour dans son pays d'origine l'exposerait à des risques pour sa survie. Dans sa décision, le TAF a reconnu qu'en Iran, l'homosexualité est considérée comme illégale et peut être passible de la peine de mort. Toutefois, il arriva à la conclusion que les homosexuels n'étaient pas menacés s'ils vivaient leur homosexualité de manière cachée et que le fait que l'intéressé avait rendu visite à de nombreuses reprises à sa famille démontrait qu'il était tout à fait possible de vivre son homosexualité en Iran. Par conséquent, le TAF a conclu que le renvoi du recourant vers son pays d'origine n'était pas contraire à l'art. 3 CEDH. La question-clé du cas est celle de savoir si le fait de devoir vivre sa sexualité de manière clandestine constitue une protection suffisante qui exclut la violation des droits de l'homme. Sous cet angle, l'arrêt en question a suscité de vives critiques de la part de différentes associations de défense des droits de l'homme, qui considèrent notamment que le fait d'être contraint de vivre sa sexualité de manière cachée peut en soi constituer une persécution. Dans un cas semblable, la Cour suprême britannique a récemment tranché la même question en affirmant que « *contraindre une personne homosexuelle à prétendre que sa sexualité n'existe pas ou supprimer les comportements qui pour-*

⁶⁶ ATAF C-2107/2010 du 18 janvier 2011.

*raient l'exprimer, c'est refuser son droit fondamental d'être qui elle est ».*⁶⁷

Il convient néanmoins de souligner que la décision du TAF susmentionnée a été rendue dans le cadre d'un refus de renouvellement de permis de séjour suite à des infractions contre la Loi fédérale sur les stupéfiants⁶⁸. Cette décision ne relève donc pas directement du domaine d'asile. L'atteinte à l'ordre public semble avoir joué un rôle déterminant dans la décision de renvoi. Sans condamnation pénale préalable, l'issue aurait probablement été différente, dans le sens où le renvoi aurait pu être jugé du moins raisonnablement inexigible au sens des art. 44 al. 2 LAsi et 83 LEtr.⁶⁹

4.4. Droit européen

En droit européen, selon la Directive Qualification, le statut de réfugié doit être accordé aux demandeurs dont la requête relève de la Convention de Genève de 1951, tandis que la protection dite « subsidiaire » doit être accordée à une personne qui ne peut être considérée comme un réfugié, mais pour laquelle il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle court un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'art. 15 en cas de renvoi dans son pays d'origine.⁷⁰ La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans un arrêt récent⁷¹, a souligné le caractère distinct de chaque statut : « [...] *il importe de souligner, en tout état de cause, que la directive, dans le cadre du concept de «protection internationale», régit deux régimes distincts de protection, à savoir, d'une part, le statut de réfugié, et, d'autre part, le statut conféré par la protection subsidiaire [...]* ».

⁶⁷ L'arrêt est publié sous http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2009_0054_Judgment.pdf (dernière visite: 1er décembre 2011).

⁶⁸ Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951, RS 812.121.

⁶⁹ Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005, RS. 142.20.

⁷⁰ Directive Qualification art. 2 let. c) et e).

⁷¹ CJUE, aff. jointes C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, arrêt du 2 mars 2010, *Aydin Salahadin Abdulla et al.*, Rec. 2010 p. I-1493, pt. 78.

En pratique, cette formule a pour conséquence une répartition très inégalitaire entre ces deux types de protection dans les Etats membres. La situation est d'autant plus insatisfaisante qu'il existe de grandes différences de traitement entre les personnes reconnues comme réfugiés et celles qui obtiennent une protection subsidiaire. Généralement, ces dernières ont moins de droits et sont moins protégées que celles qui obtiennent le statut de réfugié.⁷² Certaines voix de la doctrine juridique considèrent qu'il y a une tendance croissante de la pratique à accorder la protection subsidiaire dans les cas de persécutions liées au genre, alors que les deux formes de protection devraient juridiquement répondre à des critères d'éligibilité distincts. Selon la directive, la protection subsidiaire est une protection à défaut de remplir les conditions pour l'obtention du statut de réfugié dont l'octroi est lié à la nature des risques encourus – qui doivent revêtir un certain degré de gravité dont la preuve appartient au requérant – et non pas au motifs des persécutions subies. Par conséquent, en ce qui concerne les persécutions liées au genre, il existe un risque réel en Europe de figer la notion de réfugié en bloquant son évolution vers une interprétation large, parfaitement licite et compatible avec l'esprit de la Convention, et les motifs énumérés par celle-ci.⁷³

Par rapport à l'appréciation matérielle des persécutions liées au genre, la Directive Qualification fait référence à plusieurs endroits au terme « genre » : A son art. 9 al. 2 let a et f, elle précise que les actes de persécution peuvent prendre la forme de violences sexuelles ou d'actes dirigés contre des personnes en raison de leur sexe.

L'art. 7 de la Directive Qualification désigne comme agents de protection l'Etat, ou des partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'Etat ou une partie impor-

⁷² Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, *Demandes d'asile liées au genre*, du 26 juillet 2010, Doc. 12350, pt. 23.

⁷³ LOUISE LANGEVIN (ÉD.), *Rapport sociaux de sexe/genre et droit : repenser le droit*, édition archives contemporaines, 2008, p. 56 ss., jurisprudences et références citées.

Cf. également Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, *Demandes d'asile liées au genre*, du 26 juillet 2010, Doc. 12350, pt. 23 et 24.

tante du territoire de celui-ci.⁷⁴ Cet article de la directive a par ailleurs fait l'objet d'une interprétation par la CJUE en 2010⁷⁵ : « [...] *l'article 7, paragraphe 1, de la directive ne s'oppose pas à ce que la protection puisse être assurée par des organisations internationales, y compris au moyen de la présence d'une force multinationale sur le territoire du pays tiers* ». Malgré cette tentative de clarification, l'extension de la qualité d'acteur de protection à des agents non étatiques demeure un aspect très controversé. Pour certains auteurs, la directive ne précise pas suffisamment les conditions auxquelles une entité non étatique peut être reconnue comme acteur de protection.⁷⁶

En ce qui concerne les actes de persécution, la Directive Qualification est moins sensible au genre (art. 10 de la Directive Qualification). Néanmoins, le terme « religion » étant décrit d'une manière large, il permet de considérer certains comportements non conformes aux normes de la société respective comme conception religieuse. C'est également le cas pour le concept des « opinions politiques » : Il permet une interprétation assez large dans le sens où, par exemple, l'opposition à la discrimination légale des femmes, peut également relever de ce critère.

En ce qui concerne la notion du « groupe social », la Directive « Qualification » a retenu une définition différente de celle du droit suisse : Selon son art. 10 let. d, « *un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante. En fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caracté-*

⁷⁴ Directive Qualification, art. 7.

⁷⁵ CJUE, *Abdulla*, note 71.

⁷⁶ FRANCESCO MAIANI, *La définition de réfugié entre Genève, Bruxelles et Berne – différences, tensions et ressemblances*, note 52, p. 54 ss.

ristique commune une orientation sexuelle. L'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des Etats membres. Les aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération, sans pour autant constituer en soi une présomption d'applicabilité du présent article ». En substance, la directive retient aussi bien le critère « *des caractéristiques immuables ou protégées* » que celui « *de la perception sociale* » ; elle combine donc l'approche des caractéristiques protégées et l'approche de la perception sociale. La question de savoir si l'art. 10 exige une application cumulative ou alternative des deux aspects demeure pourtant controversée. Le HCR recommande aux Etats membres de concilier les deux approches « *afin de permettre une application alternative plutôt que cumulative des deux concepts* ». ⁷⁷

L'art. 1 al. 1 let. d de la Directive Qualification précise que, en fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être « *un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle. L'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des États membres. Les aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes pourraient être pris en considération, sans pour autant constituer en soi une présomption d'applicabilité du présent article.* » En d'autres termes, la Directive Qualification permet de considérer des homosexuels persécutés comme un groupe social, alors que le genre, en soi, est insuffisant comme raison de persécution.

De plus, la Directive Qualification protège certaines catégories de femmes comme « *personnes vulnérables* », un terme qui apparaît également dans d'autres directives européennes.

⁷⁷ Cf. Commentaires annotés du HCR sur la directive 2004/83/CE. Cf. aussi les Principes directeurs du HCR sur la protection internationale concernant l'appartenance à un groupe social dans le cadre de l'art. 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés du 8 juillet 2008.

5. ADMISSION PROVISOIRE ET PROTECTION SUBSIDIAIRE

5.1. Droit suisse

Lorsque les critères déterminant le statut de réfugié ne sont pas remplis, l'ODM émet une décision négative sur la demande d'asile et prononce le renvoi. Cependant, en présence d'allégations de persécutions liées au sexe considérées comme vraisemblables mais qui ne satisfont pas aux exigences requises pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, il procède à un second examen sous l'angle de l'exécution du renvoi⁷⁸. « *L'office décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée* »⁷⁹.

Pour ce qui est des motifs de fuite liés au genre, la question de la licéité doit être examinée au regard des obligations internationales de la Suisse et notamment à la lumière de l'art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁸⁰. Celle de l'exigibilité de l'exécution du renvoi doit être appréciée afin qu'elle n'implique pas une mise en danger concrète de la personne concernée ou qu'elle ne représente pas une mesure d'une rigueur excessive. La question de l'exigibilité du renvoi est en principe analysée en tenant compte des aspects spécifiques du cas d'espèce. En substance, cet examen porte sur la situation prévalant dans le pays d'origine quant à l'existence d'un réseau familial ou d'infrastructures destinées à protéger les victimes de violences. L'appréciation des facteurs socioculturels y joue un rôle très important⁸¹.

⁷⁸ Cf. Art. 44 al. 1 LAsi.

⁷⁹ Art. 44 al. 2 LAsi et art. 83 de la Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005, RS. 142.20.

⁸⁰ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101.

⁸¹ ATAF E-5316/2006 du 24 novembre 2009 ; ATAF E-4749/2006 du 11 juin 2009, ATAF E-3461/2006 du 4 décembre 2009.

5.2. Droit européen

Selon la Directive Qualification, lorsque une personne n'a pas la qualité de réfugié, la deuxième étape consiste à examiner si elle mérite une protection subsidiaire⁸² au sens de l'art. 2 let. e de ladite directive. La protection subsidiaire doit donc être accordée à une personne pour laquelle il y a des motifs sérieux et avérés de croire que, si elle était renvoyée dans son pays d'origine, elle courrait un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'article 15. Celui-ci définit les atteintes graves comme a) la peine de mort ou l'exécution, ou b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine, ou c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international.

Cette clause se base en grandes parties sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par rapport à l'art. 3 CEDH (principe de non-refoulement). Néanmoins, l'art. 15 de la Directive Qualification va au-delà de la portée de la CEDH, entre autres en englobant la peine de mort. L'art. 15 let. c a d'ailleurs fait l'objet, en 2009, d'un arrêt majeur de la CJUE.⁸³

A noter que, étant donné que les directives européennes ne contiennent, jusqu'à présent, que de standards minimaux, les Etats membres de l'UE sont libres d'introduire des mesures plus favorables.

⁸² Cf. *supra*, chapitre 3.

⁸³ CJUE, aff. C-465/07, *Elgafaji*, arrêt du 17 février 2009, Rec. 2009 p. I-921; cf. ROLAND BANK, Das Elgafaji-Urteil des EuGH und seine Bedeutung für den Schutz von Personen, die vor bewaffneten Konflikten fliehen, in: NVwZ 2009, 695. Cf. également SARAH PROGIN-THEUERKAUF, Erlöschen der Flüchtlingseigenschaft bei Wegfall der verfolgungsbegründenden Umstände nach Art. 11 Abs. 1 Buchst. e der Qualifikationsrichtlinie – Kommentar zu EuGH, verb. Rs. C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/08 – *Salahadin Abdulla u.a.* / Bundesrepublik Deutschland, ASYL 3/2010, p. 29.

6. JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La Convention européenne des droits de l'homme entre également en jeu dans la protection des demandeurs d'asile et des migrants. Dans certains cas, la personne concernée n'obtient pas le statut de réfugié, mais la CEDH n'autorise tout de même pas son expulsion sous l'angle du principe de non-refoulement (art. 3 CEDH). L'obligation faite à l'Etat membre de ne pas renvoyer la personne en question repose alors uniquement sur un risque de traitement contraire aux droits consacrés par la Convention, sans qu'il soit nécessaire que ce traitement soit fondé sur l'un des cinq motifs prévus par la Convention sur les réfugiés.

L'art. 14 protège contre toute discrimination fondée sur le sexe. Cette clause est néanmoins limitée dans le sens où elle s'applique uniquement en relation avec une autre disposition de la CEDH. Par contre, l'art. 1 du Protocole no 12 à la Convention protège contre toute forme de discrimination fondée sur le sexe, et cela indépendamment d'une violation de l'un des autres articles de la Convention. Enfin, il sied de relever qu'aux termes de l'art. 1 CEDH, les Parties à la Convention s'engagent à garantir les droits énoncés dans la Convention à toute personne relevant de leur juridiction, c'est-à-dire également aux demandeurs d'asile qui risquent l'expulsion ou qui souffrent de discrimination.

6.1. Violences conjugales et législations discriminatoires

Dans une affaire récente, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CourEdH ou la Cour) a jugé que le renvoi d'une ressortissante afghane vers son pays d'origine l'exposerait à un risque de violation de l'art. 3 CEDH. Dans le cas d'espèce, la requérante était arrivée en Suède avec son mari en 2004. Le couple y avait déposé une demande d'asile en relation avec des persécutions subies en Afghanistan par rapport à l'engagement politique du couple. Les époux se sont séparés peu de temps après. L'intéressée a alors vainement tenté d'obtenir le divorce auprès des

juridictions suédoises qui se sont estimées incompétentes sur ce point. A l'appui de son recours contre la décision de renvoi prononcée par les autorités suédoises, la recourante a fait valoir que la situation en Afghanistan, en plus du fait qu'elle entretenait désormais une relation avec un ressortissant suédois, l'exposerait à un grand risque de violentes représailles en cas de retour dans son pays, du fait que sa famille et celle de son époux, comme l'ensemble de la société afghane, réprouvent très fortement le divorce et l'adultère. Dans son arrêt, la Cour procède à une analyse détaillée de la condition actuelle de la femme en Afghanistan à travers de multiples sources internationales, gouvernementales et non-gouvernementales. En ce sens, elle relève que les femmes font face à un risque particulier de mauvais traitements si elles sont perçues comme ne se conformant pas aux rôles (« *gender roles* ») qui leur sont assignés par la société, la tradition et même le système juridique et qu'un mode de vie moins conservateur culturellement peut les exposer à des violences domestiques et autres formes de punitions allant de l'isolement et de la stigmatisation aux crimes d'honneur pour celles accusées de couvrir de honte leur famille, leur communauté ou tribu. Par ailleurs, la Cour constate que le Parlement afghan a adopté en 2009 un texte applicable aux Chiites, « *The Shiite Personal Status Law* », qui oblige l'épouse à se soumettre aux désirs sexuels de son mari et à obtenir l'autorisation de ce dernier pour quitter sa propre maison. La situation de la requérante étant effectivement en contradiction avec le rôle assigné aux femmes en Afghanistan, la Cour souligne le risque qui pèse sur l'intéressée d'être violentée par son mari (voir même d'être mise à mort pour adultère) sans compter les difficultés conséquentes qui existent aujourd'hui en Afghanistan pour une femme vivant seule, rejetée par sa famille, et sans être accompagnée d'un homme. Au terme d'un examen approfondi de la condition contemporaine des femmes afghanes, qui révèle que 80 % d'entre elles seraient victimes de violences domestiques, la Cour a jugé fondé le risque que la requérante subisse des actes contraires à l'art. 3 CEDH en cas d'expulsion vers l'Afghanistan.

En outre, à l'occasion de circonstances dramatiques, la CourEdH a rendu un arrêt qui constitue une importante contribution à la lutte

contre les violences domestiques. Il s'agit d'une affaire relative à de multiples actes de violence et menaces de mort subis par une femme et sa mère de la part du mari de la première. Ce dernier s'est rendu coupable, entre autres, de menaces, injures, coups de couteau infligés à son épouse ainsi que de meurtre par balles de sa belle-mère. Jusqu'à ce dernier événement, les autorités de la région de Diyarbakır (Sud-est de la Turquie) n'ont soit pas poursuivi le mari suite aux retraits fréquents des plaintes formées par les deux femmes, soit très peu sanctionné ces agissements répréhensibles. A l'occasion de cette affaire, la Cour a condamné la Turquie pour violation de l'art. 2 CEDH (droit à la vie), art. 3 CEDH (interdiction des traitements inhumains et dégradants) et 14 art. CEDH (interdiction de discrimination) pour la passivité et la tolérance généralisées des autorités face aux violences domestiques à l'encontre des femmes. A l'appui de son raisonnement, la Cour mentionne divers instruments, dont elle synthétise l'apport. Elle en déduit que les défaillances de l'Etat dans la protection des femmes contre les violences domestiques violent leur droit à l'égalité « *equal protection of the law* », quand bien même ces carences ne seraient pas intentionnelles. Elle relève que le droit turc actuellement en vigueur n'est pas en soi discriminatoire vis-à-vis des femmes. La difficulté provient de l'attitude générale des autorités locales et, notamment, de la passivité des autorités policières et judiciaires face aux violences domestiques. Plus précisément, comme le révèlent les rapports internationaux ainsi que ceux produits par les ONG turques, la région de Diyarbakır est particulièrement touchée par ces violences à l'encontre des femmes, très majoritairement d'origine kurde, illettrées ou d'un faible niveau d'éducation et généralement dépourvues d'indépendance financière. Aussi, la Cour souligne que les policiers et les juridictions font obstacle – pour des raisons coutumières, de tradition ou d'honneur – aux dépôts de plaintes de femmes battues ou menacées, d'où l'absence de sanctions effectives et dissuasives contre ces comportements. A la lumière de cette analyse, la Cour constate qu'il existe une passivité judiciaire générale et discriminatoire qui, même non-intentionnellement, affecte majoritairement les femmes. Dès lors, elle en a conclu que les violences subies par la requérante et sa

mère sont fondées sur le sexe et constituent donc une forme de discrimination contre les femmes. Cette insuffisance des mesures destinées à protéger la requérante est constitutive d'une violation de l'art. 3 CEDH.

6.2. Lutte contre le travail forcé et le trafic d'êtres humains

Dans son rapport relatif aux demandes d'asile liées au genre⁸⁴, la Commission des migrations, des réfugiés et de la population du Conseil de l'Europe rappelle que « *La traite des êtres humains est actuellement un problème crucial en Europe. Chaque année, des milliers de personnes, en majorité des femmes et des enfants, sont victimes de la traite à des fins d'exploitation sexuelle et autres, dans leur propre pays comme à l'étranger. La traite revêt des formes multiples, qui vont de l'exploitation sexuelle au travail forcé en passant par l'esclavage, et concernent tout autant des garçons et des hommes que des filles et des femmes. Les trafiquants peuvent être des organisations criminelles, des membres de la famille, voire des forces gouvernementales, rebelles, ou même internationales. La traite constitue une violation grave des droits de l'homme.*

La Résolution 1765 (2010)⁸⁵ demande aux Etats membres du Conseil de l'Europe de tenir compte des problèmes que rencontrent les victimes de la traite dans le processus d'asile, notamment en ce qui concerne les femmes et les filles et de veiller à ce que la traite des êtres humains, en particulier à des fins d'exploitation sexuelle, soit considérée comme une forme de persécution pouvant fonder une demande d'asile, tout en veillant à ce que la coopération des femmes et des filles concernées avec la police, le procureur ou la justice ne devienne pas une condition préalable à l'octroi de l'asile ou de toute autre forme complémentaire de protection internationale.

⁸⁴ Rapport de la Commission des migrations, des réfugiés et de la population, *Demandes d'asile liées au genre*, 26 juillet 2010, Doc. 12350 ; cf. <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc10/FDOC12350.htm> (dernière visite: 1er décembre 2011).

⁸⁵ Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*.

La Cour a récemment rendu un arrêt phare en matière de répression du trafic d'êtres humains.⁸⁶ Dans cette affaire, la requête a été déposée par Nikolay Rantsev, un ressortissant russe habitant à Svetlogorsk (Russie) dont la fille Oxana Rantseva, une ressortissante russe de 20 ans, au moment des faits, est décédée dans des circonstances étranges et non élucidées, après être tombée de la fenêtre d'une résidence privée à Chypre en mars 2001. Selon les faits retenus par la Cour, la jeune femme arriva à Chypre en mars 2001 avec un visa d'« *artiste* ». Elle commença à travailler le 16 mars 2001 comme artiste dans un cabaret, avant de quitter son travail et son logement trois jours plus tard, laissant une note indiquant qu'elle repartait en Russie. Après l'avoir retrouvée dans une discothèque une dizaine de jours plus tard, le directeur du cabaret où elle travaillait l'emmena au poste de police, demandant qu'elle fût déclarée immigrée illégale et incarcérée en vue de son expulsion, ce afin qu'il pût la remplacer dans son établissement. Après consultation de sa base de données, la police conclut que l'intéressée semblait être en règle. Elle laissa le directeur du cabaret emmener la jeune femme tout en lui demandant de revenir avec elle plus tard dans la matinée afin d'effectuer d'autres recherches sur son statut d'immigrée. Le directeur du cabaret repartit avec cette dernière vers 5 h 20. Il l'emmena dans l'appartement d'un autre de ses employés, dans une chambre au sixième étage d'un immeuble résidentiel. Il resta dans cet appartement. Le même jour, vers 6 h 30, la jeune femme fut retrouvée morte dans la rue en bas de l'appartement. Un couvre-lit avait été attaché à la balustrade du balcon de l'appartement. Chose inhabituelle, lors de la procédure, l'Etat chypriote a émis une déclaration unilatérale, dans laquelle il demande la radiation de l'affaire en vertu de l'art. 37 CEDH tout en reconnaissant la violation des art. 2 CEDH (droit à la vie), 3 CEDH (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants), 4 CEDH (interdiction de l'esclavage et du travail forcé) et 5 CEDH (droit à la sûreté) et en proposant des mesures d'enquête et de réparation. La Cour refuse cependant en soulignant à la fois la

⁸⁶ CourEdH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, arrêt du 7 janvier 2010, Req. n° 25965/04.

nécessité de la lutte contre le trafic des êtres humains et le « *manque de jurisprudence sur l'interprétation et l'application de l'art. 4 de la Convention dans le contexte des affaires de trafics* ». Elle fait preuve ainsi d'une certaine volonté de souligner l'importance de la lutte contre ces pratiques et de préciser les obligations étatiques de protection de leurs victimes. La Cour examine les différents griefs soulevés par le père de la victime en s'appuyant sur les nombreux instruments européens et internationaux en la matière.

Dans le cas d'espèce, elle conclut à la violation de l'art. 2 CEDH relatif au droit à la vie par Chypre pour défaut d'enquête effective. Elle a en effet considéré que les autorités de ce pays ne pouvaient prévoir la série d'événements qui a conduit au décès de la victime et que, dans ces conditions, elles n'étaient pas tenues de prendre des mesures concrètes pour prévenir un danger menaçant la vie de la victime, mais qu'il y a eu violation de l'art. 2 CEDH faute pour les autorités chypriotes d'avoir conduit une enquête effective sur les circonstances du décès de la jeune femme.

En ce qui concerne une potentielle violation de l'art. 3 CEDH, la Cour relève que tout mauvais traitement qu'aurait subi la jeune femme avant son décès est intrinsèquement lié au trafic et à l'exploitation dont elle aurait fait l'objet. C'est ainsi qu'elle procède à l'examen de ce grief sous l'angle de l'art. 4. CEDH relatif à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé.

Selon deux organisations non gouvernementales ayant présenté des observations dans le cadre de cette affaire « *la définition moderne de l'esclavage comprend des cas comme celui d'espèce, dans lesquels la victime est soumise à des sévices et à la contrainte, donnant aux malfaiteurs un contrôle total sur la victime.* » La Cour a noté que au même titre que l'esclavage, le trafic d'êtres humains, compte tenu de sa nature et des fins d'exploitation qu'il poursuit, suppose l'exercice de pouvoirs comparables au droit de propriété. Les trafiquants voient l'être humain comme un bien qui se négocie et qui est affecté à des travaux forcés. Ils doivent surveiller étroitement les activités des victimes qui, souvent, ne peuvent aller où elles le veulent. Ils ont recours contre elles à la vio-

lence et aux menaces.⁸⁷ Dès lors, la Cour estime que l'art. 4 CEDH interdit ce type de trafic. Elle conclut que Chypre a manqué aux obligations positives découlant de cet article au motif que ce pays n'a pas mis en place un dispositif légal et administratif adapté à la lutte contre ce trafic né du régime en vigueur des visas d'artistes d'une part et, que la police n'a pris aucune mesure concrète pour protéger la victime de ce trafic, alors que les circonstances pouvaient faire légitimement soupçonner qu'elle pouvait être victime de faits de cette nature, de l'autre.

Par ailleurs, la Russie est également condamnée pour violation de l'art. 4, non pas pour des carences normatives ou dans la prévention du risque individuel encouru par la victime, mais pour l'absence d'enquête sur les conditions de son « recrutement ». A l'occasion de cette affaire, la Cour a reconnu pour la première fois l'application de l'art. 4 CEDH relatif au trafic d'êtres humains.

7. CONCLUSION

L'histoire met en relief une certaine évolution dans l'interprétation de la notion de réfugié telle que définie par la Convention de Genève par rapport aux persécutions liées au genre. En Suisse, la décision de principe de la CRA du 9 octobre 2006⁸⁸ démontre une certaine souplesse de la notion de réfugié, qui a notamment permis une certaine « *adaptation* » à la prise en considération des persécutions spécifiques aux femmes. En Europe, on est également conscient du problème, même si, actuellement, les actes juridiques en vigueur font croire à une certaine ignorance de l'ampleur du phénomène.

L'analyse de la jurisprudence suisse et internationale démontre que les raisons de fuite liées au genre revêtent une importance grandissante dans le domaine de l'asile. Compte tenu des oppressions subies par des femmes dans certains Etats (à l'image de l'Afghanistan ou encore du Pakistan), il est fort probable que les

⁸⁷ CourEdH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, note 86, pt. 282.

⁸⁸ JICRA 2006/32.

pays occidentaux devront, à l'avenir, faire face à un nombre toujours croissant de demandes d'asile introduites par des femmes en raison des persécutions qui leur sont spécifiques. Par conséquent, il est indispensable tant pour les autorités en matière d'asile que pour les juges chargés d'éventuels recours de se pencher sur cette problématique afin de reconnaître aux femmes concernées une protection adéquate.

En Suisse, les données statistiques basées sur le sexe des requérants démontrent que, chaque année, le taux de reconnaissance du statut de réfugié d'une part, et le taux d'admission provisoire de l'autre, est plus élevé pour les femmes que pour les hommes. En outre, le taux de non-entrée en matière est nettement inférieur en ce qui concerne les femmes⁸⁹. Ce fait pourrait s'expliquer en partie par l'introduction de la clause de l'art. 3 al. 2 LAsi et les mesures visant à la protection des femmes qui ont été adoptées au sein de l'ODM. Cependant, malgré les aménagements effectués dans ce domaine, la pratique suisse reste restrictive et le nombre limité de jurisprudence ainsi que le fait que les décisions de l'ODM ne soient pas publiées ne permet pas vraiment d'examiner si la pratique suisse reste conforme à l'approche de Strasbourg. A ce propos, la Résolution 1765 (2010) du Conseil de l'Europe⁹⁰ demande aux Etats *de veiller à ce que les informations sur le pays d'origine soient à jour en ce qui concerne les questions de violence fondée sur le genre et de persécution liée au genre et de publier la jurisprudence nationale concernant les demandes d'asile motivées par la violence fondée sur le genre, afin de sensibiliser à ces questions et de renforcer la qualité et la cohérence des systèmes d'asile européens*. Il reste à espérer que la Suisse se conformera bientôt à ces exigences.

⁸⁹ Rapport de l'ODM d'août 2005 en réponse au postulat Menétrey-Savary (00.3659) La situation des femmes dans la politique d'asile – appréciation des aspects spécifiques aux femmes et liés au sexe en procédure d'asile, p. 18 ss : Statistique 2004 : – décisions positives : 15% concernent les femmes contre 5% pour les hommes – admissions provisoires : 11% concernent les femmes contre 6% pour les hommes – non-entrée en matière : 16% concernent les femmes contre 31% pour les hommes.

⁹⁰ Résolution 1765 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 8 octobre 2010, *Demandes d'asile liées au genre*.

LGBTI-PERSONEN IM ASYLVERFAHREN

Constantin Hruschka und Christof Portmann¹

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung.....	147
2. Internationale menschenrechtliche Entwicklungen.....	150
3. Aktuelle Entwicklungen im Asylbereich.....	154
4. Anforderungen an die asylrechtliche Prüfung in LGBTI-Fällen	158
5. Schlussbemerkungen.....	168

1. EINLEITUNG

Das Thema LGBTI ist in der flüchtlingsrechtlichen Diskussion nicht neu, das Akronym LGBTI hingegen schon.² Es bedeutet „Lesbian,

¹ Constantin Hruschka und Christof Portmann arbeiten in der Rechtsabteilung des UNHCR-Büros für die Schweiz und Liechtenstein in Genf. Die hier geäußerten Meinungen entsprechen der persönlichen Meinung der Autoren und widerspiegeln nicht zwangsläufig jene der UNO oder von UNHCR. Die Autoren danken Fabienne Bratoljic für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

² „LGBT“ ist ein aus der soziologischen Literatur spätestens seit 1980 bekanntes Akronym, das erst in diesem Jahrtausend Eingang in die Begriffswelt der internationalen flüchtlingsrechtlichen Diskussion erhielt. So sprechen noch die UNHCR Richtlinien zum internationalen Schutz, Nr. 1: Geschlechtsspezifische Verfolgung im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, UN-Dokument HCR/GIP/02/01 vom 7. Mai 2002, von „Homosexuellen, Transsexuellen oder Transvestiten“ und auch die Advisory Opinion UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation, 3. September 2004, verwendet den Begriff „LGBT“ nur im Annex als Zitat aus einem Dokument der UN-Generalversammlung. Dies änderte sich erst in jüngster Zeit. In neueren Dokumenten wie etwa dem UNHCR Discussion Paper, The Protection of Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Asylum-Seekers and Refugees, 22. September 2010, oder den Summary Conclusions: Asylum-

Gay, Bisexual, Transgender and Intersex“ und bezeichnet zwei genau voneinander zu unterscheidende Bereiche. „LGB“ sind Ausdrucksformen der sexuellen Orientierung, während „TI“ angeborene Merkmale bezeichnen, in denen entweder das biologische Geschlecht nicht dem sozialen Geschlecht entspricht („trans“) oder das biologische Geschlecht sich nicht in das dualistische System „Mann“/„Frau“ einordnen lässt, da zum Beispiel Geschlechtsmerkmale beider Geschlechter vorhanden sind („inter“).

Menschenrechtlich sind diese Diskussionen in den grösseren Rahmen der Diskussionen um sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität (auch: Geschlechtsidentität), kurz SOGI, einzuordnen.

Der Begriff **„sexuelle Orientierung“** bezeichnet die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuell intensiv zu Personen desselben oder eines anderen Geschlechts oder mehr als einem Geschlecht hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen.

Unter **„geschlechtlicher Identität“** versteht man das tief empfundene innere und persönliche Gefühl der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht, das mit dem Geschlecht, das der betroffene Mensch bei seiner Geburt hatte, übereinstimmt oder auch nicht; dies schliesst die Wahrnehmung des eigenen Körpers (darunter auch die freiwillige Veränderung des äusseren körperlichen Erscheinungsbildes oder der Funktionen des Körpers durch medizinische, chirurgische oder andere Eingriffe) sowie andere Ausdrucksformen des Geschlechts, z.B. durch Kleidung, Sprache und Verhaltensweisen, ein.³

In diesem Bereich gab es in der rechtlichen Diskussion in den letzten Jahren erhebliche Fortschritte, deren Eckpunkte (auch) für den Flüchtlingsbereich durch die Yogyakarta-Prinzipien der Internation-

Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity, Expert roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, Switzerland, 30 September – 1 October 2010, November 2010, wird nunmehr das Akronym „LGBT“ oder „LGBTI“ verwendet.

³ Definitionen übersetzt aus dem Glossar des Discussion Papers (Fn. 2).

alen Juristenkommission⁴, die im November 2006 in Yogyakarta (Indonesien) beschlossen wurden, und die Resolution des UN-Menschenrechtsrates zu SOGI vom Juni 2011⁵ markiert werden.

Weltweit kann in vielen Staaten ein Anstieg des Bewusstseins konstatiert werden, dass LGBTI-Personen unter die Flüchtlingsdefinition der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (GFK) fallen können. Mehrere Staaten haben die sexuelle Orientierung und/oder die geschlechtliche Identität ausdrücklich als Fluchtmotiv in ihre nationale Gesetzgebung aufgenommen oder deren Berücksichtigung durch innerstaatliche Richtlinien oder anderweitige Vorgaben geregelt.⁶

In diesem Aufsatz gehen wir den rechtlichen und praktischen Problemen bei der Behandlung von Asylgesuchen, mit denen Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung oder der geschlechtlichen Identität geltend gemacht wird, nach. Dazu zeigen wir zunächst die aktuellen internationalen Entwicklungen im Bereich des Schutzes von sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität auf und analysieren deren mögliche Auswirkungen auf den Asylbereich. Nach einem Überblick über Teile der aktuellen Staatenpraxis und einigen Beobachtungen zu konkreten Entwicklungen im Asylbereich ziehen wir abschliessend ein Fazit, das auch auf mögliche und notwendige Weiterentwicklungen hinweist.

⁴ The Yogyakarta Principles – Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, März 2007 (offizielle englische Version). Deutsche Übersetzung durch die Hirschfeld-Eddy-Stiftung, Die Yogyakarta-Prinzipien. Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, Berlin 2008 (Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung, Band 1).

⁵ Human Rights Council Resolution on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity, UN-Dokument A/HRC/RES/17/19 vom 14. Juli 2011, eingebracht von Südafrika.

⁶ Vgl. dazu SABINE JANSEN/THOMAS SPIJKERBOER, Fleeing Homophobia. Asylanträge mit Bezug zur sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität in Europa, Amsterdam, September 2011, S. 16ff.

2. INTERNATIONALE MENSCHENRECHTLICHE ENTWICKLUNGEN

Die im März 2007 veröffentlichten Prinzipien von Yogyakarta wurden von internationalen Menschenrechtsexpertinnen und -experten entwickelt und verabschiedet. Sie bekräftigen die vorrangige Verpflichtung von Staaten, Menschenrechte in Bezug auf sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität umzusetzen und betonen, dass die sexuelle Orientierung und die geschlechtliche Identität ein integraler Bestandteil der Menschenwürde und der Humanität sind, die nicht die Grundlage für Diskriminierung oder Missbrauch sein dürfen. Die 29 Prinzipien setzen den rechtlichen Rahmen für die Anwendung internationaler Menschenrechtsstandards im Hinblick auf SOGI. Jedes Prinzip ist mit genauen Empfehlungen verbunden, die sich in erster Linie an die Staaten richten. Die Empfehlungen zu den Yogyakarta-Prinzipien machen in ihrer Gesamtheit aber auch deutlich, dass neben den Staaten auch viele andere in diesem Bereich tätige Personen und Organisationen dafür verantwortlich sind, die Menschenrechte zu fördern und zu schützen. Die Empfehlungen wenden sich daher unter anderem auch an das Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen, nationale Menschenrechtsinstitutionen, die Medien, Nichtregierungsorganisationen und andere Personen und Personengruppen. Die Prinzipien erheben den Anspruch, die Ergebnisse der völkerrechtlichen Rechtsauslegung der letzten Jahre zusammenzufassen und repräsentieren damit den aktuellen Stand der internationalen Menschenrechtsdiskussion. Auch wenn sie nicht im strengen Sinne rechtsverbindlich sind, haben sie bei der Auslegung völkerrechtlich verbindlicher Menschenrechtskonventionen nicht nur politische, sondern auch juristische Relevanz.

Essentiell als Grundlage ist das in Prinzip 1 verankerte Recht auf universellen Genuss der Menschenrechte:

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten. Menschen aller sexuellen Orientierungen und geschlechtlichen Identitäten haben Anspruch auf den uneingeschränkten Genuss aller Menschenrechte“,

sowie das in Prinzip 19 verankerte Recht auf den Schutz der Privatsphäre und Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäusserung:

„Jeder hat, unabhängig von der sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität, das Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäusserung. Dies beinhaltet den Ausdruck der Identität oder Persönlichkeit durch verbale Äusserungen, Verhalten, Kleidung, körperliche Merkmale, Namenswahl oder sonstige Mittel, sowie die Freiheit, Informationen und Ideen jeglicher Art, einschliesslich im Hinblick auf Menschenrechte, sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, über Medien jeder Art und ohne Rücksicht auf Grenzen zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten.“

Für den Asylbereich ist Prinzip 23 von besonderer Relevanz, welches das Recht, um Asyl nachzusuchen, beinhaltet:

Jeder Mensch hat das Recht, zum Schutz vor Verfolgung in einem anderen Land um Asyl zu bitten und Asyl zu geniessen. Dies gilt auch für Verfolgungen im Zusammenhang mit der sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität einer Person. Kein Staat darf Menschen in einen Staat verbringen oder ausweisen oder an diesen ausliefern, wenn die betroffenen Personen die begründete Furcht haben, dort aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität Folter, Verfolgung oder einer anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe ausgesetzt zu sein.⁷

⁷ Zu diesem Prinzip finden sich folgende Empfehlungen für die Staaten:
„Die Staaten müssen:

A. Gesetze überprüfen, ändern und verabschieden, um dafür zu sorgen, dass die begründete Furcht vor Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung oder der geschlechtlichen Identität als Asylgrund und Grund für die Zuerkennung der Flüchtlingeigenschaft anerkannt wird;

B. verhindern, dass Asylsuchende aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder ihrer geschlechtlichen Identität durch politische Massnahmen oder Praktiken diskriminiert werden;

C. sicherstellen, dass kein Mensch in einen Staat verbracht, ausgewiesen oder an diesen ausgeliefert wird, wenn die betroffene Person die begründete Furcht hat, dort aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder geschlechtli-

Im europäischen Kontext hat sich insbesondere der Europarat als Motor für einen verstärkten Schutz von LGBTI-Personen erwiesen. Er hat unter anderem bereits 2010 einen Beschluss und Empfehlungen zu Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung und zu Asylgesuchen im Bereich der geschlechtsspezifischen Verfolgung abgegeben.⁸ Im Juni 2011 hat er die erste umfassende Studie zur Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität mit Daten zu allen 47 Mitgliedstaaten vorgestellt, welche konkrete Handlungsempfehlungen an die Staaten enthält.⁹ Daneben hat sich auch die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (Fundamental Rights Agency – FRA) in den letzten Jahren verstärkt mit dem Thema beschäftigt und erstmals im Juni 2008 eine vergleichende rechtliche Analyse zur Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und der geschlechtlichen Identität veröffentlicht.¹⁰

chen Identität Folter, Verfolgung oder einer anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe ausgesetzt zu sein.“

⁸ Resolution der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, 1765 (2010) und Empfehlung 1940, Geschlechtsspezifische Gründe für ein Asylgesuch. Vgl. auch Empfehlung CM/Rec(2010)5 des Ministerkomitees des Europarates betreffend Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität und das sich daran anschliessende Projekt in bis zu zehn Mitgliedstaaten des Europarates, das eine Laufzeit bis Ende 2013 hat; sowie die diesbezügliche Resolution der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, 1728 (2010) und Empfehlung 1915. Eine Sammlung der vom Europarat angenommenen Standards bietet: EUROPARAT, Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity – Council of Europe standards, 2011.

⁹ EUROPARAT: Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, 2. Aufl. September 2011 (Studie des Kommissars für Menschenrechte, Thomas Hammarberg). In diesem Kontext sind auch Studien zur Schweiz unter der Ägide des Europarates und des dänischen Menschenrechtsinstituts (COWI) entstanden: RECHER ALECS: Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Legal Report: Switzerland, und die Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Sociological Report: Switzerland.

¹⁰ Vgl. die zuletzt 2010 aktualisierte vergleichende rechtliche Analyse: AGENTUR DER EUROPÄISCHEN UNION FÜR GRUNDRECHTE, Homophobie, Transphobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung und der Geschlechtsidentität (erschienen im Juni 2011).

Daneben gab es auf der Ebene der Vereinten Nationen in den letzten Jahren eine verstärkte Auseinandersetzung mit dem Thema SOGI. Im Dezember 2008 verlas Argentinien (unterstützt von 65 weiteren Staaten) vor der UN-Generalversammlung die *„Gemeinsame Erklärung zu Menschenrechten, sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität“*.¹¹ In der Erklärung wird die staatliche Diskriminierung und strafrechtliche Verfolgung von Personen wegen ihrer sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität verurteilt. Die Verlesung dieser Erklärung betreffend SOGI vor der UN-Vollversammlung war eine Premiere auf dieser Ebene und zeigt die gestiegene Bedeutung des Themas, die sich nicht zuletzt in der Unterstützung durch immerhin ein Drittel der Staatengemeinschaft widerspiegelt.

Auf internationaler Ebene ist insbesondere die Resolution des UN-Menschenrechtsrates über Menschenrechte, die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität vom 17. Juni 2011 zu erwähnen.¹² Darin äussert der Menschenrechtsrat seine grosse Besorgnis über Gewalttaten und Diskriminierung weltweit gegen Individuen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität und fordert die Hochkommissarin für Menschenrechte auf, eine Studie zur Dokumentation diskriminierender Gesetze, Praktiken und Gewaltakte gegen Menschen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität in Auftrag zu geben. Allerdings gab und gibt es auch grosse Vorbehalte in vielen Teilen der Welt, die sich auch im knappen Abstimmungsergebnis zur Resolution widerspie-

¹¹ Joint Statement on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity, delivered by Argentina on behalf of 66 States, UN-Generalversammlung, 18. Dezember 2008.

¹² Siehe Fussnote 5. Der ständige Vertreter Südafrikas, Botschafter JM Matjila, führte wie folgt in die Vorlage ein: *„All of us, who were engaged in liberation struggles, without exception, drew our aspiration from the 1948 Universal Declaration of Human Rights, whose very opening preambular paragraphs became a clarion call to fight for freedom. It says and I quote: “All human beings are born free and equal in dignity and right and that everyone is entitled to all rights and freedoms set forth in that Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, or other status“.*“

geln.¹³ Im November 2011 legte die Hochkommissarin für Menschenrechte einen ersten Bericht zu diskriminierenden Gesetzen und Praktiken sowie zu Gewalttaten gegen Individuen auf Grund ihrer sexuellen Orientierung und geschlechtlichen Identität vor.¹⁴

Mit diesen Entwicklungen, insbesondere der Resolution des UN-Menschenrechtsrats vom Juni 2011, wurden wichtige Grundlagen für einen besseren weltweiten Schutz geschaffen, die es nun auch im Asylbereich mit Leben zu füllen gilt.

3. AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM ASYLBEREICH

Wie in der Einleitung zu diesem Band dargelegt, hat sich in den späten 80er und frühen 90er Jahren die Diskussion über geschlechtsspezifische Fragen im Asylverfahren ausgeweitet.¹⁵ Die Diskussion zur geschlechtsspezifischen Verfolgung bezog sich aber national wie international bisher meist, beziehungsweise vorrangig, auf frauenspezifische Verfolgung. Das Geschlecht ist zwar nicht in der Liste der Verfolgungsgründe des Art. 1 A (2) GFK enthalten, es ist jedoch anerkannt, dass die geschlechtsspezifische Verfolgung bei völkerrechtskonformer Auslegung von der Konvention umfasst ist; sie wird in der Staatenpraxis vorwiegend unter den Verfolgungsgrund „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ subsumiert. Dabei wird manchmal übersehen, dass auch andere

¹³ Die Resolution wurde mit 23:19 Stimmen bei drei Enthaltungen am 17. Juni 2011 angenommen; dafür stimmten: Argentinien, Belgien, Brasilien, Chile, Ecuador, Frankreich, Guatemala, Japan, Kuba, Mauritius, Mexiko, Norwegen, Polen, Schweiz, Slowakei, Spanien, Südkorea, Thailand, Ukraine, Ungarn, Uruguay, USA, Vereinigtes Königreich. Dagegen: Angola, Bahrain, Bangladesh, Djibouti, Gabun, Ghana, Jordanien, Kamerun, Katar, Malaysia, Malediven, Mauretanien, Nigeria, Pakistan, Moldawien, Russland, Saudi Arabien, Senegal, Uganda. Enthaltungen: Burkina Faso, China, Sambia (3).

¹⁴ UN Menschenrechtsrat, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, 17. November 2011. In dem Bericht werden auch die Tätigkeiten der anderen Menschenrechtsausschüsse der Vereinten Nationen erwähnt und zusammengefasst.

¹⁵ Vgl. Einleitung, Ziffer 2.

Verfolgungsgründe – wie beispielsweise Religion oder politische Meinung – bei der Prüfung von Asylgesuchen in diesem Bereich ebenfalls einschlägig sein können. Dies wird in den anderen Beiträgen dieses Bandes aus unterschiedlicher Sicht umfassend erörtert.¹⁶ Dabei ist nochmals zu betonen, dass nicht nur Frauen, sondern alle Personen mit ähnlichem Hintergrund, Gewohnheiten oder sozialer Stellung eine soziale Gruppe darstellen können. International werden unter anderem auch Familien und Homosexuelle als soziale Gruppen anerkannt. Dies führte dazu, dass der Schutz homosexueller Personen häufig zumindest diskutiert und in einigen Fällen auch gewährt wurde.¹⁷ Der Begriff der geschlechtsspezifischen Verfolgung hat sich aber auch in diesem Bereich stets weiter entwickelt und umfasst heute alle LGBTI-Personen.

Angemerkt sei, dass die im Akronym „LGBTI“ enthaltenen Gruppen beziehungsweise deren Definitionen nur eingeschränkt offen für neuere Entwicklungen sind. Insgesamt wäre es vorzuziehen, wenn dem Begriff SOGI auch in der asylrechtlichen Diskussion Vorrang gegeben würde, da man unter ihn jegliche sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität subsumieren kann. Dies würde zudem einen offeneren Bezug zum Verfolgungsgrund „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ herstellen, da der Begriff SOGI – dank seines offenen Wortlauts – eine dynamische Auslegung ermöglicht beziehungsweise vereinfacht, welche damit leichter neuen Entwicklungen gerecht werden könnte. Dabei ist es aber wichtig zu betonen, dass eine bestimmte soziale Gruppe nicht bereits angenommen werden kann, wenn ihren Gruppenmitgliedern nur das Merkmal gemeinsam ist, dass ihnen Verfolgung droht. Vielmehr ist ein zusätzliches, von der Verfolgung unabhängiges, Gruppenmerkmal notwendig.¹⁸ Hier soll nicht auf die verschiedenen

¹⁶ Vgl. insbesondere WILDT, Ziffer 5.1.; BARZÉ, Ziffer 3.2. und OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, Ziffer 4.1.

¹⁷ Zur Schweizer Praxis im Kontext der internationalen Rechts, vgl. MARTIN BERTSCHI: Die asylrechtliche Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität, in ASYL 4/07, S. 3-10.

¹⁸ Vgl. UNHCR Richtlinie zum internationalen Schutz: Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, Rn. 2. Dabei ist die Frage, ob die Gruppe dann ganz weit definiert (z.B. „alle Frauen“) oder anhand der drohenden Verfolgung eingeschränkt (z.B. „Opfer von Genitalverstümmelung“ oder

Möglichkeiten der Interpretation des Verfolgungsgrundes „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ eingegangen werden, da bei LGBTI-Personen klar ist, dass sie über ein gemeinsames – grundsätzlich von der Verfolgung unabhängiges – und menschenrechtlich geschütztes Merkmal verfügen und somit in definitorischer Sicht kein Problem bestehen sollte.¹⁹ Im Europäischen Kontext ist noch auf eine Neuerung hinzuweisen, die sich durch die kürzlich veröffentlichte Neufassung der so genannten Qualifikationsrichtlinie (QRL)²⁰ ergeben hat. In der Neufassung ist der Wortlaut des SOGI betreffenden Teils der Richtlinie (der zweite Teil von Art. 10 Abs. 1 Buchstabe d)) verändert worden. Er lautet nunmehr in der offiziellen deutschen Fassung:

„Je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland kann als eine bestimmte soziale Gruppe auch eine Gruppe gelten, die sich auf das gemeinsame Merkmal der sexuellen Orientierung gründet. Als sexuelle Orientierung dürfen keine Handlungen

„Opfer von Zwangsverheiratung“) wird, eher dogmatischer Natur, so lange klar ist, dass der Flüchtlingsschutz unter dem Verfolgungsgrund „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ gewährleistet ist. Das Bundesamt für Migration (BFM) ist zweiten Weg gegangen, wie sich den Kategorien des Beitrags von BARZÉ entnehmen lässt, vgl. dort Ziffer 3.2.1. Diese dogmatische Debatte lässt sich anhand des Urteils des House of Lords im Fall *Fornah und K* vom 18. Oktober 2006 ([2006] UKHL 46) nachvollziehen, in dem die Lords für die Frage des Schutzes eines 15-jährigen Mädchens aus Sierra Leone, dem Genitalverstümmelung drohte, keine Einigung darüber fanden, was für eine „soziale Gruppe“ denn nun vorliegt, sich aber einig waren, dass der Verfolgungsgrund „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ einschlägig ist, vgl. dort insbesondere Rn. 27ff.

¹⁹ Zu der grundlegenden Definition einer bestimmten sozialen Gruppe, vgl. CONSTANTIN HRUSCHKA/TILLMANN LÖHR, Das Konventionsmerkmal „Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe“ und seine Anwendung in Deutschland, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2009, S. 205-211, S. 205ff. Dies ist auch in der Praxis der BFM anerkannt, vgl. dazu den Beitrag von BARZÉ in diesem Band, Ziffer 3.2.

²⁰ Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABl. L 337/9 vom 20. Dezember 2011; vgl. zu den sich im Zusammenhang mit dieser Neufassung ergebenden Fragen bei der Schutzgewährung den Beitrag von WILDT in diesem Band.

verstanden werden, die nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten als strafbar gelten. Geschlechtsbezogene Aspekte, einschliesslich der geschlechtlichen Identität, werden zum Zweck der Bestimmung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der Ermittlung eines Merkmals einer solchen Gruppe angemessen berücksichtigt.“

Interessant sind dabei vor allem zwei Aspekte: Zum Einen wird im Vergleich zur vorhergehenden Fassung der Qualifikationsrichtlinie²¹ nunmehr auch im Deutschen von „sexueller Orientierung“ statt „sexueller Ausrichtung“ gesprochen, ohne dass sich der englische Wortlaut diesbezüglich geändert hat. Zum Anderen regelt die neue Richtlinie, dass geschlechterbezogene Aspekte „einschliesslich der geschlechtlichen Identität“ „angemessen berücksichtigt“ „werden“, während die vorhergehende Fassung keinen expliziten Bezug auf die geschlechtliche Identität enthielt und lediglich besagte, dass diese Aspekte „berücksichtigt werden können“. Zudem wird aus dem neuen Wortlaut deutlich, dass diese „geschlechterbezogenen Aspekte“ klar dem Merkmal „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ zuzuordnen sind. Durch die Neufassung ist also in terminologischer Hinsicht der Anschluss an die aktuelle menschenrechtliche Debatte hergestellt und gleichzeitig der Schutz für Personen, die befürchten, auf Grund ihrer sexuellen Orientierung oder geschlechtlichen Identität verfolgt zu werden, gestärkt worden.

²¹ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304/12 vom 30. September 2004, Art. 10 Abs. 1 Buchstabe d): *“Je nach den Gegebenheiten im Herkunftsland kann als eine soziale Gruppe auch eine Gruppe gelten, die sich auf das gemeinsame Merkmal der sexuellen Ausrichtung gründet. Als sexuelle Ausrichtung dürfen keine Handlungen verstanden werden, die nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten als strafbar gelten; geschlechterbezogene Aspekte können berücksichtigt werden, rechtfertigen aber für sich allein genommen noch nicht die Annahme, dass dieser Artikel anwendbar ist.“*

4. ANFORDERUNGEN AN DIE ASYLRECHTLICHE PRÜFUNG IN LGBTI-FÄLLEN

In den europäischen Staaten besteht eine Tendenz, die sexuelle Orientierung und vermehrt auch die geschlechtliche Identität ausdrücklich als Begründung des Flüchtlingsstatus in Gesetzesbestimmungen oder administrative Anweisungen aufzunehmen. Eine Bestandsaufnahme der Situation von LGBTI-Personen in Europa und der Staatenpraxis bezüglich Asylverfahren solcher Personen wurde erstmalig mit dem Projekt „Fleeing Homophobia“ vorgenommen, dessen Bericht im September 2011 veröffentlicht wurde.²² Der Bericht identifiziert grosse Unterschiede zwischen und innerhalb der Staaten. Je nach Ort, an dem ein Asylgesuch eingereicht wird, kann dieses sehr unterschiedlich behandelt werden und die Prüfung des Gesuchs zu verschiedenen Ergebnissen führen. Der Bericht konstatiert auch, dass internationale und europäische Menschenrechtstandards teilweise nicht eingehalten werden und für LGBTI-Personen durch die Ausprägung der Asylpraxis einiger Länder das grundlegende Menschenrecht, nach der eigenen sexuellen Orientierung zu leben, nicht gewährleistet ist. Zudem leiten SABINE JANSEN und THOMAS SPIJKERBOER, die die Studie gemeinsam herausgegeben haben, aus den wenigen verfügbaren Zahlen und Schätzungen ab, dass jedes Jahr Tausende Asylgesuche von LGBTI-Personen gestellt werden.²³ Eine quantitative Erfassung der Gesuche scheitert aber in den meisten Staaten daran, dass die Fluchtgründe nicht oder nicht so detailliert in die Asylstatistiken aufgenommen werden.

Der Bericht enthält ausserdem eine grosse Fülle an Informationen zur Staatenpraxis im Bereich der Verfolgung wegen SOGI. Gleichzeitig listet er die Staaten auf, die in ihr nationales Asylrecht Bestimmungen aufgenommen haben, die einen Schutz vor Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung vorsehen. Dies ist der Fall in Südafrika (eingeführt 1998), Schweden (2006) und Spanien

²² Vgl. JANSEN/SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia*.

²³ Ebda, S. 7.

(2009). Formelle Richtlinien zur Prüfung solcher Asylgesuche bestehen in Schweden (seit 2002) und dem Vereinigten Königreich (2010). Viele Länder, darunter die Schweiz²⁴, haben Prüfungsschemata oder Leitlinien für die Prüfung dieser Asylgesuche entwickelt.

Die Studie stellt den aktuellen Stand im Hinblick auf den asylrechtlichen Schutz von LGBTI-Personen dar. Anhand der Diskussionen insbesondere in der Rechtsprechung in Deutschland, die einige der definitorischen Fragen besonders gut erkennbar werden lässt, soll im Folgenden aufgezeigt werden, welche Aspekte bei der Prüfung von Asylgesuchen mit Bezug zu SOGI von besonderer Bedeutung sind.

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht entschied 1988²⁵, dass eine „politische Verfolgung“ wegen Homosexualität nur dann asylrelevant sei, wenn – solange kein anderer Verfolgungsgrund einschlägig ist – die betreffende Person eine „unentrinnbare schicksalshafte Festlegung auf homosexuelles Verhalten“ aufweist. Diese Entscheidungspraxis wurde vielfach kritisiert, war aber lange Zeit prägend für die Prüfung der Asylgesuche von Homosexuellen in Deutschland. Diesem Ansatz liegt die Idee zu Grunde, dass „homosexuelle Veranlagung“ grundsätzlich veränderlich ist und dass somit aus juristischer Sicht ein „unveränderliches persönliches Merkmal“ nur dann – in asylrechtlich relevanter Weise – vorliegt, wenn „im Sinne einer irreversiblen Prägung eine unentrinnbare schicksalshafte Festlegung auf homosexuelles Verhalten gegeben ist.“ Nur wenn eine solche „irreversible Prägung“ vorliege und bei einer potenziellen Rückkehr „Leib, Leben oder Freiheit beeinträchtigt“ wären, könne Asyl gewährt werden. Andernfalls, so das Gericht, sei der (gesellschaftliche) „Zwang“, Verhaltensweisen zu unterlassen, die mit den „herrschenden, sittlichen Anschauungen“ „nicht im Einklang stehen“, keine politische Verfolgung. In den Überlegungen des Gerichts spielt also die Frage eines menschenrechtlich

²⁴ Vgl. BARZÉ, Ziffer 3.2.

²⁵ Deutsches Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 15. März 1988, Az.: 9 C 278/86.

abgesicherten Rechts, die sexuelle Orientierung zu leben, keine Rolle, beziehungsweise wird ein solches Recht implizit verneint.

Dieses Konzept wäre beispielsweise mit dem neuen Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 Buchstabe d) QRL unvereinbar. Dort ist, wie oben schon erwähnt, geregelt, dass auch die sexuelle Orientierung zu den Merkmalen zählen kann, auf die zu verzichten, „der Betreffende nicht gezwungen werden sollte“. Der vielfach kritisierte Grundsatz wird deshalb in neueren deutschen Entscheiden kaum noch – jedenfalls nicht in dieser extremen Ausprägung – aufgegriffen. Rechtlich hat sich mit der Qualifikationsrichtlinie ein Wandel vollzogen: diese ordnet die sexuelle Orientierung nicht (wie die frühere deutsche Rechtsprechung) den unveränderlichen Merkmalen, sondern denjenigen Merkmalen zu, deren Verzicht vom Kläger – auch bei potentieller „Veränderungsmöglichkeit“ – wegen ihres identitätsprägenden Charakters nicht verlangt werden darf (unverzichtbare Merkmale). Mit dieser Zuordnung wird gleichzeitig auch der menschenrechtliche Schutz der sexuellen Orientierung deutlich, da die unverzichtbaren Merkmale jeweils Teile der Identität bezeichnen, die einen so starken menschenrechtlichen Schutz genießen (wie zum Beispiel die Religion oder die politische Überzeugung), dass eben ein Verzicht darauf, seine Meinung zu äussern oder entsprechend zu leben, rechtlich nicht verlangt werden kann.

Trotzdem gibt es bisher in Deutschland im Bereich des Schutzes insbesondere homosexueller Männer aus islamischen Ländern keine einheitliche Praxis. Einige Verwaltungsgerichte sahen schon bald nach Inkrafttreten der Qualifikationsrichtlinie eine Änderung der Praxis als unabdingbar an.²⁶ Andere Gerichte übertrugen rechtliche Konstruktionen, die aus dem Bereich der religiösen Verfolgung bekannt sind, auf den Bereich des Schutzes der sexuellen Orientierung. Im Bereich der Religion wird von der deutschen Rechtsprechung angenommen, dass nur ein Teil der Religionsfreiheit (das

²⁶ Vgl. zum Beispiel VG München, Urteil vom 30. Januar 2007, Az.: M 21 K 04.51494 (allerdings mit einer dogmatisch fragwürdigen Begründung) und (angedeutet) VG Schleswig, Urteil vom 20. November 2006, Az.: 4 A 244/05 und (dogmatisch am überzeugendsten) VG Oldenburg, Urteil vom 13. November 2007, Az.: 1 A 1824/07.

sogenannte „forum internum“) menschenrechtlich so stark geschützt ist, dass ein Verzicht darauf unzumutbar ist. Faktisch wurden damit Personen, die religiöse Verfolgung geltend gemacht haben, darauf verwiesen, zu Hause zu beten und auf die öffentliche Manifestation des eigenen Glaubens zu verzichten.²⁷ Für die religiöse Verfolgung hat das deutsche Bundesverwaltungsgericht die Frage der Zumutbarkeit eines Verzichts auf gewisse (öffentliche) religiöse Betätigungen dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) zur Vorabentscheidung vorgelegt.²⁸ Im Bereich der sexuellen Orientierung hat das Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf den Weg gewählt, ein „forum internum“ der homosexuellen Betätigung zu definieren und es im konkreten Fall eines Klägers für zumutbar erklärt, „seine homosexuelle Veranlagung ausschliesslich im engsten privaten Umfeld auszuleben und nach aussen hin nicht bekannt werden zu lassen“. Ausdrücklich offengelassen hat das Gericht, ob nicht sogar ein vollständiges Verbot „homosexueller Betätigung“ „asylrechtlich hinnehmbar“ ist.²⁹ Eine ähnliche Entscheidung hatte im November 2011 das Oberverwaltungsgericht des Bundeslandes Nordrhein-Westfalen dazu veranlasst, ein Berufungsverfahren auszusetzen und ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) vor dem EuGH einzuleiten und diesem folgende Fragen vorzulegen:

²⁷ Vgl. dazu grundlegend Deutsches Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Januar 2004, Az.: 1 C 9.03, BVerwGE 120, 16 und (unter Geltung der vorhergehenden Fassung der QRL) Urteil vom 5. März 2009, Az.: 10 C 51.07, BVerwGE 133, 221.

²⁸ Vgl. Deutsches Bundesverwaltungsgericht, Beschlüsse vom 9. Dezember 2010, Az.: 10 C 19.09 und 10 C 21.09, Frage 3 am Ende: „ist es dem Antragsteller zuzumuten, auf solche [zu einer Gefahr für Leib, Leben oder physische Freiheit führenden] künftigen Betätigungen zu verzichten?“

²⁹ Vgl. VG Düsseldorf, Urteil vom 14. September 2006, Az.: 11 K 81/06.A. Das Gericht hat diese Ansicht im Urteil vom 21. Februar 2008, Az.: 11 K 2432/07.A weitgehend bestätigt, obwohl mit dieser Entscheidung einem „offenkundig“ homosexuellen Ägypter Schutz gewährt wurde, weil aus Sicht des Gerichts feststand, dass der Kläger seine „eindeutig und offenkundig auf die homosexuelle Veranlagung“ hindeutenden „Verhaltensmerkmale nicht ändern kann.“

1. *Ist Homosexualität als sexuelle Ausrichtung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Buchst. d) Satz 2 der Richtlinie 2004/83/EG anzusehen und kann sie hinreichender Verfolgungsgrund sein?*
2. *Für den Fall, dass Frage zu 1. zu bejahen ist:*
 - a) *In welchem Umfang ist die homosexuelle Betätigung geschützt?*
 - b) *Kann der homosexuelle Mensch darauf verwiesen werden, seine sexuelle Ausrichtung im Heimatland im Verborgenen auszuleben und nach aussen hin nicht bekannt werden zu lassen?*
 - c) *Sind spezielle Verbote zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Moral bei Auslegung und Anwendung des Art. 10 Abs. 1 Buchst. d) der Richtlinie 2004/83/EG beachtlich oder ist die homosexuelle Betätigung wie bei einem heterosexuellen Menschen geschützt?*³⁰

Das aufgeworfene Problem lässt sich – für *alle* Konventionsmerkmale – abstrahieren: Kann man von einer gesuchstellenden Person verlangen, dass sie sich menschenrechtlich geschützter Handlungen enthält, um eine andernfalls drohende Verfolgungshandlung zu umgehen? Was ist also genau asylrechtlich geschützt? Gibt es einen „Kernbereich“ bzw. kann ein Ausleben der Sexualität/Religion/Politischen Überzeugung im Verborgenen aus flüchtlingsrechtlicher Sicht verlangt werden?

UNHCR und die überwiegende Literatur verweisen darauf, dass die Genfer Flüchtlingskonvention gerade den Zweck verfolgt, Schutz zu bieten, wenn die nach internationalen Verträgen garantierten

³⁰ Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 23. November 2010, Az.: 13 A 1013/09.A. Diesem Fall vor dem Oberverwaltungsgericht lag ein Urteil des VG Düsseldorf vom 11. März 2009 (Az.: 5 K 1875/08.A) zugrunde. Aus menschlicher Sicht erfreulich aber aus juristischer Sicht bedauerlich ist, dass der EuGH diese Fragen aktuell nicht mehr beantworten muss, da in Folge der Veröffentlichung des vollen Namens des Beschwerdeführers durch den EuGH das deutsche Bundesamt für Migration und Flüchtlinge der Person den Flüchtlingsstatus zuerkannt hat und sich somit das Ausgangsverfahren erledigt hat.

Menschenrechte eines Individuums im Herkunftsstaat nicht mehr respektiert werden.³¹

Im Bereich des Schutzes der sexuellen Orientierung wirft dies die Frage auf, wie weit die menschenrechtliche Garantie auf Schutz der sexuellen Orientierung geht und ob eine Einschränkung aus flüchtlingsrechtlicher Sicht vertretbar ist. Auch wenn das Konzept der „unveränderlichen Merkmale“ und der Beschränkung des Schutzes auf den „Kernbereich“ von der überwiegenden internationalen Rechtsprechung abgelehnt wird, gibt es in vielen europäischen Staaten die Tendenz, das Gebot, die Sexualität im Verborgenen auszuleben und nach aussen hin nicht bekannt werden zu lassen, als legitim zu betrachten. Das Verbergen sei demnach zumutbar, um eine Verfolgung zu vermeiden.³² Diese Ansicht ist jedoch äusserst problematisch, da der menschenrechtliche Schutz der sexuellen Orientierung, wie oben dargelegt, umfassend ist. Wenn sich das Individuum in gleichsam vorauseilendem Gehorsam menschenrechtlich geschützte Handlungen selbst verbieten müsste, um eine andernfalls drohende Verfolgung zu umgehen, würde dieser Zweck unterlaufen.

Trotzdem betrachten bisher viele Staaten dieses Argument zur Verweigerung von Schutz als zulässig. Anders und in dieser Hinsicht vorbildlich ist die in diesem Band dargelegte Vorgehensweise des BFM³³, da sie der genannten menschenrechtlichen Garantie umfassend Rechnung trägt. In ähnlicher Weise hat sich der Supreme Court des Vereinten Königreichs in seinem Urteil HJ/HT geäussert. Dort hat das Gericht entschieden, dass es das Recht auf Selbstbestimmung verletzt, wenn eine Person gezwungen wird, zu behaupten, dass eine bestimmte sexuelle Orientierung nicht vorliegt. Homosexuelle Menschen seien genauso wie heterosexuelle Menschen durch die Menschenrechte dahingehend geschützt, sich frei mit anderen Menschen der gleichen sexuellen Orientierung zu

³¹ Vgl. dazu die Einleitung zu diesem Band vor allem Ziffer 2.4 und 2.5.

³² Vgl. JANSEN/SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia*, S. 39ff.

³³ Vgl. BARZÉ, Ziffer 3. Eine Übersicht zur aktuellen behördlichen und gerichtlichen Praxis diesbezüglich in verschiedenen Ländern geben, JANSEN/SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia*, S. 40ff.

treffen und sich frei zu ihrer Sexualität zu äussern.³⁴ Eine ähnliche behördliche Praxis gibt es in Schweden, dort hat das Migrationsverket im Januar 2011 Richtlinien zur Prüfung der Asylgesuche von Homosexuellen herausgegeben. In diesen wird klar gestellt, dass eine Person als Flüchtling anzuerkennen ist, wenn „der Grund für die Diskretion Furcht vor Verfolgung ist“.³⁵

³⁴ Vgl. HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department, (2010) UKSC 31, United Kingdom: Supreme Court, 7. Juli 2010: Homosexuelle (in diesem Fall) Männer „are as much entitled to freedom of association with others of the same sexual orientation, and to freedom of self-expression in matters that affect their sexuality, as people who are straight.“ Ebenso gilt dies nach der britischen Rechtsprechung für Frauen, vgl. SW (lesbians – HJ and HT applied) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department, CG [2011] UKUT 00251(IAC), United Kingdom: Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 24. Juni 2011. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Vorabentscheidungsersuchen zur religiösen Verfolgung angedeutet, dass es eine andere Ansicht hat, da es das potentielle Vermeidungsverhalten für „vernünftig“ (und damit zumutbar) hält; vgl. Beschluss 10 C 19.09 vom 9. Dezember 2010 (Fn. 28) Rn. 52 und 53: „Die britische Rechtsprechung verfolgt ein anderes Konzept zur Erheblichkeit eines möglichen Vermeidungsverhaltens als die deutsche. Danach kommt es allein darauf an, wie der Antragsteller sich nach einer Rückkehr in das Herkunftsland tatsächlich verhalten würde. Ist die Prognose gerechtfertigt, dass er sich tatsächlich so verhalten wird, wie er behauptet, und würde das zu Verfolgungsmaßnahmen führen, ist er als Flüchtling anzuerkennen. Dem steht nicht entgegen, dass sein Verhalten unvernünftig erscheinen mag. Die Tatsache, dass er Verfolgung vermeiden könnte, indem er das Gefahr bringende Verhalten unterlässt, steht seinem Anspruch auf Flüchtlingsschutz nicht entgegen, sofern er dieses Verhalten – trotz der damit verbundenen Gefahren – tatsächlich ausführen würde. Das hat der Court of Appeal in seinem Urteil vom 5. November 1999 – Iftikhar Ahmed v. Secretary of State for the Home Department ([1999] EWCA Civ 3003) so entschieden, in dem es um das beabsichtigte Missionieren eines Ahmadi in Pakistan ging.

Die Unerheblichkeit eines möglichen Vermeidungsverhaltens ergibt sich für die britische Rechtsprechung auch aus dem Urteil des Supreme Court des United Kingdom vom 7. Juli 2010 (HJ (Iran) (FC) v. Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 31 Rn. 82), betreffend einen Fall von Homosexualität. Danach ist die Verfolgungsfurcht eines Asylbewerbers begründet, wenn er seine Homosexualität im Heimatstaat öffentlich leben würde und daher der Gefahr der Verfolgung ausgesetzt wäre, selbst wenn er die Gefahr durch diskrete Praktizierung seiner sexuellen Orientierung vermeiden könnte.“

³⁵ Siehe Migrationsverket, Rattschefens rattsliga ställningstagande angående metod för utredning och provning av den framåtsyftande risken för personer som aberopar skyddsskal på grund av sexuell lagning (RCI 03/2011) (zitiert nach JANSEN/SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia*, S. 45).

Die Konsequenzen dieser Sichtweise für die Asylverfahren von LGBTI-Personen sind weitreichend. Bei der Furcht vor Verfolgung ist die konkret drohende „Sanktion“ (Menschenrechtsverletzung) in den Blick zu nehmen, dafür ist in aller Regel eine „peinliche Befragung“ zur Sexualität weder dienlich noch erforderlich; vielmehr ist eine Anhörung durchzuführen, deren Schwerpunkt auf der Prognoseentscheidung liegt. Es geht also nicht um die Frage, „Ist die Person schwul/lesbisch/bi-sexuell?“, sondern um die Frage, ob der Person bei einer potentiellen Rückkehr ins Herkunftsland Verfolgung droht. Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) hat im Januar 2011 im Urteil C-2107/2010³⁶ zwar die erforderliche Einzelfallprüfung der Situation eines Homosexuellen aus dem Iran vorgenommen, fiel aber dann in die Generalisierung der Situation im Iran zurück, in dem es konstatiert, Homosexuelle, die ihre Sexualität im Iran nicht „öffentlich zur Schau stellen“, seien nicht bedroht. Es wäre erforderlich gewesen, eine Prüfung der individuellen Furcht vor der Verfolgung vorzunehmen und dabei Feststellungen dazu zu treffen, ob der Beschwerdeführer sich aus Furcht vor Verfolgung „diskret“ verhalten würde. Eine Leitfrage für eine solche Prüfung sollte sein: „Wie würde die Person bei einer Rückkehr leben (wollen)?“

Es ist somit in diesen Fällen immer eine Einzelfallprüfung erforderlich, die sich auf die individuelle Situation der gesuchstellenden Person bezieht. Dabei sind vor allem der persönliche und gesellschaftliche Kontext sowie die Urheber der Verfolgung (staatlich – nichtstaatlich?) in den Blick zu nehmen. Auf dieser Grundlage hat dann die rechtliche Prüfung der begründeten Furcht vor Verfolgung zu erfolgen. Dabei sind insbesondere auch Fragen der Kriminalisierung homosexuellen Verhaltens im Herkunftsstaat und eine intensive Prüfung der Furcht vor zukünftiger Verfolgung auf Basis der Persönlichkeit der gesuchstellenden Person erforderlich. Letzteres ist häufig gerade in LGB-Fällen relevant, wenn das „coming out“ erst im Zufluchtsstaat erfolgt ist. Hier kann sich auch die Frage möglicher Nachfluchtgründe aufdrängen, deren Berücksichtigung

³⁶ BVGer, Urteil vom 18. Januar 2011, C-2107/2010.

im Schweizer Recht durch Art. 54 des Asylgesetzes eingeschränkt ist.³⁷

Ein wichtiger Aspekt bei der Prüfung ist darüber hinaus, dass nicht nur der Verfolgungsgrund „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ in den Blick genommen wird, sondern auch mögliche andere Verfolgungsgründe wie Religion, ethnische Zugehörigkeit oder politische Überzeugung geprüft werden. Dabei dürfen auch mögliche Zuschreibungen von Seiten der Urheber der Verfolgung nicht ausser Acht gelassen werden. Es muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Verfolgungshandlung und dem Verfolgungsgrund bestehen.³⁸

Da die Verfolgungshandlungen in LGBTI-Fällen regelmässig (auch) von nicht-staatlichen Akteuren ausgehen, spielt des Weiteren häufig die Prüfung der internen Schutzalternative eine bedeutende Rolle. Häufig wird gerade von Homosexuellen hauptsächlich nicht-staatliche Verfolgung geltend gemacht und Schutz beantragt, weil kein effektiver staatlicher Schutz gewährleistet ist. Für die Schweiz ist in diesem Zusammenhang die mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2011³⁹ vollzogene Praxisänderung hin zu einer vollständigen Umsetzung der Schutztheorie von Bedeutung, auch wenn dies in der behördlichen Praxis angesichts der von BARZÉ in diesem Band vorgestellten Vorgaben des BFM⁴⁰ zu keinen bedeutenden Veränderungen führen dürfte.

Grosse praktische Herausforderungen stellen sich im Hinblick auf die Prüfung der Glaubwürdigkeit, da in diesem Bereich – noch stärker als bei Asylverfahren ohnehin – mit auf Tabuisierungen, Schamgefühlen und sozialen Exklusionsmechanismen beruhenden

³⁷ Dies wirft Konflikte mit dem flüchtlingsrechtlichen Schutz dieser Personen auf, der an die drohende Verfolgung und nicht an den Zeitpunkt der Ausreise anknüpft. Vgl. beispielsweise, UNHCR, Handbuch zu Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, Genf 1979 (Neuaufgabe Dezember 2011), Randnummer 94ff.

³⁸ So beispielsweise auch die Systematik der Qualifikationsrichtlinie bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft, vgl. Art. 10 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie 2011/95/EU.

³⁹ BVGer, Urteil vom 21. Dezember 2011, D-4935/2007.

⁴⁰ BARZÉ, Ziffer 3.

Kommunikationshindernissen gerechnet werden muss. Hinsichtlich der Beweislast ist zu sagen, dass sich oft auf Grund fehlender spezifischer Herkunftsländerinformationen zur Situation von LGBTI-Personen grosse praktische Probleme des Nachweises der Flüchtlingseigenschaft stellen. Diese dürfen sich aber aus völker- und europarechtlicher Sicht nicht dahingehend auswirken, dass Schutz wegen fehlender Herkunftsländerinformationen verweigert wird. Es ist vielmehr Aufgabe der prüfenden Behörde oder des jeweiligen Gerichts, auf der Basis der vorhandenen Informationen und des Vortrags der gesuchstellenden Person, eine Prognoseentscheidung zu treffen, in der dann (bei fehlenden Informationen) wieder die häufig sehr komplizierte Beurteilung der Glaubwürdigkeit eine besonders wichtige Rolle spielt.

Die Schwierigkeiten, mit denen sich die Staaten in praktischer Hinsicht im Bereich der Glaubwürdigkeitsprüfung konfrontiert sehen, haben teilweise zu fragwürdigen und in einem dokumentierten Fall sogar menschenrechtswidrigen Praktiken zur Feststellung der „Homosexualität“ geführt. Neben der bereits oben erwähnten Tatsache, dass dies überhaupt nicht die entscheidende Frage bei der Prüfung des Schutzbedarfes ist, ist besonders bedenklich, dass augenscheinlich oft das Bewusstsein für die menschenrechtliche Dimension solcher Praktiken fehlt. So werden beispielsweise in Ungarn asylsuchende LGBTI-Personen zu medizinischen oder psychologischen „Experten“ geschickt. Diese „Experten“ erstellen dabei Berichten zufolge Gutachten, die sich beispielsweise auf physische Merkmale (wie die Form des Gehirns) beziehen. Hier wird klar, dass Homosexualität als Abnormalität betrachtet und mit entsprechenden Zuschreibungen versehen wird. In dieses Bild fügen sich die vorliegenden Berichte über erniedrigende Behandlung von homosexuellen Männern in Ausschaffungshaft nahtlos ein.⁴¹ Besonders eklatant in dieser Hinsicht ist das Beispiel der Tschechischen Republik. Dort wurden bei Männern, die vorbrachten, wegen ihrer Homosexualität Furcht vor Verfolgung zu haben, Erregungsmessungen durchgeführt (und so genannte phallometrische Gutachten erstellt), die auf Tests beruhen, die in den 50er-Jahren erfunden

⁴¹ Vgl. JANSEN/SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia*, S. 55ff.

wurden, um zu verhindern, dass sich Wehrdienstpflichtige als homosexuell ausgaben, um sich dem Militärdienst zu entziehen.⁴² Neben der Frage, ob diese Tests an sich geeignet und zuverlässig sind und der Tatsache, dass die fehlende Einwilligung verfahrensrechtliche Bedenken aufwirft, liegt hier eine eklatante Missachtung der Menschenrechte der betroffenen Männer vor. Auch hier scheint das Bewusstsein für den menschenrechtlichen Schutz von (in diesem Fall) homosexuellen Männern kaum ausgeprägt zu sein. Diese Praxis wurde sowohl von der EU⁴³, als auch von einem in einem Dublinverfahren mit dieser Frage befassten deutschen Verwaltungsgericht⁴⁴ sowie von UNHCR⁴⁵ als mögliche Verletzung von Art. 3 EMRK gekennzeichnet (erniedrigende Behandlung).

5. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Im Herbst 2010 fand in Genf ein von UNHCR organisiertes Experten-Panel zur Thematik des Schutzes vor Verfolgung aufgrund der sexuellen Orientierung und der geschlechtlichen Identität statt.⁴⁶ Dabei wurde erneut festgehalten, dass LGBTI-Personen der gleiche Zugang zu allen Menschenrechten zusteht wie anderen Menschen auch. Es wurde anerkannt, dass Gesetze, welche gleichgeschlechtliche Beziehungen kriminalisieren, auch dann zu Diskriminierung und Missbräuchen führen können, wenn sie vom Staat nicht durchgesetzt werden. Denn oft reflektieren diese Bestimmungen eine Kultur der Intoleranz gegenüber LGBTI-Personen und verhindern einen wirksamen Schutz durch den Staat. Daraus wurde der

⁴² Vgl. zu beiden Ländern auch das Kapitel „Medizinische Untersuchungen“ bei JANSEN/SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia*, S. 55ff.

⁴³ Siehe neben einigen Pressemitteilungen der EU-Kommission vor allem die Kritik an der Praxis durch die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte in *Homophobia* (Fn. 10), S. 69ff.

⁴⁴ Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein, Beschluss vom 7. September 2009, Az.: 6 B 32/09.

⁴⁵ UNHCR, *UNHCR's comments on the practice of phallometry in the Czech Republic to determine the credibility of asylum claims based on persecution due to sexual orientation*, April 2011.

⁴⁶ Vgl. zu den Diskussionen und Ergebnissen: *Summary Conclusions* (Fn. 2).

Schluss gezogen, dass solche Gesetze bereits an sich geeignet sein können, eine begründete Furcht vor Verfolgung auszulösen. Um zu beurteilen, ob dies der Fall ist, müsse eine umfassende Überprüfung des gesamten Rechtssystems und der Rechtsprechung vorgenommen werden. Es sei gerade bei drohender Verfolgung durch nichtstaatliche Akteure unzumutbar, von Asylsuchenden zu verlangen, dass sie zunächst um staatlichen Schutz ersuchen, wenn in ihrem Herkunftsstaat solche Gesetze in Kraft sind.⁴⁷

Die Schutzzfähigkeit und Schutzwillingkeit des jeweiligen Herkunftsstaates bei Verfolgungshandlungen ist in LGBTI-Fällen oft noch schwieriger zu ermitteln als in anderen Asylfällen.⁴⁸ Die Präsenz von NGO's und Menschenrechtsorganisationen kann und darf jedoch nicht als Beweis oder Ersatz für staatlichen Schutz angesehen werden. Hier besteht ein grosser Bedarf und ein eklatanter Mangel an spezifischen Herkunftsländerinformationen.⁴⁹ Da kriminalisierende Gesetze zudem auch in Asyl gewährenden Staaten verbreitet sind, ist Resettlement in ein Land, dass keine solchen Gesetze und eine tolerante Praxis hat, oft die einzige dauerhafte Lösung für LGBTI-Flüchtlinge.

Insgesamt kann aber auch konstatiert werden, dass sich trotz aller Herausforderungen der menschen- und asylrechtliche Schutz für LGBTI-Personen in den letzten Jahren stark verbessert hat und die Thematik sich insbesondere durch eine vertiefte Beschäftigung auf nationaler und internationaler Ebene erheblich weiter entwickelt und in Richtung einer besseren Schutzgewährleistung für diese Personen bewegt hat. So ist in der internationalen menschenrechtlichen aber auch in der nationalen Schweizer Diskussion eine mögliche Einschränkung der Menschenrechte von LGBTI-Personen nicht mehr als ernsthafte Option diskutierbar und eine kulturell-historische Begründung für die Diskriminierung dieser Personen-gruppe muss als überholt angesehen werden. Andererseits lässt

⁴⁷ Vgl. zum Ganzen ebda, S. 1ff.

⁴⁸ Vgl. beispielsweise JANSEN/SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia*, S. 47ff.

⁴⁹ Auch wenn beispielsweise UNHCR in seinen neueren Eligibility Guidelines zu Eritrea (2011, 2009), Sri Lanka (2010) und Afghanistan (2009) jeweils Ausführungen zu diesem Themenkomplex aufgenommen hat.

sich aber feststellen, dass gerade bei Fällen der Verfolgung wegen der sexuellen Orientierung häufig die oben geschilderten rechtlichen Massstäbe nur eine untergeordnete Rolle spielen und von an gesellschaftliche Diskussionen anschliessenden Überlegungen überdeckt werden, was – je nach Ausrichtung des jeweiligen Gerichts – zu rechtlich nicht zu rechtfertigender Schutzgewährung oder zu Schutzlücken führen kann.⁵⁰ Die Entwicklung ist also (wie auch BARZÉ für die Praxis des BFM feststellt⁵¹) noch nicht abgeschlossen und eine Weiterentwicklung bleibt trotz der erheblichen Fortschritte der letzten Jahre notwendig.

⁵⁰ Siehe oben unter 4. Vgl. auch JAMES C. HATHAWAY/JASON POBJOY: Queer cases make bad law, in: New York University Journal of International Law and Politics 44(2) (2012), S. 315-389, S. 387 ff.

⁵¹ BARZÉ, Ziffer 2., spricht von „constante évolution“ in diesem Bereich.

LITERATUR, MATERIALIEN UND DOKUMENTE ZUM THEMA GESCHLECHTSSPEZIFISCHE VERFOLGUNG¹

Inhaltsverzeichnis

1. Spezifische Literatur	171
2. Allgemeine Literatur	175
3. Richtlinien, Materialien und Studien.....	176
3.1. Vereinte Nationen (Allgemein).....	176
3.2. UNHCR.....	177
3.3. Europäische Union.....	179
3.4. Europarat.....	180
3.5. Weitere.....	181
4. Schweizerische Judikatur.....	183
4.1. Asylrekurskommission.....	183
4.2. Bundesverwaltungsgericht	183

1. SPEZIFISCHE LITERATUR

- ALEINIKOFF T. ALEXANDER: Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of “membership of a particular social group”, in: *Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.)*, Refugee Protection in International Law, UNHCR’s Global Consultations on International Protection, Cambridge 2003, S. 263-311.
- ANKER DEBORAH: Refugee Status and Violence against Women in the “Domestic” Sphere: The Non-State Actor Question, in: *The Changing Nature Of Persecution*, IARLJ-Conference in Switzerland, Bern 2000.
- BERTSCHI MARTIN: Die asylrechtliche Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität, in: *ASYL* 2007/4, S. 3-10.

¹ Stand am 31. Dezember 2011.

- BINDER ANDREA: Frauenspezifische Verfolgung vor dem Hintergrund einer menschenrechtlichen Auslegung des Flüchtlingsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention, Basel 2001.
- BRABANDT HEIKE: Internationale Normen und das Rechtssystem, Der Umgang mit geschlechtsspezifisch Verfolgten in Grossbritannien und Deutschland, Baden-Baden 2011.
- CHELVAN S: Put Your Hands Up (If You Feel Love), in: Journal of Immigration, Asylum and Nationality Law (IANL) 2011, 25(1), S. 56-66.
- DAUVERGNE CATHERINE/MILLBANK JENNI: Burdened by Proof: How the Australian Refugee Review Tribunal has Failed Lesbian and Gay Asylum Seekers, in: Federal Law Review 2003, 31(2), S. 299-243.
- EDWARDS ALICE: Violence against Women under International Human Rights Law, Oxford University, Refugee Studies Centre, Dezember 2010.
- EDWARDS ALICE: Transitioning Gender: Feminist Engagement with International Refugee Law and Policy 1950-2010, in: Refugee Survey Quarterly 2010, 29(2), S. 21-45.
- EDWARDS ALICE: Displacement, Statelessness and Questions of Gender Equality under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, August 2009, PPLAS/2009/02.
- EDWARDS ALICE: Age and Gender dimensions in international refugee law, in: *Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.)*, Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge 2003, S. 46-80.
- Frauenflüchtlinge in der Schweiz. Ein Handbuch. Hrsg. vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau, Bern 1993.
- GOLDBERG PAMELA: Women and Refugee Status: A Review Essay, in: International Journal of Refugee Law (IJRL) 1994/4, S. 756-763.
- GREATBATCH JACQUELINE: The Gender Difference: Feminist Critiques of Refugee Discourse, in: International Journal of Refugee Law (IJRL) 1989/4, S. 518-527.

- GROTH LAUREN: Engendering Protection: an Analysis of the 2009 Kampala Convention and its Provisions for Internally Displaced Women, in: International Journal of Refugee Law (IJRL) 2011/2, S. 221-251.
- HAINES RODGER: Gender-Related Persecution, in: *Erika Feller/Volker Türk/Frances Nicholson (Hrsg.)*, Refugee Protection in International Law, UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge 2003, S. 319-350.
- HAUSAMMANN CHRISTINA: Die Berücksichtigung der besonderen Anliegen der Frauenflüchtlinge in der laufenden Asylgesetzrevision, in: ASYL 1996/2, S. 39-51.
- HAUSAMMANN CHRISTINA: Frauenverfolgung und Flüchtlingsbegriff. Studie zur Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in der Flüchtlingskonvention und im Asylgesetz, Hrsg. vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau, Bern 1992.
- HATHAWAY JAMES C./POBJOY JASON: Queer cases make bad law, in: New York University Journal of International Law and Politics 44(2) (2012), S. 315-389. Mit weiteren Beiträgen zum Thema im selben Band (44(2)).
- HRUSCHKA CONSTANTIN/LÖHR TILLMANN: Das Konventionsmerkmal „Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe“ und seine Anwendung in Deutschland, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2009, S. 205-211.
- INTERNATIONAL JOURNAL OF REFUGEE LAW (IJRL): Special Issue 1997: UNHCR Symposium on Gender-Related Persecution.
- JANSEN SABINE/SPIJKERBOER THOMAS: Fleeing Homophobia. Asylanträge mit Bezug zur sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität in Europa, Amsterdam 2011.
- KÄLIN WALTER: Gender-Related Persecution, in: *Vincent Chetail/Vera Gowlland-Debbas*, Switzerland and the International Protection of Refugees, Den Haag 2002, S. 111-128.
- KÄLIN WALTER: Die Bedeutung geschlechtsspezifischer Verfolgung im schweizerischen Asylrecht, in: ASYL 2001/2, S. 7-16.
- LAVIOLETTE NICOLE: "UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity": a Critical Commentary, in: International Journal of Refugee Law (IJRL) 2010/2, S. 173-208.

- LAVIOLETTE NICOLE: Gender-Related Refugee Claims: Expanding the Scope of the Canadian Guidelines, in: International Journal of Refugee Law (IJRL) 2007/2, S. 169-214.
- MARTIN SUSAN F.: Gender and the Evolving Refugee Regime, in: Refugee Survey Quarterly 2010, 29(2), S. 104-121.
- MARTIN DAVID A.: Gender Cases: Doubts and Questions, in: The Changing Nature Of Persecution, IARLJ-Conference in Switzerland, Bern 2000.
- MCPHERSON MELINDA ET AL.: Marginal Women, Marginal Rights: Impediments to Gender-Based Persecution Claims by Asylum-Seeking Women in Australia, in: Journal of Refugee Studies 2011, 24(2), S. 323-347.
- MILLBANK JENNI: Imagining Otherness : Refugee Claims on the Basis of Sexuality in Canada and Australia, in: Melbourne University Law Review 2002, 26(1), S. 144-177.
- MUSALO KAREN: A Short History of Gender Asylum in the United States: Resistance and Ambivalence May Very Slowly be Inching Towards Recognition of Women's Claims, in: Refugee Survey Quarterly 2010, 29(2), S. 46-63.
- MÜLLER KERSTIN: Geschlechtsspezifische Verfolgung, in: Asylmagazin 1-2/2002, S. 5-9.
- NUFER SERAINA/LIPP MAXIMILIAN, Zulässigkeit der Wegweisung eines homosexuellen Iraners, Jusletter vom 30. Mai 2011.
- OUSMANE SAMAH/PROGIN-THEUERKAUF SARAH: Motifs de fuite spécifiques aux femmes – Portée et interprétation de l'art. 3 al. 2 LAsi et de la CEDH, in: ASYL 3/2011, S. 3-10.
- PELZER MAREI: Frauenrechte sind Menschenrechte – auch für Flüchtlingsfrauen? Asyl aufgrund geschlechtsspezifischer Verfolgung, in: Femina Politica 1/2008, S. 93-104.
- PELZER MAREI/PENNINGTON ALISON: Geschlechtsspezifische Verfolgung: Das neue Flüchtlingsrecht in der Praxis, in: Asylmagazin 5/2006, S. 4-8.
- SCHEFER MARKUS/SMID NICOLE: Drohende häusliche Gewalt als Hindernis der Ausweisung und Auslieferung im Rahmen von Art. 3 EMRK, in: ASYL 2007/1, S. 3-16.
- SZCZENSNY JERZY: Sexuelle Selbstbestimmung und das Recht auf Asyl in Deutschland, in: *Lohrenscheit Claudia*: Sexuelle

Selbstbestimmung als Menschenrecht, Baden-Baden 2009, S. 169-181.

- SPIJKERBOER THOMAS: Gender and Refugee Status, Burlington 2000.
- VON THENEN GABRIELE: Geschlechtsspezifische Flucht- und Bleibegründe: Völkerrechtliche Verpflichtungen und innerstaatliche Rechtslage, Frankfurt am Main 2004.
- WESSELS JANNA: Sexual Orientation in Refugee Status Determination, Refugee Studies Centre, Working Paper Series No. 74, April 2011.
- WILDT ANNA: Frauen im Asylrecht. Begriffsbestimmungen, Fluchtgründe, Judikatur, Wien 2010.
- WILDT ANNA: Die gendersensible Fluchtgrundausslegung bei häuslicher Gewalt, in: Fremden- und asylrechtliche Blätter (FABL) 2010/1, S. 11-53.
- YAHYAOU KRIVENKO EKATERINA: Muslim Women's Claims to Refugee Status Within the Context of Child Custody Upon Divorce Under Islamic Law, in: International Journal of Refugee Law (IJRL) 2010/1, S. 48-71.

2. ALLGEMEINE LITERATUR

- ACHERMANN ALBERTO/HAUSAMMANN CHRISTINA: Handbuch des Asylrechts, 2. Auflage, Bern 1991.
- GOODWIN-GILL GUY S./MCADAM JANE: The Refugee in International Law, 3. Auflage, Oxford 2007.
- HATHAWAY JAMES C.: The Rights of Refugees under International Law, Cambridge 2005.
- HATHAWAY JAMES C.: The Law of Refugee Status, Toronto 1991.
- KÄLIN WALTER: Grundriss des Asylverfahrens, Basel 1990.
- MAIANI FRANCESCO: La définition de réfugié entre Genève, Bruxelles et Berne – différences, tensions, ressemblances, in : *UNHCR/SFH (Hrsg.)*, Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht – Eine Vergleichsstudie, Bern 2009.

- MARX REINHARD: Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie, Flüchtlingsanerkennung und subsidiärer Schutzstatus, Köln 2009 (die Neuauflage ist als "Handbuch zum Flüchtlingsschutz – Erläuterungen zur Qualifikationsrichtlinie" für April 2012 angekündigt und schon bestellbar).
- SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE (HRSG.): Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern 2009.
- STÖCKLI WALTER: Asyl (§11), in: *Peter Uebersax u.a. (Hrsg.), Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis*, Basel 2009.
- WERENFELS SAMUEL: Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, Bern 1987.
- ZIMMERMANN ANDREAS (HRSG.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, Oxford 2011.

3. RICHTLINIEN, MATERIALIEN UND STUDIEN

3.1. Vereinte Nationen (Allgemein)

- UN MENSCHENRECHTSRAT: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, 17. November 2011.
- UN MENSCHENRECHTSRAT: Human Rights Council Resolution on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity, delivered by South Africa, 14. Juli 2011, A/HRC/RES/17/19.
- UN MENSCHENRECHTSRAT: Joint Statement on Ending Acts of Violence and Related Human Rights Violations based on Sexual Orientation and Gender Identity, delivered by Colombia on behalf of 85 States, UN Human Rights Council, März 2011.
- UN GENERALVERSAMMLUNG: Holy See Statement, UN General Assembly, Dezember 2009.
- UN GENERALVERSAMMLUNG: Joint Statement on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity, delivered by Argentina on behalf of 66 States, UN General Assembly, Dezember 2008, 22. Dezember 2008, A/63/635.

3.2. UNHCR

- UNHCR's comments on the practice of phallometry in the Czech Republic to determine the credibility of asylum claims based on persecution due to sexual orientation, April 2011.
- Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity Expert roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, Switzerland, 30 September – 1 October 2010, November 2010.
- The protection of lesbian, gay, bisexual, transgender and inter-sex asylum-seekers and refugees – Discussion Paper, September 2010.
- Examining the particular relevance of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women to the protection of women of concern to UNHCR. Joint seminar of CEDAW Committee and UNHCR, März 2010.
- Improving Asylum Procedures – Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice: Key Gender Related Findings and Recommendations, März 2010.
- Displacement, Statelessness and Questions of Gender Equality under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, August 2009, PPLAS/2009/2.
- Female Asylum-Seekers and Refugees in France, Juni 2009.
- UNHCR Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation, Mai 2009.
- UNHCR-Leitlinien zu Anträgen auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestützt auf sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, Genf November 2008 (deutsche Übersetzung: UNHCR-Vertretung für Deutschland und Österreich, April 2009).
- Manuel du HCR pour la protection des femmes et les filles, Januar 2008.
- Guidelines on International Protection: The Application of Article 1 A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons At Risk of Being Trafficked, 7. April 2006, HCR/GIP/06/07.

- Ensuring Gender Sensitivity in the Context of Refugee Status Determination and Resettlement. Module 2: Ensuring Gender Sensitivity in Refugee Status Determination – Procedural Issues (Resource Package), Oktober 2005.
- UNHCR Note on Refugee Claims Based on Coercive Family Planning Laws or Policies, August 2005.
- Sexuelle und geschlechtsspezifische Gewalt gegen Flüchtlinge, RückkehrerInnen und Binnenvertriebene. Richtlinien zur Vorbeugung und Reaktion, Mai 2003.
- Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, Genf 1979 (Neuaufgabe 2003).
- Richtlinien zum internationalen Schutz: Geschlechtsspezifische Verfolgung im Zusammenhang mit Artikel 1 A Abs. 2 des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/01.
- Richtlinien zum internationalen Schutz: „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ im Zusammenhang mit Artikel 1 A Abs. 2 des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 7. Mai 2002, HCR/GIP/02/02.
- Verschiedene Beschlüsse des Exekutivkomitees des UNHCR, insbesondere: Nr. 39 (XXXVI) Flüchtlingsfrauen und Internationaler Schutz (1985; Frauen als soziale Gruppe); Nr. 54 (XXXIX) Flüchtlingsfrauen (1988; Resettlement, Einbezug der Frauen-Perspektive in alle Programme); Nr. 60 (XL) Beschluss über Flüchtlingsfrauen (1989; Einwanderungsmöglichkeiten für gefährdete Flüchtlingsfrauen, weibliche Mitarbeiter vor Ort); 64 (XLI) Beschluss über Flüchtlingsfrauen und Internationalen Rechtsschutz (1990; Zugang zum Verfahren); Nr. 73 (XLIV) Rechtsschutz für Flüchtlinge und sexuelle Gewalt (1993; u.a. Empfehlung an Staaten zur Entwicklung von Richtlinien für weibliche Asylsuchende); 98 (LIV) Beschluss über Schutz vor sexuellem Missbrauch und sexueller Ausbeutung (2003; u.a. Aufgabe der Staaten, sexuelle Ausbeutung und Gewalt gegen weibliche Flüchtlinge und Asylsuchende zu beseitigen); Nr. 105 (LVII) Beschluss über gefährdete Frauen und Mädchen (2006); Nr. 106 (LIX) Beschluss zum Internationalen Rechtsschutz (2008).

3.3. Europäische Union

- Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABl. L 337/9 vom 20.12.2011.
- AGENTUR DER EUROPÄISCHEN UNION FÜR GRUNDRECHTE (FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY – FRA): Homophobie, Transphobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung und der Geschlechtsidentität: aktualisierte vergleichende rechtliche Analyse 2010 (erschieden im Juni 2011).
- Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 24. März 2009 zur Bekämpfung der Genitalverstümmelung bei Frauen in der Europäischen Union (2008/2071(INI)), ABl. C 117E/52 vom 6.5.2010.
- AGENTUR DER EUROPÄISCHEN UNION FÜR GRUNDRECHTE: Homophobie und Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung sowie der Geschlechtsidentität in den EU-Mitgliedstaaten: Zusammenfassender Bericht 2009 (vgl. auch die weiteren Berichte zur Thematik der LGBT-Rights – Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender People auf der Webseite der Grundrechteagentur).
- Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 26. April 2007 zu Homophobie in Europa, P6_TA(2007)0167, ABl. C 287E/179, 24.11.2006.
- Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. L 326/13 vom 13.12.2005.
- Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304/12 vom 30.9.2004.
- Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 20. September 2001 zu Genitalverstümmelungen bei Frauen (2001/2035(INI)), ABl. C 77E/126 vom 28.3.2002.

3.4. Europarat²

- Les droits des homosexuels, Fiches thématiques de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la jurisprudence, Conseil d'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme, Dezember 2011.
- La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe, 2. Auflage, September 2011.
- Résolution 1765 (2010) de l'assemblée parlementaire et recommandation 1940 du 8 octobre 2010 sur les demandes d'asile liées au genre.
- Résolution 1728 (2010) de l'assemblée parlementaire et recommandation 1915 du 29 avril 2010 sur la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.
- Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 31. März 2010.
- Droits de l'homme et identité de genre, Conseil d'Europe, Commissaire aux droits de l'homme, document thématique (2009)2, 29. Juli 2009.
- Recommandation 1868 (2009) de l'assemblée parlementaire du 28 avril 2009, agir pour combattre les violations des droits de la personne humaine fondées sur le sexe, y compris les enlèvements de femmes et de filles.
- Recommandation 1723 (2005) de l'assemblée parlementaire du 5 octobre 2005, Mariages forcés et mariages d'enfants.
- Expertenstudien zur Schweiz im Auftrag des Europarates (im Zusammenhang mit der Studie vom September 2011) :
 - RECHER ALECS: Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Legal Report: Switzerland.

² Nicht-amtliche deutsche Übersetzungen der Dokumente des Europarats werden vom wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestags erstellt und sind im Internet abrufbar.

- Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Sociological Report: Switzerland.

3.5. Weitere

- Terre des femmes, Frauen im Asylverfahren. Die Anerkennung frauenspezifischer Fluchtgründe in der Schweizer Asylpraxis, Dezember 2011.
- INTACT / UNHCR, Textes relatifs aux « pratiques traditionnelles néfastes » Les normes internationales et régionales, les principes directeurs du HCR et la jurisprudence européenne et nationale, November 2011.
- UK Home Office, Gender Issues in the Asylum Claim, 11. Oktober 2011.
- UK Home Office, Sexual Orientation Issues in the Asylum Claim, 6. Oktober 2011.
- Testing Sexual Orientation: A Scientific and Legal Analysis of Plethysmography in Asylum & Refugee Status Proceedings, ORAM – Organization for Refugee, Asylum & Migration, San Francisco, California, Februar 2011.
- Migrationsverket (Schweden), Rattschefens rättsliga ställningstagande angående metod för utredning och provning av den framatsyftande risken för personer som aberopar skyddsskal på grund av sexuell läggning (RCI 03/2011), 13. Januar 2011 (Richtlinien zur Prüfung der Asylgesuche aufgrund der sexuellen Orientierung).
- Asylum Aid, Unsustainable: the quality of initial decision-making in women's asylum claims, Januar 2011.
- Internationale Juristenkommission, Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law. References to Jurisprudence and Doctrine of the United Nations Human Rights System, April 2010.
- Asylum Aid, Every single women, Dezember 2009.
- Asylum Aid, Relocation, Relocation. The impact of internal relocation on women asylum seekers, November 2008.

- Norwegian Directorate of Immigration, Guidelines on Gender-related persecution, Instructions: AI – 63/08, 1. Oktober 2008 (in englischer Sprache).
- Bundesamt für Migration, Handbuch Asylverfahren: Kapitel J §2, Geschlechtsspezifische Verfolgung (Stand 1.1.2008).
- The Yogyakarta Principles – Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity, März 2007 (offizielle englische Version). Deutsche Übersetzung durch die Hirschfeld-Eddy-Stiftung, Die Yogyakarta-Prinzipien – Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, Berlin 2008 (Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung Band 1).
- State-sponsored Homophobia: A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults, DANIEL OTTOSSON, ILGA Report, 2007 ILGA, International Lesbian and Gay Association.
- United States Bureau of Citizenship and Immigration Services, Affirmative Asylum Procedures Manual, III B. 13, Transsexual Asylum Applicants, November 2007, überarbeitet im Juli 2010.
- Immigration and Refugee Board of Canada, Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)h of the Immigration and Refugee Protection Act: Guideline 8 – Guideline on Procedures With Respect to Vulnerable Persons Appearing Before the IRB, 15. Dezember 2006.
- Migrationsverket (Schweden), Guidelines for Investigation and Evaluation of Asylum Cases in Which Persecution Based on Given Sexual Orientations is Cited as a Ground, 28. Januar 2002 (in englischer Sprache).
- Migrationsverket (Schweden), Gender-Based Persecution: Guidelines for Investigation and Evaluation of the Needs of Women for Protection, 28. März 2001 (in englischer Sprache).
- UK Asylum and Immigration Tribunal, Asylum Gender Guidelines, 1. November 2000.
- Australian Department of Immigration and Citizenship, Gender guidelines, Juli 1996.

- Immigration and Refugee Board of Canada, Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 65(4) of the Immigration Act: Guideline 4 – Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution, 13. November 1996.
- United States Bureau of Citizenship and Immigration Services, Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women ("INS Gender Guidelines"), 26. Mai 1995.

4. SCHWEIZERISCHE JUDIKATUR

4.1. Asylrekurskommission

- EMARK 2006/32: Frauenspezifische Verfolgung und die Frage des entsprechenden Verfolgungsmotivs (vgl. auch ältere Entscheide: EMARK 1996/17, 1996/16).
- EMARK 2006/18: Praxisänderung – Anerkennung der Schutztheorie.
- EMARK 2004/14: Problematik der Genitalverstümmelung; noch zur Zeit der Praxis der Nichtanerkennung privater Verfolgung im schutzunfähigen Staat.
- EMARK 2003/2: sexuelle Gewalt als geschlechtsspezifische Verfolgung; Verfahrensvorschriften betreffend Anhörung durch Personen desselben Geschlechts wie die befragte Person.
- EMARK 2000/21 und 2001/3: Zwingende Gründe i.S. von Art. 1C Ziff. 5 FK, die eine Rückkehr ins Heimatland aus psychologischen Gründen als unzumutbar erscheinen lassen.

4.2. Bundesverwaltungsgericht

- D-1622/2008 und D-1572/2008 vom 17. November 2011: Ein befürchteter Ehrenmord führt nicht zur Flüchtlingseigenschaft, da es am Verfolgungsgrund fehlt (insbesondere liegt bei den potentiellen Opfern nicht der Grund der „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ vor).
- C-2107/2010 vom 18. Januar 2011: Wegweisung eines homosexuellen Iraners in den Heimatstaat.

- BVGE 2009/51: Problematik der verspäteten Geltendmachung einer Vergewaltigung; Glaubhaftigkeitsaspekte; Kausalzusammenhang zur Ausreise.

VERZEICHNIS DER AUTORINNEN UND AUTOREN UND DER HERAUSGEBER

Liste des auteurs et éditeurs

ACHERMANN ALBERTO

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Bern und Assistenzprofessor für Migrationsrecht am Zentrum für Migrationsrecht, Universität Bern

BARZÉ LISELOTTE

Juriste, Domaine de Direction Asile et retour, Office fédéral des migrations, Berne

HRUSCHKA CONSTANTIN

Dr. phil., Volljurist, Rechtsberater im UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein, Genf

KÄLIN WALTER

Prof. Dr. iur., Lehrstuhl für Staats- und Völkerrecht an der Universität Bern

OUSMANE SAMAH

MLaw, assistante-doctorante au Centre de droit des migrations (CDM), Université de Fribourg

PORTMANN CHRISTOF

Lic. iur., Mitarbeiter in der Rechtsabteilung des UNHCR Büros für die Schweiz und Liechtenstein, Genf

PROGIN-THEUERKAUF SARAH

Prof. Dr. iur., Assoziierte Professorin für Europarecht und europäisches Migrationsrecht am Zentrum für Migrationsrecht, Universität Fribourg

WILDT ANNA

Dr. iur., Senior Researcher (Gender und Friedensförderung)

