



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Der Bundesrat

Bern, April 2018

Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind

**Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulates 15.3408 Feri vom
5.Mai 2015**

Zusammenfassung

Anlass für den vorliegenden Bericht ist das von Nationalrätin Yvonne Feri am 5. Mai 2015 eingereichte Postulat 15.3408. Es verlangt einen Bericht über die seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer geltende Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind. In seiner Stellungnahme vom 1. Juli 2015 beantragte der Bundesrat die Annahme des Postulats. Am 25. September 2015 stimmte der Nationalrat dem Antrag zu.

Im Anschluss an ein Einladungsverfahren beauftragte das Staatssekretariat für Migration (SEM) im Herbst 2016 das Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS AG (nachfolgend «Büro BASS»), eine Studie über die Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind, durchzuführen. Diese soll einen Überblick über die Umsetzung der Härtefallbestimmung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20; AuG; in Kraft seit 1. Januar 2008) geben. Im Rahmen ihrer Untersuchung führten die Forschenden explorative Gespräche mit den verschiedenen Akteursgruppen. Angaben zur konkreten Praxis wurden über eine schriftliche und telefonische Befragung der kantonalen Migrationsämter und der Interventions- und Fachstellen gegen häusliche Gewalt erhoben. Zudem wurden Weisungen, Studien, Berichte usw. konsultiert und Daten des zentralen Migrationsinformationssystems (ZEMIS) ausgewertet. Schliesslich wurde eine flächendeckende Dossieranalyse vorgenommen zu den Härtefällen bei ehelicher Gewalt, die das SEM im Jahr 2015 beurteilt hatte.

Das Büro BASS stellte den Schlussbericht im Sommer 2017 fertig. Dieser enthält Schlussfolgerungen aus Sicht der Forschenden sowie wichtige Ansatzpunkte, die sich aus der Untersuchung ergeben haben.

Die Studie wird vom SEM zusammen mit dem vorliegenden Bericht veröffentlicht. Sie gibt Behörden, Fachleuten und weiteren interessierten Kreisen einen Überblick über die Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind. Außerdem wird der Frage nachgegangen, inwiefern sich die Situation dieser Personen seit der Inkraftsetzung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG aus Sicht der Migrationsämter und der Interventions- und Fachstellen verändert hat. Damit erlaubt sie eine vertiefte Diskussion über die erforderlichen Massnahmen, um Opfer von ehelicher Gewalt im Sinne des Ausländerrechts noch wirksamer zu unterstützen.

Der Bundesrat stellt aufgrund der Studie fest, dass mit der Einführung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG grundsätzlich eine wirksame Massnahme getroffen wurde zum Schutz von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht nicht. Hingegen müssen die Sensibilisierung und Schulung der bei Härtefällen involvierten Akteure, die Information der Betroffenen, der Austausch und die Zusammenarbeit der beteiligten Behörden und Fachstellen sowie die Qualität der Nachweise noch weiter optimiert werden. Der Bundesrat setzt sich dafür ein, dass entsprechende Massnahmen weitergeführt und wo nötig ausgebaut werden.

Inhaltsverzeichnis

1.	Ausgangslage	4
1.1	Postulat Feri	4
1.2	Auftrag für eine Studie	4
1.3	Aufbau des Berichts	5
1.4	Ziel und Fragestellungen der Studie	5
1.5	Thematische Eingrenzung	5
1.6	Methodisches Vorgehen	5
2.	Rechtslage im Überblick	5
2.1	Rechtsgrundlage gemäss ANAG	5
2.2	Rechtsgrundlage gemäss geltendem Recht	7
2.3	Rechtsprechung: Intensität und Nachweis häuslicher Gewalt	7
2.4	Fokus der Rechtsprechung auf Bundesebene	9
2.5	Bewilligungs- und Zustimmungsverfahren	9
3.	Ergebnisse	10
3.1	Fakten und Zahlen	10
3.2	Antwort auf die Fragestellungen	11
4.	Verbesserungspotenziale aus Sicht der Forschenden	13
5.	Haltung des Bundesrats und geplante Massnahmen	14
5.1	Kein Gesetzgebungsbedarf	14
5.2	Ermessensspielraum	14
6.	Massnahmen	14
6.1	Themenspezifische Aus- und Weiterbildungsmassnahmen für Fachpersonen und Vernetzung	15
6.2	Qualität der Nachweise	15
7.	Weiteres Verbesserungspotenzial aus Sicht des Bundesrates	16

Abkürzungsverzeichnis

ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz), SR 142.20
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer
DAO	Dachorganisation Frauenhäuser Schweiz und Liechtenstein
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EJPD	Eidgenössisches Polizei- und Justizdepartement
fedpol	Bundesamt für Polizei
NKVF	Nationale Kommission zur Verhütung von Folter
OV-EJPD	Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, SR 172.213.1
SEM	Staatssekretariat für Migration des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements
VKM	Vereinigung der kantonalen Migrationsbehörden
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007, SR 142.201
ZEMIS	Zentrales Migrationsinformationssystem

1. Ausgangslage

1.1. Postulat Feri

Das Postulat 15.3408 «Aufenthaltsrecht von Opfern ehelicher Gewalt» wurde am 5. Mai 2015 von Nationalrätin Yvonne Feri eingereicht.

Der Vorstoss beauftragt den Bundesrat, einen Bericht über die seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer geltende Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind, vorzulegen.

In der Begründung wird Folgendes ausgeführt: *Mit der neuen Regelung im Ausländergesetz, die per 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, sollen Ausländerinnen und Ausländer nach Auflösung der Ehe davor bewahrt werden, entweder in einer unzumutbaren ehelichen Gemeinschaft zu verbleiben oder in ein gesellschaftliches Umfeld zurückzukehren, in dem sie wegen ihrer Trennung oder Scheidung möglicherweise geächtet werden. Wichtige persönliche Gründe, zu denen auch häusliche Gewalt gehört, sollen demnach einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz ermöglichen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer und vom Integrationsgrad. Massgebend sind dabei insbesondere Artikel 50 des Ausländergesetzes sowie Artikel 77 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit. Der Bundesrat hat ausserdem entsprechende Weisungen des Staatssekretariats für Migration für eine einheitlichere Praxis der Kantone bei der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligungen für Opfer von häuslicher Gewalt erlassen. Zudem hat er Massnahmen für eine verstärkte Aus- und Weiterbildung von Fachpersonen zu dieser Thematik und für eine verbesserte Information betroffener Migrantinnen über ihre Rechte ergriffen, wie er in seinem Bericht vom 13. Mai 2009 in Erfüllung des Postulats Stump 05.3694 «Ursachen von Gewalt untersuchen und Massnahmen dagegen ergreifen» erwähnt. In seiner Stellungnahme zum zurückgezogenen Postulat Goll 10.3459 (am 1. Oktober 2010 im Nationalrat bekämpft und am 28. September 2011 zurückgezogen), das 2010 einen Bericht über die Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von gewaltbetroffenen Migrantinnen seit Inkrafttreten des Ausländergesetzes verlangte, hält der Bundesrat fest, dass auch die neue Weisung keine vollständige Harmonisierung der kantonalen Praxis schaffen kann. Die Erteilung oder Verlängerung entsprechender Aufenthaltsbewilligungen liegt im Zuständigkeitsbereich der einzelnen Kantone. In seiner Stellungnahme zum Postulat Goll erklärte sich der Bundesrat jedoch bereit, die Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von gewaltbetroffenen Migrantinnen zu evaluieren. Nach acht Jahren Erfahrungen mit der Härtefallregelung im Ausländergesetz wäre der Zeitpunkt gut, eine solche Evaluation durchzuführen.*

In seiner Stellungnahme vom 1. Juli 2015 beantragte der Bundesrat die Annahme des Postulats. Am 25. September 2015 wurde dieses vom Nationalrat angenommen.

1.2. Auftrag für eine Studie

Mit der Erstellung des Berichts in Erfüllung des Postulats wurde das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Staatssekretariat für Migration SEM) beauftragt. Um eine unabhängige Untersuchung der Praxis der Regelung des Aufenthaltsrechts von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind, zu gewährleisten, hat das SEM die Durchführung einer Studie beschlossen. Dazu wurde ein Pflichtenheft erarbeitet. Im Nachgang zum Einladungsverfahren wurde das Mandat für die Studie im Herbst 2016 an das Büro BASS vergeben. Zur Begleitung des Studienauftrags wurde eine verwaltungsinterne Begleitgruppe eingesetzt. Darin vertreten waren das SEM (Direktionsbereich Zuwanderung Integration: Abteilung Zulassung Aufenthalt, Sektion Entwicklung Integration; Dienst Statistik; Stabsbereich Recht; Koordinationsstelle Forschung und Evaluation), die Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM), das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), die Schweizerische Konferenz gegen Häusliche

Gewalt (SKHG) sowie die Dachorganisation Frauenhäuser Schweiz und Liechtenstein (DAO). Das Büro BASS legte seinen Schlussbericht im Sommer 2017 vor. Der vorliegende Bericht stützt sich auf die im Schlussbericht festgehaltenen Ausführungen und Ergebnisse.

1.3. Aufbau des Berichts

Im vorliegenden Bericht werden zunächst die Zielsetzung, der Auftrag und die Methodik der Studie aufgezeigt (Ziff. 1). Es folgt eine Darstellung der Ergebnisse. Daran schliessen die Ausführungen zum Verbesserungspotenzial an, die die Forschenden basierend auf den Resultaten ihrer Recherchen und Befragungen formuliert haben (Ziff. 4). In den Ziffern 5–7 nimmt der Bundesrat Stellung zu den Schlussfolgerungen und schlägt Massnahmen des Bundes vor.

1.4. Ziel und Fragestellungen der Studie

Die Studie hat zum Ziel, die seit Inkraftsetzung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG (1. Januar 2008) geltende Praxis des Aufenthaltsrechts von ausländischen Personen, die von ehelicher Gewalt betroffen sind, zu untersuchen. Sie dient als Grundlage für den vorliegenden Bundesratsbericht. Die Studie hat sich mit folgenden Fragestellungen auseinandergesetzt:

- Wie wird die Härtefallregelung in den Kantonen konkret umgesetzt?
- Welche Massnahmen wurden und werden zur Umsetzung ergriffen?
- Mit welchen Herausforderungen sind die wichtigsten Akteure bei der Umsetzung konfrontiert?
- Welche Rolle nehmen die kantonalen Behörden, die spezialisierten Fachstellen, das SEM und die Gerichte bei der Umsetzung ein?
- Inwieweit können die Absichten des Gesetzgebers, die mit der Härtefallregelung verfolgt wurden, erreicht werden?

1.5. Thematische Eingrenzung

Entsprechend der Stellungnahme des Bundesrats vom 1. Juli 2015 zum Postulat Feri konzentriert sich der vorliegende Bericht auf die Umsetzung der Härtefallbestimmung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG im Zusammenhang mit ehelicher Gewalt durch die zuständigen Migrationsbehörden. Die Praxis im Bereich von anderen ausländerrechtlichen Massnahmen ist nicht Gegenstand des Berichts. Die Arbeit der Opferhilfe zur Unterstützung von Opfern von häuslicher Gewalt oder Zwangsehe, die über kein eigenständiges Aufenthaltsrecht verfügen, ist ebenfalls nicht Bestandteil der Untersuchung.

1.6. Methodisches Vorgehen

Im Vorfeld der Untersuchung wurden vier explorative Gespräche mit Vertreterinnen und Vertretern verschiedener Akteursgruppen (VKM, DAO, SEM) geführt sowie relevante Dokumente (Weisungen, Studien, Berichte usw.) gesichtet. Um ein Bild über die quantitative Bedeutung der Härtefallgesuche bei ehelicher Gewalt und die Quote der Zustimmungen und Ablehnungen zu gewinnen, wurden die Daten von 215 Geschäften, über die das SEM 2015 entschieden hatte, aus dem ZEMIS ausgewertet. Dies ermöglichte zudem eine differenziertere Charakterisierung der Härtefälle aufgrund ehelicher Gewalt. Angaben zur konkreten Praxis bei der Beurteilung von Härtefällen nach Artikel 50 Absatz 1 Bst. b AuG wurden über eine schriftliche und telefonische Befragung der kantonalen Migrationsämter sowie der Interventions- und Fachstellen gegen häusliche Gewalt erhoben.

2. Rechtslage im Überblick

2.1. Rechtsgrundlage gemäss ANAG

Nach dem bis Ende 2007 geltenden Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern (ANAG) verloren ausländische Ehepartner von Schweizer Staatsangehörigen bzw. von niedergelassenen Ausländerinnen und Ausländern den Rechtsanspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn die Ehe vor Ablauf von fünf Jahren durch Scheidung oder Tod aufgelöst wurde. Voraussetzung für das Bestehen des Rechtsanspruchs war das

Zusammenleben im gleichen Haushalt. Dies führte dazu, dass ausländische Ehepartner selbst in Fällen ehelicher Gewalt beim Ehepartner verblieben. Bereits das damalige Ausländerrecht sah eine Härtefallregelung vor, die der Problematik indes nur teilweise zu begegnen vermochte. Gestützt auf den damaligen Artikel 13 Buchstabe f der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) konnte bei einem *schwerwiegenden persönlichen Härtefall* eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erteilt werden. Deren Erteilung stand allein im Ermessen der damaligen Fremdenpolizeibehörden. Diese konnten eine Aufenthaltsbewilligung verlängern, wenn die Prüfung im Einzelfall ergab, dass der Ausländerin oder dem Ausländer eine Rückkehr aus persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Sicht nicht zugemutet werden konnte. Betreffend den nachehelichen Härtefall im Zusammenhang mit ehelicher Gewalt hat das damalige Bundesamt für Ausländerfragen (heute SEM) entsprechende Weisungen erlassen. Demnach waren bei einer Härtefallprüfung die Umstände zu berücksichtigen, die zur Auflösung der Ehe oder ehelichen Gemeinschaft geführt haben. Die damaligen Weisungen hielten Folgendes fest: *Steht fest, dass der im Familiennachzug zugelassenen Person eine Fortführung der ehelichen Beziehung, namentlich weil sie misshandelt worden ist, nicht länger zugemutet werden kann, so ist dies beim Entscheid besonders in Rechnung zu stellen. Härtefälle sind zu vermeiden.*¹ Diese altrechtliche Regelung erlaubte daher bereits, der besonderen Situation von Opfern von ehelicher Gewalt Rechnung zu tragen.

2.2. Rechtsgrundlage gemäss geltendem Recht

Mit Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 wurde die Problematik der Abhängigkeit des Aufenthaltsrechts ausländischer Ehepartner vom Fortbestand des Zusammenlebens selbst in Fällen von Gewalt wesentlich entschärft. Nach Artikel 50 AuG besteht nunmehr der Rechtsanspruch von Ehepartnern und minderjährigen Kindern von Schweizer Bürger/innenn oder Niedergelassenen auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiter, sofern wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG). Als wichtige persönliche Gründe gelten dabei nach Artikel 50 Absatz 2 AuG insbesondere eheliche Gewalt, Zwangsheirat sowie die Gefährdung der sozialen Wiedereingliederung im Herkunftsland.

Artikel 50 AuG Auflösung der Familiengemeinschaft

¹ *Nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft besteht der Anspruch des Ehegatten und der Kinder auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach den Artikeln 42 und 43 weiter, wenn:*

- a. *die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration² besteht; oder*
- b. *wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen.*

² *Wichtige persönliche Gründe nach Absatz 1 Buchstabe b können namentlich vorliegen, wenn die Ehegattin oder der Ehegatte Opfer ehelicher Gewalt wurde oder die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen hat oder die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint.*

Im Rahmen des Bundesgesetzes vom 15. Juni 2012 über Massnahmen gegen Zwangsheiraten (in Kraft seit 1. Juli 2013) wurde in Artikel 50 Absatz 2 AuG nicht nur der Schutz zwangsverheirateter

¹ Weisungen und Erläuterungen über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt (ANAG-Weisungen), Ziff. 644, Fassung August 1998, Bundesamt für Ausländerfragen BFA. Siehe auch Stellungnahme des Bundesrates vom 4. April 1999 zum Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 4. März 1999 betreffend die parlamentarische Initiative Goll (96.461) – Rechte für Migrantinnen, BBI 1999 5034.

² Mit Inkrafttreten der Änderung vom 16. Dezember 2016 zum Ausländergesetz AuG (neu: Ausländer- und Integrationsgesetz; AIG) wird Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG (bzw. AIG) neu lauten: *Der Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung besteht, wenn: a. die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und die Integrationskriterien nach Art. 58a erfüllt sind. Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG (bzw. AIG) ist von der Änderung nicht betroffen.*

Personen aufgenommen, sondern in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 136 II 1, E. 5.2 S. 3 f., 137 II 1, E. 4.1 S. 7) auch präzisiert, dass die aufgeführten wichtigen persönlichen Gründe für den weiteren Verbleib in der Schweiz je für sich alleine als wichtiger Grund gelten und nicht kumulativ gegeben sein müssen. Es ist also nicht erforderlich, dass zusätzlich zur ehelichen Gewalt die Wiedereingliederung des Opfers im Herkunftsland gefährdet ist.

Für Ehepartner und minderjährige Kinder von Aufenthalter/innenn verankert Artikel 77 Absätze 1 und 2 VZAE eine vergleichbare Regelung zum nachehelichen Härtefall, wobei freilich kein Rechtsanspruch auf die Verlängerung besteht, sondern diese vielmehr im Ermessen der zuständigen Behörden liegt. Mit Wirkung ab 1. Juli 2013 wurde in Artikel 77 Absatz 2 VZAE die Zwangsheirat als wichtiger Grund sowie die Präzisierung betreffend die eigenständige Geltung der beispielhaft aufgezählten wichtigen Gründe aufgenommen.

Artikel 50 AuG sowie Artikel 77 Absätze 1 und 2 VZAE gelten seit dem 1. Januar 2012 sinngemäß auch für eingetragene Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Paare.

Der persönliche Geltungsbereich dieser Regelungen zum nachehelichen Härtefall bei ehelicher Gewalt betrifft im Grunde genommen jene ausländischen Ehepartner/innen, deren Ehegemeinschaft noch nicht mindestens drei Jahre bestanden hat bzw. die trotz mehr als dreijähriger Ehegemeinschaft nicht erfolgreich integriert sind (z. B. gerade wegen ehelicher Gewalt). Sie können sich somit für das Fortbestehen des Rechtsanspruchs nicht auf Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe a AuG berufen. Erfasst werden zudem nur gemeinsame Kinder bzw. Kinder des nachziehenden Elternteils, die zum Zeitpunkt des Familiennachzugs über zwölf Jahre alt waren. Gemeinsame Kinder unter zwölf Jahren sowie noch nicht zwölfjährige Kinder des nachziehenden Elternteils haben nach Artikel 42 Absatz 4 bzw. 43 Absatz 3 AuG einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Weder das Abkommen über die Personenfreizügigkeit (FZA) noch der Anhang K zum EFTA-Abkommen sehen für den Fall einer Scheidung oder einer rechtlichen Auflösung der Ehe eine Regelung vor. Das Verbleiberecht regelt nur den Tod eines Ehegatten. Bei einer Scheidung kommt deshalb auch hier Artikel 50 AuG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 AuG zur Anwendung (vgl. dazu Weisungen SEM zum FZA Ziffer 9.4.).³

Das am 11. Mai 2011 abgeschlossene Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) verpflichtet die Vertragsstaaten in Artikel 59, Opfern häuslicher Gewalt, deren Aufenthaltsstatus vom Ehemann oder von der Ehefrau bzw. vom Partner oder von der Partnerin abhängt, im Falle der Auflösung der Ehe oder Partnerschaft bei besonders schwierigen Umständen auf Antrag einen eigenen Aufenthaltstitel zu erteilen, unabhängig von der Dauer der Ehe oder Partnerschaft. Wie oben dargestellt, besteht im Schweizer Recht nicht bei allen Aufenthaltskategorien ein Rechtsanspruch auf Verlängerung oder Erteilung einer Bewilligung nach Auflösung der Ehegemeinschaft wegen häuslicher Gewalt. Deshalb wurde bei der Ratifikation der Istanbul-Konvention ein Vorbehalt zu Artikel 59 angebracht, wonach sich die Schweiz das Recht vorbehält, *Artikel 59 nicht oder nur in bestimmten Fällen oder unter bestimmten Bedingungen anzuwenden.*⁴ Am 16. Juni 2017 beschloss die Bundesversammlung den Beitritt der Schweiz zur Konvention, welche am 1. April 2018 in Kraft tritt.

2.3. Rechtsprechung: Intensität und Nachweis ehelicher Gewalt

Damit der Rechtsanspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiterbesteht bzw. die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden kann, müssen die betroffenen ausländischen Personen

³ www.sem.admin.ch > Publikationen & Service > Weisungen und Kreisschreiben > II. Freizügigkeitsabkommen > Weisungen VEP.

⁴ Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) vom 2. Dezember 2016, BBI 2017 279, 280; S. 265–267 der Botschaft sowie Bundesbeschluss vom 16. Juni 2017, BBI 2017 4275.

den kantonalen Migrationsbehörden nachweisen, dass es ihnen aufgrund der ehelichen Gewalt nicht länger zugemutet werden kann, die eheliche Gemeinschaft fortzuführen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet häusliche Gewalt *systematische Misshandlung mit dem Ziel, Macht und Kontrolle auszuüben* (BGE 138 II 229, E. 3.2.1 S. 233), und *nicht eine einmalige Ohrfeige oder eine verbale Beschimpfung im Verlauf eines eskalierenden Streits* (Urteil BGer 2C_1066/2014 vom 19. Februar 2016, E. 3.3). Damit ein Rechtsanspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung wegen ehelicher Gewalt besteht, muss diese derart intensiv sein, dass die physische oder psychische Integrität der Opfer im Fall der Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft bzw. der Familiengemeinschaft schwer beeinträchtigt würde (vgl. BGE 138 II 229, E. 3.2.1 S. 233): *Die anhaltende, erniedrigende Behandlung muss derart schwerwiegen, dass von der betroffenen Person bei Berücksichtigung sämtlicher Umstände vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, dass sie einzige aus bewilligungsrechtlichen Gründen die Ehe aufrechterhält und in einer ihre Menschenwürde und Persönlichkeit verneinenden Beziehung verharrt. Eine glaubhaft gemachte oppressionsbedingte Aufhebung der Hausgemeinschaft soll für die betroffene Person keine ausländerrechtlichen Nachteile zur Folge haben, wenn sie durch das Zusammenleben in ihrer Persönlichkeit ernsthaft gefährdet wäre und ihr eine Fortführung der ehelichen Gemeinschaft bei objektiver Betrachtungsweise nicht mehr zugemutet werden kann. Es handelt sich hierbei um einen Ausfluss der sich aus dem Verfassungs- und Konventionsrecht ergebenden staatlichen Schutzpflichten* (BGE 138 II 229, E. 3.2.2 S. 234).

Der betroffenen Person kommt im Verfahren vor den kantonalen Migrationsbehörden eine weitreichende Mitwirkungspflicht zu (Art. 90 AuG), doch muss sie nicht den direkten Beweis ehelicher Gewalt erbringen. Es genügt vielmehr, wenn sie das Vorliegen ehelicher Gewalt den kantonalen Migrationsbehörden in geeigneter Weise glaubhaft macht (BGE 138 II 229, E. 3.2.3 S. 235). Nach Artikel 77 Absatz 5 VZAE können die zuständigen kantonalen Behörden Nachweise für das Vorliegen ehelicher Gewalt verlangen. Als solche Nachweise gelten nach Artikel 77 Absatz 6 VZAE namentlich Arztzeugnisse, Polizeirapporte, Strafanzeigen, Massnahmen im Sinne von Artikel 28b ZGB oder entsprechende strafrechtliche Verurteilungen. Mitberücksichtigt werden zudem nach Artikel 77 Absatz 6^{bis} VZAE Hinweise und Auskünfte von spezialisierten Fachstellen:

**Artikel 77 VZAE Auflösung der Familiengemeinschaft
(Art. 44 und 50 Abs. 1 Bst. a und b AuG)**

⁵ Wird das Vorliegen ehelicher Gewalt nach Absatz 1 Buchstabe b sowie Artikel 50 Absatz 2 AuG geltend gemacht, können die zuständigen Behörden entsprechende Nachweise verlangen.

⁶ Als Hinweise für eheliche Gewalt gelten insbesondere:

- a. Arztzeugnisse;
- b. Polizeirapporte;
- c. Strafanzeigen;
- d. Massnahmen im Sinne von Artikel 28b des Zivilgesetzbuches²; oder
- e. entsprechende strafrechtliche Verurteilungen.

^{6bis} Bei der Prüfung der wichtigen persönlichen Gründe nach Absatz 1 Buchstabe b sowie Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG werden die Hinweise und Auskünfte von spezialisierten Fachstellen mit berücksichtigt.

In ständiger Praxis führt das Bundesgericht aus, dass allgemein gehaltene Behauptungen oder Hinweise auf punktuelle Spannungen nicht genügen. *Wird häusliche Gewalt in Form psychischer Oppression behauptet, muss vielmehr die Systematik der Misshandlung bzw. deren zeitliches Andauern und die daraus entstehende subjektive Belastung objektiv nachvollziehbar konkretisiert und beweismässig unterlegt werden* (Urteil BGer, 2C_1066/2014 vom 19. Februar 2016, Ziff. 3.3). Die Anwendung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG setzt somit weder den vollen Beweis noch eine strafrechtliche Verurteilung voraus (Urteil BGer 2C_765/2013 vom 2. Juni 2014, Ziff. 4.3). 9

Ein zu hoch angesetztes Beweismass verletzt Bundesrecht.

2.4. Fokus der Rechtsprechung auf Bundesebene

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zu Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b sowie Absatz 2 AuG fokussiert auf die beiden jeweils nur im Einzelfall beurteilbaren Aspekte der Intensität der Gewalt sowie der Glaubhaftigkeit (vgl. Ziffer 2.3).

Diese beiden Aspekte stehen sowohl bei Beschwerden gegen einen negativen Entscheid der kantonalen Migrationsbehörden als auch gegen Zustimmungsverweigerungen des SEM im Zentrum der gerichtlichen Erwägungen. So stellte beispielsweise das Bundesverwaltungsgericht bei einer Zustimmungsverweigerung des SEM (vgl. hierzu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. Mai 2016, C-4614/2015) fest, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte eheliche Gewalt entgegen der Einschätzung des SEM genügend intensiv gewesen sei. Die betroffene Person wurde mindestens zweimal vom Ehegatten angegriffen, sodass ein Polizeieinsatz notwendig wurde. Darüber hinaus wurde sie stark unter Druck gesetzt und beschimpft, sodass sie sich in ein Frauenhaus begeben musste. Demgegenüber bestätigte das Bundesgericht eine Zustimmungsverweigerung des SEM aus dem Jahr 2015 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_167/2017 vom 24. April 2017). Hier kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin weder dargetan hatte noch glaubhaft machen konnte, dass sie während ihrer kurzen Ehe häusliche Gewalt im Sinne von systematischer Misshandlung mit dem Ziel, Macht und Kontrolle auszuüben, erfahren habe und dass keine Gefährdung der Wiedereingliederung in der Heimat zu erkennen sei. Auch in den nach Abschluss der Studie ergangenen Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts werden die Beschwerden gegen die Entscheide des SEM teils abgewiesen und teils bestätigt (vgl. u. a. Urteil des BVGer F-2670/2015 vom 12. Januar 2017, Urteil des BVGer F-7602/2015 vom 7. Juni 2017 und Urteil des BGer 2C_964/2015 vom 16. März 2016). Diese Rechtsprechung belegt, dass ein wirksamer Rechtsschutz besteht.

2.5. Bewilligungs- und Zustimmungsverfahren

Gesuche um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG sind an die kantonalen Migrationsbehörden zu richten und werden von diesen erstinstanzlich beurteilt. Den kantonalen Migrationsbehörden kommt bei der Würdigung des Sachverhalts ein Beurteilungsspielraum zu. Vermögen die von den betroffenen Personen vorgebrachten Gründe das Vorliegen von ehelicher Gewalt im Sinne von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b glaubhaft zu machen, haben die kantonalen Behörden die Zustimmung des SEM zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einzuholen (Art. 99 AuG, Art. 85 VZAE, Art. 4 Bst. d Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide; SR 142.201.1). Erachten die kantonalen Behörden hingegen die vorgebrachten Gründe nicht als ausreichend für die Glaubhaftmachung ehelicher Gewalt und verweigern sie daher die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, so kann der negative Entscheid an das kantonale Verwaltungsgericht und dann allenfalls an das Bundesgericht weitergezogen werden. Beim nachehelichen Härtefall gestützt auf Artikel 77 Absätze 1–4 VZAE kann der Fall lediglich an das kantonale Verwaltungsgericht weitergezogen werden, da kein Rechtsanspruch besteht (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 Bundesgerichtsgesetz; BGG; SR 173.110).

Die kantonalen Migrationsbehörden unterbreiten die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Artikel 50 AuG dem SEM zur Zustimmung. Dieses kann die Zustimmung erteilen, verweigern oder mit Bedingungen verbinden (Art. 86 Abs. 1 VZAE). Zweck des Zustimmungsverfahrens ist – wie auch bei den Weisungen und Rundschreiben⁵ – die

⁵ Weisungen und Erläuterungen Ausländerbereich (Weisungen AuG). Überarbeitete und vereinheitlichte Fassung, Oktober 2013 (letztmals aktualisiert am 3. Juli 2017), Bern: Staatssekretariat für Migration; Rundschreiben «Eheliche Gewalt» vom 12. April 2013, Bern: Staatssekretariat für Migration (ehemals Bundesamt für Migration).

Gewährleistung einer einheitlichen Praxis durch die Kantone. Verweigert das SEM die Zustimmung, kann Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht sowie danach beim Bundesgericht geführt werden. Stimmt das SEM zu, so kann der zuständige Kanton die Aufenthaltsbewilligung verlängern. Beim nachehelichen Härtefall gestützt auf Artikel 77 Absätze 1–4 VZAE kann die Nichtzustimmung des SEM nur beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (da kein Rechtsanspruch auf Verlängerung der Bewilligung besteht). Für die internen Abläufe verfügt das SEM über ein Prozesshandbuch, in dem die Prozessschritte und das Vorgehen im Einzelnen definiert sind.

3. Ergebnisse

3.1. Zahlen und Fakten

Das Büro BASS hat in seiner Studie die Härtefallgesuche bei ehelicher Gewalt in den Jahren 2011 bis 2015 untersucht. Für die Jahre 2016 und 2017 hat das SEM eine separate Auswertung vorgenommen. Zwischen 2011 bis 2017 hat das SEM in rund 600 Fällen seine Zustimmung zu einer erstmaligen Aufenthaltsbewilligung aufgrund von ehelicher Gewalt erteilt.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Von den Kantonen beim SEM eingereichte Gesuche	Keine Angaben	Keine Angaben	Keine Angaben	112	76	70	77
Vom SEM gutgeheissene Gesuche	76	117	119	104	62	61	60
Vom SEM abgewiesene Gesuche	Keine Angaben	Keine Angaben	Keine Angaben	8	14	9	17

Wie viele Härtefallgesuche im Zusammenhang mit ehelicher Gewalt von den Kantonen eingereicht und wie viele direkt von den Kantonen (ohne Unterbreitung zur Zustimmung an das SEM) abgelehnt werden, lässt sich nicht bestimmen. Gemäss einer Umfrage des SEM im Rahmen der Studie des Büros BASS im Jahre 2015 wurden in den Kantonen nur 15 Härtefallgesuche im Zusammenhang mit ehelicher Gewalt abgelehnt.⁶ Diese Gesuche werden allerdings nicht im ZEMIS erfasst. Die Anzahl der dem SEM von den Kantonen unterbreiteten Gesuche lässt sich erst ab Mai 2014 im ZEMIS statistisch auswerten, weshalb erst ab Mai 2014 die Abweisungsquote des SEM beziffert werden kann.

Das Büro BASS führte für das Jahre 2015 eine vertiefte Dossieranalyse der 76 Entscheide durch und stellt fest,

- dass die Gesuche Personen aus 31 verschiedenen Nationen betrafen;
- dass Härtefallgesuche aus der Deutschen Schweiz vom SEM deutlich weniger oft abgelehnt wurden (nur 2 von 39 Fällen), als solche aus den Kantonen der Westschweiz und dem Tessin (12 von 37 Fällen);
- dass die Zustimmung vor allem mit der Begründung abgelehnt wurde, dass die geltend gemachte eheliche Gewalt nicht ausreichend nachgewiesen werden konnte.

⁶ Im Nachgang an die Studie des Büros BASS wurden bei den kantonalen Behörden die Zahl der erstinstanzlich abgelehnten Härtefälle nicht mehr erhoben.

Zur Zahl der Rekurse seit Einführung der Härtefallbestimmung im Jahr 2008 sind in den meisten Migrationsämtern keine Angaben vorhanden. Aus den Gesprächen mit den Migrationsämtern ergeben sich jedoch Hinweise, dass bei Ablehnungen mehrheitlich eine Beschwerde eingereicht wird. Laut verschiedenen Kantonen erfolgt bei schätzungsweise 80–95 % der Ablehnungen ein Rekurs. Mehr als die Hälfte der beantragten Härtefallbewilligungen im Zusammenhang mit ehelicher Gewalt betreffen Ehepartner/innen von Schweizer Bürger/innen oder Niedergelassenen (56 %), weniger als die Hälfte Ehepartner/innen von Aufenthalter/innen mit B-Ausweis (43 %). Gemessen an der Grundpopulation der Personen mit Bewilligung zum Familiennachzug sind Ehepartner/innen von Aufenthalter/innen bei den Härtefallbewilligungen unterproportional vertreten (43 % gegenüber 67 %). Bei einem Drittel der beurteilten Härtefälle mit ehelicher Gewalt sind gemeinsame minderjährige Kinder vorhanden. Hinsichtlich der Zustimmungen und Ablehnungen in verschiedenen Fallkonstellationen lässt sich feststellen, dass vermehrt Gesuche von Ehepartner/innen von Aufenthalter/innen (24 %) und von Personen, deren Ehe nach Einreise in die Schweiz geschlossen wurde (25 %), abgelehnt werden. Vergleichsweise tief ist die Ablehnungsquote in Familiengemeinschaften mit minderjährigen Kindern (12 %).

Die Dossieranalyse der dem SEM zur Zustimmung unterbreiteten Härtefälle verdeutlicht, dass die eheliche Gewalt unterschiedliche Ausprägungsformen körperlicher, sexueller und psychischer Gewalt umfasst, die häufig in Kombination auftreten. In der Mehrheit der Härtefälle sind Täglichkeiten (56) dokumentiert, in der Hälfte der Fälle einfache Körperverletzungen (38) und/oder Drohungen (40). Eine bedeutende Rolle spielen bei den ausländerrechtlichen Härtefällen auch psychische Gewalt bzw. emotionaler Missbrauch (24) und die Isolation der Betroffenen, indem ihnen soziale Kontakte systematisch verboten oder verunmöglicht werden.

Bezüglich der eingereichten Beweismittel sind bei rund der Hälfte der Gesuche Polizeirapporte (39) bzw. Arztzeugnisse, medizinische Berichte oder Gutachten (37) vorhanden. Danach folgen Berichte der Fachstellen (28), darunter der Frauenhäuser (24) und – seltener – von weiteren Opferberatungsstellen (9). Bei knapp einem Drittel der Gesuche sind Strafanzeigen oder Strafanträge (24) vorhanden. Bei 12 Fällen liegt ein Strafurteil gegen die Tatperson vor, in 10 Fällen wurden polizeiliche Schutzmassnahmen verfügt, bei 5 Fällen wurden (auch) zivilrechtliche Schutzmassnahmen beantragt. In Einzelfällen sind Entscheide von Kindesschutzbehörden oder zu erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen vorhanden.

Bei rund einem Drittel (29 %) aller Fälle wird alleine die eheliche Gewalt als Grund geltend gemacht, bei 71 % werden daneben weitere Gründe berücksichtigt. Praktisch alle Gesuche, bei denen allein eheliche Gewalt als Grund vorgebracht wurde (21 von 22 Fällen), erhielten die Zustimmung des SEM. Bei 45 % aller Fälle mit ehelicher Gewalt ist bei den Betroffenen die soziale Eingliederung im Herkunftsland gefährdet. In praktisch allen der vom SEM abgelehnten Gesuche (13 von 14) wurde die Gefährdung der sozialen Eingliederung im Herkunftsland von den Kantonen als wichtiger Grund vorgebracht, diese jedoch vom SEM offenbar als zu wenig stark oder nicht gegeben beurteilt. Bei einem Fünftel (20 %) der Härtefälle sind minderjährige Kinder und Jugendliche in der Familie, die in der Schweiz gut integriert sind und bei denen eine enge Beziehung zu den Elternteilen besteht. Bei ebenfalls einem Fünftel (21 %) wird der Härtefall zusätzlich mit der ausreichenden beruflichen und/oder sozialen Integration der Betroffenen begründet. In praktisch allen diesen Fällen (15 von 16) wurde die Zustimmung erteilt.

3.2. Antwort auf die Fragestellungen

Die Studie beantwortet die Fragestellungen wie folgt:

- *Wie wird die Härtefallregelung in den Kantonen konkret umgesetzt?*

Bei der Umsetzung der Härtefallregelung gibt es in den Kantonen organisatorische Unterschiede.

Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten beim Abklärungs- und Entscheidungsprozess sind je nach Kanton unterschiedlich geregelt.

Bei der Praxis zur Beurteilung von Härtefallgesuchen sind grob zwei Modelle erkennbar:

Es gibt Migrationsämter, die sich bei der Beurteilung hauptsächlich auf Akten stützen und diese allenfalls durch Rückfragen bei den kantonalen Akteuren (Strafverfolgungsbehörden, Opferhilfestellen und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden) ergänzen.

Bei anderen Migrationsämtern finden bei der Abklärung in der Regel immer standardisierte Gespräche statt, und es werden grundsätzlich immer Anhörungen der Parteien durchgeführt. Migrationsämter, die Anhörungen durchführen, berichten von positiven Erfahrungen und dass damit unter anderem auch die Sensibilisierung für die Problematik gefördert wird. Bei den meisten Migrationsämtern sind bei den Zustimmungs- und Ablehnungsentscheiden mindestens zwei Personen beteiligt. Alle Migrationsämter haben amtsinterne Weisungen, Leitfäden, interne Instrumente und Arbeitshilfen, die intern eine einheitliche Praxis der Beurteilung von Härtefällen mit ehelicher Gewalt gewährleisten sollen. Die Migrationsämter halten fest, dass immer eine Gesamtwürdigung des Einzelfalls vorgenommen wird. Dies entspricht den Grundsätzen von Artikel 96 AuG, der vorsieht, dass beim Vollzug des Ausländerrechts immer eine Einzelfallprüfung erfolgt. Generell stellt die Studie fest, dass sich aus den Unterschieden betreffend Organisation und Beurteilungspraxis keine direkten Rückschlüsse auf die Art und Qualität der Entscheide (Zustimmungen, Ablehnungen, Rekurse) ableiten lassen.

- *Mit welchen Herausforderungen sind die wichtigsten Akteure bei der Umsetzung konfrontiert?*

Die Befragung in den Kantonen hat ergeben, dass der Aspekt der Integration in der Schweiz nicht bei allen Migrationsämtern eine wichtige Rolle spielt bei der Prüfung der Gesuche. Aus Sicht von Interventions- und Fachstellen bzw. Opferhilfestellen ist bei der Beurteilung von Härtefallgesuchen unbedingt zu berücksichtigen, dass Integrationsdefizite durch die eheliche Gewalt verursacht sein können. Weitere Herausforderungen zeigt der Bericht bei der Frage der Qualität der Beweismittel auf. Insbesondere werden Mängel bei Dokumentationen der medizinischen Fachpersonen und bei Berichten der Fachstellen angesprochen. Weiter geben die Interventions- und Hilfestellen an, dass der Ermessensspielraum der Migrationsbehörden eine Hürde für die Opfer ehelicher Gewalt darstellt. Davon betroffen sind insbesondere Partner von Personen, die im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung sind, da diese keinen Rechtsanspruch (Art. 77 VZAE) auf Verlängerung der Bewilligung haben. Eine zentrale Erkenntnis der Studie ist zudem die Wichtigkeit einer guten Vernetzung und Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure bei der Umsetzung der Härtefallregelung. Eine mehr oder weniger gute Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen involvierten Akteuren ist in den meisten Kantonen gegeben. In einzelnen Kantonen besteht keine Zusammenarbeit, und der Informationsfluss zwischen Staatsanwaltschaft und Migrationsamt wird bemängelt.

- *Welche Massnahmen wurden und werden zur Umsetzung ergriffen?*

Die Einführung der neuen Härtefallbestimmung in Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG hat nach Ansicht der Befragten zu einem besseren Schutz von Opfern ehelicher Gewalt beigetragen. Weitere Massnahmen wurden in der Schweiz auf unterschiedlicher Ebene ergriffen. Neben den gesetzgeberischen Massnahmen im strafrechtlichen, zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Bereich wurden auch strukturelle Massnahmen im Bereich der Vernetzung, Koordination und Kooperation der beteiligten Akteure umgesetzt. Zudem wurden Angebote zur Unterstützung der Opfer und zur Ansprache von gewaltausübenden Personen vorgesehen. Schliesslich wurden Aus- und Weiterbildungen der Fachpersonen sowie Massnahmen im Bereich der Information,

Sensibilisierung und Öffentlichkeitsarbeit durchgeführt. Opferhilfestellen haben bei der Befragung angegeben, dass noch ein grosses Informationsdefizit der Zielgruppe zu diesem Themenbereich besteht. Es ist wichtig, dass Betroffene über ihre Rechte orientiert sind. Eine zielgerichtete Information kann dazu beitragen, die Unsicherheit der Opfer bei der Loslösung aus der gewalttätigen Beziehung zu verringern. Einige Kantone haben dazu Broschüren erarbeitet, die die Betroffenen mit dem Thema der ehelichen Gewalt sowie der Zwangsheirat und der Problematik des Aufenthaltsrechts von Opfern ehelicher Gewalt vertraut machen sollen.

- *Welche Rolle nehmen die kantonalen Behörden, die spezialisierten Fachstellen, das SEM und die Gerichte bei der Umsetzung ein?*

Die wichtigste Rolle in der Umsetzung der Härtefallregelung kommt den kantonalen Migrationsbehörden zu. Sie sind in erster Linie für Gesuche um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG zuständig. Konkret bedeutet dies, dass die kantonalen Migrationsämter die Verlängerung in eigener Kompetenz verweigern können, wenn die Voraussetzungen der Härtefallbestimmung nicht erfüllt sind. Erachten sie die vorgebrachten Gründe für die Glaubhaftmachung ehelicher Gewalt als ausreichend, müssen sie die Zustimmung des SEM für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einholen. Auch das SEM hat bei der Umsetzung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG eine zentrale Aufgabe. Da die Umsetzung primär in den Kantonen stattfindet, trägt das SEM durch das Zustimmungsverfahren zu einer einheitlichen Anwendung dieser Bestimmung in den Kantonen bei. Dazu kommen die vom SEM erlassenen und laufend aktualisierten Weisungen mit Bezug auf die eheliche Gewalt oder punktuelle Rundschreiben wie dasjenige zur ehelichen Gewalt vom 12. April 2013. Weiter führt das SEM laufend Fachveranstaltungen und Workshops für die kantonalen Migrationsämter und weitere wichtige Akteure (z. B. Interventions- und Fachstellen) zu dieser Thematik durch. Der Rechtsprechung kommt bei der Umschreibung des unbestimmten Rechtsbegriffs der ehelichen Gewalt eine weitere bedeutende Rolle zu. Gemäss der Rechtsprechung ist nachzuweisen, dass es der im Familiennachzug zugelassenen Person aufgrund der ehelichen Gewalt nicht länger zugemutet werden kann, dass sie die eheliche Gemeinschaft fortführt. Die betroffene Person muss somit durch das Zusammenleben in ihrer Persönlichkeit ernstlich gefährdet sein, und ihr kann die Fortführung der ehelichen Beziehung nicht länger zugemutet werden. Das Bundesgericht hat sich in diesem Themenbereich weiter auch mit dem Aspekt der Glaubwürdigkeit auseinandergesetzt. Bei der Umsetzung der Härtefallregelung sind die zuständigen Behörden gehalten, die herrschende Rechtsprechung zu beachten. Auch die Interventions- und Fachstellen sowie die Opferhilfestellen sind wichtige Akteure bei der Umsetzung der Härtefallregelung. In allen Kantonen sind solche Organisationen vorhanden. In verschiedenen Kantonen sind diese in Kommissionen oder Runden Tischen zu häuslicher Gewalt vertreten. Aus diesen strategischen Koordinations- und Kooperationsgremien heraus bzw. ergänzend dazu gibt es in einigen Kantonen Arbeitsgruppen oder Fallmonitoring-Gruppen, in denen (anonymisierte) Fälle von häuslicher Gewalt mit den verschiedenen Akteuren einschliesslich des Migrationsamts diskutiert werden. Die Interventions- und Fachstellen gegen häusliche Gewalt sind zusammen mit Opferhilfestellen oder Frauenhäusern in einigen Kantonen auch in der Information und Schulung der Migrationsbehörden aktiv.

- *Inwieweit können die Absichten des Gesetzgebers, die mit der Härtefallregelung verfolgt wurden, erreicht werden?*

Die Mehrheit der Migrationsämter ist der Auffassung, dass sich die Situation der Betroffenen seit Einführung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG verbessert hat. Insbesondere stellen sie fest, dass Betroffene besser informiert sind und auch besseren Schutz erhalten. Im Gegensatz dazu sehen Interventions- und Fachstellen für häusliche Gewalt in diesen Bereichen noch Verbesserungspotenzial. Sie sind der Meinung, dass trotz der neuen Bestimmung immer noch hohe Hürden bestehen. Angesprochen wird in diesem Zusammenhang auch der

Ermessensspielraum der Migrationsbehörden, den diese in unterschiedlicher Weise nutzen. Verbesserungsmöglichkeiten sehen Migrationsämter wie auch Interventions- und Fachstellen in der weiteren Vernetzung der Akteure, im Informationsaustausch, in der Sensibilisierung und Weiterbildung der Fachpersonen und in der Information der Betroffenen. Gesetzgeberischen Handlungsbedarf, um Opfer ehelicher Gewalt ohne eigenständiges Aufenthaltsrecht noch besser zu schützen, sehen die Migrationsämter nicht.

4. Verbesserungspotenzial aus der Sicht der Forschenden

Die Untersuchung hat folgende Ansatzpunkte für eine bessere Umsetzung der Härtefallregelung ergeben (vgl. Bericht Ziffer 8.2, S. 46 f.):

– **Information der Opfer:**

Die Opfer müssen noch besser informiert sein über ihre Handlungsmöglichkeiten und die Rechtslage sowie über die Beratungsstellen, die ihnen bei häuslicher Gewalt und im Zusammenhang mit einem Härtefallgesuch Unterstützung bieten können.

– **Sensibilisierung zur Dynamik häuslicher Gewalt:**

Alle im Zusammenhang mit der Beurteilung von Härtefällen involvierten Stellen müssen die Dynamik von häuslicher Gewalt und die damit verbundenen Herausforderungen besser kennen, um adäquat zu handeln oder zu entscheiden. Dies betrifft namentlich die Migrationsbehörden, die Strafverfolgungsbehörden, die Fachpersonen des Gesundheitswesens, aber auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie die Gerichte.

– **Austausch und Zusammenarbeit:**

Die Austausch-, Kooperations- und Koordinationsstrukturen zur Bekämpfung von häuslicher Gewalt haben sowohl auf kantonaler als auch auf nationaler Ebene eine wichtige Funktion. Es ist entscheidend, dass die Migrationsbehörden in diese eingebunden sind. Diese Strukturen fördern das gegenseitige Verständnis über die Rollen, Aufgaben und Arbeitsweisen der jeweiligen Akteure bei der Umsetzung der Härtefallregelung und weiterer ausländerrechtlicher Massnahmen. Damit wird die effektive Zusammenarbeit begünstigt.

– **Qualität der Nachweise:**

Hinsichtlich der Fälle, die aufgrund fehlender Glaubwürdigkeit abgelehnt werden, gibt es Hinweise, dass bei der Qualität der Nachweise Verbesserungspotenzial besteht. Dies betrifft einerseits die Berichte der Fachstellen (Opferhilfestellen und Frauenhäuser) und andererseits die Dokumentation häuslicher Gewalt durch medizinische Fachpersonen. Dieses Problem kann und wird in einigen Kantonen bereits durch Sensibilisierung und Austausch angegangen. Verbesserungen in diesem Bereich können auch dazu beitragen, das Problem der langen Verfahrensdauer zu entschärfen, wenn bereits bei der Einreichung der Härtefallgesuche zweckmässige Nachweise vorliegen.

5. Haltung des Bundesrats

5.1. Kein Gesetzgebungsbedarf

Aufgrund der Ergebnisse der Studie sieht der Bundesrat keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Die aktuelle gesetzliche Regelung trägt der Härtefallsituation von Opfern ehelicher Gewalt mit Bezug auf das Aufenthaltsrecht genügend Rechnung.

5.1.1 Aktualisierung der Weisungen

Zu prüfen ist, ob mit einer weiteren Konkretisierung und fortlaufender Aktualisierung der SEM-Weisungen die Umsetzung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG und Artikel 77 Absatz 1 Buchstabe b VZAE in den Kantonen noch besser unterstützt werden kann. Mit diesen Weisungen erhalten die Kantone eine wichtige Hilfestellung zur Ausübung ihres Ermessens und sie tragen zu

einer Harmonisierung der Praxis bei.

5.2. Ermessensspielraum

Das Ermessen ist auch im vorliegenden Zusammenhang ein wichtiges Element des Verwaltungshandelns und stellt unter Berücksichtigung der besonderen Umstände jedes Einzelfalls die Einzelfallgerechtigkeit sicher. Die unterschiedlichen Lebenssituationen, die bei der Beurteilung von Opfern ehelicher Gewalt zu berücksichtigen sind, setzen voraus, dass die zuständigen Behörden einen angemessenen Entscheidungsspielraum besitzen. Dies setzt wiederum zwingend normative Rechtsbegriffe voraus, bei deren Anwendung Spielraum besteht. Entscheidend ist, dass eine umfassende objektive Würdigung des Einzelfalls vorgenommen wird und private und öffentliche Interessen sorgfältig abgewogen werden. Dabei ist dem Schutz der Opfer immer angemessen Rechnung zu tragen. Auch wenn ein Ermessensspielraum besteht, haben die Behörden ihre Entscheide sorgfältig zu begründen. Im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens werden diese Entscheide zudem von den Rechtsmittelinstanzen mit umfassender Kognition kontrolliert.

Betreffend die unterproportionale Vertretung von Ehepartner/innen von Aufenthalter/innen und der damit zusammenhängende fehlende Rechtsanspruch gemäss Art. 77 Absatz 1 Buchstabe b VZAE ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für eine nacheheliche Aufenthaltsregelung gleich geregelt ist wie bei Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG. Es besteht nach Artikel 83 Buchstabe c Ziffer 2 BGG bei Fällen nach Artikel 77 Absatz 1 Buchstabe b VZAE lediglich keine Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht. Sind die Voraussetzungen des nachehelichen Härtefalls erfüllt, sind die Behörden praxisgemäß auch bei Artikel 77 Absatz 1 Buchstabe b VZAE verpflichtet, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen – es sei denn, wichtige öffentliche Interessen würden gegen die Bewilligungserteilung sprechen.

Der Integration von Ausländerinnen und Ausländern kommt ein hoher Stellenwert zu. Im Zusammenhang mit Opfern von ehelicher Gewalt ist eine differenzierte Betrachtungsweise notwendig. Sind festgestellte Integrationsdefizite eine direkte Folge von ehelicher Gewalt, muss diesen Gegebenheiten selbstverständlich Rechnung getragen und vermieden werden, dass dem Opfer aufgrund dieser entschuldbaren Defizite ein Nachteil entsteht.

6. Massnahmen

Aufgrund der in der Studie enthaltenen Ergebnisse und Schlussfolgerungen schlägt der Bundesrat folgende Massnahmen vor:

6.1 Themenspezifische Aus- und Weiterbildungsmassnahmen für Fachpersonen und Vernetzung

Eine grosse Bedeutung kommt der Sensibilisierung und der Schulung von Fachpersonen zu. Beim Informationsaustausch zwischen den Akteuren, bei der Sensibilisierung und Weiterbildung der Fachpersonen sowie der Information der Betroffenen sieht die Studie noch Verbesserungspotenzial.

Zur Gewährleistung einer einheitlichen Praxis bei der Umsetzung von Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe b AuG und Artikel 77 Absatz 1 Buchstabe b VZAE sowie zur Sensibilisierung und Vernetzung der Fachpersonen sind Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen sowie Workshops zur Problematik des Aufenthaltsrechts für Opfer ehelicher Gewalt sinnvoll. Zur Zielgruppe dieser Veranstaltungen gehören neben den Migrationsämtern auch weitere in das Verfahren involvierte Akteure (z. B. Staatsanwaltschaft und medizinische Fachpersonen). Die Durchführung solcher Veranstaltungen soll auf Bundesebene weitergeführt werden. Es erscheint auch zielführend, wenn die Interventions- und Fachstellen dem in der Studie ausgewiesenen Informationsdefizit der

betroffenen ausländischen Personen mit einer Sensibilisierungskampagne (Flyer, Broschüre usw.) begegnen. Die zuständigen Bundesbehörden werden die betroffenen Interventions- und Fachstellen im Rahmen ihrer Möglichkeiten auch weiterhin unterstützen. Die Zusammenarbeit unter den Kantonen ist weiterzuführen. Der Bundesrat begrüßt die Einführung von Runden Tischen oder Fallmonitoring-Gruppen (z. B. Kantone Zürich und St. Gallen), in denen anonymisierte Fälle von ehelicher Gewalt mit den betroffenen Behörden und Fachstellen diskutiert werden. Solche Gremien tragen massgebend zu einer optimierten Umsetzung der ausländerrechtlichen Härtefallregelung bei.

6.2 Qualität der Nachweise verbessern

Bei der Qualität der Nachweise besteht Verbesserungspotenzial. Dies betrifft einerseits die Berichte der Fachstellen (Opferhilfestellen und Frauenhäuser) und andererseits die Dokumentation häuslicher Gewalt durch medizinische Fachpersonen. Verbesserungen in diesem Bereich können auch dazu beitragen, das Problem der langen Verfahrensdauer zu entschärfen, wenn bereits bei der Einreichung der Härtefallgesuche zweckmässige Nachweise vorliegen.

Um die Qualität der Nachweise – insbesondere der Berichte der Fachstellen sowie der Dokumentation von medizinischen Fachpersonen – zu verbessern, müssen die entsprechenden Fachpersonen über die Ausgestaltung und die Anforderungen an solche Berichte informiert werden. Der Bundesrat begrüßt die auf kantonaler Ebene getroffenen Massnahmen, diese Problematik durch klare Anweisungen an Fach- und Opferhilfestellen sowie an medizinische Fachpersonen anzugehen. Das SEM wird die Kantone dabei auch weiterhin unterstützen.

6.3 Anpassung der Weisungen SEM

Integrationsdefizit aufgrund ehelicher Gewalt

Es erscheint aufgrund der Ergebnisse der Studie notwendig, die Weisungen SEM zu präzisieren: In den Weisungen sollen die kantonalen Vollzugsbehörden ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass bei Integrationsdefiziten als nachgewiesene, direkte Folge von ehelicher Gewalt für das Opfer daraus kein Nachteil entstehen darf. Vorbehalten bleibt selbstverständlich auch in diesen Fällen der Abschluss einer Integrationsvereinbarung unter besonderer Berücksichtigung des Einzelfalls.

Anhörung der Betroffenen

Die Erfahrungen haben gezeigt, dass es in Grenzfällen sinnvoll sein kann, dass das Verfahren nicht nur schriftlich durchgeführt wird, sondern die Migrationsbehörden die betroffenen Personen mündlich anhören, bevor der Entscheid gefällt wird. So kann unter Umständen eine höhere Akzeptanz des Entscheids und gegebenenfalls ein Verzicht auf die Einreichung einer Beschwerde erreicht werden. In den Weisungen SEM soll dieses Vorgehen in unklaren Einzelfällen zur Sachverhaltsfeststellung empfohlen werden. Aufgrund der Verfahrenshoheit der Kantone im Ausländerrecht kann das aber nicht zwingend vorgeschrieben werden.

Nachführung der Weisungen SEM

Die weitere Aktualisierung der Weisungen SEM, insbesondere der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgericht, ist regelmäßig sicherzustellen.

6.4 Kantonale Statistik

Es ist zu prüfen, ob automatisiert statistische Daten bei den Kantonen erhoben werden können, wenn diese in eigener Zuständigkeit Gesuche nach Artikel 50 AuG und Artikel 77 Absatz 1

Buchstabe b VZAE ablehnen und daraufhin eine Wegweisung verfügt wird.



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Le Conseil fédéral

Berne, avril 2018

Pratique suivie en matière de droit de séjour des victimes étrangères de violences conjugales

Rapport du Conseil fédéral
en réponse au postulat Feri 15.3408 du 5 mai
2015

Résumé

Le présent rapport fait suite au postulat 15.3408 déposé le 5 mai 2015 par la conseillère nationale Yvonne Feri pour demander une évaluation de la pratique suivie, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20 ; LEtr ; en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008), en matière de droit de séjour des victimes étrangères de violences conjugales. Dans son avis du 1^{er} juillet 2015, le Conseil fédéral avait proposé d'accepter le postulat. Le 25 septembre 2015, le Conseil national avait adopté cette proposition.

À la suite d'une procédure invitant à soumissionner, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a mandaté le Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale S.A. (ci-après Bureau BASS) pour réaliser une étude concernant la pratique en matière de droit de séjour des victimes étrangères de violences conjugales. Celle-ci doit fournir un aperçu de la façon dont est mise en œuvre la clause régissant les cas de rigueur à l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr. Dans le cadre de leurs investigations, les chercheurs ont mené des entretiens exploratoires avec les différents groupes d'acteurs. Ils ont récolté des données relatives à la pratique concrète en menant des enquêtes écrites et téléphoniques auprès des offices cantonaux des migrations ainsi que des organes spécialisés et des services d'intervention contre la violence domestique. Ils ont en outre consulté des directives, des études, des rapports, etc., et évalué les données du système d'information central sur la migration (SYMIC). Pour terminer, ils ont procédé à une analyse de dossiers complète sur les cas de rigueur liés à des violences conjugales évalués par le SEM en 2015.

Dans son rapport final bouclé à l'été 2017, le Bureau BASS a tiré des conclusions de son propre point de vue et proposé d'importantes pistes que l'étude a mises au jour.

L'étude, que le SEM publie en même temps que le présent rapport, fournit un aperçu aux autorités, aux spécialistes et aux autres milieux intéressés sur la pratique suivie en matière de droit de séjour des victimes étrangères de violences conjugales. Elle demande également aux offices cantonaux des migrations, aux organes spécialisés et aux services d'intervention dans quelle mesure la situation de ces personnes a changé depuis l'entrée en vigueur de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr. Cela ouvre la porte à des discussions de fond sur les mesures nécessaires pour soutenir encore plus efficacement les victimes de violences conjugales dans le cadre du droit des étrangers.

Fort des constats de cette étude, le Conseil fédéral note que l'introduction de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr constitue, sur le fond, une mesure efficace pour protéger les victimes étrangères de violences conjugales et qu'il n'y a pas matière à légiférer davantage. En revanche, des mesures d'optimisation supplémentaires sont encore nécessaires en matière de sensibilisation et de formation des acteurs devant faire face à des cas de rigueur, ainsi qu'au niveau de l'information des personnes concernées, de l'échange, de la collaboration avec les autorités et les services concernés, et de la qualité des preuves à apporter. Le Conseil fédéral s'engage à ce que les démarches déjà engagées en ce sens soient poursuivies et, si nécessaire, développées.

Table des matières

1. Contexte	5
1.1. Postulat Feri	5
1.2. Mandat d'étude	5
1.3. Structure du rapport	6
1.4. Objectif de l'étude et questions soulevées	6
1.5. Restriction thématique	6
1.6. Approche méthodologique	6
2. Aperçu du cadre juridique	6
2.1. Base légale selon la LSEE	6
2.2. Base légale selon le droit en vigueur	7
2.3. Jurisprudence : intensité et preuve de la violence conjugale	8
2.4. Focalisation de la jurisprudence au niveau fédéral	10
3. Résultats	11
3.1. Chiffres et faits	11
3.2. Réponse aux questions	12
4. Potentiel d'amélioration du point de vue des chercheurs	15
5. Avis du Conseil fédéral	15
5.1. Pas de nécessité de légiférer	15
5.1.1 Mise à jour des directives	15
5.2. Marge d'appréciation	16
6. Mesures	16
6.1 Mesures concernant des formations de base et des formations continues thématiques pour les spécialistes, et mise en réseau	16
6.2 Amélioration de la qualité des preuves	17
6.3 Modification des directives du SEM	17
6.4 Statistique cantonale	17

Abréviations

ASM	Association des services cantonaux de migration
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
CNPT	Commission nationale de prévention de la torture
DAO	Fédération solidarité femmes de Suisse et du Liechtenstein
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police
fedpol	Office fédéral de la police
LEtr	Loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20
LSEE	Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201
OLE	Ordonnance du 6 octobre 1986 limitant le nombre des étrangers
Org DFJP	Ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police, RS 172.213.1
SEM	Secrétariat d'État aux migrations du Département fédéral de justice et police
SYMIC	Système d'information central sur la migration
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral

1. Contexte

1.1. Postulat Feri

Le 5 mai 2015, la conseillère nationale Yvonne Feri a déposé le postulat 15.3408 « Droit de séjour des victimes de violences conjugales ».

L'intervenante demande au Conseil fédéral de présenter un rapport sur la pratique suivie depuis l'entrée en vigueur de la LEtr en matière de droit de séjour des victimes étrangères de violences conjugales.

Dans son développement, la réponse indique : *Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, d'une modification de la loi sur les étrangers, les étrangères et les étrangers devraient être libérés, en cas de dissolution du mariage, de l'exigence du ménage commun, devenu intolérable, aussi bien que de l'obligation de se réinsérer dans un environnement social potentiellement hostile en raison de la séparation ou du divorce de la personne concernée. Des raisons personnelles majeures, dont l'exposition à la violence domestique, doivent en outre permettre la poursuite du séjour en Suisse, indépendamment de la durée du séjour et de la réussite de l'intégration. Les dispositions pertinentes se trouvent notamment aux articles 50 de la loi sur les étrangers et 77 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative. Le Conseil fédéral a en outre édicté dans ce domaine des directives du Secrétariat d'État aux migrations relatives à une harmonisation des pratiques cantonales en matière de prolongation des autorisations de séjour pour les victimes de violences domestiques; il a de plus pris des mesures visant à améliorer la formation et la formation continue des spécialistes en ce qui concerne cette thématique, de même qu'à mieux informer les femmes immigrées de leurs droits, comme il l'a évoqué dans son rapport du 13 mai 2009 («Violence dans les relations de couple. Ses causes et les mesures prises en Suisse»), en réponse au postulat Stump 05.3694. Dans son avis relatif au postulat Goll 10.3459 (retiré entre-temps), qui demandait un rapport sur l'application des dispositions régissant le droit de séjour des migrantes victimes de violence depuis l'entrée en vigueur de la LEtr, le Conseil fédéral relève que même la nouvelle directive sur les cas de rigueur ne peut créer une harmonisation totale des pratiques cantonales. L'octroi ou la prolongation des autorisations de séjour correspondantes relève de la compétence des cantons. Dans son avis relatif au postulat Goll, le Conseil fédéral s'était toutefois déclaré prêt à faire évaluer l'application des dispositions régissant le droit de séjour des migrantes victimes de violence. L'expérience acquise durant les huit ans écoulés depuis l'entrée en vigueur des dispositions de la loi sur les étrangers relatives aux cas de rigueur justifie maintenant que l'évaluation promise soit réalisée.*

Dans son avis du 1^{er} juillet 2015, le Conseil fédéral avait proposé d'accepter le postulat. Le 25 septembre 2015, le Conseil national avait adopté cette proposition.

1.2. Mandat d'étude

L'élaboration du rapport en réponse au postulat a été confiée au Département fédéral de justice et police (DFJP ; Secrétariat d'État aux migrations, SEM). De façon à garantir l'indépendance de l'évaluation relative à la pratique suivie en matière droit de séjour des victimes étrangères de violences conjugales, le SEM a choisi de réaliser une étude. Un cahier des charges a été réalisé et, à la suite de la procédure invitant à soumissionner, le mandat d'étude a été attribué à l'automne 2016 au Bureau BASS. Afin d'en suivre le déroulement, un groupe d'accompagnement interne à l'administration a été formé avec des représentants du SEM (Domaine de direction Immigration et intégration : Division Admission Séjour, Section Développement Intégration ; Service Statistiques ; État-major Affaires juridiques ; Organe de coordination Recherche et évaluation), de l'Association des services cantonaux de migration (ASM), du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), de la Conférence suisse contre la violence domestique (CSVD) et de la Fédération solidarité femmes de Suisse et du Liechtenstein (DAO).

Le présent rapport se fonde sur les constats et enseignements tirés du rapport final présenté à l'été 2017 par le Bureau BASS.

1.3. Structure du rapport

Le présent rapport décrit tout d'abord l'objectif, la mission et la méthodologie de l'étude (ch. 1), avant d'en présenter les résultats. Viennent ensuite les conclusions des chercheurs quant aux améliorations potentielles basées sur les résultats de leurs travaux et de leurs enquêtes (ch. 4). Les chiffres 5 à 6.4 décrivent l'avis du Conseil fédéral et les mesures qu'il propose au niveau fédéral.

1.4. Objectif de l'étude et questions soulevées

L'objectif de l'étude est d'évaluer la pratique suivie depuis l'entrée en vigueur de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtR (1^{er} janvier 2008) en matière de droit de séjour des victimes étrangères de violences conjugales. Formant la base du présent rapport du Conseil fédéral, l'étude traite les questions suivantes :

- Comment les cantons appliquent-ils concrètement la réglementation relative aux cas de rigueur ?
- Face à quels défis les acteurs principaux sont-ils confrontés dans le cadre de la mise en œuvre de cette disposition ?
- Quelles mesures ont été prises et sont mises en œuvre pour l'application de cette réglementation ?
- Quel est le rôle des autorités cantonales, des organes spécialisés, du SEM et des tribunaux dans cadre de la mise en œuvre de cette disposition ?
- Dans quelle mesure parvient-on à satisfaire les intentions que le législateur exprimait en introduisant la réglementation relative aux cas de rigueur ?

1.5. Restriction thématique

Conformément à l'avis du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 2015 en réponse au Postulat Feri, le présent rapport se concentre sur la façon dont les autorités compétentes en matière de migration appliquent la disposition relative aux cas de rigueur prévue à l'art. 50, al. 1, let. b, LEtR pour les violences conjugales. Il ne se penche ni sur la pratique suivie dans le domaine d'autres mesures relevant du droit des étrangers, ni sur le travail de l'aide aux victimes qui soutiennent les personnes qui n'ont pas de statut de séjour indépendant et qui subissent des violences conjugales ou des mariages forcés.

1.6. Approche méthodologique

En amont de l'étude, quatre entretiens exploratoires ont été réalisés avec des représentants de différents groupes d'acteurs (ASM, DAO, SEM) et des documents pertinents ont été consultés (directives, études, rapports, etc.). En vue d'obtenir une idée de l'importance quantitative des demandes de cas de rigueur concernant la violence conjugale et le taux d'approbations et de refus, les données SYMIC de 215 cas sur lesquels le SEM a dû se prononcer en 2015 ont été analysées. En outre, cela a permis de mieux différencier les cas de rigueur liés à la violence conjugale. Les données relatives à la pratique concrète suivie pour évaluer les cas de rigueur selon l'art. 50, al. 1, let. b, LEtR ont été recueillies au moyen d'une enquête écrite et téléphonique à laquelle ont répondu les offices cantonaux des migrations ainsi que les services d'intervention et les organes spécialisés contre la violence domestique.

2. Aperçu du cadre juridique

2.1. Base légale selon la LSEE

Selon la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) en vigueur jusqu'à fin 2007, les conjoints étrangers de citoyens suisses ou de titulaires d'un permis d'établissement perdaient leur droit à l'octroi et à la prolongation de leur autorisation de séjour en cas de dissolution du mariage avant l'échéance d'un délai de cinq ans pour cause de divorce ou de décès. L'existence du droit était subordonnée à la vie en commun dans le même ménage, ce qui a conduit des conjoints étrangers à rester avec leur partenaire même en cas de violences conjugales. L'ancien droit des étrangers prévoyait déjà une réglementation des cas de rigueur, qui ne parvenait toutefois

qu'en partie à répondre à cette problématique. Sur la base de l'art. 13, let. f, de l'ancienne ordonnance limitant le nombre d'étrangers (OLE), il était possible d'octroyer une autorisation de séjour pour raisons humanitaires *dans un cas personnel d'extrême gravité*. La décision était laissée à la seule appréciation de la police des étrangers de l'époque. Celle-ci pouvait prolonger une autorisation de séjour si l'examen du cas individuel démontrait que l'on ne pouvait pas exiger, pour des raisons personnelles, économiques et sociales, de la personne étrangère qu'elle reparte dans son pays d'origine. S'agissant des cas de rigueur après la dissolution du mariage avec violences conjugales, l'ancien Office fédéral des étrangers (actuel SEM) avait édicté des directives ad hoc. Ces dernières indiquaient qu'il fallait tenir compte, lors de l'examen du cas de rigueur, des circonstances qui avaient conduit à la dissolution du mariage ou de la communauté conjugale. Les anciennes directives disposaient ceci : *S'il est établi que l'on ne peut raisonnablement exiger de la personne bénéficiaire du regroupement familial de maintenir la relation matrimoniale, en raison notamment du mauvais traitement qu'elle a subi, il y a lieu, lors de la décision, d'accorder à ce fait une importance particulière*¹. Il convenait, dans ce cadre, d'éviter les cas de rigueur. Ainsi, cette ancienne règle permettait déjà de tenir compte de la situation particulière des victimes de violences conjugales.

2.2. Base légale selon le droit en vigueur

Dans les cas de violences conjugales, l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2008, de la LEtr a permis de débloquer, dans une large mesure, la problématique de la subordination du droit de séjour à la vie en commun pour les conjoints étrangers. L'art. 50 LEtr prévoit désormais que le droit des conjoints et des enfants mineurs de citoyens ou citoyennes suisses ou titulaires d'une autorisation d'établissement à l'octroi et à la prolongation d'une autorisation de séjour subsiste, si la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures (art. 50, al. 1, let. b, LEtr). L'art. 50, al. 2, LEtr définit notamment comme raisons personnelles majeures la violence conjugale, le mariage forcé et une réintégration sociale dans le pays de provenance fortement compromise.

Article 50 LEtr Dissolution de la famille

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

- a. *l'union conjugale a duré au moins trois ans et l'intégration est réussie² ;*
- b. *la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures.*

² Les raisons personnelles majeures visées à l'al. 1, let. b, sont notamment données lorsque le conjoint est victime de violence conjugale, que le mariage a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux ou que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise.

Dans le cadre de la loi fédérale du 15 juin 2012 concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés (en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2013), l'art. 50, al. 2, LEtr ne protège pas uniquement les victimes de mariages forcés mais précise également, conformément à la pratique du Tribunal fédéral (ATF 136 II 1, consid. 5.2 p. 3 s., 137 II 1, consid. 4.1 p. 7), que chacune des raisons personnelles majeures listées permet à elle seule la poursuite du séjour et que ces raisons n'ont donc pas à se

¹ Directives et commentaires - Entrée, séjour et établissement (directives LSEE), ch. 644, version d'août 1998, Office fédéral des étrangers. Voir également l'avis du Conseil fédéral du 4 avril 1999 concernant le rapport du 4 mars 1999 de la Commission des institutions politiques du Conseil national sur l'initiative parlementaire Goll (96.461) : droits spécifiques accordés aux migrantes, FF 1999 4650.

² À l'entrée en vigueur de la modification du 16 décembre 2016 de la LEtr (qui deviendra la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration [LEI]), l'art. 50, al. 1, let. a, LEtr (LEI) aura la teneur suivante : *Après dissolution du mariage ou de la famille, le droit du conjoint et des enfants à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité en vertu des art. 42 et 43 subsiste dans les cas suivants : a. l'union conjugale a duré au moins trois ans et les critères d'intégration définis à l'art. 58a sont remplis.* Cette modification ne concerne pas l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr (LEI).

cumuler. Il n'est ainsi pas nécessaire qu'en sus de la violence conjugale, la réinsertion de la victime dans son pays d'origine soit fortement compromise.

L'art. 77, al. 1 et 2, de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA) prévoit pour les conjoints et les enfants mineurs de titulaires d'une autorisation de séjour une disposition similaire à celle réglementant les cas de rigueur après la dissolution du mariage, sans pour autant donner droit à la prolongation de l'autorisation de séjour. Celle-ci est laissée à l'appréciation des autorités compétentes. Prenant effet au 1^{er} juillet 2013, l'art. 77, al. 2, OASA reprend le mariage forcé comme étant une raison majeure et précise également que chaque exemple listé a, à lui seul, valeur de raison majeure.

Par analogie, les art. 50 LEtr et 77, al. 1 et 2, OASA s'appliquent également depuis le 1^{er} janvier 2012 aux couples de même sexe ayant conclu un partenariat enregistré.

Le domaine d'application personnel de ces réglementations relatives aux cas de rigueur après dissolution du mariage en cas de violences conjugales couvre au fond tous les conjoints étrangers dont la communauté conjugale existait depuis moins de trois ans ou dont la communauté conjugale existait depuis au moins trois ans mais dont l'intégration n'est pas réussie (p. ex., précisément, en raison de violences conjugales). Ils ne peuvent ainsi pas s'appuyer sur l'art. 50, al. 1, let. a, LEtr pour faire valoir un droit à poursuivre leur séjour. Seuls sont concernés les enfants communs ou les enfants du parent ayant bénéficié du regroupement familial qui avaient alors plus de douze ans. Les enfants communs de moins de douze ans ainsi que les enfants de moins de douze ans du parent ayant bénéficié du regroupement familial ont droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement en vertu des art. 42, al. 4, et 43, al. 3, LEtr. Ni l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), ni l'annexe K à la convention AELE ne réglementent les cas de divorces ou de dissolutions légales du mariage. Le droit de demeurer n'est assujetti qu'au décès de l'un des conjoints. Ainsi, en cas de divorce, il convient d'appliquer ici aussi l'art. 50 LEtr en relation avec l'art. 2, al. 2, LEtr (voir à ce propos le chiffre 9.4 des directives OLCP du SEM)³.

En son art. 59, la Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul) oblige les États contractants à octroyer sur demande aux victimes de violences domestiques, dont le statut de résident dépend de celui de leur conjoint ou de leur partenaire, dans l'éventualité de la dissolution du mariage ou de la relation et en cas de situations particulièrement difficiles, un permis de résidence autonome, indépendamment de la durée du mariage ou de la relation. Comme il est précisé plus haut, le droit suisse ne prévoit pas pour toutes les catégories de séjour un droit à l'octroi ou à la prolongation d'une autorisation après la dissolution du mariage pour cause de violences conjugales. C'est pourquoi, lors de la ratification de la convention d'Istanbul, une clause a été ajoutée à l'art. 59 selon laquelle la Suisse peut émettre une réserve et décider de *ne pas appliquer l'art. 59 ou de ne l'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques*⁴. Le 16 juin 2017, l'Assemblée fédérale a décidé l'adhésion de la Suisse à la convention, qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018.

2.3. Jurisprudence : intensité et preuve de la violence conjugale

Pour que les personnes étrangères concernées puissent continuer à faire valoir leur droit à une autorisation de séjour ou à faire prolonger celle-ci, elles doivent prouver aux autorités cantonales des migrations que l'on ne peut pas attendre d'elles qu'elles maintiennent plus longtemps la communauté conjugale, du fait des violences conjugales dont elles sont victimes.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, on entend par violence domestique une

³ [> Publications & services > Directives et circulaires > II. Accord sur la libre circulation des personnes > Directives OLCP.](http://www.sem.admin.ch)

⁴ Message du 2 décembre 2016 concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul), FF 2017 239, 240 ; p. 239 à 242 du message et de l'arrêté fédéral du 16 juin 2017, FF 2017 4011. 8

maltraitance systématique visant à exercer un pouvoir ou un contrôle sur autrui (ATF 138 II 229, consid. 3.2.1 p. 233), et pas une gifle unique ou une insulte verbale dans le cadre d'une dispute (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1066/2014 du 19 février 2016, consid. 3.3). Pour qu'une personne ait droit à la prolongation de son autorisation de séjour en cas de violences conjugales, il faut que ces dernières soient d'une intensité telle que l'intégrité physique et psychique de la victime soit fortement en danger en cas de maintien de la communauté conjugale ou familiale (voir ATF 138 II 229, consid. 3.2.1 p. 233) : *le traitement dégradant et persistant doit être d'une telle gravité que l'on ne peut raisonnablement attendre de la personne concernée, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, qu'elle maintienne le mariage uniquement pour des raisons relevant du droit de séjour et reste dans une relation au détriment de sa dignité humaine et de sa personnalité. Une suppression de la communauté domestique jugée crédible en raison d'une oppression ne doit pas entraîner de désavantages en termes de droit des étrangers pour la personne concernée, lorsque la vie en commun met sérieusement en péril sa personnalité et que l'on ne plus objectivement exiger d'elle le maintien de la communauté conjugale. Il s'agit d'une fuite au sens des devoirs de protection constitutionnels et conventionnels de l'Etat* (ATF 138 II 229, consid. 3.2.2 p. 234).

Tandis que la personne concernée a une large obligation de collaborer dans le cadre de la procédure auprès des autorités cantonales des migrations (art. 90 LEtr), elle n'est pas tenue de fournir la preuve directe des violences conjugales. Il lui suffit de rendre crédible, de manière adéquate, auprès de ces mêmes autorités l'existence de violences conjugales (ATF 138 II 229, consid. 3.2.3 p. 235). L'art. 77, al. 5, OASA dispose que les autorités cantonales compétentes peuvent demander des preuves de l'existence de violences conjugales. L'art. 77, al. 6, OASA définit notamment comme preuves les certificats médicaux, les rapports de police, les plaintes pénales, les mesures au sens de l'art. 28b du code civil, ou les jugements pénaux prononcés à ce sujet. En outre, conformément à l'art. 77, al. 6^{bis}, OASA, les autorités compétentes tiennent compte, lors de leur examen, des indications et des renseignements fournis par des services spécialisés :

Article 77 OASA Dissolution de la famille
(art. 44 et 50, al. 1, let. a et b, LEtr)

⁵ Si la violence conjugale au sens de l'al. 1, let. b, et de l'art. 50, al. 2, LEtr, est invoquée, les autorités compétentes peuvent demander des preuves.

⁶ Sont notamment considérés comme indices de violence conjugale :

- les certificats médicaux ;
- les rapports de police ;
- les plaintes pénales ;
- les mesures au sens de l'art. 28b du code civil, ou
- les jugements pénaux prononcés à ce sujet.

^{6bis} Lors de l'examen des raisons personnelles majeures visées à l'al. 1, let. b, et à l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr, les autorités compétentes tiennent compte des indications et des renseignements fournis par des services spécialisés.

Dans sa pratique permanente, le Tribunal fédéral indique que des affirmations d'ordre général ou des indices de tensions ponctuelles ne suffisent pas. *Dans le cas d'affirmations relatives à des violences domestiques prenant la forme d'une oppression psychique, il convient davantage d'établir objectivement et de façon vérifiable le caractère systématique des mauvais traitements ou leur nature durable ainsi que leur impact subjectif, et de le documenter de manière probante* (arrêt du Tribunal fédéral, 2C_1066/2014 du 19 février 2016, ch. 3.3). L'application de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr ne présuppose ainsi *ni la preuve complète ni une condamnation pénale* (arrêt du Tribunal fédéral, 2C_765/2013 du 2 juin 2014, ch. 4.3). Un degré de preuve trop élevé contrevient au droit fédéral.

2.4. Focalisation de la jurisprudence au niveau fédéral

Dans leur jurisprudence relative à l'art. 50, al. 1, let. b, et 2, LEtr, tant le Tribunal administratif fédéral que le Tribunal fédéral se concentrent sur les deux aspects évaluables au cas par cas que sont l'intensité des violences et leur crédibilité (cf. ch. 2.3).

La justice axe ses considérations sur ces deux aspects, aussi bien en cas de recours contre une décision négative des autorités cantonales chargées des migrations que lorsque le SEM refuse de donner son approbation. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral a indiqué, p. ex., pour un refus d'approbation du SEM (cf. à ce propos l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 4 mai 2016, C-4614/2015), qu'en dépit de l'estimation du SEM, la violence conjugale que faisait valoir la recourante était suffisamment soutenue. La personne concernée s'était fait agresser par son époux au moins deux fois avec une violence telle qu'une intervention de police avait été nécessaire. En outre, la pression et les insultes dont elle faisait l'objet étaient telles qu'elle avait dû se rendre dans une maison d'accueil pour femmes. En revanche, le Tribunal fédéral a confirmé un refus d'approbation du SEM de 2015 (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_167/2017 du 24 avril 2017). Dans ce cas, il est parvenu à la conclusion que la recourante n'avait pu ni démontrer ni rendre crédibles ses affirmations selon lesquelles, durant sa courte union matrimoniale, elle avait été victime de violences sous forme de maltraitances systématiques visant à exercer sur elle un pouvoir et un contrôle. Rien ne s'opposait non plus à sa réintégration dans son pays d'origine. De même, les arrêts du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral rendus après le bouclage de l'étude ont tantôt cassé, tantôt confirmé les décisions du SEM (cf. notamment l'arrêt du Tribunal administratif fédéral F-2670/2015 du 12 janvier 2017, l'arrêt du Tribunal administratif fédéral F-7602/2015 du 7 juin 2017 et l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_964/2015 du 16 mars 2016). La jurisprudence démontre que la protection visée par le législateur fonctionne efficacement.

2.5. Procédure d'autorisation et d'approbation

Les demandes de prolongation de l'autorisation de séjour au titre de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr doivent être adressées aux autorités cantonales des migrations, qui les évaluent en première instance. Celles-ci disposent d'une marge d'appréciation de la situation. Si les motifs avancés par les personnes concernées parviennent à rendre crédible l'existence de violences conjugales au sens de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr, lesdites autorités doivent demander l'approbation du SEM pour prolonger l'autorisation de séjour (art. 99 LEtr, 85 OASA et 4, let. d, de l'ordonnance du DFJP relative aux autorisations soumises à la procédure d'approbation et aux décisions préalables dans le domaine du droit des étrangers ; RS 142.201.1). À l'inverse, si elles estiment que les raisons avancées ne suffisent pas à rendre crédible la violence conjugale et qu'elles refusent de ce fait de prolonger le titre de séjour, les personnes concernées peuvent porter cette décision négative devant le tribunal administratif cantonal puis, éventuellement, devant le Tribunal fédéral. S'agissant du cas de rigueur après la dissolution du mariage fondé sur l'art. 77, al. 1 à 4, OASA, le cas peut être porté uniquement devant le tribunal administratif cantonal, puisque la personne concernée n'a pas droit à ladite prolongation (art. 83, let. c, ch. 2, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

Sur la base de l'art. 50 LEtr, les autorités cantonales des migrations soumettent la prolongation de l'autorisation de séjour au SEM qui peut l'approuver, la rejeter ou assortir son approbation de conditions (art. 86, al. 1, OASA). La procédure d'approbation – tout comme les directives et circulaires⁵ – a pour objectif de garantir une pratique uniforme dans les cantons. Si le SEM refuse son approbation, il est possible de recourir auprès du Tribunal administratif fédéral, puis auprès du Tribunal fédéral. Si le SEM donne son approbation, le canton compétent peut alors prolonger l'autorisation de séjour. S'agissant du cas de rigueur après la dissolution du mariage fondé sur l'art. 77, al. 1 à 4, OASA, la personne concernée ne peut attaquer le refus du SEM que devant le

⁵ Directives et commentaires Domaine des étrangers (directives LEtr). Version remaniée et unifiée, octobre 2013 (dernière mise à jour le 3 juillet 2017), Berne : Secrétariat d'État aux migrations ; circulaire « Violence conjugale » du 12 avril 2013, Berne : Secrétariat d'État aux migrations (alors Office fédéral des migrations).

Tribunal administratif fédéral (puisque n'a pas droit à la prolongation de son autorisation). Pour les procédures en interne, le SEM dispose d'un manuel décrivant en détail les étapes de la procédure et la marche à suivre.

3. Résultats

3.1. Chiffres et faits

L'étude du Bureau BASS porte sur les demandes de cas de rigueur avec violences conjugales déposées entre 2011 et 2015. Le SEM l'a complétée par une évaluation distincte pour les années 2016 et 2017. Entre 2011 et 2017, il a donné son approbation dans le cadre de quelque 600 cas concernant une autorisation de séjour initiale pour cause de violences conjugales.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Demandes déposées auprès du SEM par les cantons	Aucune information	Aucune information	Aucune information	112	76	70	77
Demandes acceptées par le SEM	76	117	119	104	62	61	60
Demandes rejetées par le SEM	Aucune information	Aucune information	Aucune information	8	14	9	17

Il n'est pas possible de déterminer combien de demandes de cas de rigueur en lien avec des violences conjugales sont déposées par les cantons, ni combien, parmi ces demandes, sont directement rejetées par les cantons (sans être soumises au SEM pour approbation). Un sondage réalisé par le SEM dans le cadre de l'étude du Bureau BASS révèle que les cantons n'ont rejeté que 15 demandes de ce type en 2015⁶. Ces demandes ne sont toutefois pas saisies dans SYMIC. Ce n'est que depuis mai 2014 que ce dernier permet d'évaluer statistiquement le nombre de demandes soumises au SEM par les cantons et, partant, de calculer le taux de refus du SEM.

Le Bureau BASS a analysé de manière approfondie les 76 décisions liées aux demandes déposées en 2015. Il en ressort que :

- les demandes concernaient des ressortissants de 31 pays différents ;
- le SEM a rejeté nettement moins les demandes de cas de rigueur provenant de Suisse alémanique (seulement 2 cas sur 39) que celles émanant de Suisse romande ou du Tessin (12 cas sur 37) ;
- le principal motif de rejet était l'insuffisance des preuves de violence conjugale.

La plupart des offices des migrations ne possèdent pas de chiffres concernant les recours déposés depuis l'introduction de la disposition relative aux cas de rigueur en 2008. Il est cependant ressorti des entretiens avec les offices des migrations que la plupart des refus étaient suivis d'un recours. Divers cantons estiment que 80 à 95 % des refus font l'objet d'un recours. Plus de la moitié des autorisations demandées pour des cas de rigueur en lien avec des violences conjugales concernent des conjoints de citoyennes ou de citoyens suisses ou de titulaires d'une autorisation d'établissement (56 %), moins de la moitié concernent des conjoints de titulaires d'un livret B (43 %).

⁶ À la suite de l'étude du Bureau BASS, le SEM a cessé de dénombrer, auprès des autorités cantonales, les demandes de cas de rigueur rejetées en première instance.

Rapportées à la population de base des titulaires d'une autorisation obtenue dans le cadre du regroupement familial, les époux de titulaires d'une autorisation de séjour sont sous-représentés dans les autorisations de cas de rigueur (43 % contre 67 %). Dans un tiers des cas de rigueur avec violences conjugales jugés, les couples concernés ont des enfants mineurs en commun. S'agissant des approbations et des refus relatifs à différents types de cas, on constate que les refus concernent davantage des demandes émanant d'époux de titulaires d'autorisations de séjour (24 %) et de personnes dont le mariage a été conclu après l'arrivée en Suisse (25 %). Le taux de refus est relativement bas dans les communautés familiales avec des enfants mineurs (12 %).

L'analyse des dossiers de cas de rigueur soumis au SEM pour approbation met en évidence les différentes formes, souvent combinées, que la violence conjugale prend (physique, sexuelle et psychique). La plupart des cas de rigueur mettent en évidence des voies de fait (56) et la moitié, des lésions corporelles simples (38) ou des menaces (40). Dans les cas de rigueur relevant du droit des étrangers, la violence psychique, la maltraitance émotionnelle (24) et l'isolement de la personne concernée pour qui tout contact social est systématiquement interdit ou rendu impossible jouent un rôle significatif.

Concernant les moyens de preuve produits, environ la moitié des demandes sont étayées par des rapports de police (39), des certificats médicaux, des rapports médicaux ou des expertises (37). Viennent ensuite des rapports d'organes spécialisés (28), notamment des maisons d'accueil pour femmes (24) et, plus rarement, d'autres centres de consultation (9). Près d'un tiers des demandes sont assorties d'une plainte pénale ou d'une dénonciation pénale (24). Dans douze cas, un jugement pénal a été rendu contre l'auteur ; dans dix cas, des mesures de protection policière ont été prononcées ; dans cinq cas, des mesures de protection relevant du droit civil ont (également) été demandées. Certains cas ont fait l'objet de décisions des autorités de protection de l'enfance ou de mesures relevant du droit de la protection de l'adulte.

Dans près d'un tiers de l'ensemble des cas (29 %), seule la violence conjugale est dénoncée, tandis que pour les 71 % restants, d'autres motifs entrent également en ligne de compte. Quasiment toutes les demandes pour lesquelles seule la violence conjugale a été invoquée comme motif (21 cas sur 22) ont reçu l'approbation du SEM. Dans 45 % de tous les cas avec violences conjugales, la réintégration sociale des personnes concernées dans leur pays d'origine était compromise. Pour pratiquement toutes les demandes refusées par le SEM (13 sur 14), les cantons avaient considéré la mise en péril de la réintégration sociale dans le pays d'origine comme un facteur important que le SEM, toutefois, a manifestement jugé trop faible ou inexistant. Dans un cinquième des cas de rigueur (20 %), la famille compte des enfants mineurs ou des jeunes bien intégrés en Suisse et très attachés à leurs parents. Dans 21 % des cas de rigueur, l'octroi d'une autorisation de séjour est justifié, en plus, par une intégration professionnelle ou sociale suffisante de la personne concernée. Le SEM a donné son approbation dans la quasi-totalité de ces cas (15 sur 16).

Le tableau suivant indique le nombre de demandes acceptées par le SEM depuis 2011 et le nombre de demandes déposées auprès du SEM depuis mai 2014 (date à partir de laquelle ces dernières ont été saisies dans SYMIC). Inutilisables car incomplets, les chiffres des cantons ont été volontairement omis.

3.2. Réponse aux questions

L'étude répond aux questions de la manière suivante :

- *Comment les cantons appliquent-ils concrètement la réglementation relative aux cas de rigueur ?*

L'organisation de la mise en œuvre de la réglementation des cas de rigueur varie d'un canton à l'autre. Les cantons définissent différemment les tâches, les compétences et les responsabilités en matière de procédures de clarification et de décision.

Globalement, deux modèles ressortent dans la pratique suivie pour évaluer les demandes de cas de rigueur.

Certains offices des migrations fondent principalement leur évaluation sur les dossiers et demandent éventuellement des précisions aux acteurs cantonaux (autorités de poursuite pénale, services d'aide aux victimes et autorités de protection de l'adulte et de l'enfant).

D'autres organisent des entretiens généralement standardisés pour l'étape de la clarification et auditionnent toujours les parties concernées. Les offices des migrations qui procèdent à des auditions en ont une évaluation positive, notamment en raison du fait qu'elles favorisent la sensibilisation à cette problématique. Dans la plupart des offices des migrations, au moins deux personnes sont impliquées dans les décisions d'approbation ou de refus. Tous les offices des migrations disposent de directives internes, de guides, d'outils internes et d'aides de travail visant à garantir une pratique uniforme dans l'évaluation des cas de rigueur avec violences conjugales. Les offices des migrations indiquent qu'ils effectuent toujours une appréciation globale du cas individuel. Cela correspond aux principes de l'art. 96 LEtr, qui prévoit un examen systématique au cas par cas dans l'exécution du droit des étrangers. D'un point de vue général, l'étude constate que les différences en matière d'organisation et de pratique d'évaluation n'ont pas d'impact direct sur la nature et la qualité des décisions (approbations, refus, recours).

- *Face à quels défis les acteurs principaux sont-ils confrontés dans le cadre de la mise en œuvre de cette disposition ?*

L'enquête auprès des cantons a montré que l'aspect de l'intégration en Suisse ne joue pas un rôle prépondérant pour tous les offices des migrations au moment d'examiner les demandes. Les services d'intervention, les organes spécialisés et les centres d'aide aux victimes estiment impératif de tenir compte, lors de l'examen des demandes relatives aux cas de rigueur, du fait que les violences conjugales peuvent se traduire par des déficits d'intégration. Le rapport soulève également des difficultés en ce qui concerne la qualité des moyens de preuve. Il pointe en particulier des lacunes dans les documents des spécialistes de la santé et dans les rapports des organes spécialisés. En outre, les services d'intervention et d'aide indiquent que la marge d'appréciation des autorités migratoires représente un obstacle pour les victimes de violences conjugales. Les personnes les plus concernées sont les partenaires de titulaires d'une autorisation de séjour, puisqu'elles n'ont pas droit à la prolongation de leur autorisation (art. 77 OASA). L'un des principaux enseignements que tire l'étude concerne, par ailleurs, l'importance de l'interconnexion et de la collaboration des différents acteurs de la mise en œuvre de la réglementation des cas de rigueur. Dans la plupart des cantons, la collaboration est plus ou moins bonne. Dans certains cantons, la collaboration est inexistante et l'on y dénonce la déficience du flux d'information entre le ministère public et l'office des migrations.

- *Quelles mesures ont été prises et sont mises en œuvre pour l'application de cette réglementation ?*

Selon les personnes interrogées, l'inscription de la nouvelle disposition relative aux cas de rigueur à l'art. 50, la. 1, let. b, LEtr a contribué à améliorer la protection des victimes de violences conjugales. D'autres mesures ont été prises à différents niveaux en Suisse. Outre les mesures de nature juridique sur le plan pénal, civil et administratif, des mesures d'ordre structurel ont été mises en place dans les domaines de la mise en réseau, de la coordination et de la coopération entre les acteurs concernés. De surcroît, des offres sont destinées à soutenir les victimes et à interpeller les auteurs de violences. Enfin, des formations de base et des formations continues s'adressent aux professionnels et des mesures sont déployées dans le domaine de l'information, de la sensibilisation et des relations publiques. Dans le cadre de l'enquête, les services d'aide aux victimes ont relevé 13

que le déficit d'information des groupes ciblés par cette thématique était encore trop grand. Il est important que les personnes concernées connaissent leurs droits. Une information ciblée peut contribuer à diminuer l'inquiétude des victimes qui quittent une relation violente. Certains cantons ont élaboré des brochures afin de familiariser les personnes concernées par le thème des violences conjugales et du mariage forcé avec la problématique du droit de séjour des victimes de violences conjugales.

- *Quel est le rôle des autorités cantonales, des organes spécialisés, du SEM et des tribunaux dans cadre de la mise en œuvre de cette disposition ?*

Le rôle le plus important dans la mise en œuvre de la réglementation des cas de rigueur revient aux autorités cantonales des migrations. La compétence en première instance pour les demandes de prolongation d'autorisations de séjour en vertu de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr leur appartient, ce qui signifie concrètement que les offices cantonaux des migrations peuvent refuser de leur propre chef la prolongation si les conditions relatives à la réglementation des cas de rigueur ne sont pas remplies. S'ils estiment que les motifs avancés quant à la vraisemblance de la violence conjugale sont suffisants, ils doivent demander l'approbation du SEM pour prolonger l'autorisation de séjour. Le SEM a également une fonction centrale dans la mise en œuvre de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr. La mise en œuvre étant en premier lieu du ressort des cantons, il contribue à uniformiser la pratique des cantons relative à cette disposition grâce à la procédure d'approbation. Il appuie son action en édictant des directives sur la violence conjugale, qu'il met constamment à jour, et publie ponctuellement des circulaires comme celles du 12 avril 2013 sur la violence conjugale. En outre, il organise régulièrement des événements spécialisés et des ateliers sur cette thématique à l'intention des offices cantonaux des migrations et d'autres acteurs importants (p. ex. services d'intervention et organes spécialisés). Lorsqu'il s'agit de décrire la notion juridique imprécise de violence conjugale, la jurisprudence revêt un rôle d'autant plus significatif. Celle-ci indique qu'il convient de prouver qu'en raison des violences conjugales, on ne peut raisonnablement plus attendre de la personne entrée au bénéfice du regroupement familial qu'elle maintienne la communauté conjugale. Ainsi, la vie en commun doit sérieusement mettre en danger la personnalité de la personne concernée de telle façon que l'on ne peut plus attendre d'elle qu'elle demeure dans la relation conjugale. En la matière, le Tribunal fédéral s'est également penché sur la question de la vraisemblance. Dans le cadre de la mise en œuvre de la réglementation des cas de rigueur, les autorités compétentes doivent tenir compte de la jurisprudence dominante. À cet égard, les services d'intervention, les organes spécialisés et les services d'aide aux victimes sont des acteurs clés. Des organisations de ce type sont présentes dans tous les cantons. Dans divers cantons, elles sont représentées dans des commissions ou lors de tables rondes sur la violence domestique. En aval de ces comités stratégiques de coordination et de coopération, ou en complément, certains cantons forment des groupes de travail ou de suivi de cas, dans lesquels des cas (anonymisés) de violence domestique font l'objet de discussions entre les différents acteurs, dont les offices des migrations. Dans certains cantons, les services d'intervention et les organes spécialisés contre la violence domestique s'associent aux services d'aide aux victimes ou aux maisons d'accueil pour femmes pour informer et former les autorités migratoires.

- *Dans quelle mesure parvient-on à saisir les intentions que le législateur exprimait en introduisant la réglementation concernant les cas de rigueur ?*

La majorité des offices des migrations estime que la situation des personnes concernées s'est améliorée depuis l'introduction de l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr. Ils constatent notamment que ces dernières sont mieux informées et reçoivent une meilleure protection. Les services d'intervention et les organes spécialisés contre la violence domestique, quant à eux, voient encore des améliorations possibles à cet égard. Ils perçoivent encore de grands obstacles malgré la nouvelle disposition et dénoncent aussi, dans ce contexte, la marge d'appréciation des autorités migratoires, qui en font un usage variable. Les offices des migrations, tout comme les services d'intervention et les organes

spécialisés, estiment que l'interconnexion des acteurs peut encore être améliorée, ainsi que l'échange d'informations, la sensibilisation, la formation continue des spécialistes et l'information des personnes concernées. Les offices des migrations estiment qu'il n'est pas nécessaire que le législateur intervienne pour améliorer encore la protection des victimes de violences conjugales qui ne jouissent pas d'un droit de séjour autonome.

4. Potentiel d'amélioration du point de vue des chercheurs

L'enquête a mis en lumière les pistes suivantes pour améliorer la mise en œuvre de la réglementation des cas de rigueur (cf. rapport chiffre 8.2, p. 46 s.) :

– Information aux victimes

Il convient d'informer mieux encore les victimes sur les actions qu'elles peuvent entreprendre, sur le contexte juridique et sur les organes de conseil susceptibles de les aider en cas de violence domestique et dans le cadre d'une demande de cas de rigueur.

– Sensibilisation à la dynamique de la violence domestique

Tous les organes impliqués dans l'évaluation des cas de rigueur doivent mieux connaître la dynamique de la violence domestique et les défis qui y sont liés, afin d'agir ou de décider de manière adéquate. Cela concerne notamment les autorités migratoires, les autorités de poursuite pénale, les professionnels de la santé, mais aussi les autorités de protection de l'adulte et de l'enfant, ainsi que les tribunaux.

– Échange et collaboration

Les structures d'échange, de coopération et de coordination en matière de lutte contre la violence domestique ont une fonction importante tant au niveau cantonal qu'au niveau national. Il est crucial d'y intégrer les autorités migratoires. Elles favorisent la compréhension mutuelle sur les rôles, les tâches et les méthodes de travail des différents acteurs de la mise en œuvre de la réglementation des cas de rigueur et d'autres mesures relevant du droit des étrangers. Elles permettent d'améliorer la collaboration effective.

– Qualité des preuves

S'agissant des cas refusés en raison de preuves insuffisantes pour établir la crédibilité des déclarations, il ressort de l'étude que la qualité des preuves pourrait être améliorée. Cela concerne, d'une part, les rapports des organes spécialisés (services d'aide aux victimes et maisons d'accueil pour femmes) et, d'autre part, la documentation des violences domestiques par les professionnels de la santé. Certains cantons se sont déjà saisis de ce problème en misant sur la sensibilisation et les échanges. Des améliorations dans ce domaine pourraient aussi contribuer à atténuer le problème de la durée des procédures, en apportant des preuves adéquates dès le dépôt de la demande de cas de rigueur.

5. Avis du Conseil fédéral

5.1. Pas de nécessité de légiférer

Au vu des résultats de l'étude, le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas nécessaire de légiférer. La réglementation légale actuelle du droit de séjour des victimes de violences conjugales tient suffisamment compte de leur situation de cas de rigueur.

5.1.1 Mise à jour des directives

Il convient de vérifier si, en précisant davantage et en actualisant en permanence les directives du SEM, il serait possible de soutenir encore mieux les cantons dans la mise en œuvre des art. 50, al. 1, let. b, LEtR et 77, al. 1, let. b, OASA. Ces directives fournissent aux cantons une aide précieuse pour exercer leur pouvoir d'appréciation et contribuent à uniformiser la pratique en la matière.

5.2. Marge d'appréciation

Dans le présent contexte, l'appréciation est aussi un élément important de l'action de l'Administration. Sous réserve que les circonstances particulières soient prises en compte, elle garantit à chaque cas l'équité de traitement. Les diverses situations dont les autorités compétentes doivent tenir compte pour porter un jugement sur les victimes de violences conjugales presupposent que ces autorités disposent d'une marge d'appréciation suffisante, ce qui exige des notions juridiques normatives laissant une marge de manœuvre dans leur application. Il est essentiel de parvenir à une appréciation complète et objective du cas individuel ainsi qu'à une pesée méticuleuse des intérêts privés et publics. Il convient à cet égard de toujours tenir compte de manière adéquate de la protection de la victime. Même si elles disposent d'une marge d'appréciation, les autorités doivent motiver soigneusement leurs décisions. En outre, dans le cadre d'une procédure de recours, ces décisions font l'objet de contrôles par les autorités de recours, qui possèdent un plein pouvoir de cognition.

S'agissant de la sous-représentation des conjoints de titulaires d'une autorisation de séjour et de l'absence connexe du droit visé à l'art. 77, al. 1, let. b, OASA, il convient de noter que les conditions d'une réglementation du séjour après la dissolution du mariage sont les mêmes que pour l'art. 50, al. 1, let. b, LEtr. L'art. 83, let. c, ch. 2, LTF prévoit uniquement pour les cas relevant de l'art. 77, al. 1, let. b, OASA qu'il n'est pas possible de porter le recours devant le Tribunal fédéral. Si les conditions du cas de rigueur après dissolution du mariage sont remplies, les autorités doivent, en pratique, octroyer aussi une autorisation de séjour pour les cas relevant de l'art. 77, al. 1, let. b, OASA, à moins que l'octroi de l'autorisation aille à l'encontre d'intérêts publics importants.

L'intégration des personnes étrangères revêt une grande importance. Il est nécessaire de considérer différemment les victimes de violences conjugales. Si les déficits constatés en matière d'intégration découlent directement des violences conjugales, il faut bien entendu tenir compte de ces circonstances afin d'éviter que ces lacunes excusables nuisent à la victime.

6. Mesures

Fort des résultats et conclusions de l'étude, le Conseil fédéral propose les mesures suivantes.

6.1 Mesures concernant des formations de base et des formations continues thématiques pour les spécialistes, et mise en réseau

La sensibilisation et la formation des spécialistes sont d'une grande importance. L'étude voit encore des améliorations possibles dans l'échange d'informations entre les acteurs, dans la sensibilisation et la formation continue des spécialistes, ainsi que dans l'information des personnes concernées.

Des formations de base, des formations continues et des ateliers sur la problématique du droit de séjour des victimes de violences conjugales sont pertinentes pour garantir une pratique uniforme dans la mise en œuvre des art. 50, al. 1, let. b, LEtr et 77, al. 1, let. b, OASA ainsi que la sensibilisation et la mise en réseau des spécialistes. Hormis les offices des migrations, ces rencontres s'adressent aussi aux autres acteurs du processus (p. ex. le ministère public et les professionnels de la santé). Leur organisation doit être prise en charge par la Confédération. Il semble également opportun que les services d'intervention et les organes spécialisés répondent au déficit d'information soulevé dans l'étude à propos des personnes étrangères concernées au moyen d'une campagne de sensibilisation (dépliant, brochure, etc.). Les autorités fédérales compétentes continueront aussi de soutenir les services d'intervention et les organes spécialisés concernés dans le cadre de leurs possibilités. La collaboration intercantonale doit être poursuivie. Le Conseil fédéral approuve la mise en place de tables rondes ou de groupes de suivi de cas (p. ex. dans les cantons 16

de Zurich et Saint-Gall) dans lesquels des cas anonymisés de violences conjugales font l'objet de discussions entre les autorités concernées et les services spécialisés. Ce type de comités contribue significativement à optimiser la mise en œuvre de la réglementation des cas de rigueur relevant du droit des étrangers.

6.2 Amélioration de la qualité des preuves

La qualité des preuves pourrait être améliorée. Cela concerne, d'une part, les rapports des organes spécialisés (services d'aide aux victimes et maisons d'accueil pour femmes) et, d'autre part, la documentation des violences domestiques par les professionnels de la santé. Des améliorations dans ce domaine pourraient aussi contribuer à atténuer le problème de la durée des procédures, en apportant des preuves adéquates dès le dépôt de la demande de cas de rigueur.

Pour améliorer la qualité des preuves, notamment des rapports des organes spécialisés et de la documentation des professionnels de la santé, les spécialistes visés doivent être informés de la forme et des exigences que doivent respecter ces rapports. Le Conseil fédéral approuve les mesures prises au niveau cantonal pour répondre à cette problématique par des consignes claires destinées aux organes spécialisés, aux services d'aide aux victimes et aux professionnels de la santé. Le SEM continuera, en outre, de soutenir les cantons en la matière.

6.3 Modification des directives du SEM

Déficit d'intégration en raison de violences conjugales

Au vu des résultats de l'étude, il apparaît nécessaire de préciser les directives du SEM, en y attirant explicitement l'attention des organes d'exécution cantonaux sur le fait que les déficits d'intégration découlant directement et de manière attestée de violences conjugales ne doivent pas nuire à la victime. Bien entendu, pour ces cas également, la conclusion d'une convention d'intégration demeure réservée en tenant particulièrement compte du cas d'espèce.

Audition des personnes concernées

L'expérience a montré qu'il pouvait être utile, dans les cas limites, que la procédure ne se cantonne pas à un volet écrit, mais que les autorités migratoires auditionnent oralement les personnes concernées avant de prendre une décision. Il arrive ainsi que la décision soit mieux acceptée, voire qu'elle ne fasse l'objet d'aucun recours. Les directives du SEM devraient recommander ce procédé dans les cas individuels peu clairs pour la constatation de l'état de fait. Cependant, la souveraineté des cantons en matière de procédure dans le droit des étrangers ne permet pas de faire de cette recommandation une obligation.

Mise à jour des directives du SEM

La mise à jour régulière des directives du SEM, et notamment de la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, doit se poursuivre.

6.4 Statistique cantonale

Il y a lieu d'étudier la possibilité de collecter de manière automatisée des données statistiques auprès des cantons, lorsque ceux-ci rejettent de leur propre compétence des demandes au sens des art. 50 LEtr et 77, al. 1, let. b, OASA et qu'ils émettent en conséquence une décision de renvoi.