



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 140 (2021) II

Schweizerischer Juristentag 2021

Gleichstellung neu interpretiert

Congrès de la Société suisse des juristes 2021

L'égalité revisitée



Unterstützt durch die Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

ISBN 978-3-7190-4520-3
ISSN 0254-945X

© 2021 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich
geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen
bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Inhaltsübersicht/Sommaire

Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie

EVA MARIA BELSER 5

Impulsions des instruments de protection des droits humains de l'ONU en matière d'égalité et de protection contre les discriminations pour le droit de la famille suisse

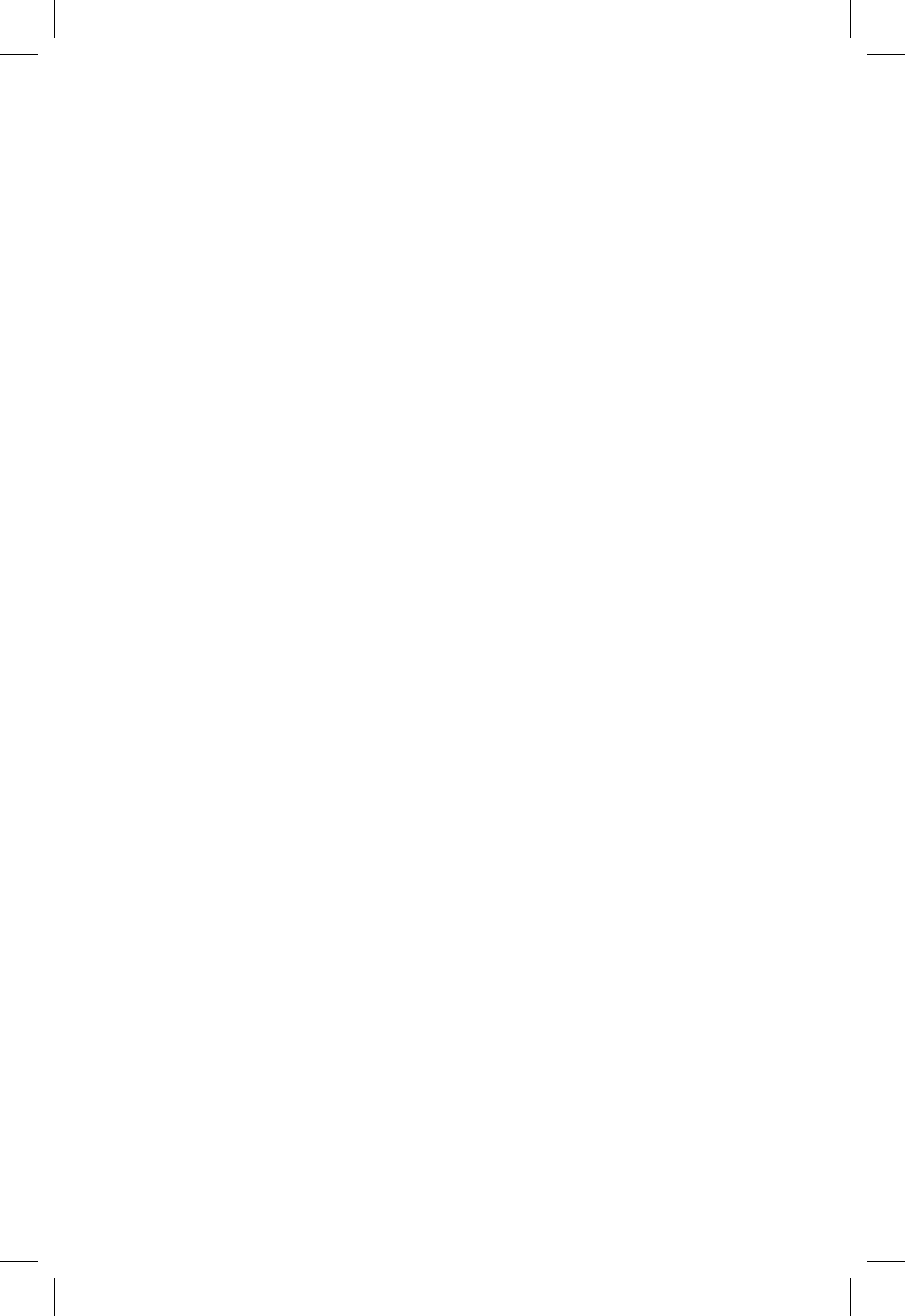
MICHELLE COTTIER 119

Repenser la discrimination «à raison du sexe» au sens de la loi fédérale sur l'égalité à la lumière de la CEDEF

KARINE LEMPEN 191

Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie

CHRISTA TOBLER 277



Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus, im Rechtsstaat und in der Demokratie

EVA MARIA BELSER*

* Prof. Dr. iur., Universität Fribourg. Ich danke BLaw Yannick Zuber, MLaw Sandra Egli, MLaw Simon Mazidi, BLaw Liliya Tseytlina sowie Antilia Wyss ganz herzlich für ihre grosse Unterstützung bei der Vorbereitung und redaktionellen Überarbeitung dieses Beitrags.



Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	8
B.	Von der Gleichheit und der Vielfalt im Föderalismus	13
I.	Autonomie und Mitwirkung zum Ersten	16
1.	Subsidiarität	17
2.	Kompromiss	18
II.	Umgang mit territorialer Vielfalt	21
1.	Achtung und Förderung der religiösen Vielfalt	22
2.	Achtung und Förderung der sprachlichen Vielfalt	25
III.	Umgang mit nicht-territorialen Minderheiten	29
1.	Minderheiten	30
2.	Nationale Minderheiten	32
3.	Verbesserungsbedarf	37
a.	Die Zurückhaltung bei der Anerkennung nationaler Minderheiten	38
b.	Der unzureichende Schutz der Fahrenden	40
c.	Der unzureichende Schutz der sprachlichen Minderheiten	42
C.	Von der Gleichheit und der Vielfalt im Rechtsstaat	44
I.	Autonomie und Mitwirkung zum Zweiten	45
1.	Schutz vor der Tyrannei der Mehrheit	45
2.	Rechtsstaat als Schranke der Demokratie	47
3.	Menschenwürde als Kern des Rechtsstaats und der Demokratie	49
II.	Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot	52
1.	Verbot der Diskriminierung	53
2.	Pflicht zur Egalisierung	56
3.	Notwendigkeit eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes	60
III.	Rechtsschutz	64
1.	Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit	65
2.	Erweiterung der materiellen Ungültigkeitsgründe bei eidgenössischen Volksinitiativen	68
D.	Von der Gleichheit und der Vielfalt in der Demokratie	71
I.	Autonomie und Mitwirkung zum Dritten	72
1.	Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten	72
2.	Politische und andere Minderheiten	74
II.	Erweiterung der politischen Rechte	75
1.	Einführung des Frauenstimmrechts	78
2.	Mitwirkung junger Menschen	80
3.	Mitwirkung von Menschen mit Behinderungen	81
4.	Einführung des Ausländerstimmrechts	81
a.	«Die Ausländer sind die Frauen von heute»	82
b.	Ausländerstimmrecht auf kantonaler und kommunaler Ebene	83
c.	Notwendigkeit eines allgemeinen Ausländerstimmrechts	85
III.	Verbesserung der demokratischen Mitwirkung	89
1.	Verstärkung der Repräsentativität	92
2.	Verbesserung der Mitwirkung der Frauen	93
3.	Verbesserung der Mitwirkung von Minderheiten und anderen Gruppen	95
4.	Einführung eines Dreikammerparlaments	96
E.	Schlussbemerkung	100
	Literatur	107
	Materialien	115
	Urteilsverzeichnis	116

A. Einleitung

Die Gleichheit aller Menschen ist, wenn auch nicht das einzige Ziel der Gerechtigkeit, so doch das fundamentalste. Alle Menschen sollen gleich sein, so fordert die Gerechtigkeit, ihre Würde soll gleichermassen geachtet und geschützt werden, sie sollen die gleichen Rechte und Freiheiten geniessen und die gleichen Chancen haben, ihr Leben – allein und mit andern – zu gestalten, ihre Werte zu wählen und zu verwirklichen und ihr Glück zu suchen. Allen Menschen, unabhängig von Geschlecht, Gesundheit, Gesinnung und anderen Merkmalen, soll das gleiche Recht auf Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung zukommen und nur jenen Schranken unterstehen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, um öffentliche Interessen oder die Rechte und Freiheiten anderer zu schützen.

Auch die Festlegung der Grenzen individueller Rechte und Freiheiten soll unter Berücksichtigung der Gleichheit erfolgen. Wo die Grundrechte keine *Autonomie* sichern, garantieren sie deshalb jedem Menschen das gleiche Recht auf *Mitbestimmung*. Geht es um die Gleichheit aller Menschen, so gehen Rechtsstaat und Demokratie denn auch zunächst Hand in Hand: Während der Rechtsstaat jedem Menschen die gleichen Grundrechte garantiert, sichert die Demokratie jedem Menschen das gleiche Recht, das Wohl des Gemeinwesens mitzubestimmen, Grenzen der Rechte und Freiheiten Einzelner zu definieren und Massnahmen zum Schutz und zur Verwirklichung der Grundrechte festzulegen – oder davon abzusehen. Diese Kongruenz der Ziele bringt auch die Präambel der Bundesverfassung zum Ausdruck, die «Freiheit und Demokratie» stärken will, sowie die Zweckbestimmung, die die (rechtsstaatliche) Freiheit und die (demokratischen) Rechte des Volks ebenfalls in einem Atemzug nennt (Art. 1 BV). Freiheit und Mitwirkung sind gleichermassen konstitutiv und aufeinander angewiesen. Verbunden aber sind sie durch die Gleichheit. Die Freiheit ist nur dann mit der Demokratie vereinbar, wenn sie für alle die gleiche ist und die Demokratie dient nur dann der Freiheit aller, wenn sie auf Gleichheit beruht.¹

Die Demokratie kann sich aber auch gegen den Rechtsstaat richten und Grundrechte Einzelner übermässig einschränken. Einzelne können sich in diesem Fall an unabhängige Gerichte wenden, die überprüfen, ob die Mehrheit zu Recht oder zu Unrecht die Rechte Einzelner – überstimmter Personen oder solchen, die am Entscheid nicht mitwirken konnten – beschränkt haben. Besonders Angehörige von Minderheiten und anderen kleinen, isolierten, marginalisierten oder gesellschaftlich missachteten Gruppen, denen es schwerfällt, sich in demokratische Prozesse einzubringen oder die – wegen fehlender Staatsbürgerschaft oder aus anderen Gründen – zum vornherein von diesen ausgeschlossen sind, laufen Gefahr, ihre Grundrechte durch Entscheide der Mehrheit ver-

1 Kelsen, S. 149.

kürzt zu sehen. Sie sind deshalb zu ihrem Schutz ganz besonders auf einen Rechtsstaat angewiesen, der dem Willen der Mehrheit der Stimmberechtigten Schranken setzt und sicherstellt, dass staatliche Entscheide allen zumutbar sind. Geht es nicht um die Abwehr übermässiger Einschränkungen von Rechten und Freiheiten, sondern um die Durchsetzung staatlicher Schutz- und Verwirklichungspflichten, stossen die gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten allerdings an ihre funktionellen Grenzen. Gerichten fällt es schwer, gegen die Untätigkeit des Gesetzgebers vorzugehen. Umso wichtiger ist es deshalb, die gleiche Mitwirkung aller an den politischen Entscheiden des Gemeinwesens sicherzustellen. Je mehr sich das Grundrechtsverständnis erweitert und Rechte und Freiheiten nicht nur Ansprüche auf Abwehr des Staats, sondern auch auf Schutzmassnahmen und auf Leistungen begründen, umso bedeutender wird die Mitwirkung, damit Rechtsstaat und Demokratie sich gegenseitig ergänzen und verstärken und nicht im Widerspruch zueinander stehen.

Die Gleichheit gilt auch dort als Ziel und als Massstab der Gerechtigkeit, wo es um Gruppen von Menschen geht. Die Rechtsordnung lässt zwar grundsätzlich zu, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird – und dass Mehrheiten darüber entscheiden, welche Unterschiede relevant sind und welche nicht. Sie untersagt aber, dass Menschen aufgrund bestimmter Merkmale, die sie mit bestimmten Menschen verbinden, aber von anderen unterscheiden, unterschiedlich behandelt oder ungerechtfertigterweise gleichbehandelt werden. Das Diskriminierungsverbot verbietet es, «eine Person allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird»², rechtsungleich zu behandeln. Niemand darf – wegen seiner Gruppenzugehörigkeit – diskriminiert werden, namentlich nicht, wenn diese Gruppe aufgrund der Herkunft definiert wird, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder aufgrund einer physischen, kognitiven oder psychischen Beeinträchtigung. Das Diskriminierungsverbot gebietet dem Staat die Gleichbehandlung aller Gruppenangehörigen trotz oder gerade wegen der tatsächlichen Unterschiede zwischen Menschen. Umgekehrt verbietet es Gleichbehandlung, wenn die tatsächlichen Unterschiede zwischen den verschiedenen Personengruppen so wesentlich sind, dass eine Gleichbehandlung den Anspruch auf gleiche Anerkennung der Rechte und Bedürfnisse einer Personengruppe missachten würde.

Damit wird deutlich, dass die *Gleichheit* aller Menschen, die den Dreh- und Angelpunkt der Rechtsordnung bildet, einem anderen, ebenso fundamentalen Prinzip gegenübersteht: der *Vielfalt*. Menschen geniessen das Recht auf Gleichheit, um trotz ihrer vielfältigen Unterschiede gleichbehandelt zu werden und

2 BGE 132 I 49 E. 8.1.

gleichermaßen frei zu sein, nach ihren eigenen Wertvorstellungen zu leben und in ihren Bedürfnissen ernst genommen zu werden. Dass alle Menschen rechtlich gleich sein sollen, bedeutet deshalb gerade nicht, dass aus ungleichen Menschen gleiche zu machen sind. Vielmehr sind allen Menschen – gerade wegen ihrer Besonderheiten – gleiche Rechte und Freiheiten und gleiche Mitwirkungsmöglichkeiten zu sichern. Die Gleichheit dient damit auch dazu, jedem Menschen zu ermöglichen, anders zu sein. Die Menschenwürde als Prinzip, das der Gleichheit und der Vielfalt der Menschen zugrunde liegt, beruht auf der Idee, jeden Menschen – gerade aufgrund seiner Einzigartigkeit und seiner allfälligen Andersartigkeit – gleichermaßen wertzuschätzen, seine Gleichheit und seine Andersartigkeit gleichermaßen zu achten, zu schützen und in der Rechtsordnung zu verwirklichen.

Wie aber sind die Gleichheit der Menschen und ihre Vielfalt miteinander zu vereinen? Wie verhält sich der Anspruch auf Gleichheit, Gleichbehandlung und Gleichstellung zur tatsächlichen Vielfalt? Können Menschen gleichbehandelt oder gleichgestellt werden, wenn sie ganz unterschiedlich leben, denken, fühlen und handeln, wenn sie als Frauen, Männer, als trans, queer und nicht-binäre Personen, als Alte und Junge, vorzeitig Gealterte und Junggebliebene ganz anders sind, unterschiedliche Geschichten, Werte und Lebensentwürfe haben, unterschiedliche Sprachen sprechen, unterschiedliche Götter verehren oder mit der Götterverehrung nichts zu tun haben wollen? Wollen Menschen überhaupt trotz ihrer Unterschiede gleichbehandelt und gleichgestellt werden? Oder verlangt nicht gerade die Vielfalt der Menschen nach unterschiedlichen Regeln?

Das Verhältnis von Gleichheit und Vielfalt wirft die Frage nach dem Verhältnis von Mehrheiten, Minderheiten und Einzelnen auf. Den Rechten der *Mehrheit* dient in erster Linie die Demokratie, die sicherstellt, dass sich die Wünsche der meisten bei Wahlen und Abstimmungen durchsetzen. Die Mehrheit bestimmt über die Besetzung der politischen Organe, die Gesetzgebung, die Finanzen und die Beziehungen des Staats zu Einzelnen, Gliedstaaten, Gruppen und anderen Nationen. Den Rechten und Freiheiten der Einzelnen dienen vor allem die Grund- und Menschenrechte. Sie schützen Rechte und Freiheiten auch dann, wenn die Mehrheit diese auf unrechtmässige Weise beschneiden will und garantieren allen, die von einem solchen Entscheid betroffen sind, ein Recht auf eine wirksame Beschwerde. Der Achtung und dem Schutz der *Minderheiten* dient oft der Föderalismus, der nationale Minderheiten in subnationale Mehrheiten verwandelt.

Ähnlich wie Einzelne geniessen im schweizerischen Bundesstaat alle Kantone ein gleiches Recht auf *Selbstbestimmung*, wo dieses nicht durch übergeordnetes Recht beschränkt wird, und ein gleiches Recht auf *Mitbestimmung*, wenn es um die Festlegung dieser Schranken geht. Wie die Gleichheit steht damit auch der Föderalismus sowohl im Dienst der Gleichheit als auch im Dienst der Vielfalt. Die Autonomie der Kantone sichert diesen das Recht, ihre Aufgaben,

Wünsche und Pläne selbst festzulegen, an ihrer Identität und Eigenart festzuhalten und andere Wege einzuschlagen als andere Kantone. Der Föderalismus gilt deshalb als Garant der Vielfalt. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob es sich bei den Bevölkerungen der Kantone tatsächlich um Minderheiten handelt, die einen Anspruch auf Wahrung und Förderung ihrer kulturellen, religiösen und sprachlichen Eigenheiten haben. Lassen sich die Bewohnerinnen und Bewohner der Kantone Aargau, Genf, Wallis/Valais oder Tessin tatsächlich als Minderheiten qualifizieren, die Achtung und Schutz verdienen oder klaffen die Konzepte Bundesstaatlichkeit und Minderheitenschutz auseinander? Zweifellos ist die Vielfalt des Landes vielfältiger, als es die föderale Struktur nahelegt. Wer sprachlich einer nationalen Minderheit angehört, die im Kanton die Mehrheit bildet, kann gleichzeitig im religiösen oder kulturellen Bereich Teil einer Mehrheit bilden oder sich in Bezug auf Religion, Kultur oder andere Merkmale von seiner Sprachgruppe unterscheiden und eine Minderheit innerhalb der Minderheit bilden. Hinzukommt, dass der Föderalismus den Angehörigen jener kulturellen, sprachlichen, religiösen oder anderen Minderheiten keinen Schutz bietet, die in keinem Kanton und in keiner Gemeinde eine Mehrheit bilden, weil sie ihr angestammtes Territorium verlassen oder nie über ein solches verfügt haben. Welchen Schutz garantiert der schweizerische Bundesstaat nationalen und anderen Minderheiten, die in verschiedenen Kantonen beheimatet sind – oder diese als Fahrende durchreisen – und die Vielfalt der Regelungen nicht als Hilfe, sondern als Hindernis wahrnehmen? Welche Mechanismen bieten Rechtsstaat, Demokratie und Föderalismus, um allen Minderheiten einen Anspruch auf Achtung, Schutz und Verwirklichung ihrer Freiheiten und auf Mitwirkung zu sichern?

Die Rechtsordnung sieht sich mit anderen Worten mit vielfältigen Überlappungen und Widersprüchen der Rechtsgleichheit und des Gleichstellungsrechts konfrontiert. Kann sie allen Einzelnen gerecht werden – wie sie es allen Einzelnen schuldet – und gleichzeitig die Rechte von Minderheiten und von Gruppen, die aufgrund eines Merkmals historisch und aktuell benachteiligt werden, verwirklichen? Bleibt überhaupt noch etwas übrig von der Gleichheit – oder von der Demokratie und vom Föderalismus – wenn der Staat sich vornimmt, allen Menschen in ihrer Einzig- und Andersartigkeit gerecht zu werden? Ist die Rechtsordnung den vielfältigen Identitäten, den historischen, aktuellen, neuen und sich überlappenden Benachteiligungen überhaupt gewachsen? Kann sie beispielsweise eine Frau oder eine nicht-binäre Person, die einer sprachlichen Mehrheit angehört, gleichbehandeln wie eine, die in Bezug auf die Sprache einer Minderheit angehört? Kann ein wohlhabender heterosexueller Mann, der eine Minderheitensprache spricht, gleichbehandelt werden wie eine homosexuelle Person der gleichen Sprachgemeinschaft, die eine nomadisierende Lebensform führt? Kann die eine oder andere Person Nachteilen ausgesetzt werden, um die Gleichstellung der Geschlechter oder die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen zu erreichen?

Der Umgang mit Vielfalt in der Einheit wirft zahlreiche Fragen auf, die zu beantworten der Rechtsordnung schwerfällt. Was bedeutet es für den Anspruch auf Gleichheit, dass wir in einer Welt leben, in der das nationale Paradigma (selbst das multinationale) durch ein plurales ersetzt worden ist und in der immer mehr Benachteiligungen, Marginalisierungen und Herabsetzungen wahrgenommen und thematisiert werden? Führt Identitäts- und Diversitätspolitik notwendigerweise in einen unübersichtlichen Dschungel, in dem alle gleich sein wollen, aber niemand es mehr ist? «Diskriminiert fühlen sich in der verwöhnten Wohlstandswelt» nach einer journalistischen Überzeichnung bekanntlich «weiterhin die Frauen – und längst auch die Männer. Die Homosexuellen, die Bisexuellen, die Asexuellen, die Transsexuellen – und auch die Heterosexuellen. Die Ausländer – und die Inländer. Die Muslime, die Christen, die Agnostiker – und die Atheisten. Die Alten – und die Jungen. Die arbeitenden Mütter, die arbeitenden Hausfrauen, die arbeitenden Väter, die Alleinstehenden, die Verheirateten – und die Familien. Die Armen, der Mittelstand – und die oberen ein Prozent. Die Vegetarier, die Veganer, die Frutarier – und die Omnivoren. Die Velofahrer, die Autofahrer, die ÖV-Benutzer – und die Fussgänger. Die Prädikate lassen sich kumulieren, und die Liste beansprucht keine Vollständigkeit.»³

Gehören die Begriffe der Gleichheit und der Diskriminierung tatsächlich zu den Verdichtungssymbolen von Protesten und sozialen Bewegungen, die Gesellschaft und Politik herausfordern und die Tagesordnung bestimmen? Führt die Konjunktur der Identität und der Aufstieg der Minderheiten zu einer kulturellen Tribalisierung moderner Gesellschaften, in denen nicht mehr die Durchschnittsbürgerin oder der Durchschnittsbürger den Ton angibt, sondern «Otto Normalabweicher» (Jürgen Kaube)? Befördert ein Exzess an Diskriminierungs- und Minderheitenschutz tatsächlich einen Zerfall des Gemeinwesens in Subkulturen oder Binnenwelten mit je eigenen Wertorientierungen, Kommunikationskanälen und Ansprüchen an andere? Nach diesen Befürchtungen gefährdet der Anspruch, jeder Person in ihrer Einzigartigkeit und in ihren vielfältigen Gruppenzugehörigkeiten gerecht zu werden, die Einheit und den Zusammenhalt. Er spaltet und polarisiert die Gemeinschaft und verwandelt die sprichwörtlichen alten – und auch jungen – weisen Männer in frustrierte Wutbürger, zu denen sich zusehends auch Wutbürgerinnen gesellen.⁴

Diese Fragen sind Thema des vorliegenden Beitrags. Er beschäftigt sich mit der herausforderungsreichen staatlichen Aufgabe, Rechtsgleichheit zu garantieren und zu verwirklichen und gleichzeitig Vielfalt zu achten und zu fördern,

3 SCHEU, Der neue Opferautoritarismus, NZZ vom 12.08.2016, verfügbar auf: <<https://www.nzz.ch/feuilleton/zeitgeschehen/diskriminierung-und-viktimisierung-der-neue-opferautoritarismus-ld.110624>>.

4 Vgl. PARIS, Nicht alles, was einem nicht passt, ist Diskriminierung, NZZ vom 14.12.2017, verfügbar auf: <<https://www.nzz.ch/feuilleton/wenn-sich-alle-mit-allen-vergleichen-ld.1338759>>.

Einzelnen, Minderheiten, Gruppen und Kantonen Rechtsgleichheit zu gewähren und ihnen zu erlauben, selbstbestimmt gleich oder anders zu sein und angemessen mitzubestimmen, wenn das Gemeinwesen Entscheide fällt. Um das spannungsreiche Verhältnis von Gleichheit und Vielfalt zu klären, soll dieses im Folgenden anhand der drei Strukturprinzipien der Bundesverfassung – Föderalismus, Rechtsstaat und Demokratie – untersucht werden. Dabei wird es stets um beide Aspekte der Gleichheit gehen: Einerseits um die *gleiche Freiheit, sich selbst zu bestimmen* und gleich oder anders zu sein und trotz Ungleichheit gleichbehandelt zu werden, und andererseits um die *gleiche Möglichkeit, die Grenzen der Selbstbestimmung mitzubestimmen* und über das Gleichgewicht von Einheit und Vielfalt mitzuentcheiden.

Im Ergebnis wird sich zeigen, dass die Schweiz ihren Umgang mit Gleichheit und Vielfalt neu bedenken muss. Weder Föderalismus, noch Rechtsstaatlichkeit, noch Demokratie stellen gegenwärtig sicher, dass die Idee der Gleichheit und das Recht auf Gleichstellung für alle umfassend verwirklicht werden. Der Föderalismus schützt nur jene Gruppen, die in einem Kanton eine Mehrheit bilden, jedoch weder kantonale Minderheiten, noch Personen, die ihren Kanton verlassen haben. Die Rechtsstaatlichkeit garantiert den Einzelnen zwar Rechte und Freiheiten, weist aber Lücken auf und verfolgt bei der Umsetzung einen mehrheitsorientierten und fragmentierten Ansatz. Viele Ungleichheiten zwischen Menschen, die deren Möglichkeiten beeinträchtigen, Rechte und Freiheiten tatsächlich zu geniessen, bleiben unbeachtet. Schliesslich beruht unsere Demokratie allzu sehr auf dem Willen jener Mehrheit, die sich – in zunehmend harten und kostspieligen Wahl- oder Abstimmungskämpfen – durchsetzt, und stellt unzureichend sicher, dass staatliche Entscheide vom ganzen Volk ausgehen und für das ganze Volk gefällt werden. Dieses Volk besteht aber gerade nicht nur aus der Mehrheit, die entscheidet, sondern ebenso aus (überstimmten) Einzelnen, nicht stimmberechtigten Personen und aus Angehörigen von Personen, die es schwerer als andere haben, sich politisch Gehör zu verschaffen. Am Schluss wird es deshalb darum gehen, die Schranken und Mängel der Strukturprinzipien der Bundesverfassung und die Spannungen bei ihrem Zusammenwirken aufzuzeigen und Vorschläge zu entwickeln, wie die Schweiz ihren Umgang mit Vielfalt im Rahmen der Gleichheit verbessern könnte.

B. Von der Gleichheit und der Vielfalt im Föderalismus

Der Föderalismus stellt einen Mechanismus dar, um Mehrheiten mit Minderheiten im gleichen Staat zusammenzuführen oder ihnen durch Föderalisierung ein friedliches Zusammenleben zu ermöglichen. Sein Ursprung liegt in einem *foedus*, einem Vertrag zwischen föderalen Akteuren, der die Autonomie der subnationalen Einheiten regelt und über deren Mitwirkung an nationalen Entscheiden bestimmt. Der *foedus* ist meist Teil einer Verfassung, die durch Ver-

handlung zwischen den föderalen Akteuren zustande gekommen und demokratisch verabschiedet worden ist. Die föderale Verfassung oszilliert deshalb zwischen einem Vertrag, der – wie ein internationaler Vertrag – die Zusammenarbeit zwischen den Gliedstaaten regelt, und einem höchsten Gesetz, das durch Mehrheitsentscheid bestätigt wurde. Föderale Verfassungen beruhen auf einem Mittelweg zwischen einem Einheitsstaat und der Unabhängigkeit der Gliedstaaten. Sie sichern den Gliedstaaten ein Recht auf interne Selbstbestimmung und Mitbestimmung, um externe Selbstbestimmung zu überwinden (aggregativer oder *keeping-together*-Föderalismus) oder zu vermeiden (devolutiver oder *coming-together*-Föderalismus).

Die Schweiz war nach den USA das zweite Land, das den Föderalismus einführte, um öffentliche Belange gemeinsam regeln zu können, im Übrigen aber die Vielfalt der Gliedstaaten aufrechtzuerhalten. Im Jahre 1845, einige Monate vor den gescheiterten antiklerikalen Umsturzversuchen durch die Freischarenzüge, formulierte der spätere Bundesrat Ulrich Ochsenbein den Wunsch, in der Schweiz die nordamerikanische Bundesstaatlichkeit nachzuahmen. Ochsenbein und seine Mitstreiter forderten einen historischen Kompromiss zwischen kantonsfeindlichen Unitariern und zentralisationsfeindlichen Föderalisten und die Einführung eines Zweikammersystems nach dem Muster des US-amerikanischen Kongresses, in dem beide Haltungen angemessen vertreten sind.⁵ Er vermochte mit seinem Plan eine Mehrheit der Revisionskommission zu überzeugen, die nach dem Sonderbundskrieg zusammentrat. Der neue Bund sollte Einheit herstellen, aber nur in wenigen, einzeln genannten Bereichen – etwa bei der Aussenpolitik, der Wohlfahrt und der Wirtschaft, bei den Strassen und Eisenbahnen, aber auch bei der Rechtsgleichheit, den Freiheitsrechten und der Demokratie. Das Anliegen, auch die Gleichstellung der Juden zu garantieren, scheiterte zunächst in der Kommission und später auch in der Tagsatzung.⁶

Schon das Beispiel der gescheiterten – und erst im Jahre 1866 unter internationalem Druck erzielten – Gleichstellung der Juden erinnert daran, dass die Vielfalt, welche die föderale Verfassung schützen, und die Mitwirkung, die sie garantieren sollte, nicht auf sprachliche, kulturelle und religiöse Minderheiten zugeschnitten waren, sondern auf *historische Einheiten* und die *politischen, wirtschaftlichen und ideologischen Aspirationen ihrer Eliten*. An den Tischen, an denen die neue Bundesverfassung verhandelt wurde, waren nur jene zugegen, ohne deren Zustimmung die Gründung des Bundesstaats nicht von staten gehen konnte. Aufgrund der unterschiedlichen Sprachregionen waren zwar deutsch-, französisch- und italienischsprachige Delegierte an der Kompromissuche beteiligt, aber weder Frauen noch Juden, noch andere religiöse, sprachliche oder kulturelle Minderheiten. Bei der Gründung des Bundesstaats ging es

5 HOLENSTEIN, S. 80 f.; vgl. zum Ganzen auch SCHWEIZER, Entstehung und Entwicklung, S. 543 ff.; BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 776 ff. und 779 ff.

6 HOLENSTEIN, S. 84 f.; vgl. auch KNOCH-MUND.

denn auch weniger um Minderheitenschutz oder um eine allgemeine Gleichheit der Gruppen und Einzelnen, als vielmehr um einen *Kompromiss zwischen verschiedenen Landesgegenden*. Ziel der Verhandlungen war es im Wesentlichen, die kleinen, ländlich-landwirtschaftlichen, katholisch-konservativen deutschsprachigen Kantone mit den grossen, urban-industriellen, reformiert-liberalen und ebenfalls deutschsprachigen Kantone im gleichen Staat zusammenzubringen und den kleinen Kantonen die Angst vor der permanenten Majorisierung durch grosse Kantone zu nehmen. Der Mechanismus, der aus diesen Verhandlungen hervorging, war auf dieses Ziel zugeschnitten.⁷

Auf andere Ausdrucksformen der Vielfalt war und ist der Föderalismus nicht ausgerichtet – und für diese funktioniert er auch nur bedingt. Dank kantonalen Zuständigkeiten kann der Bundesstaat bestens mit kantonal unterschiedlichen Vorstellungen über das angemessene Verhältnis von Staat und Kirche umgehen und dank der geografischen Konzentration sprachlicher Minderheiten in den Kantonen kann er auch die sprachliche Vielfalt der Kantone wahren. Andere Gruppen und andere Minderheiten, die nicht Partner der föderalen Gewaltenteilung und Zusammenarbeit sind, können sich aber für die Achtung und Schutz ihrer Rechte nicht ohne Weiteres auf den Föderalismus verlassen.⁸

Die Bundesstaatlichkeit stellt mit anderen Worten ein einmaliges Mittel dar, um gleichzeitig Gleichheit und Vielfalt zu verwirklichen, aber nur, wenn diese Vielfalt eine *territoriale Grundlage* hat. Er erlaubt es, unterschiedlichen Gruppen von Menschen gleiche Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechte zu sichern, die ohne diese föderalen Mechanismen das Nachsehen hätten (I.). Aber nicht nur Kantone sind Garanten der Vielfalt, sondern auch der Bund hat wichtige Funktionen wahrzunehmen, um die Vielfalt und den Schutz der Minderheiten zu garantieren (II.). Vertikale Gewaltenteilung und institutionelle Mitwirkung sichern nur die Gleichheit der kantonalen Mehrheiten und nur die Vielfalt, die diese zum Ausdruck bringt. Anderen Gruppen – kleine und verstreut lebende insbesondere – kommt weder die kantonale Autonomie zu Gute, noch können sie von der institutionellen Mitwirkung profitieren. Die Erfahrungen, die die Schweiz seit einigen Jahren mit der Umsetzung des Europäischen Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten macht, haben dem Land vor Augen geführt, dass es zwar in Vielem als Vorbild für den friedlichen Umgang mit Vielfalt gelten kann – aber nicht in allem. Der Föderalismus bietet jenen nationalen Minderheiten keinen Schutz, die keine kantonalen und auch keine kommunalen Mehrheiten bilden. Die Situationen, in denen der Föderalismus als Garant der Vielfalt ungenügend bleibt oder sogar versagt, sind dabei zweifellos in Zunahme begriffen (III.). Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Föderalismus, dessen wesentliche Kennzeichen in den USA des ausgehenden 18. Jahrhunderts erfunden wurden und der in der Mitte des 19. Jahr-

7 BELSER, SWISS Ständerat, S. 157; KLEY, Eigenheiten Verfassungsrecht, S. 93.

8 BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 773 ff.

hunderts von der Schweizerischen Eidgenossenschaft übernommen wurde, nicht neuer, ergänzender Mechanismen bedarf, um dem Ziel der Wertschätzung und Pflege der Vielfalt auch unter den gegenwärtigen Bedingungen gerecht zu werden.

I. Autonomie und Mitwirkung zum Ersten

Der Föderalismus steht für *vertikale Gewaltenteilung* und *institutionelle Mitwirkung*. Föderale Verfassungen teilen die Macht zwischen der nationalen Ebene, die für Einheit sorgt, wo Gleichheit geboten oder erwünscht ist, und der subnationalen Ebene, wo die verschiedenen Gliedstaaten im Rahmen ihrer Zuständigkeit das gleiche Recht haben, eigene Entscheide zu fällen und umzusetzen, und ihre Eigenart – je nach Wunsch – beibehalten, aufgeben oder betonen können. Dass die Demokratie im Bundesstaat auf mehreren Ebenen funktioniert, hat zur Folge, dass nur auf nationaler Ebene die nationale Mehrheit das Sagen hat – in jedem Kanton gibt es je eigene Stimmvölker mit je eigenen kantonalen Mehrheiten und Minderheiten. Müssen Minderheiten befürchten, auf nationaler Ebene überstimmt zu werden und fühlen sie sich dadurch in ihrer Identität und Besonderheit bedroht, erlaubt es der Föderalismus, ihnen jene Zuständigkeiten zuzuweisen, die für ihre Selbstbestimmung besonders entscheidend sind, etwa Kultur, Sprache, Religion und Bildung. Für die Schweiz war die kantonale Selbstbestimmung aber auch deshalb zentral, weil bis zum Ende des 19. Jahrhunderts nur die Kantone über eigentliche Staatsvölker verfügten, in denen sich demokratische Strukturen bilden konnten – der Bund war wenig mehr als eine über den Kantonen schwebende staatsrechtliche Konstruktion, die sich nicht auf ein Volk stützen konnte, das eine gesamtschweizerische Demokratie hätte begründen können.⁹

Wo Vielfalt unerwünscht oder schädlich ist, sorgt die nationale Ebene für Einheit oder zumindest für landesweit harmonisierte Regeln. Am Entscheid über die Grenzen zwischen Vielfalt und Einheit, die in der Bundesverfassung gezogen werden, entscheiden Volk und Kantone gleichermaßen mit und auch an der Gestaltung des einheitlichen Rechts sind die Kantone im Rahmen ihrer Mitwirkungsrechte und durch ihre Vertreterinnen und Vertreter im Ständerat beteiligt. Föderale Demokratien sind damit nicht dem reinen Mehrheitsprinzip verpflichtet, sondern begrenzen dieses – oft weitgehend – um die rechtliche Gleichheit ihrer Gliedstaaten zu wahren und ihnen – trotz oder gerade wegen ihrer tatsächlichen Ungleichheit – gleiche Autonomie- und Mitwirkungsrechte zu garantieren. Im Kern geht es dem Föderalismus damit darum, mit Hilfe des Kriteriums der *Subsidiarität* Vielfalt und Eigeninitiative zu dulden und zu fördern, wo immer ein Gliedstaat einer Aufgabe gewachsen ist (1.) und *Kompro-*

9 FASSBENDER, S. 195; KÖLZ, S. 41.

misse zu ermöglichen und zu erzwingen, wo gemeinsame Entscheide erforderlich sind (2.).

1. Subsidiarität

Nach dem föderalen Grundsatz der Subsidiarität – der dem Verhältnismässigkeitsprinzips des Grundrechtsschutzes verwandt ist – soll der Bund nur jene Aufgaben übernehmen, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen (Art. 43a BV). Einheit ist nach diesem Grundsatz begründungsbedürftig. Sie hat nur dort ihren Platz, wo eine Aufgabe, die sich die Schweizerische Eidgenossenschaft vorgenommen hat, von den Kantonen auch dann nicht erfüllt werden kann, wenn sie zusammenarbeiten, oder wenn die Aufgabe nur dann sinnvoll erfüllt werden kann, wenn sie auf einheitlichen Regeln beruht.¹⁰ Die Selbstbestimmung der Kantone soll deshalb nur dort begrenzt werden, wo gewichtige Interessen für eine gemeinsame Regelung sprechen und Einheitlichkeit für alle, trotz aller tatsächlicher Unterschiede, unterschiedlicher Ziele, Wünsche und Prioritäten, verhältnismässig ist – geeignet, erforderlich für ein gemeinwohlorientiertes Zusammenleben und den Kantonen zumutbar.

Im Rahmen dieser einheitlichen Regelungen geniessen die Kantone ein Recht auf Selbstbestimmung, geben sich ihre eigene Verfassung und Organisation, bestimmen über die Rechte und Pflichten ihrer Bürgerinnen und Bürger, verabschieden Gesetze und entscheiden über ihre Finanzen. Die Kantone sind nach Bundesverfassung «souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist» (Art. 3 BV). Während der Bund jene Aufgaben wahrnimmt, die ihm die Bundesverfassung zuweist (Art. 42 BV), bestimmen die Kantone selbst, welche Aufgaben sie erfüllen (Art. 43 BV) und ob sie diese alleine oder in Zusammenarbeit mit anderen Kantonen, mit lokalen, ausländischen oder privaten Akteuren tun (Art. 48 und 56 BV). Bei der Ausübung ihrer Autonomie sind die Kantone an das Bundesrecht und Völkerrecht gebunden, das – zusammen mit den Bundeszuständigkeiten – ihrer Selbstgesetzgebung Schranken setzt. Wie die Grundrechte auf der individuellen Ebene beruht der Föderalismus damit auf der kollektiven Ebene auf einer Kombination von Selbstbestimmung und Mitbestimmung. Wie Einzelne innerhalb des Schutzbereichs der Grundrechte freie – und damit unterschiedliche – Entscheide fällen können, so tun dies die Kantone innerhalb ihrer Autonomiebereiche (*self rule*). Einzelne und Kantone sind bei der Ausübung ihrer «Souveränität» an die Schranken gebunden, die sich aus dem übergeordneten Recht ergeben, gestalten dieses aber im Rahmen ihrer politischen Rechte bzw. im Rahmen ihrer institutionellen Mitwirkungsrechte mit (*shared rule*). Demokratische Rechtsstaaten und gewaltenteilige Bundesstaaten müssen dabei – anhand

10 Vgl. BIAGGINI, BSK-BV, Art. 43a N 11 ff.; SCHWEIZER/MÜLLER, SGK-BV, Art. 43a N 4 ff.

des Masstabs der Subsidiarität bzw. der Verhältnismässigkeit – immer wieder neu entscheiden, wo Freiheit, Autonomie und Vielfalt zu achten und wo einheitliche Lösungen sinnvoll oder notwendig sind.¹¹

2. *Kompromiss*

Im föderalen Geist, der aggregative Bundesstaaten prägt, lebt der anfängliche Kompromiss weiter: Auch wo gemeinsame Entscheide nötig sind, entscheidet nicht die einfache Mehrheit. Vielmehr haben alle Gliedstaaten – ob gross oder klein¹² – wie Staaten auf dem internationalen Parkett ein meist gleiches Mitspracherecht, wenn über Gemeinsames bestimmt wird. In Bundesstaaten wie der Schweiz werden Entscheide deshalb nicht – oder nicht nur – durch die Mehrheit gefällt, sondern weit öfter in einem komplexen Zusammenwirken von Mehrheitsentscheiden, föderalem Austausch, Anhörung, Konsultation und Mitbestimmung ausgehandelt. Der Kompromiss oder die Kompromisskultur, die zusammen mit der Subsidiarität das Wesen des Föderalismus ausmacht, erfordert deshalb die angemessene Mitwirkung der Gliedstaaten an allen Entscheiden, die den Gesamtstaat betreffen, sowie weitere Instrumente der föderalen Zusammenarbeit.¹³

Bundesstaaten sind durch Mechanismen geprägt, welche den Stimmen der kleinen Gliedstaaten besonderes Gewicht beimessen und den demokratischen Grundsatz des gleichen Stimmengewichts hinter den föderalen Grundsatz des gleichen Stimmengewichts der Gliedstaaten zurücktreten lassen. Die Stimmen der Minderheiten werden bevorzugt und ihre Stimme aufgewertet, so dass Mehrheiten gezwungen sind, auf diese zu hören und Kompromisse zu suchen.¹⁴ Dies gilt immer dann, wenn der ursprüngliche *foedus* im Rahmen einer Verfassungsrevision geändert werden soll, was in der Schweiz die Zustimmung des Volks und der Kantone erfordert (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV) und damit nur möglich ist, wenn auch die Mehrheit der kantonalen Bevölkerungen einer Änderung, namentlich einer Verschiebung der Zuständigkeiten auf den Bund, zustimmt. Die Mitbestimmung ist aber auch zentral, wenn der Bund seine Zuständigkeiten ausübt. Die Kantone wirken an diesen Entscheiden mit, nicht nur über ihre «Abgeordneten», die im Ständerat, dem Nachfolger der Tagsatzung¹⁵, mitentschei-

11 Botschaft neue BV, S. 13: «Eine der zentralen Aufgaben der Bundesverfassung ist es, im Bundesstaat zugleich Vielfalt und Einheit zu garantieren.»; BELSER, Föderalismuskonzeption, S. 674 ff. und 685 ff.

12 Vgl. Präambel UN-Charta.

13 Vgl. Art. 175 Abs. 4 BV, Art. 4 Abs. 2 lit. e BPG sowie Art. 20 Abs. 2 SpG: Der Bund sorgt «für eine angemessene Vertretung der Sprachgemeinschaften in den Bundesbehörden sowie in den ausserparlamentarischen Kommissionen und fördert die Mehrsprachigkeit in der Armee».

14 Botschaft neue BV, S. 125: «Ausfluss dieser Konstruktion des bundesstaatlichen Gefüges ist auch die unbestrittene Gleichheit der Kantone; sie entspricht im Rechtsvergleich der Bundesverfassung einem allgemeinen Grundsatz von der Gleichheit der Gliedstaaten im Bundesstaat.»

15 SCHMID, S. 308.

den, sondern auch über andere Mitwirkungsrechte, die Verfassung und Gesetz garantieren. Der Bund ist verpflichtet, die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben zu informieren und ihre Stellungnahmen einzuholen (Art. 45 BV). Diese werden zur Vernehmlassung eingeladen (Art. 147 BV) und haben das Recht, der Bundesversammlung Initiativen zu unterbreiten (Art. 160 Abs. 1 BV). Im Ständerat sind alle Kantone mit zwei Ständesstimmen vertreten (und die früheren Halbkantone mit einer)¹⁶. Dabei hat die Kantonskammer die gleichen Rechte und Zuständigkeiten wie die Volkskammer, verfügt also im Ergebnis über ein *Vetorecht* gegenüber allen Entscheidungen, die im Nationalrat gefällt werden.

Auch bei der Besetzung der grossen Kammer wird Rücksicht auf die kleinen Kantone genommen. Grundsätzlich werden die Sitze des Nationalrats nach der Bevölkerungszahl der Kantone verteilt – und zwar nach der Gesamtbevölkerung der jeweiligen Kantone, zu der auch die ausländische Kantonsbevölkerung zählt.¹⁷ Die föderale Rücksicht sorgt aber dafür, dass alle Kantone auch im Nationalrat mitreden und mitbestimmen können. Dies wird zunächst dadurch sichergestellt, dass die Kantone als Wahlkreise dienen (Art. 149 Abs. 3 BV), sodann durch die Garantie mindestens eines Abgeordneten unabhängig von der Bevölkerungsgrösse des Kantons (Art. 149 Abs. 4 BV, Art. 17 lit. a Ziff. 1 BPG). Bei den Nationalratswahlen vom Jahre 2019 waren es erneut immerhin vier Kantone, Uri, Obwalden, Glarus und Appenzell Innerrhoden, die nur dank dieser Regelung eine Vertretung in den Nationalrat entsenden konnten.¹⁸ Verfügt jeder der Kantone über einen Sitz, so erfolgt die Verteilung der übrigen Sitze nach der Methode mit dem grössten Rest, weil diese bei der Verteilung der Restmandate keinen Unterschied zwischen bevölkerungsreichen und bevölkerungsarmen Kantonen macht – im Unterschied zu anderen Methoden also kleine Kantone nicht benachteiligt. Mit dieser Regelung wird den ländlichen Vertretern zusätzlich entgegengekommen, die sich durch das

16 Nach Botschaft neue BV, S. 378 handelt es sich dabei um einen modifizierten Grundsatz der Gleichheit der Kantone.

17 Vgl. dazu die Eidgenössische Volksinitiative «Für die Wahl des Nationalrates aufgrund der Schweizer Wohnbevölkerung». Wie auch andere Vorstösse in die gleiche Richtung ist diese Initiative gescheitert. Der Bundesrat ist denn auch überzeugt, dass über die geltende Berechnungsgrundlage ein breiter Konsens besteht. In seiner Antwort auf die Motion 16.3432 (Neue und faire Berechnungsgrundlage zur Verteilung der 200 Nationalratssitze auf die Kantone) weist er darauf hin, dass 20 Kantone für die Sitzverteilung auf die Wahlkreise bei ihren kantonalen Parlamentswahlen ebenfalls die Bevölkerung als Grundlage nehmen. In drei Kantonen (Uri, Graubünden und Wallis) bildet die schweizerische Bevölkerung die Basis für die Sitzverteilung, und nur in einem Kanton sind es die Stimmberechtigten (Basel-Landschaft). In zwei Kantonen (Tessin und Genf) findet keine Sitzverteilung statt (Einheitswahlkreise).

18 Verfügbar auf: <<https://www.defacto.expert/2017/08/31/wie-sich-der-verteilungsmodus-der-nationalratssitze-auf-die-kantone-ueber-die-zeit-veraendert-hat/>>. Den Kantonen Nidwalden und Appenzell Ausserrhoden, die ebenfalls nur einen Nationalrat stellen, steht dieser Sitz aufgrund der normalen Verteilung nach Bevölkerungszahl zu.

Mehrheitssystem und die Sitzverteilung auf der Basis der «Gesamtbevölkerung» benachteiligt fühlen, die städtische Kantone mit hohem Ausländeranteil bevorzugt.¹⁹

Wenn die Schweizerinnen und Schweizer die Bundesversammlung wählen, so prägt der Föderalismus das Demokratieverständnis. Vertreten im höchsten Bundesorgan ist nicht, wer schweizweit die meisten Stimmen erzielt, sondern wer in seinem jeweiligen Kanton – nach kantonalem Wahlverfahren – die Wahl in den Ständerat gewinnt oder wer im Kanton genügend Stimmen erzielt, um einen Nationalratssitz zu erlangen. Die Bundesversammlung soll gar nicht so zusammengesetzt sein, wie sich das aus nationalen Wahlen ergeben würde, bei der jede Stimme gleiches Gewicht hätte. Die Bundesverfassung garantiert jedem Kanton vielmehr *fixe Quoten* und reserviert einen bis zwei Sitze für jeden von ihnen.

Das Kantonsreferendum sichert den Kantonen ein weiteres Mitwirkungsrecht und erlaubt ihnen, sich gegen Gesetze und völkerrechtliche Verträge zur Wehr zu setzen, die ihren Interessen widersprechen (Art. 141 Abs. 1 BV). Meist reicht die Drohung – oder die ablehnende Haltung von acht oder mehr Kantonen im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens – damit eine Vorlage abgeändert oder begraben wird.²⁰ Eine referendumsfeste Vorlage vorzubereiten, bedeutet deshalb für den Bund im Wesentlichen, auf die Bedenken der Kantone *Rücksicht* zu nehmen. Die Ablehnung eines bundesrechtlichen Vorhabens durch einen einzelnen Kanton hat dabei allerdings selten politisches Gewicht. Mit einem Referendum können nur jene Kantone glaubhaft drohen, die genügend gross sind, um eines zu gewinnen. Dass die Mindestzahl der Kantone, die gemeinsam ein Referendum verlangen können, im Jahre 1874 auf acht festgelegt wurde, ist keiner Überlegung geschuldet, die dem Schutz der Vielfalt verpflichtet wäre, sondern der Tatsache, dass der Sonderbund aus sieben Kantonen bestand.²¹ Weder der Kanton Tessin noch die französischsprachigen Kantone gemeinsam können sich gegen ein Bundesgesetz zur Wehr setzen, von dem sie glauben, dass es ihre kulturelle oder sprachliche Autonomie übermässig beschränkt oder aus anderen Gründen ihre Eigenständigkeit gefährdet. Kantone und ihre Bevölkerungen, namentlich kleine Kantone und solche, die sprachliche oder andere Minderheiten beherbergen, können auch in einem obligatorischen Referendum leicht überstimmt werden. Überstimmte Kantone sehen sich deshalb unter Umständen gegen ihren Willen ihrer Zuständigkeiten beraubt und wären – wie überstimmte Einzelne – darauf angewiesen, dass ein Gericht die

19 Amtl. Bull., StR, 1963, Bd. I, S. 1 ff.; vgl. zum Ganzen BELSER, Föderalismuskonzeption, S. 685 ff. sowie KLEY, Föderalismus und Demokratie, S. 625 ff. und 628 ff.

20 Vgl. auch das Kantonsreferendum gegen das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Änderung von Erlässen im Bereich der Ehe- und Familienbesteuerung, der Wohneigentumsbesteuerung und der Stempelabgaben, BBl 2003 7056.

21 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 141 N 5.

Rechtmässigkeit des Entscheids, namentlich die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips, überprüfen könnte.²²

II. Umgang mit territorialer Vielfalt

Wenn die schweizerische Eidgenossenschaft darauf zielt, wie es die Präambel der Bundesverfassung emblematisch zum Ausdruck bringt, «in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung» die «Vielfalt in der Einheit zu leben», so stellt sich die Frage, welche Vielfalt damit gemeint ist und wer sie achtet und fördert. In seiner Botschaft zur Bundesverfassung von 1999 hält der Bundesrat fest, dass sich der Ausdruck der Vielfalt sowohl auf die regionale als auch auf die kulturelle Vielfalt des Landes bezieht.²³ Dafür spricht auch der Zweckartikel, der die Förderung des inneren Zusammenhalts und der kulturellen Vielfalt zusammen mit der Chancengleichheit zu Staatszwecken der Eidgenossenschaft erklärt (Art. 2 Abs. 2 und 3 BV). Allerdings scheint die Verfassung – seit ihrem Ursprung und bis heute – vor allem der kantonalen Vielfalt verpflichtet. Der Zweckartikel selbst ist eingeklemmt zwischen dem ersten Artikel, der unter dem Titel «Schweizerische Eidgenossenschaft» alle Kantone namentlich auführt und dem dritten Artikel, der unter dem Titel «Kantone», deren Souveränität garantiert. In seiner Botschaft begnügte sich der Bundesrat darauf hinzuweisen, dass sich die Schweizerische Eidgenossenschaft «für den inneren Zusammenhalt (Integrationszweck) und für die kulturelle Vielfalt» einsetzen solle, welche selbstverständlich die sprachliche Vielfalt (Viersprachigkeit) mit einschliesse.²⁴ Welche anderen Arten von Vielfalt auch noch gemeint sind, lässt der Bundesrat offen. Dass einige Vernehmlassungsteilnehmer, namentlich der Schweizerische Israelitische Gemeindebund, die Anerkennung der Multikulturalität gefordert hatten, erwähnt der Bundesrat nur in einer Fussnote.²⁵

Indem der Föderalismus die Zuständigkeit der Kantone im Bereich der Kultur, der Sprachen, der Bildung und der Religion anerkennt, achtet und schützt er die Vielfalt der Schweiz, soweit diese durch die Kantone zum Ausdruck gebracht wird. Weil die Grenzen der Kantone aber nur ausnahmsweise kulturellen, sprachlichen oder religiösen Grenzen folgen, sondern historische Einheiten bilden, können sie nicht die alleinigen Garanten der Vielfalt sein. Die Vielfalt der Religion (1.) und der Sprache (2.) ergibt sich deshalb aus einem Zusammenspiel kantonalen und eidgenössischer Massnahmen.

22 Dem Subsidiaritätsgrundsatz kommt aber nach h.L. gerade keine Justiziabilität zu: BIAGGINI, BSK-BV, Art. 5a N 37; SCHWEIZER/MÜLLER, SGK-BV, Art. 5a N 16; vgl. auch Art. 190 BV.

23 Botschaft neue BV, S. 54.

24 Botschaft neue BV, S. 127; vgl. BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 782 ff.

25 Botschaft neue BV, S. 127 Fn. 18.

1. Achtung und Förderung der religiösen Vielfalt

Als sich die Kantone der Schweiz zum neuen Bundesstaat zusammenschlossen, konnten und wollten sie sich nicht auf einen einheitlichen Umgang mit religiösen Fragen einigen, weil es gerade diese waren, die sie zuvor so heftig entzweit hatten. Die Lösung, der sie schliesslich zustimmten, war eine territoriale, die den früheren Landfrieden und dem westfälischen Prinzip *cuius regio eius religio* nachempfunden war. Für die Regelung des Verhältnisses zwischen Kirche und Staat wurden die Kantone für zuständig erklärt (heute Art. 72 Abs. 1 BV), die jene Lösung wählen konnten, die dem Willen der Mehrheit der kantonalen Bevölkerung entsprach. Diese Regelung («*an agreement to disagree*») war vielmehr darauf ausgerichtet, den religiösen Frieden im jungen Bundesstaat zu sichern, als die individuelle Religionsfreiheit zu garantieren. Die Kulturfreiheit (Art. 44 aBV 1848) stand ebenso wie die Rechtsgleichheit und die Niederlassungsfreiheit zunächst nur Angehörigen der christlichen Konfessionen zu. Die Einschränkung der Freiheitsrechte auf Angehörige christlicher Konfessionen war insbesondere gegen die jüdische Bevölkerung gerichtet, auf deren Gleichstellung die Kantone sich nicht einigen konnten und deren Stellung sie damit kantonalen Einschränkungen preisgaben. Erst nachdem Frankreich im Zuge der Neuverhandlung des Freihandelsvertrags die Schweiz im Jahre 1866 genötigt hatte, Juden gleichzustellen, wurden die Freiheitsrechte allmählich auf nicht-christliche Religionen ausgeweitet.²⁶

Gleichzeitig wurden jedoch unter dem Eindruck des Kulturkampfes die konfessionellen Ausnahmeregelungen verschärft. Schon die Bundesverfassung hatte die Aufnahme der Jesuiten in der Schweiz verboten (Art. 58 aBV 1848); nun folgte ein allgemeines Jesuitenverbot (Art. 51 aBV 1874), das erst im Jahre 1973 – mit Blick auf den Beitritt der Schweiz zur EMRK – aufgehoben wurde. Der Kulturkampf bescherte der Schweiz auch einen Konfessionsartikel, der Geistlichen verbot, sich als Mitglied in den Nationalrat wählen zu lassen (Art. 75 aBV 1874). Das Verbot wurde erst 1999 im Zuge der Nachführung der Bundesverfassung aufgegeben. Auch in anderen Bereichen sah die Bundesverfassung als Folge der konfessionellen Auseinandersetzungen einheitliche Regelungen vor, die die Religionsfreiheit der Katholiken einschränkten. So galt ab 1874 ein Klosterverbot und die Gründung neuer Bistümer unterstand einer Bewilligungspflicht des Bundes. Während auch der Klosterartikel im Jahre 1973 abgeschafft wurde, so blieb der Schweiz der Bistumsartikel bis in das Jahr 2001 erhalten.

Dass weder Föderalismus noch Demokratie die Religionsfreiheit, namentlich die Rechte der Angehörigen religiöser Minderheiten, verlässlich sichert, machte auch die allererste eidgenössische Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung deutlich. Die Initiative «für ein Verbot des Schlachtens ohne

26 PAHUD DE MORTANGES, BSK-BV, Art. 15 N 4.

vorherige Betäubung» (Art. 25^{bis} aBV 1874) von 1893 war nur vordergründig tierschützerisch begründet und liess das nur zwei Jahre zuvor eingeführte neue Volksrecht unter einem schlechten Vorzeichen starten: Eine Mehrheit von Volk und Ständen hatte sich mit der Annahme des Schächtverbots gegen eine kleine in der Schweiz lebende Minderheit gerichtet. Der Bundesrat und die Bundesversammlung hatten sich mit Verweis auf die Gewissens- und Kulturfreiheit der jüdischen Bevölkerung gegen eine Annahme der Initiative ausgesprochen. Mit der Wirtschaftskrise, die 1873 eingesetzt hatte, und für welche die Juden verantwortlich gemacht wurden, gerieten diese aber europaweit zusehends in eine Sündenbockrolle. Auch anhand der im Abstimmungskampf verwendeten Argumente muss man die Einführung des Schächtverbots in der Schweiz dem Antisemitismus zurechnen.²⁷

Seit der Annahme des Minarettverbots im Jahre 2009 enthält die Bundesverfassung wiederum eine religiöse Sondernorm, die sich gegen eine religiöse Minderheit der Schweiz richtet. Schliesslich ist im Jahre 2021 mit der Annahme der Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» eine weitere Verfassungsbestimmung zustande gekommen, die zwar – im Unterschied zum Minarettverbot – neutral formuliert ist, sich in der Sache aber gegen muslimische Frauen richtet. Auch wenn wohl beide Initiativen aus unterschiedlichsten Gründen unterstützt worden sind, so wiesen die Abstimmungskämpfe zweifellos teilweise islamophobe Züge auf.

Es ist innerhalb dieser bundesrechtlichen Vorgaben – den Grundrechten und den religiösen Sondernormen –, dass die Kantone ihr Verhältnis zu Kirchen und Religionsgemeinschaften regeln. Namentlich bei der Anerkennung zeigt sich eine grosse interkantonale Vielfalt. Während die Kantone Genf und Neuenburg eine Trennung von Kirche und Staat vorsehen, anerkennen die übrigen Kantone die evangelisch-reformierte und die römisch-katholische sowie teilweise auch die christkatholische Kirche als öffentlich-rechtliche Körperschaften an und statten diese mit weitreichenden Privilegien aus. Immer mehr Kantone sehen auch weniger weit gehende Anerkennungen vor («kleine Anerkennung»), die sie an mehr oder weniger weitgehende Voraussetzungen knüpfen, und bis anhin nur der jüdischen Gemeinschaft gewährt haben.²⁸

Es erscheint allerdings fraglich, ob es weiterhin als zulässig erachtet werden kann, dass die Kantone bestimmte Religionsgemeinschaften über die öffentlich-rechtliche Anerkennung mit weitreichenden Privilegien ausstatten, namentlich der Erhebung der Kirchensteuern durch den Staat, ohne diesen Status unter den Bedingungen der Rechtsgleichheit auch für andere Religionsgemein-

27 KÜLLING; vgl. auch BOLLIGER, Schächtverbot, S. 76 f. Zur heutigen Situation vgl. PAHUD DE MORTANGES, BSK-BV, Art. 15 N 112 ff.

28 In Basel-Stadt kommt möglicherweise bald die alevitische Religionsgemeinschaft hinzu, die ein Gesuch auf Anerkennung gestellt hat. Vgl. zum Ganzen WINZELER, BSK-BV, Art. 72 N 15 ff. m.w.H.

schaften zu öffnen.²⁹ Ebenso fragwürdig ist, ob die Kantone an der öffentlich-rechtlichen Anerkennung von Religionsgemeinschaften festhalten können, die Frauen von kirchlichen Ämtern ausschliessen.³⁰

Alles in allem wirken sich Föderalismus und Demokratie sehr zwiespältig auf die Religionsfreiheit Einzelner und die Angehörigen religiöser Minderheiten aus.³¹ Auf der einen Seite erlauben sie es kantonalen Bevölkerungen, das Verhältnis zwischen Staat und religiösen Gemeinschaften autonom zu regeln und den traditionellen Kirchen einen besonderen Status einzuräumen. Die Autonomie ermöglicht es den Kantonen auch, neue Formen der Zusammenarbeit mit anderen Religionen zu suchen, namentlich im Bereich der Seelsorge, und interreligiöse Dialoge zu pflegen. Gleichzeitig zeigen jedoch Geschichte und Gegenwart, dass sich sowohl die kantonale Autonomie als auch die Volksrechte gegen religiöse Minderheiten richten können.

Verletzen kantonale Volksinitiativen die Glaubens- und Gewissensfreiheit oder das Diskriminierungsverbot, so kann das Bundesgericht für einen einheitlichen Schutz der Grundrechte sorgen, wenn es im Rahmen einer Stimmrechtsbeschwerde die Gelegenheit erhält, sich zur Gültigkeit der Initiative zu äussern. So kam das Bundesgericht etwa zum Schluss, dass eine Initiative aus dem Kanton Thurgau, die religiöse Lehrbücher mit frauenfeindlichem oder rassistischem Inhalt verbieten wollte, ungültig sei. Trotz neutral abgefasstem Wortlaut sei die Initiative unzulässig, weil nach dem Willen der Initianten, der auf dem Unterschriftenbogen deutlich zum Ausdruck komme, das Verbot ausschliesslich für Sakralschriften einer einzigen Religion, des Islams, gedacht sei. Ein solches Verbot verletze die Bundesverfassung, weil es diskriminierend sei und das Gebot der religiösen Neutralität verletze.³² Aus ähnlichen Gründen erklärte das Bundesgericht die Volksinitiative aus dem Kanton Freiburg «Gegen die Eröffnung eines Zentrums «Islam und Gesellschaft» und eine staatliche Imam-Ausbildung an der Universität Freiburg» für ungültig.³³ Der Rechtsstaat bietet Angehörigen religiöser Minderheiten auch dann Schutz, wenn der kantonale Gesetzgeber übermässig in ihre Rechte eingreift. So hat das Bundesgericht etwa entschieden, dass der Zugang zu einer öffentlichen Schule nicht von der Konfessionszugehörigkeit abhängig gemacht werden darf³⁴ und dass ein Kopftuchverbot an Schulen nicht verhältnismässig ist.³⁵

Es gibt aber auch Fälle, in denen der Rechtsschutz versagt. Dies ist etwa der Fall, wenn sich die umstrittene Norm in einer Kantonsverfassung befindet, die von der Bundesversammlung gewährleistet worden ist. In diesem Fall tritt das

29 Vgl. dazu insb. STÖCKLI, S. 35 ff.

30 BELSER, Religionsfreiheit, S. 409.

31 BELSER, Föderalismus und Minderheitenschutz, S. 784 ff. m.w.H.

32 BGE 139 I 292.

33 BGE 143 I 129.

34 BGE 125 I 347.

35 BGE 142 I 49.

Bundesgericht – obwohl es sich um einen kantonalen Erlass handelt, den es grundsätzlich überprüfen könnte (Art. 82 lit. b BGG) – erst dann auf eine Beschwerde ein, wenn sich das übergeordnete Recht seit dem Gewährleistungsbeschluss verändert hat.³⁶ Heisst die Bundesversammlung eine kantonale Verfassungsnorm – etwa ein kantonales Burkaverbot – gut, ohne sich vertieft mit seiner Verhältnismässigkeit auseinanderzusetzen, so fühlt sich das Bundesgericht nicht nur im Rahmen der abstrakten, sondern auch im Rahmen der konkreten Normenkontrolle an diesen Entscheid gebunden und verwehrt dem Beschwerdeführer damit im Ergebnis das Recht auf eine wirksame Beschwerde vor einem unabhängigen Gericht.³⁷

Der Rechtsschutz versagt ausserdem in zwei weiteren wichtigen Bereichen. Dies ist erstens der Fall, wenn es zu einer eidgenössischen Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung kommt, die zwar im Einklang mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts steht, aber im Widerspruch zu den Grundrechten der Bundesverfassung und völkerrechtlichen Garantien. Wird die Initiative von Volk und Ständen gutgeheissen, so wird sie Teil der Bundesverfassung, obwohl sie möglicherweise eine unverhältnismässige Grundrechtseinschränkung vorsieht oder sogar einen grundrechtlichen Kerngehalt verletzt. An einem wirksamen Rechtsschutz fehlt es zweitens auch dann, wenn die umstrittene Schranke der Grundrechte in einem Bundesgesetz vorgesehen ist. Diesem darf das Bundesgericht nur dann die Anwendung verweigern, wenn es gegen die EMRK oder andere fundamentale Bestimmungen des Völkerrechts verstösst, aber nicht, wenn es «nur» die Bundesverfassung, etwa das allgemeine Diskriminierungsverbot, verletzt.

2. Achtung und Förderung der sprachlichen Vielfalt

Aufgrund der Bundesverfassung legen die Kantone autonom ihre Amtssprachen fest. Sie sind dabei grundsätzlich frei, jedoch verpflichtet, auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung zu achten und «Rücksicht auf die angestammten sprachlichen Minderheiten» zu nehmen (Art. 70 Abs. 2 BV). Obwohl die Schweizerische Eidgenossenschaft oft als «Land der Minderheiten»³⁸ bezeichnet wird, nimmt die Bundesverfassung einzig in diesem Artikel auf die Minderheiten Bezug. Dabei versteht sie unter Minderheit gerade nicht die Bevölkerung eines Kantons, sondern eine Sprachgruppe, die innerhalb eines Kantons eine Minderheit bildet und deshalb Schutz braucht vor kantonalen Mehrheitsentscheiden. Der verfassungsrechtliche Minderheitenschutz steht damit nicht im Dienste der kantonalen Autonomie, sondern beschränkt diese. Bei den sprachlichen Minderheiten, die Anspruch auf Rücksicht haben, kann

36 BGE 140 I 394 E. 9; BGE 116 Ia 359 E. 4b; BGE 111 Ia 239 E. 3.

37 Vgl. dazu etwa BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 51 N 46 ff.

38 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 70 N 7.

es sich um Sprachgruppen handeln, die sich landesweit in der Minderheit befindet – z.B. die italienischsprachige Bevölkerung im Kanton Graubünden oder die französischsprachige Bevölkerung im Kanton Bern – oder auch um eine Sprachgruppe, die sich zwar landesweit in der Mehrheit, in einem Kanton aber in der Minderheit befindet – z.B. die deutschsprachige Bevölkerung im Kanton Freiburg/Fribourg oder im Kanton Tessin. Anspruch auf Rücksicht haben damit nicht nur Minderheiten innerhalb von Mehrheiten oder anderen Minderheiten, sondern auch Mehrheiten innerhalb des Gebiets einer Minderheit. Allerdings gilt diese Rücksichtspflicht nur gegenüber «angestammten» sprachlichen Minderheiten. Neue sprachliche Minderheiten, die ihre angestammte Sprachregion verlassen haben oder durch Migration in die Schweiz gelangt sind, haben deshalb keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Rücksichtnahme.³⁹

Während die meisten Kantone entschieden haben, einsprachig zu sein – auch der Kanton Tessin trotz einer kleinen traditionellen deutschsprachigen Minderheit – sind einige zwei- und einer dreisprachig. Der Kanton Freiburg/Fribourg anerkennt Französisch und Deutsch als Amtssprachen des Kantons und regelt den Gebrauch der Sprachen nach dem Territorialitätsprinzip. Staat und Gemeinden achten dabei aber – wie es die Bundesverfassung vorschreibt – auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung der Gebiete und nehmen Rücksicht auf die angestammten sprachlichen Minderheiten (Art. 6 Abs. 1 und 2 KV FR). Die Amtssprache der Gemeinden ist entweder Französisch oder Deutsch, wobei in Gemeinden mit einer bedeutenden angestammten sprachlichen Minderheit beide Sprachen Amtssprachen sein können (Art. 6 Abs. 3 KV FR).

Der Kanton Wallis/Valais erklärt ebenfalls die französische und die deutsche Sprache zu «Landessprachen» und verpflichtet zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung beider Sprachen in der Gesetzgebung und in der Verwaltung (Art. 12 KV VS). Er hält ausserdem fest, dass die Mitglieder des Kantonsgerichts beide Landessprachen beherrschen müssen (Art. 62 Abs. 2 KV VS) und stellt damit sicher, dass die Justiz für die Angehörigen beider Sprachgruppen gleichermaßen gut funktioniert.

Im Kanton Graubünden/Grischun/Grigioni sind Deutsch, Rätoromanisch und Italienisch die gleichwertigen Landes- und Amtssprachen des Kantons. Die Gemeinden bestimmen ihre Amts- und Schulsprachen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und im Zusammenwirken mit dem Kanton. Auch sie haben dabei auf die herkömmliche sprachliche Zusammensetzung zu achten und Rücksicht auf die angestammten sprachlichen Minderheiten zu nehmen. Ausserdem ergreifen Kanton und Gemeinden die erforderlichen Massnahmen zur Erhaltung und Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache (Art. 3 KV GR).

39 BELSER, *Föderalismus und Minderheitenschutz*, 787 ff.; BELSER/WALDMANN, *BSK-BV*, Art. 70 N 30 ff.; KÄGI-DIENER, *SGK-BV*, Art. 70 N 32 f.

Nach der Verfassung des Kantons Bern/Berne sind Deutsch und Französisch die bernischen Landes- und Amtssprachen (Art. 6 Abs. 1 KV BE). In der Verwaltungsregion Berner Jura ist ausschliesslich Französisch Amtssprache, das Seeland sowie Biel/Bienne sind zweisprachig, während das übrige Berner Kantonsgebiet nur Deutsch als Amtssprache anerkennt (Art. 6 Abs. 2 KV BE).⁴⁰ Die Berner Kantonsverfassung räumt der Verwaltungsregion «Berner Jura» ausserdem eine «besondere Stellung» ein. Diese soll es dem Jura ermöglichen, «seine Identität zu bewahren, seine sprachliche und kulturelle Eigenart zu erhalten und an der kantonalen Politik aktiv teilzunehmen» (Art. 5 Abs. 1 KV BE). Die Verfassung garantiert damit gleichermassen innerkantonale Autonomie, wenn die Identität und Eigenart des Berner Juras betroffen ist, als auch innerkantonale Mitwirkung, wenn es um die Gestaltung der übergeordneten Politik geht.⁴¹ Die Kantonsverfassung garantiert dem Wahlkreis Berner Jura – unabhängig von seiner Bevölkerung – zwölf Mandate für den Grossen Rat. Ausserdem sieht sie vor, dass «eine angemessene Vertretung der französischsprachigen Minderheit des Wahlkreises Biel-Seeland sicherzustellen» ist (Art. 73 Abs. 3 KV BE). Auch bei der Zusammensetzung der siebenköpfigen kantonalen Regierung ist eine Quote vorgesehen: «Dem Berner Jura ist ein Sitz gewährleistet. Wählbar sind die französischsprachigen Stimmberechtigten, die in einem der drei Amtsbezirke Courtelary, Moutier oder La Neuveville wohnen.» (Art. 84 Abs. 2 KV BE). Schliesslich garantiert die Kantonsverfassung auch, dass ein angemessener Anteil des Personals der kantonalen Verwaltung französischer Sprache ist (Art. 92 Abs. 3 KV BE). Darüber hinaus enthält die Berner Kantonsverfassung eine allgemeine Bestimmung zum Minderheitenschutz und verpflichtet dazu, den Bedürfnissen sprachlicher, kultureller und regionaler Minderheiten Rechnung zu tragen (Art. 4 KV BE).

Die Bundesverfassung überlässt es im Wesentlichen den Kantonen, die sprachliche Vielfalt zu achten und zu fördern, die dabei unterschiedliche Wege beschreiten – oder sich von dieser Aufgabe nicht betroffen fühlen, weil «die herkömmliche sprachlich Zusammensetzung» ihres Gebiets (Art. 70 Abs. 2 BV) keine besonderen Rücksichten nahelegt. Damit stellt sich nicht nur die Frage, wie sich die verfassungsrechtliche Ordnung, die dem Territorialitätsprinzip verpflichtet ist, zu den Minderheitenrechten verhält, sondern auch, in welchem Verhältnis sie zu den Grundrechten Einzelner steht. Das Grundrecht der Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) garantiert das Recht aller Menschen, die eigene Sprache im privaten und im öffentlichen Bereich zu verwenden – und zwar unabhängig von Herkunft und Staatsbürgerschaft. Auch diese weit über die Landessprachen hinausreichende Vielfalt gehört zur kulturellen Vielfalt der Schweiz, die nach ihrem Zweck zu fördern ist. Die Amtssprachen der Kantone

⁴⁰ Vgl. auch Art. 6 Abs. 3 KV BE, der die Amtssprachen in den Gemeinden regelt.

⁴¹ Der Kanton trifft ausserdem Vorkehrungen, «um die Verbundenheit zwischen dem Berner Jura und dem übrigen Kanton zu stärken» (Art. 5 Abs. 2 KV BE).

und Gemeinden beschränken allerdings die Sprachenfreiheit, indem sie Menschen verpflichten, im Umgang mit dem Staat die Amtssprachen zu verwenden. Damit stellt sich die Frage, ob diese weitgehenden Schranken der individuellen Sprachenfreiheit den Anforderungen genügen, welche die Verfassung an Einschränkungen von Grundrechten stellt (Art. 36 BV). Zweifellos entsprechen Kantonsverfassungen und kantonale Sprachgesetze, die Amtssprachen festlegen – und damit andere Sprachen vom Umgang mit staatlichen Behörden ausschliessen – dem öffentlichen Interesse der Praktikabilität und dem sparsamen Umgang mit staatlichen Ressourcen. Dennoch stellt sich die Frage, ob das Territorialitätsprinzip angesichts der Mobilität nicht an Schranken stösst. Sollen sprachliche Minderheiten tatsächlich ihrer Rechte – und die Schweiz ihrer Vielfalt – verlustig gehen, weil zahlreiche Angehörige kleinerer Sprachgemeinschaften ihre angestammten Territorien verlassen? Nur für einzelne Bereiche schränken die Grundrechte das Amtssprachenprinzip ein. Eine Person, der die Freiheit entzogen worden ist, hat Anspruch darauf, «unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden» (Art. 31 Abs. 2 BV). Eine Person, die einer Straftat angeklagt ist, hat ausserdem ein Recht auf «unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher», wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht (Art. 6 Ziff. 2 lit. e EMRK)⁴². Jenseits dieser Verfahrensgrundrechte bleiben die Rechte sprachlicher Minderheiten, die ihr angestammtes Gebiet verlassen haben und sogenannt neuer sprachlicher Minderheiten unklar, namentlich im Bereich der – für die Chancengleichheit bedeutenden – Angebote in muttersprachlichem Unterricht. Der Bund sieht immerhin vor, dass im Verkehr mit Personen, die keine Amtssprache beherrschen, «die Bundesbehörden nach Möglichkeit eine Sprache, welche diese Personen verstehen» verwenden (Art. 6 Abs. 6 SpG). Er kann auch Finanzhilfen für die Förderung der Kenntnisse Anderssprachiger in der lokalen Landessprache sowie für die Förderung der Kenntnisse Anderssprachiger in ihrer Erstsprache (Art. 16 lit. b und c SpG) zur Verfügung stellen.

Der Bund und die Kantone sind aufgrund der Verfassung verpflichtet, die Verständigung und den Austausch zwischen den Sprachgemeinschaften zu fördern (Art. 70 Abs. 3 BV), verstehen darunter aber nur die angestammten Sprachgemeinschaften. Der Bund unterstützt deshalb die mehrsprachigen Kantone sowie die Massnahmen der Kantone Graubünden und Tessin zur Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache (Art. 70 Abs. 4 und 5 BV, Art. 1 SpG). Er gewährt den mehrsprachigen Kantonen Bern/Berne, Freiburg/Fribourg, Graubünden/Grischun/Grigioni und Wallis/Valais Finanzhilfen für die Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben; dabei gehören insbesondere die Schaffung geeigneter Voraussetzungen und Hilfsmittel für die mehrsprachige Arbeit in politischen Behörden, Justiz und Verwaltung (Art. 21 SpG). Ausser-

42 Vgl. auch Art. 10 Abs. 3 RÜ.

dem leistet er den Kantonen Graubünden/Grischun/Grigioni und Tessin Finanzhilfen zur Unterstützung von Massnahmen zur Erhaltung und Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache und Kultur (Art. 22 SpG).

Der Stärkung des inneren Zusammenhalts und der kulturellen Vielfalt dient auch das Kulturförderungsgesetz des Bundes (Art. 3 lit. a KFG). Gestützt auf dieses Gesetz ergänzt der Bund in seinem Zuständigkeitsbereich die kulturpolitischen Aktivitäten der Kantone, Städte und Gemeinden (Art. 4 KFG). Im Sinne der Subsidiarität unterstützt er nur Projekte, Institutionen und Organisationen, an denen ein gesamtschweizerisches Interesse besteht. Von einem solchen Interesse wird unter anderem ausgegangen, wenn ein Kulturgut «für die Schweiz oder für die verschiedenen Sprach- und Kulturgemeinschaften der Schweiz von wesentlicher Bedeutung ist» (Art. 6 Abs. 2 lit. a KFG), wobei der Bund Projekte bevorzugt, die einen besonderen Beitrag zur Bewahrung oder Entwicklung der kulturellen oder sprachlichen Vielfalt leisten (Art. 8 lit. b KFG).

III. Umgang mit nicht-territorialen Minderheiten

Während das schweizerische Verfassungsrecht nur im Zusammenhang mit den Amtssprachen ausdrücklich den Ausdruck «Minderheiten» verwendet, beschäftigen sich das Völkerrecht und die Verfassungsrechte der meisten Staaten seit langem mit der Frage, bei welchen Gruppen von Menschen es sich um Minderheiten handelt, die besondere Rücksicht oder besondere Rechte beanspruchen können. Diskutiert wird dabei auch die Frage, warum und vor was Minderheiten geschützt werden, ob besondere Massnahmen vorübergehend und kompensatorisch erfolgen sollen, um vergangene Benachteiligungen auszugleichen oder dauerhaft gelten sollen, weil bestimmte Gruppen Minderheiten sind und bleiben.⁴³ Geht es um territoriale Minderheiten, so stellt der Föderalismus wohl das beste Mittel des Minderheitenschutzes dar. Er verwandelt Minderheiten in ihrer Region oder in ihrer Gemeinde in Mehrheiten und sichert ihnen so Autonomie und Mitwirkung. Um nicht-territoriale Minderheiten zu schützen, sind dagegen andere Mechanismen erforderlich. Es ist vor allem das Völkerrecht, von dem Impulse zum besseren Schutz nicht-territorialer Gruppen ausgehen. Diese stellen die territorial organisierte Schweiz teilweise vor grosse Herausforderungen (2.). Diesen könnte das Land möglicherweise besser begegnen, wenn es sich an den Erfahrungen orientieren würde, die es mit der Gleichstellung der Frauen gemacht hat. Frauen stellen zwar keine Minderheit dar, waren und sind aber aufgrund vergangener und gegenwärtiger Benachteiligungen dennoch auf besondere Massnahmen angewiesen (1.).

43 MARKO, Introduction, S. 1.

1. *Minderheiten*

Auch wenn im Völkerrecht viele Fragen weiterhin offen und umstritten sind, wenn es um Minderheitenrechte geht, so steht doch fest, dass sich der Ausdruck auf Personen bezieht, die besondere ethnische, kulturelle, sprachliche oder religiöse Gemeinsamkeiten aufweisen, die sie mit anderen Mitglieder der Gruppe verbinden, aber von der Mehrheit unterscheiden. Der Minderheitenschutz will damit nicht auf alle Unterschiede zwischen Menschen gleichermaßen Rücksicht nehmen. Auch wenn sich Reiche oder Radfahrer, Atomkraftbefürworter oder Autofahrer, Straftäter oder Gesetzestreue benachteiligt fühlen, so gelten sie dennoch nicht als Minderheiten. Ihrem Schutz dient einerseits die Demokratie, die ihnen erlaubt, frei und gleich auf die Entscheide des Gemeinwesens Einfluss zu nehmen, und der Rechtsschutz, der ihnen ermöglicht, Entscheide, die sie als übermässige Eingriffe in ihre Rechte und Pflichten erachten, gerichtlich überprüfen zu lassen. Während sich also kulturelle Minderheiten auf den Schutz ihrer Minderheitenrechte berufen können, so werden politische, wirtschaftliche und soziale Minderheiten, Frauen und Männer und auch alle anderen Menschen, Kinder, Jugendliche und Alte, gleich- und gegengeschlechtliche Paare sowie Menschen mit Behinderungen auf die Demokratie und den Rechtsstaat verwiesen. Sie sind deshalb, wenn es um ihr Recht auf Gleichheit geht, darauf angewiesen, dass Demokratie und Rechtsstaat funktionieren. Entsprechend problematisch ist der Verweis auf die Demokratie, wenn betroffene Personen – namentlich mangels Staatsbürgerschaft – von den demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten ausgeschlossen sind oder wenn sie eine so kleine Gruppe bilden oder eine, die so wenig Ansehen geniesst, dass sie tatsächlich keine Möglichkeit haben, gehört zu werden und auf demokratische Entscheide Einfluss zu nehmen. In diesem Fall bleibt betroffenen Menschen nur noch der Rechtsstaat, der ihre Rechte und Freiheiten auch gegen den Willen der Mehrheit vor übermässigen Eingriffen schützt. Versagt auch dieser, versagen die Grundrechte. Das ist in der Schweiz der Fall, wenn die Bundesversammlung, das Volk oder Volk und Stände abschliessend und ohne gerichtliche Kontrollmöglichkeit entscheiden, in die Grund- und Menschenrechte einzugreifen. Für die Verwirklichung der Gleichheit aller Menschen, welcher Gruppe oder welcher Gruppen sie auch immer angehören, ist denn auch in erster Linie zweierlei geboten: ein gleicher Zugang zu demokratischen Mitwirkungsrechten und ein gleicher Zugang zur Justiz – auch und gerade, wenn die Mehrheit eine Einschränkung von Rechten und Freiheiten Einzelner beschlossen hat.

Unter diesen Umständen kann auch die vielfältigste Gesellschaft funktionieren, in der alle – irgendwie, irgendwann und irgendwo – zu einer schützenswerten Gruppe oder Minderheit gehören. Dass dies so ist, ergibt sich aus der Identität der Menschen, die sich aus verschiedenen, teils stabilen und teils veränderlichen Merkmalen zusammensetzt. Alle Menschen haben als Kinder und Jugendliche Anspruch auf besondere Achtung und besonderen Schutz, den sie meist im Verlaufe ihres Lebens nicht mehr nötig haben, möglicherweise

wieder am Ende ihres Lebens, wenn sie alt und gebrechlich sind. Einige Menschen sind im Verlaufe ihres ganzen Lebens, andere nur während einer bestimmten Zeit, auf besondere Massnahmen angewiesen, weil sie eine Behinderung haben. Einige Menschen sind ein Leben lang auf besondere Rücksicht angewiesen, weil sie aufgrund ihrer Herkunft, ihrer Rasse oder ihrer Lebensform Nachteilen und Vorurteilen ausgesetzt sind. Das Gleiche gilt für sprachliche oder religiöse Gruppen, die je nach Sprache und Religion sowie je nach Ort und Zeit besonderen Schutz nötig haben. Ob eine Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe besondere Achtung oder besonderen Schutz benötigt, lässt sich auch deshalb nicht mit einem einfachen Ja oder Nein beantworten, weil sich dies nicht nur im Verlaufe der Zeit verändern kann, sondern sich auch je nach Lebensbereich unterscheidet. Frauen beispielsweise sind im Bereich der politischen Mitwirkung immer weniger auf besondere Rücksicht angewiesen, während im gesellschaftlichen, namentlich im wirtschaftlichen Bereich, weitere Massnahmen erforderlich sind, um die tatsächliche Gleichstellung zu erreichen. Bei nationalen Minderheiten kann es sich gleich oder auch umgekehrt verhalten.

Auch bei den Frauen handelt es sich um eine nicht-territoriale Gruppe, die wie Minderheiten und andere benachteiligte Gruppen, aufgrund historischer Diskriminierung durch das Recht und weiterhin bestehender Benachteiligung durch die Gesellschaft nicht in allen Lebensbereichen die gleichen Chancen haben. Um eine Minderheit handelt es sich bei den Frauen aber nicht, denn sie sind weder zahlenmässig unterlegen noch unterscheiden sie sich kulturell, religiös oder sprachlich von den Männern. Trotzdem ergeben sich interessante Parallelen zwischen den Rechten und den Erfahrungen der Frauen und der Minderheiten. Wie Frauen können auch Minderheiten auf der einen Seite vom Föderalismus profitieren. Dieser bringt den Staat nicht nur näher zu den Bürgern, sondern auch zu den Bürgerinnen und zu kleineren kulturellen Gruppen und erlaubt diesen, lokal Einfluss zu nehmen und Fortschritte zu erzielen, die auf Bundesebene noch nicht zu erzielen wären. Bekanntlich haben einige Kantone wesentlich früher als der Bund das Frauenstimmrecht eingeführt, Gleichstellungsbüros geschaffen und mit Massnahmen zur tatsächlichen Gleichstellung experimentiert. Der Föderalismus kann sich aber auch gegen Frauen oder Minderheiten richten, indem er nicht-territoriale Gruppen dazu nötigt, territorial zu agieren.

Es überrascht deshalb nicht, dass Massnahmen zur Gleichstellung der Frauen und zum Schutz von Minderheiten oft aus den gleichen Motiven die gleichen Ziele verfolgen: die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, die Überwindung von Vorurteilen und gesellschaftlichen Stereotypen, ein gesamtgesellschaftliches Umdenken, faire Mitbestimmung, allenfalls gesichert durch Quoten. Zwischen den Rechten von Frauen und jenen von Minderheiten bestehen zahlreiche Parallelen, die zu ergünden und zu verstehen der rechtswissenschaftlichen Forschung wohl noch nicht vollends gelungen ist. Es bestehen

aber auch unübersehbare Spannungen zwischen Frauen- und Minderheitenrechten. Die volle Verwirklichung der Rechte der Frauen fordert die Kulturen und deren Vielfalt nämlich heraus – und zwar nicht nur jene der Mehrheit, sondern auch jene der Minderheiten. Wo also endet die Rücksicht auf kulturelle oder religiöse Mehr- oder Minderheiten, deren Strukturen und Praktiken patriarchalisch geprägt sind?

Die Antwort auf diese Frage findet sich im Föderalismus – und zwar selbst dann, wenn Minderheitenrechte ausserhalb traditioneller föderaler Mechanismen geachtet und geschützt werden. Föderalismus schützt stets die Vielfalt in der Einheit – und die Einheit ist kein vages Konzept, sondern ergibt sich aus dem übergeordneten Recht. Wie die Autonomie der Kantone am Bundes- und Völkerrecht ihre Schranken findet, also etwa am Gleichstellungsgebot der Bundesverfassung und der UN-Frauenrechtskonvention⁴⁴, so enden auch die Rechte der Minderheiten dort, wo die Vorgaben des übergeordneten Rechts einsetzen. Minderheitenschutz – und Förderung der Vielfalt im Allgemeinen – findet deshalb immer nur im Rahmen der Grund- und Menschenrechte statt. Nicht jede Vielfalt, nicht jede kulturelle Tradition ist schützenswert, im Gegenteil, einige sind zu überwinden, weil sie der Gleichheit, der gleichen Freiheit aller und der gleichen Mitbestimmung entgegenlaufen.⁴⁵ Es ist deshalb irreführend, die Rechte der Frauen auf Gleichheit und Gleichstellung gegen die Rechte religiöser und kultureller Minderheiten auf Selbstbestimmung und Mitwirkung auszuspielen.

2. *Nationale Minderheiten*

Seit die Schweiz im Jahre 1998 das Europäische Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten⁴⁶ ratifiziert hat, sieht sich der schweizerische Bundesstaat mit einem internationalen Minderheitenbegriff und Schutzkonzept konfrontiert. Dieses neue Konzept fordert – entgegen den ursprünglichen Erwartungen – den Föderalismus heraus, der nicht darauf ausgerichtet ist, nicht-territorialen Minderheiten ein Recht auf Autonomie und Mitwirkung zu sichern. Gerade die Auseinandersetzung mit internationalen Minderheitsrechten bietet aber die Chance, den Umgang mit Vielfalt neu zu überdenken und den mehrstufigen Staat so umzugestalten, dass er auch für jene Gruppen funktioniert, auf deren Interessen bei seiner Schaffung wenig oder keine Rücksicht genommen worden ist.

Das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten stellt den ersten rechtlich bindenden multilateralen Vertrag zum Schutz der nationalen Minderheiten dar. Als Rahmenübereinkommen enthält es keine direkt anwendbaren

44 BGE 137 I 305 E. 4.

45 BELSER, Religionsfreiheit, S. 403; UHLMANN/WILHELM, S. 12 ff.

46 SR 0.441.1.

Rechte und Pflichten, sondern programmatische, deren Umsetzung den Mitgliedstaaten obliegt. Es verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, Angehörige nationaler Minderheiten vor dem Gesetz und durch das Gesetz gleich zu behandeln und jede Diskriminierung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit zu verbieten (Art. 4 Abs. 1 RÜ). Die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit stellt damit ein Merkmal dar, dem bei der Verwirklichung der allgemeinen Rechtsgleichheit Rechnung zu tragen ist. Angehörige von Minderheiten haben ein Recht auf Gleichheit in der Rechtsanwendung und in der Rechtsetzung (Art. 8 Abs. 1 BV). Sie müssen gleichbehandelt werden, soweit sie tatsächlich gleich sind, haben aber auch einen Anspruch auf Ungleichbehandlung, wenn sie erhebliche Unterschiede aufweisen, die einen Ausgleich erfordern. Indem das Rahmenübereinkommen jede Diskriminierung verbietet, erklärt es die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit zu einem sensiblen Merkmal des Diskriminierungsrechts – und erweitert die Liste von Art. 8 Abs. 2 BV.

Im Allgemeinen kennt die Schweiz im völkerrechtlichen Bereich nur ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Sie untersteht zwar den Pflichten von Art. 14 EMRK, der die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit im Unterschied zur Bundesverfassung ausdrücklich als verpönte Merkmal bezeichnet, und den Diskriminierungsverboten der UN-Pakte. Sie hat aber davon abgesehen, das Protokoll Nr. 12 zur EMRK zu ratifizieren, das ein allgemeines Diskriminierungsverbot vorsieht, und hat zu Art. 26 UN-Pakt II, der ebenfalls ein allgemeines Gleichbehandlungsrecht enthält, einen Vorbehalt angebracht, der für die Schweiz nur die akzessorische Wirkung anerkennt. Mit der Ratifikation des Rahmenübereinkommens haben sich die völkerrechtlichen Verpflichtungen in diesem Punkt deshalb wesentlich verändert: Nationale Minderheiten können sich sowohl auf die allgemeine Rechtsgleichheit berufen, als auch auf das Diskriminierungsverbot, dessen Verletzung sie selbständig geltend machen können, ohne gleichzeitig einen Eingriff in ein anderes Grund- oder Menschenrecht geltend machen zu müssen.

Dieser Veränderung der Rechtslage hat das Bundesgericht in einem wegweisenden Entscheid aus dem Jahre 2012 Rechnung getragen.⁴⁷ Es hielt fest, dass die Bemessung des Invalideneinkommens eine indirekte Diskriminierung darstellt, wenn sie anhand allgemeiner statistischer Daten erfolgt, die auf die Bevölkerungsmehrheit zugeschnitten sind, und eine invalide Person, die der Gemeinschaft der Fahrenden angehört, im Ergebnis dazu drängt, sich «der Bevölkerungsmehrheit anzugleichen»⁴⁸.

47 Anders hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht noch im Jahre 2006 entschieden: Urteil vom 5. April 2006, 750/04 E. 4.2.: «Indessen können sich nur jene Handlungen zu einer Lebensform im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV verdichten, die zugleich vom Schutzbereich eines Freiheitsrechts erfasst sind.»

48 BGE 138 I 205 E. 6.2.

Das Rahmenübereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten ausserdem, «in allen Bereichen des wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Lebens» die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um die «vollständige und tatsächliche Gleichheit zwischen den Angehörigen einer nationalen Minderheit und den Angehörigen der Mehrheit» zu fördern (Art. 4 Abs. 2 RÜ). Es begründet damit asymmetrische Egalisierungspflichten und stellt klar, dass Schutz- und Fördermassnahmen nicht als Diskriminierung gelten (Art. 4 Abs. 3 RÜ). Dieser Pflicht hat das Bundesgericht im Jahre 2003 in einem ebenfalls richtungsweisenden Entscheid Rechnung getragen. Es hat festgehalten, dass die Nutzungsplanung der Kantone und Gemeinden Zonen und geeignete Plätze vorsehen müssen, «die für den Aufenthalt von Schweizer Fahrenden geeignet sind und deren traditioneller Lebensweise entsprechen, die verfassungsrechtlichen Schutz genießt.»⁴⁹ Dagegen hat das Bundesgericht im Jahre 2019 im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle zu Unrecht entschieden, dass das neuenburgische Gesetz über Lagerplätze fahrender Gemeinschaften vor den Grundrechten der Bundesverfassung und dem Rahmenübereinkommen standhält.⁵⁰ Zwei Neuenburger Bürger jenischer Herkunft und andere haben denn auch eine Beschwerde beim UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung eingereicht, denn das Rahmenübereinkommen kennt keinen individuellen Durchsetzungsmechanismus.

Im Bereich der Sprachen haben die Vertragsstaaten nach Rahmenübereinkommen nicht nur die Sprachenfreiheit anzuerkennen (Art. 10 Abs. 1 RÜ), sondern in Gebieten, «die von Angehörigen nationaler Minderheiten traditionell oder in beträchtlicher Zahl bewohnt werden», auch sicherzustellen, dass die Minderheitensprache soweit möglich auch im Verkehr mit den Verwaltungsbehörden gebraucht werden kann (Art. 10 Abs. 2 RÜ). Angehörige von Minderheiten haben ausserdem das Recht, Namen in der Minderheitensprache zu führen, und im öffentlichen Raum sichtbare Schilder, Aufschriften und Inschriften anzubringen (Art. 11 Abs. 1 und 2 RÜ). Traditionelle Ortsnamen und Strassenamen sind nach Möglichkeit auch in der Minderheitensprache zu verwenden (Art. 11 Abs. 3 RÜ). Die Vertragsstaaten anerkennen auch das Recht jeder Person, die einer nationalen Minderheit angehört, ihre Minderheitensprache zu erlernen (Art. 14 Abs. 1 RÜ). In Gebieten, «die von Angehörigen nationaler Minderheiten traditionell oder in beträchtlicher Zahl bewohnt werden», stellen die Staaten ein Bildungssystem sicher, das Angehörigen dieser Minderheiten angemessene Möglichkeiten bietet, die Minderheitensprache zu erlernen oder in dieser Sprache unterrichtet zu werden (Art. 14 Abs. 2 RÜ). Schliesslich müssen die Staaten die notwendigen Voraussetzungen «für die wirksame Teilnahme von Angehörigen nationaler Minderheiten am kulturellen, sozialen und wirt-

49 BGE 129 II 321, Regeste, Ausführungen in E. 3.1 und 3.2.

50 BGE 145 I 73 sowie dazu BELSER/MINDER, S. 24 ff.

schaftlichen Leben und an öffentlichen Angelegenheiten» schaffen, insbesondere wenn diese sie besonders betreffen (Art. 15 RÜ).

Das Rahmenübereinkommen ist – wie der Föderalismus – gleichzeitig der Vielfalt und der Gleichheit verpflichtet. Es zielt einerseits auf die Wahrung und die Förderung der Kultur nationaler Minderheiten und andererseits auf die Bekämpfung der Diskriminierung und die vollständige und effektive Gleichheit zwischen den Angehörigen der Mehrheit und der nationalen Minderheiten. Menschen, die nationalen Minderheiten angehören, sollen danach anders bleiben dürfen (*self rule*), und dennoch rechtliche und tatsächliche Gleichheit geniessen. Ausserdem sollen sie angemessen an den öffentlichen Angelegenheiten mitwirken können (*shared rule*).

Neben dem Rahmenübereinkommen ist für den Umgang mit sprachlicher Vielfalt auch die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen bedeutend, die für die Schweiz im Jahre 1998 in Kraft getreten ist. Auch bei der Ratifizierung der Charta kann jeder Staat frei bestimmen, welche Sprachen unter den Schutz der Charta fallen. In seiner Botschaft hatte der Bundesrat darauf hingewiesen, dass «angesichts des institutionellen und rechtlichen Rahmens der Schweiz» die italienische und die rätoromanische Sprache in Betracht komme, wobei zu betonen sei, dass die aktuellen Massnahmen zum Schutz und zur Förderung dieser Sprachen die Anforderungen der Charta bereits weitgehend abdecken.⁵¹ In einer auslegenden Erklärung hat die Schweiz denn auch festgehalten, welche Bestimmungen der Charta auf die italienische und rätoromanische Sprache zur Anwendung kommen. Auch wenn es die Charta den Vertragsstaaten überlässt, die geschützten Regional- und Minderheitensprachen zu bezeichnen, so enthält sie doch eine Definition, die die Staaten anleitet. Als schützenswerte Regionalsprachen gelten Sprachen, die von Staatsangehörigen traditionellerweise in einer Region gesprochen werden und nicht als Amtssprache(n) anerkannt sind, nicht aber Dialekte der Amtssprachen oder Sprachen von Migrantinnen und Migranten. Dabei wird die Region folgendermassen definiert.

«par «territoire dans lequel une langue régionale ou minoritaire est pratiquée», on entend l'aire géographique dans laquelle cette langue est le mode d'expression d'un nombre de personnes justifiant l'adoption des différentes mesures de protection et de promotion prévues par la présente Charte» (Art. 1 lit. b)

Ob eine Regionalsprache als solche anzuerkennen ist, hängt damit entscheidend davon ab, ob sie in einer bestimmten Region von einer so grossen Zahl gesprochen wird, dass *Massnahmen*, etwa im Bereich der Bildung, des Gerichtswesens, der Verwaltung und der Dienstleistungen, *als gerechtfertigt erscheinen*. Schützenswert sind nach der Charta aber nicht nur Regionalsprachen mit einem Territorium, sondern auch Minderheitensprachen ohne ein solches. Dabei gilt:

51 Botschaft Charta Minderheitensprachen, S. 1166.

«par ‹langues dépourvues de territoire›, on entend les langues pratiquées par des ressortissants de l'État qui sont différentes de la (des) langue(s) pratiquée(s) par le reste de la population de l'État, mais qui, bien que traditionnellement pratiquées sur le territoire de l'État, ne peuvent pas être rattachées à une aire géographique particulière de celui-ci.» (Art. 1 lit. c).

In der Schweiz sind folgende Regional- und Minderheitensprachen geschützt: Deutsch in Bosco-Gurin (Walserisch), Deutsch in Ederswiler (Jura), Italienisch in Graubünden, Italienisch im Tessin, Romanisch, Jenisch und Yiddish. Im Jahre 2018 folgte der Bundesrat in seinem siebten Bericht zur Umsetzung der Sprachencharta den Empfehlungen des Europarats, auch das Frankoprovenzalische als Regional- oder Minderheitensprache anzuerkennen. Er weitete ausserdem die Anerkennung auf das Franc-Comtois aus, um der Gesamtheit der Patois der französischsprachigen Schweiz zu einer grösseren Sichtbarkeit zu verhelfen.⁵² Der Bericht schildert zudem die Neuigkeiten im Bereich der Förderung des Italienischen und des Rätoromanischen und enthält auch die Berichte der Kantone Graubünden und Tessin zu diesen beiden Sprachen, nicht aber die Berichte anderer Kantone. Dies ist schon deshalb bedauerlich, weil der Bericht selbst darauf hinweist, dass die *Mehrheit der italienischsprachigen Personen* der Schweiz *ausserhalb der italienischen Sprachregionen* leben. Erst recht gilt dies für die Rätoromanischsprachigen, die mehrheitlich ausserhalb ihres Sprachgebiets leben, vor allem in der Deutschschweiz (ca. 58,5%). Lediglich eine Minderheit von 36% befindet sich weiterhin im rätoromanischen Sprachgebiet und profitiert von den dortigen Schutz- und Fördermassnahmen.⁵³ Schon deshalb bedarf die Schweiz eines neuen Sprachenkonzepts, das die zahlreichen eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Anstrengungen zum Schutz und zur Förderung der Sprachenvielfalt nicht in Frage stellt, diese aber in eine kohärente Strategie einbettet, welche auf einem rechtlichen Rahmen, Institutionen und Organen und einem angemessenen Finanzierungsmechanismus beruht.⁵⁴ Seit Februar 2021 ist immerhin eine Bestimmung in Kraft, die es dem Bund erlaubt, Massnahmen zu treffen, «um die Kultur der Jenischen und der Sinti zu fördern und die nomadische Lebensweise zu ermöglichen» (Art. 17 KFG). Gestützt auf diese Bestimmung kann der Bund Subventionen an Jenische und Sinti ausrichten und die Stiftung «Zukunft für Schweizer Fahrende» finanziell unterstützen.

52 Interpellation 19.3094 (Die Schweiz anerkennt das Frankoprovenzalische als Minderheitensprache. Und jetzt?).

53 Periodischer Bericht zur Europäischen Charta der Regional- oder Minderheitensprachen, Siebter Bericht der Schweiz 2018, S. 7, verfügbar auf: <https://www.bak.admin.ch/bak/de/home/sprachen-und-gesellschaft/sprachen/europaeische-charta-der-regional-und-minderheitensprachen.html>.

54 Vgl. zum Ganzen LEBSANFT/WINGENDER.

3. *Verbesserungsbedarf*

Bundesrat und Bundesversammlung schienen zunächst davon auszugehen, dass die Schweiz als «Land der Minderheiten» vom Rahmenübereinkommen nicht betroffen sei und dieses vor allem zu ratifizieren sei, um es als ausserpolitisches Instrument nutzen zu können. In seiner Botschaft hielt der Bundesrat fest, dass das Rahmenübereinkommen das politische Ziel verfolge, «Lebensbedingungen zu begünstigen, welche die Grundrechte der Personen respektieren, die einer nationalen Minderheit angehören» und ganz allgemein das friedliche Zusammenleben und das optimale Funktionieren der Demokratie zu sichern.⁵⁵ Er wies darauf hin, dass die Schweiz «oft als Musterbeispiel für das Zusammenleben verschiedener Bevölkerungsgruppen» genannt werde, «da sie auf ihrem Staatsgebiet Gemeinschaften mit unterschiedlichen Sprachen, Kulturen oder Religionen» vereine.⁵⁶ Es erstaune deshalb nicht, dass für einige Bestimmungen des Rahmenübereinkommens «unsere Tradition und unsere Praxis als direktes Vorbild genommen wurden». Das Rahmenübereinkommen stehe denn auch, führte der Bundesrat aus, «in vollständiger Harmonie mit dem föderalistischen System der Schweiz, das den nationalen Minderheiten eine Autonomie zur Förderung und zur Wahrung ihrer Sprachen, ihrer Religionen und ihrer Kulturen anbietet und gleichzeitig ihre Mitarbeit und ihre Vertretung innerhalb der eidgenössischen Institutionen garantiert»⁵⁷. Der Bundesrat vertrat schliesslich auch die Ansicht, dass die Grundsätze und Ziele des Rahmenübereinkommens schon heute weitgehend erfüllt seien. Das Rahmenübereinkommen, bei dessen Ausarbeitung vor allem an die nationalen Minderheiten in Zentral- und Osteuropa gedacht worden sei, die durch die Geschichte von ihrer «Heimat» getrennt worden waren, diene der Schweiz denn auch vor allem dazu, Handlungen der Präventivdiplomatie zu unterstützen. Mit der Ratifizierung des Rahmenübereinkommens würde die Schweiz eine Aussenpolitik konkretisieren, die auf der Überzeugung beruhe, dass Minderheitenschutz einen wichtigen Faktor des Friedens und der demokratischen Stabilität darstellt. Die Ratifizierung des Rahmenübereinkommens stelle für die Schweiz denn auch vor allem einen «Akt europäischer Solidarität» dar.⁵⁸

Ganz sicher schienen sich Bundesrat und verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer allerdings nicht zu sein, dass das föderalistische System der Schweiz in vollständiger Harmonie mit den Anforderungen des Rahmenübereinkommens stand. Jedenfalls hielten sie es für geboten, den Gebrauch der Minderheitensprache durch eine auslegende Erklärung einzuschränken. Die Sprachenrechte, die das Rahmenübereinkommen nationalen Minderheiten gewährt, sollen nämlich *nur im Rahmen der geltenden Amtsspracheregeln* gelten und

55 Botschaft RÜ, S. 1305.

56 Botschaft RÜ, S. 1305.

57 Botschaft RÜ, S. 1305.

58 Botschaft RÜ, S. 1305.

keine darüber hinausgehenden Pflichten begründen: «Die Bestimmungen des Rahmenübereinkommens über den Gebrauch der Sprachen im Verkehr zwischen Privatpersonen und Verwaltungsbehörden sind anwendbar, ohne die Grundsätze, welche die Eidgenossenschaft und die Kantone für die Festlegung der Amtssprachen befolgen, zu beeinträchtigen.»⁵⁹

Auch im Bereich der Mitwirkungsrechte schien der Bundesrat bei der Ratifikation zu zweifeln, ob die schweizerischen Instrumente reichen würden. Das föderalistische System der Schweiz garantiere zwar eine Vertretung der in einem bestimmten Gebiet lebenden Minderheiten innerhalb der eidgenössischen Institutionen und lasse den Kantonen und den Gemeinden weitgehende organisatorische Autonomie. Es stelle damit ein «besonders angemessenes Mittel» dar, um die Ziele des Rahmenübereinkommens zu erfüllen. Allerdings räumte der Bundesrat ein, dass auch andere Mittel benutzt werden könnten und *müssten*, um eine Teilnahme aller nationaler Minderheiten an den öffentlichen Angelegenheiten zu garantieren, «ob diese nun in einer bestimmten Region leben oder nicht»⁶⁰. So sei es insbesondere wichtig, die repräsentativen Organisationen der verschiedenen nationalen Minderheiten bei der Erarbeitung von Gesetzesentwürfen zu konsultieren oder auf andere Weise miteinzubeziehen.⁶¹

a. Die Zurückhaltung bei der Anerkennung nationaler Minderheiten

Das Übereinkommen definiert den Begriff der nationalen Minderheit nicht, weil sich die Staaten in dieser Frage nicht einigen konnten. Die Präambel, Art. 6 und Art. 17 machen allerdings deutlich, dass es um die Achtung und den Schutz ethnischer, kultureller, sprachlicher und religiöser Identitäten geht. Im Rahmen dieser Vorgaben entscheiden die Vertragsstaaten aber frei, welchen Gemeinschaften sie den besonderen Schutz des Übereinkommens zukommen lassen. Die Schweiz hat anlässlich der Ratifikation folgende auslegende Erklärung abgegeben: «In der Schweiz [sind] nationale Minderheiten im Sinne des Rahmenübereinkommens die Gruppen von Personen, die dem Rest der Bevölkerung des Landes oder eines Kantons zahlenmässig unterlegen sind, die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, seit langem bestehende, feste und dauerhafte Bindungen zur Schweiz pflegen und von dem Willen beseelt sind, zusammen das zu bewahren, was ihre gemeinsame Identität ausmacht, insbesondere ihre Kultur, ihre Traditionen, ihre Religion oder ihre Sprache.»⁶² Da-

59 Zweiter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, 2007, S. 44, verfügbar auf: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008b4e7>.

60 Botschaft, RÜ, S. 1230.

61 Botschaft, RÜ, S. 1320.

62 Verfügbar auf: https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list//conventions/treaty/157/declarations?p_auth=BJYpUCze.

mit sah die Schweiz zunächst davon ab, die anerkannten nationalen Minderheiten namentlich zu bezeichnen. In seiner Botschaft vom 24. März 1998 zum Rahmenübereinkommen zuhanden des Parlaments hielt der Bundesrat immerhin fest, dass nach dieser Definition das Rahmenübereinkommen in der Schweiz auf nationale sprachliche Minderheiten, aber auch auf andere schweizerische Bevölkerungsgruppen, wie die Mitglieder der jüdischen Gemeinde oder die Fahrenden, angewendet werden könne.⁶³

In der Botschaft zum Rahmenübereinkommen und im ersten Bericht zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens war noch von nationalen sprachlichen Minderheiten, den Mitgliedern der jüdischen Gemeinschaft und «den Fahrenden» die Rede, was zunächst dahingehend verstanden wurde, dass sich die Schweiz nicht zum Schutz der Jenischen, Sinti und Manouches verpflichtete, sondern zum Schutz jener Personen, die einen nomadisierenden oder halb-nomadisierenden Lebensstil pflegen. Vor kurzem hat die Schweiz aber klargestellt, dass neben den nationalen sprachlichen Minderheiten und den Angehörigen der jüdischen Gemeinschaft die Jenischen, Sinti und Manouches als nationale Minderheiten anerkannt sind, unabhängig von der Frage, ob sie sesshaft oder fahrend leben. Auch ihnen kommt der Schutz des Übereinkommens allerdings nur zugute, wenn sie über die schweizerische Staatsangehörigkeit verfügen und – zusätzlich – «seit langem bestehende, feste und dauerhafte Beziehungen zur Schweiz pflegen».

Im Jahre 2015 haben Schweizer Roma-Organisationen einen Antrag auf Anerkennung der Schweizer Roma als nationale Minderheit gestellt. Auch eine Interpellation hatte 2017 gefordert, die Roma, die in der Vergangenheit aus Schweizer Gebiet vertrieben und von 1888 bis 1972 durch sogenannte «Zigeunereinreiseverbote» an der Einreise in die Schweiz gehindert worden seien, als nationale Minderheit anzuerkennen. Obwohl in der Schweiz schätzungsweise 80 000 bis 100 000 Roma leben und den meisten die schweizerische Staatsangehörigkeit zukomme, falle es vielen aufgrund der anhaltenden Vorurteile schwer, öffentlich zu ihrer Identität zu stehen.⁶⁴ Der Bundesrat stellte in Aussicht, bei der Beurteilung der Frage, ob das Kriterium der «seit langem bestehenden, festen und dauerhaften Bindungen zur Schweiz» bestehe, die Verfolgungsgeschichte der «Zigeuner» in der Schweiz angemessen zu berücksichtigen. Vor kurzem hat der Bundesrat die Anerkennung der Roma als weitere nationale Minderheit jedoch abgelehnt.⁶⁵

Den sprachlichen Minderheiten und der jüdischen Gemeinschaft fällt es nicht schwer nachzuweisen, dass sie alle Voraussetzungen erfüllen, um als na-

63 Botschaft RÜ, S. 1310.

64 Interpellation 17.3111 (Anerkennung der Roma im Rahmen des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten des Europarates).

65 Medienmitteilung des Bundesrats vom 1. Juni 2018, «Roma in der Schweiz: Bestandteil der Gesellschaft, aber keine nationale Minderheit», verfügbar auf: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-70977.html>.

tionale Minderheit anerkannt zu werden. Für andere Gruppen stellt es allerdings eine grosse Herausforderungen dar, ihre «Anstammung» zu beweisen. Die Gemeinschaft der Roma beispielsweise hätte nachweisen müssen, dass sie «zumindest bereits im späten 19./frühen 20. Jahrhundert in der Schweiz präsent» war. Damit von einer Bindung der Roma als Minderheit zur Schweiz ausgegangen werden könnte, hätte ausserdem gezeigt werden müssen, dass Roma nicht bloss als Individuen hier waren, sondern sich als Gruppe mit eigener Identität verstanden haben.⁶⁶ Für neuere Minderheiten, etwa portugiesisch- oder englischsprechenden Personen, Musliminnen und Muslimen oder anderen Gruppen, die durch Migration in die Schweiz gelangt sind, kann dieser Nachweis erst recht nicht gelingen, so dass sie bis auf weiteres vom Minderheitenschutz ausgenommen bleiben.

b. *Der unzureichende Schutz der Fahrenden*

Auch im Bereich des Umgangs mit Fahrenden stellte das Ministerkomitee nach dem ersten Berichtszyklus «*scope for improvement*» fest, namentlich im Bereich der Transit- und Aufenthaltsplätze. Die Mitwirkungsmöglichkeiten von Fahrenden müssten gestärkt werden. Nach dem zweiten Berichtszyklus zeigte sich das Komitee besorgt darüber, dass in Bezug auf den grossen Mangel an Stand- und Durchgangsplätzen keine Fortschritte erzielt worden seien und die Zahl der Stand- und Durchgangsplätze seit 2001 sogar zurückgegangen sei. Da es oft kein spezifisches Verfahren zur Anhörung der Fahrenden gebe, brauche es einen *systematischen Dialog* auf Kantons- und Gemeindeebene. Weil die Gewährleistung der effektiven Mitwirkung der Vertreter der Fahrenden an den Arbeiten der verschiedenen Institutionen entscheidend sei, müsse auch «die Schaffung systematischer Anhörungsmechanismen auf Kantons- und Gemeindeebene»⁶⁷ in Erwägung gezogen werden.

Auch nach dem dritten Berichtszyklus wurden diese Themen wieder aufgegriffen. Zu «ernsthafter Besorgnis» gab die Tatsache Anlass, dass sich die Situation für Fahrende innerhalb von zehn Jahren nicht verbessert, die Zahl der Standplätze kaum zugenommen und jene der Durchgangsplätze sogar abgenommen habe. Vor allem auf interkantonal, kantonaler und lokaler Ebene bestehe auch weiterhin kein wirksames Anhörungsverfahren, das garantiere, dass die Anliegen der Fahrenden gehört und berücksichtigt würden, beklagte das Komitee. Dass nur wenige Fälle von Diskriminierungen gemeldet würden, deute ausserdem darauf hin, dass die schweizerische Gesellschaft nur unzureichend über die einschlägigen Rechtsvorschriften und die bestehenden Rechts-

66 KÄLIN, Gutachten, S. 1 f.

67 Zweiter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, 2007, S. 29, verfügbar auf: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168008b4e7>.

mittel Bescheid wisse. Gestützt auf diese und andere Erwägungen schliesst das Komitee: «Ein allgemeines Antidiskriminierungsgesetz ist unabdingbar.»⁶⁸

Nach dem vierten Bericht legte das Komitee ein besonderes Gewicht auf die Konsultation der betroffenen Minderheiten und die *Stärkung ihrer politischen Mitwirkungsmöglichkeiten*. Es empfahl der Schweiz, Möglichkeiten zu finden

«of expanding participation in public affairs for persons belonging to national minorities allowing them to take part in the decision-making process not only at the federal level, but also at the inter-cantonal level and in all cantons, e.g. through permanent mechanisms, consultative bodies and target values for public administration»⁶⁹.

Es liegt damit auf der Hand, dass die föderalen und demokratischen Strukturen der Schweiz den Anforderungen an den völkerrechtlichen Minderheitenschutz nicht gerecht werden. Zwar sind Jenische, Manouches und Sinti als nationale Minderheiten anerkannt («*recognition*»), die bestehenden Mechanismen erlauben aber weder einen wirksamen Schutz ihrer Rechte («*rights*»), noch stellen sie eine angemessene Mitwirkung («*representation*») sicher. Vor allem im Bereich der politischen Mitwirkung fehlen der Schweiz Instrumente, um auch nicht-territorialen Minderheiten angemessene Mitgestaltungsmöglichkeiten einzuräumen.

Auch die allgemeinen Menschenrechte fordern den traditionellen Minderheitenschutz der Schweiz heraus, der sich nur auf die angestammten sprachlichen Minderheiten bezieht. Nach Art. 27 UN-Pakt II dürfen Angehörige ethnischer, religiöser und sprachlicher Minderheiten nicht daran gehindert werden, «gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen». Von massgebender Bedeutung für die Klärung des völkerrechtlichen Minderheitenbegriffs waren die Arbeiten des UN-Sonderberichterstatters für Verhinderung von Diskriminierung und Minderheitenschutz Francesco Capotorti von 1979. Um eine Minderheit handelt es sich danach, wenn die Mitglieder einer Gruppe über die Staatsangehörigkeit des betreffenden Staats verfügen, der übrigen Staatsbevölkerung zahlenmässig unterlegen sind und keine beherrschende Stellung innehaben, objektiv kulturelle Merkmale aufweisen, die sie vom Rest der Bevölkerung unterscheiden, sowie subjektiv den Wunsch haben, die eigenen Kultur, Tradition, Religion oder Sprache zu bewahren.⁷⁰ Der völkerrechtliche Minderheitenbegriff bleibt jedoch um-

68 Resolution über die Umsetzung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten durch die Schweiz (verabschiedet vom Ministerkomitee am 28. Mai 2014 anlässlich der 1200. Sitzung der Ministerdelegierten).

69 Fourth Report submitted by Switzerland pursuant to Article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, 2017, verfügbar auf: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900010168059314c>>.

70 CAPORTI, S. 96.

stritten. Die Begriffsbestimmung von Capotorti macht zwar klar, dass der Geltungsbereich von Art. 27 Pakt II nicht auf «nationale Minderheiten» beschränkt ist, die Vertragsstaaten ausdrücklich als solche anerkannt haben. Sie unterlässt es aber, den Besonderheiten mehrstufiger Staaten Rechnung zu tragen und anzuerkennen, dass der Minderheitenbegriff ein *relativer* ist und sich in der autonomen Minderheitenregion auch Angehörige der Mehrheitsgruppe – oder andere Minderheiten – in der Minderheit befinden können. Vor allem aber hat das Erfordernis der Staatsangehörigkeit Anlass zu Kritik gegeben und wird heute mehrheitlich abgelehnt.⁷¹

Allerdings können sich weiterhin längst nicht alle Gruppen, die durch Kultur, Religion oder Sprache miteinander verbunden sind, auf die besondere Garantie berufen. Auch wenn vom Erfordernis der Staatsbürgerschaft abgesehen wird, bedarf es einer stabilen Verbindung zwischen Staaten und Gruppen, damit diese als «Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten» gelten. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass *drei Generationen* erforderlich sind, um eine solche Verbindung zu schaffen, aber auch genügen, um Migrantinnen und Migranten mit eigener Kultur, Religion oder Sprache zu einer gemäss Art. 27 Pakt II geschützten Minderheit werden zu lassen.⁷² Art. 27 Pakt II hat damit das Potential, zu einem wichtigen Instrument für den Umgang mit sogenannten neuen Minderheiten zu werden. Die Feststellung eines schweizerischen Gerichts, dass sich Roma sowie religiöse und sprachliche Gruppen, die seit drei Generationen und mehr in der Schweiz leben, auf Art. 27 UN-Pakt II berufen können, käme einer «weichen» Anerkennung gleich. Dies würde es erlauben, die Übergänge zwischen angestammten Minderheiten, ausdrücklich anerkannten nationalen Minderheiten und sogenannten «neuen» Minderheiten fließender zu gestalten. Allerdings ist dabei nicht zu verkennen, dass eine «weiche» Anerkennung nicht alle Bedürfnisse von Minderheiten abdecken würde. Es sind nämlich weniger die Eingriffe in ihre Rechte, die für Minderheiten ein Problem darstellen, als vielmehr das Fehlen von Förderungsmassnahmen und wirksamen Mitwirkungsrechten. Aus der justiziablen Schicht der Bestimmung lassen sich jedoch nach herrschender Lehre keine Ansprüche auf Fördermassnahmen des Staats ableiten.⁷³

c. Der unzureichende Schutz der sprachlichen Minderheiten

Nachdem die Schweiz ihren ersten Bericht eingereicht hatte, musste sie die Erfahrung machen, dass sie sich zwar selbst als Vorbild für den Umgang mit Vielfalt erachtete, Aussenstehende aber durchaus Mängel im System erkannten. Die Empfehlungen des Ministerkomitees, mit welcher der erste Berichtszyklus im Jahre 2003 beendet wurde, machten deutlich, dass die Schweiz trotz oder teil-

71 BELSER, *Föderalismus und Minderheitenschutz*, S. 789 ff.

72 Vgl. KÄLIN, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, S. 62 f.

73 KÄLIN, *Gutachten*, S. 13.

weise sogar wegen ihrer föderalen Struktur durchaus Verbesserungspotential aufweist. Das Komitee anerkannte zwar die grossen Bemühungen des Bundes, der Bundesverwaltung und der mehrsprachigen Kantone, die Sprachen der Minderheiten zu schützen und zu fördern und die Garantie politischer Mitwirkungsmöglichkeiten auf allen Ebenen des Staats («*extensive political participation of linguistic minorities at all levels*»). Das Komitee sparte «aber in einzelnen Punkten nicht mit Kritik»⁷⁴. Handlungsbedarf wurde namentlich beim in der Schweiz praktizierten *Zusammenspiel zwischen Territorialitätsprinzip und Sprachenfreiheit* sowie beim von der Schweiz eher *restriktiv definierten Minderheitenbegriff* ausgemacht.⁷⁵

Das Komitee empfahl unter anderem, namentlich im Bereich der Bildung, jene Sprachminderheiten besser zu berücksichtigen, die *ausserhalb ihres traditionellen Lebensraums* lebten, was für italienisch- und rätoromanischsprechende Personen besonders wichtig sei. Damit legte das Komitee den Finger auf einen wunden Punkt des schweizerischen Umgangs mit der Sprachenvielfalt: Zuständig für die Erhaltung und Förderung der rätoromanischen und der italienischen Sprache sind die Kantone Graubünden und Tessin, die dabei auf die Unterstützung des Bundes zählen können (Art. 70 Abs. 5 BV). Nach der Empfehlung sollten es nun aber auch andere Kantone und Gemeinden sein, in denen italienisch- und rätoromanischsprechende Personen leben. Während die Bundesverfassung nur die Rücksicht auf angestammte Sprachminderheiten verlangt, fordert das Komitee, dass Sprachminderheiten dort geschützt und gefördert werden, wo sie tatsächlich leben. Es verlangt damit eine Aufweichung des Territorialitätsprinzips und eine *Zuwendung zum Personalitätsprinzip*, das sprachlichen Minderheiten auch dann Schutz bietet, wenn sie – im Zuge der Urbanisierung oder aus anderen Gründen – ihre angestammten Siedlungsgebiete verlassen haben. Damit stehen neu auch Kantone wie Basel-Stadt, Genf oder Zürich in der Verantwortung, wenn es um den Erhalt und die Förderung von Minderheitensprachen geht.⁷⁶

Diese Empfehlungen forderten und fordern allerdings das Verhältnis von Föderalismus und Minderheitenschutz heraus: Sprachliche Minderheiten müssen auch ausserhalb ihres angestammten Wohngebiets geschützt und gefördert werden – also auch von Kantonen und Gemeinden, die einsprachig sind, und bis anhin davon ausgegangen sind, die Förderung der Mehrsprachigkeit betreffe sie, wenn überhaupt, nur am Rande. Es erstaunt deshalb nicht, dass das Komitee nach dem zweiten Berichtszyklus keine Fortschritte verzeichnen konnte, sondern vielmehr seine Besorgnis darüber ausdrückte, dass sich die Situation

74 Antwort des Bundesrats auf Interpellation 04.3347 (Minderheitenpolitik in der Schweiz, speziell für Fahrende).

75 Antwort des Bundesrats auf Interpellation 04.3347 (Minderheitenpolitik in der Schweiz, speziell für Fahrende).

76 Vgl. BELSER, *Accommodating National Minorities*.

der Italienisch- und Rätoromanischsprachigen, die ausserhalb ihres angestammten Wohngebietes lebten, in Bezug auf die Möglichkeit, kulturelle und sprachliche Unterstützung zu erhalten – namentlich beim Zugang zum Sprachunterricht – nicht wesentlich verbessert habe.⁷⁷

Auch der vierte Bericht aus dem Jahre 2019 knüpft an dieses Anliegen an. Er fordert die Schweiz wiederum dazu auf, «*to promote access to teaching in and of Italian and Romansh outside the areas traditionally inhabited by the persons belonging to these communities, in particular in bigger cities*»⁷⁸. Zu diesem Zweck solle sie mit den Vertreterinnen und Vertretern der betroffenen Minderheiten das Gespräch aufnehmen und damit auch die Mitwirkungsmöglichkeiten der Sprachgruppen stärken. Der Umgang der Schweiz mit nationalen Minderheiten zeigt damit, dass eine föderale Staatsstruktur zwar Vielfalt garantiert, dass die Autonomie der Kantone und deren Mitwirkungsrechte aber nicht ausreichen, um die Vielfalt in all ihren Formen zu achten und zu schützen. Darüber hinaus sind rechtsstaatliche und demokratische Vorkehrungen erforderlich, damit das Land nicht nur seine regionale, sondern auch die kulturelle Vielfalt wertschätzen und sich von ihr prägen lassen kann.

C. Von der Gleichheit und der Vielfalt im Rechtsstaat

Der Rechtsstaat ist dazu da, Machtmissbrauch zu verhindern und staatliche Macht im Interesse der Rechte und Freiheiten Einzelner und im Interesse der besonderen Schutzbedürfnisse von Minderheiten zu begrenzen. Er sichert dem Einzelnen mit den Grundrechten justiziable Ansprüche, die dieser gegen Entschiede des Staats durchsetzen kann, und garantiert einen wirksamen Rechtsschutz. Die Gefahr von Absolutismus und Machtmissbrauch besteht jedoch nicht nur in Monarchien und ihren Entartungen in autokratische Diktaturen oder in Aristokratien und ihren Abwandlungen in Oligarchien oder Plutokratien. Auch Demokratien laufen Gefahr, sich in populistische Ochlokratien zu verwandeln – oder hinter dem Schleier gelenkter Demokratie – autokratisch und autoritär zu agieren, wenn sie nicht durch den Rechtsstaat gebändigt werden. Die Maxime «das Volk hat immer Recht» ist selbstverständlich falsch⁷⁹.

77 Vgl. dazu Council of Europe, From linguistic diversity to plurilingual education, Guide for the development of language education policies in Europe, Strasbourg 2007, S. 16 ff.

78 Vierter Bericht des Expertenkomitees zur Umsetzung des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten, 2017, S.44, verfügbar auf: <<https://rm.coe.int/16806f54f8>>.

79 KELLER, S. 937; vgl. zur Gefahr, dass im Namen der Volksherrschaft die Überwindung der Demokratie gefordert wird, MAHLMANN, Schutz der Verfassung, S. 214 ff.; sowie TSCHANNEN, Perspektiven, S. 517: Referendum und Initiative bringen eine Kompromisskultur hervor. «Das Volk ist aber *ein Verfassungsorgan neben anderen*. [...] Eine auch nur rhetorische Übersteigerung des Volks als allmächtiger Souverän steht in direktem Widerspruch dazu. Und doch geschieht genau

Die Achtung, der Schutz und die Verwirklichung der Grundrechte bilden einen wesentlichen Teilgehalt des Rechtsstaats. Ähnlich wie der Föderalismus den Gliedstaaten, garantieren die Grundrechte dem Einzelnen ein Recht auf Autonomie und auf Mitwirkung (I.). In deren Zentrum steht die Rechtsgleichheit, die als transversaler Anspruch alle Lebensbereiche durchdringt (II.). Auf deren wirksame Durchsetzung durch unabhängige Gerichte sind Einzelne und Minderheiten denn auch entscheidend angewiesen, denn ohne wirksamen Rechtsschutz können sie der Wucht demokratischer Entscheide nichts entgegensetzen (III.).

I. Autonomie und Mitwirkung zum Zweiten

Wie der Föderalismus steht auch der Rechtsstaat im Spannungsfeld von Einheit und Vielfalt und den Rechten von Mehrheiten, Minderheiten und Einzelnen. Er garantiert die Durchsetzung des Rechts, das von der demokratischen Mehrheit geschaffen worden ist, stellt diesem aber die Rechte der Einzelnen entgegen, die die Rechtmässigkeit von Entscheiden von einer unabhängigen Instanz überprüfen lassen können. Er beschränkt damit die Demokratie auf eine Art und Weise, die für die Rechte und Freiheiten all jener entscheidend ist, die weder auf Ebene des Bundes noch in den Kantonen oder Gemeinden eine Mehrheit bilden.

1. Schutz vor der Tyrannei der Mehrheit

Schon Alexis de Tocqueville, der erste Beobachter der amerikanischen Demokratie, hatte sich im Jahre 1839 mit der Gefahr einer Tyrannei der Mehrheit auseinandergesetzt und die Ausweglosigkeit vor Augen geführt, in der sich Einzelne und Angehörige von Minderheiten wiederfinden können:

«Erfährt ein Mensch oder eine Partei in den Vereinigten Staaten eine Ungerechtigkeit, an wen soll er oder sie sich wenden? An die öffentliche Meinung? Sie ist es, die die Mehrheit bildet. An die gesetzgebende Versammlung? Sie repräsentiert die Mehrheit und gehorcht ihr blind. An die ausübende Gewalt? Sie wird durch die Mehrheit ernannt und dient ihr als gefügiges Werkzeug. An das Heer? Das Heer ist nichts anderes als die Mehrheit in Waffen. An das Geschworenengericht? Das Geschworenengericht ist die mit dem Recht zum Urteilssprechen bekleidete Mehrheit: Die Richter selbst werden in gewissen Staaten von der Mehrheit gewählt. Wie ungewollt oder unsinnig die Massnahme sei, die euch trifft, ihr habt euch ihr zu unterziehen.»⁸⁰

Allerdings erkannte de Tocqueville im amerikanischen System auch die Instrumente zum Kampf gegen die Tyrannei. Dazu zählte er zuerst den Föderalismus,

dies. Das Ergebnis sind Verwerfungen im Verhältnis des Volks zu Behörden wie auch zu Minderheiten und Individuum.»; vgl. auch S. 520 f.

80 Zitiert nach JARDIN, S. 192.

der dem Bürger die Möglichkeit verschaffe, sich auf Ebene der Gemeinde Gehör zu verschaffen und sich selbst für die verschiedensten Funktionen wählen zu lassen. Zwar führe die Dezentralisierung von Regierung und Verwaltung zu einem Mangel an Einheitlichkeit und manchmal auch an Effizienz, doch sei sie einer Zentralisierung dennoch jederzeit vorzuziehen, da diese die Bürger davon abhalte, ihre Angelegenheiten selbst in die Hand zu nehmen, ihre Unterschiede einebne und ihre Mitgestaltungsmöglichkeiten verwässere. Im Grunde, so Tocqueville, stelle die dezentralisierte Verwaltung eine Art von Despotismus dar, die, um an die Frucht der Einheit und Effizienz zu gelangen, den Baum fälle.⁸¹

Zu den Instrumenten, die dem Kampf gegen die Tyrannei dienen, zählte de Tocqueville zweitens die Rechtsgelehrten, und drittens andere zivilgesellschaftliche Kräfte, wie die Religion.⁸² Aber auch die Bildung gehöre zu den Mechanismen, die die Demokratie berechenbar machen. Eine Demokratie müsse nämlich alle Bürger in die Lage versetzen zu regieren und ihnen auch die Fähigkeiten dazu vermitteln.⁸³ Das Volk müsse dabei aber nicht perfekt sein, um regieren zu können. «Trotz all ihrer kleinmütigen Leidenschaften, ihrer lückenhaften Bildung, ihrer ordinären Sitten», so stellte er fest, sind die Amerikaner «offensichtlich in der Lage, praktische Intelligenz zu entwickeln, und diese erweist sich als ausreichend»⁸⁴.

Alexis de Tocqueville hat auch darauf hingewiesen, dass das Volk einigermaßen gleich sein müsse, damit es praktische Intelligenz entwickeln könne. Die gesellschaftliche Gleichheit faszinierte den Reisenden denn auch am meisten. «Die gesamte Gesellschaft», stellte er fest, «scheint zu einer einzigen mittleren Klasse verschmolzen.»⁸⁵ Es gibt hier keinen Menschen, konstatierte er, «der nicht vernünftigerweise hoffen kann, die Annehmlichkeiten des Lebens zu erlangen; keinen, der nicht weiss, dass seine Zukunft, sofern er arbeitet, gesichert ist.»⁸⁶ Dabei frappierte de Tocqueville eines ganz besonders: die Annäherung der Stellung von Frau und Mann.⁸⁷ Es fiel ihm aber auch auf, dass die amerikanische Freiheit und Gleichheit nicht allen gleichermassen zugutekam und die amerikanische Demokratie schon wegen des Schicksals der indigenen Völker nicht als vollkommen gelten könne; die ersten «Indianer», denen

81 JARDIN, S.180 ff. sowie S. 193: Aus der Teilhabe der Bürger am öffentlichen Leben beziehe die Dezentralisierung ihren universalen Wert. Leider müssen in Europa – und ganz besonders im heimatlichen Frankreich – zuerst die Gesetze freiheitsfeindlicher Traditionen beseitigt und die öffentliche Meinung aufgeklärt werden, bevor sich diese Erkenntnis durchsetzen könne.

82 JARDIN, S. 195 f.

83 JARDIN, S. 208.

84 Zitiert nach JARDIN, S. 145.

85 Zitiert nach JARDIN, S. 101; vgl. auch S. 145: Die soziale Gleichheit in Amerika schliesst Unterschiede keineswegs aus, die sich auf dem Vermögen gründen, doch sind diese fließend und wandelbar.

86 JARDIN, S. 103.

87 JARDIN, S. 101.

er begegnete, liefen bettelnd hinter seiner Kutsche her.⁸⁸ Hatte er die Tatsache, dass die Amerikaner «alle die gleiche Kleidung»⁸⁹ tragen, zunächst noch als Beweis einer egalitären Gesellschaft gesehen, so bedrückte ihn der Anblick der Indigenen, die sich in ihren europäischen Kleider «sichtlich wie gefangen vorkommen»⁹⁰.

Was die Demokratie von der Tyrannei der Mehrheit unterscheidet, sind zuerst ihre Rahmenbedingungen. Dazu gehören ein freies und auf Chancengleichheit beruhendes Gesellschafts- und Wirtschaftsleben, organisierte gesellschaftliche Kräfte, Medien und Parteien und ein allen zugängliches Bildungswesen. Idealerweise führt diese gesellschaftliche Gleichheit nicht zu einer gesellschaftlichen Assimilierung, sondern zu einer Integration von Menschen, die allen erlaubt, anders zu bleiben und dennoch – auch ohne europäische Kleidung – gleiche Chancen zu haben.

2. *Rechtsstaat als Schranke der Demokratie*

Rechtsstaat und Demokratie gemeinsam gewähren jedem Einzelnen ein gleiches Recht auf Selbstbestimmung und ein gleiches Recht auf Mitbestimmung, wenn Entscheide darüber gefällt werden, wie die Selbstbestimmung der Einzelnen durch staatliche Massnahmen geschützt, verwirklicht oder beschränkt wird.⁹¹ Die Demokratie stellt sicher, dass Gesetze und andere staatliche Entscheide auf dem Willen des Volks beruhen und seinem Wohl dienen. Indem die Demokratie allen Menschen das gleiche Recht auf Mitgestaltung des Gemeinwesens und auf Festlegung seiner Ziele garantiert, ist sie der (rechtsstaatlichen) Gleichheit verpflichtet. Gleichzeitig stellt sich sicher, dass alle Menschen die gleichen Möglichkeiten haben, an den gesetzlichen Grundlagen mitzuwirken, die ihr Recht auf Selbstbestimmung beschränken. Aber auch wer überstimmt wird, bleibt nicht ohne Schutz. Die Grundrechte sichern vielmehr jedem Einzelnen das Recht, sich an eine unabhängige Instanz zu wenden, die den Entscheid des Gesetzgebers überprüft und den Einzelnen vor nicht gerechtfertigten Entscheiden der Mehrheit schützt. Dieser gerichtliche Schutz kommt auch Angehörigen von Minderheiten zugute, die sich in Bezug auf ihre Sprache, ihre Religion oder ihre Kultur von der Mehrheit unterscheiden, und deshalb besonders Gefahr laufen, im demokratischen Prozess überstimmt zu werden.⁹²

88 JARDIN, S. 107 f.

89 JARDIN, S. 101.

90 JARDIN, S. 111.

91 Vgl. MÜLLER, Entstehung und Entwicklung, S. 1172 ff.

92 Vgl. zum Ganzen MÜLLER, Die demokratische Verfassung, S. 46: «In den konkreten Fragen der Demokratie kommt Konsens oft dadurch zustande, dass eine Lösung nur von einer Gruppe aktiv befürwortet wird, aber daneben für möglichst viele andere *akzeptabel* und für alle jedoch *zumutbar* ist. [...] Diese Einsicht ist darum wichtig, weil sie die Vorstellung korrigiert, Legitimität in der Demokratie folge zwangsläufig aus der positiven Stellungnahme einer Mehrheit. Ist das

Es ist aber nicht nur die Mehrheit, die Gesetze macht – es ist auch die Mehrheit, die von Gesetzgebung oder anderen staatlichen Massnahmen absehen kann. Was bedeutet es für den Einzelnen, wenn ihm jene staatlichen Massnahmen verwehrt bleiben, die er zur Verwirklichung seiner gleichen Rechte und Freiheiten als erforderlich erachtet? Was gilt, wenn die Mehrheit nicht eine unverhältnismässige Beschränkung der Grundrechte beschliesst, die Gerichte beiseitigen können, sondern es versäumt, die Rechte und Freiheiten Einzelner angemessen zu schützen oder wirksam zu verwirklichen? Das grundrechtliche Instrumentarium ist – seiner historischen Entwicklung entsprechend – darauf ausgerichtet, ungerechtfertigte Eingriffe in Rechte und Freiheiten abzuwehren, taugt aber nur bedingt dazu, gesetzgeberische Versäumnisse im Bereich der Schutz- und Verwirklichungspflichten zu korrigieren. Der einzelne Grundrechtsträger und die Angehörigen von Minderheiten haben denn auch kaum Möglichkeiten, sich gegen eine Mehrheit zur Wehr zu setzen, die es unterlässt, jene gesetzgeberischen und anderweitigen Massnahmen zu ergreifen, die zur gleichen Verwirklichung der Grundrechte für alle erforderlich wären.

Auch die Bundesrevisionskommission, die mit der Ausarbeitung der neuen Bundesverfassung betraut war, hatte am 22. Februar 1848 zu Protokoll gegeben, dass nicht nur eine «unumschränkte Monarchie», sondern auch die «reine Demokratie» zu absolutistischer Herrschaft führen könne. Der Unterschied liege einzig darin, dass der absolute Wille, das Recht so oder anders zu beschaffen, im ersten Fall einem Einzelnen und im zweiten Fall dem Volk zukomme.⁹³ Der berühmte schweizerische Staatsrechtler Fritz Fleiner bezeichnete die direkte Demokratie sogar als «autoritäre Staatsform», da sich der «Wucht, die einem Volksentscheid» innewohne, keine Gegenkräfte entgegenstellten.⁹⁴

Soll die Demokratie nicht zu einer autoritären Staatsform verkommen, muss das Recht nicht nur Grundlage, sondern auch Schranke staatlichen Handelns sein (Art. 5 Abs. 1 BV), was auch dann gelten muss, wenn das Volk – durch seine Vertreterinnen und Vertreter oder direkt – Macht ausübt. Demokratie bedeutet nicht Volkssouveränität, sondern rechtlich gebändigte, rechtlich geregelte, rechtlich beschränkte Herrschaft durch das Volk. Es gibt im Rechtsstaat keinen Souverän, der in allen Dingen das letzte Wort hat.

Traditionellerweise wird der Rechtsstaat, soweit er die Demokratie nicht begründet und ermöglicht, etwa indem er das Legalitätsprinzip verankert und den freien Meinungsbildungsprozess sichert, als reine «Defensivveranstaltung»⁹⁵ verstanden. Die defensive Funktion des Rechtsstaats erscheint dabei «als Verfahren, demokratische Herrschaft mit Autonomie und Würde des Individuums

Resultat für eine Minderheit unzumutbar, das heisst, wird sie in Grundrechtspositionen verletzt, ist der Entscheid nicht legitim.»

93 Zitiert nach REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 333.

94 FLEINER, S. 25.

95 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 340.

zu versöhnen»⁹⁶. Der Rechtsstaat kontrolliert und mässigt die Herrschaftsausübung – auch jene durch die Mehrheit – indem er Grundrechte garantiert, für deren Einschränkungen eine gesetzliche Grundlage fordert, für deren Überprüfung ein unabhängiges Gericht einsetzt, indem er Willkür verbietet und Gleichheit gebietet. Er dient damit der Verteidigung der Rechte und Freiheiten Einzelner: Gerichte können Entscheide und oft auch Erlasse aufheben, die aus rechtsstaatlicher Sicht nicht haltbar sind. Dass die Entscheide und Erlasse demokratisch zustande gekommen sind, bildet dabei nur einen Teil der gerichtlichen Überprüfung. Sie müssen sich – in den Augen des unabhängigen Gerichts – auch sonst rechtfertigen lassen, namentlich durch ihre Verhältnismässigkeit.⁹⁷

Das Konzept des rein defensiven Rechtsstaats, so wichtig es bleibt, vermag allerdings nicht alle Probleme zu beheben, die sich aus der Wucht von Volksentscheiden und der Wucht von Entscheidungen der Volksvertretung ergeben können. Die Mehrheit des Volks bestimmt nämlich auch darüber, was eine gemeinsame Angelegenheit ist und was privat bleibt. Wird eine Angelegenheit aber Privaten überlassen, die sich dieser Aufgabe nicht gewachsen fühlen oder die andere Angehörige des Gemeinwesens bei ihrer Erfüllung unterstützen möchten, so hilft der defensive Rechtsstaat nicht weiter. Auch im grundrechtlichen Bereich ist er auf ein Verständnis der Rechte und Freiheiten zugeschnitten, das überholt ist. Grundrechte sind längst nicht mehr nur Abwehrrechte, die es Einzelnen und Gruppen erlauben, übermässige Eingriffe in ihre Rechte und Freiheiten abzuwehren. Grundrechte begründen vielmehr auch Schutz- und Leistungsansprüche, die ein Handeln des Gemeinwesens erfordern.⁹⁸ Versäumt es das Gemeinwesen, diese Pflichten wahrzunehmen, so braucht es einen aktiven Staat, der den Grundrechten zum Durchbruch verhilft. Überstimmte Minderheiten – und Personen und Gruppen, die von der Mitwirkung ausgeschlossen sind – können sich in diesem Fall aber nicht an eine unabhängige Justiz wenden, um Entscheide abzuwehren. Wo Gerichte an ihre funktionellen Schranken stossen, weil sie keine Mittel haben, um gegen die Untätigkeit des Gesetzgebers vorzugehen, ist deshalb eine Verbesserung der Mitwirkung von Nöten. Gerade weil der defensive Rechtsstaat in diesen Fällen nur unzureichenden Schutz bietet, wird die Mitwirkung am Staat zentral: Alle Betroffenen müssen an den Entscheiden, die das Gemeinwesen betreffen, angemessen mitwirken können.

3. *Menschenwürde als Kern des Rechtsstaats und der Demokratie*

Ausgangspunkt und Ziel des Rechtsstaats bildet die Menschenwürde (Art. 7 BV), die allen Menschen einen Anspruch auf gleiche Anerkennung ihrer Würde, gleiche Achtung und gleichen Schutz garantiert. Diese Grundidee

96 REICH, *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, S. 340; vgl. auch WYTTENBACH, S. 1373 f.

97 Vgl. dazu RÜTSCHKE, S. 1056 ff. und 1066 ff.

98 Vgl. statt vieler MÜLLER, *Entstehung und Entwicklung*, S. 1180 ff. und S. 1185 ff.

strahlt in alle Grundrechte aus, deren Kerngehalt die Menschenwürde bildet (Art. 36 Abs. 4 BV). Auch sie steht gleichermaßen im Dienste der Einheit aller Menschen als auch im Dienste ihrer Vielfalt. Sie schützt «das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit.»⁹⁹ Jeder Mensch darf danach einzigartig und allenfalls auch andersartig sein und hat dennoch oder gerade deswegen einen unbedingten Anspruch auf gleiche Achtung und gleichen Schutz seiner Würde. Seine Einzig- oder allfällige Andersartigkeit muss geachtet und bei Bedarf auch geschützt werden.

Aus der Garantie der Menschenwürde ergibt sich auch die staatliche Pflicht, alle erforderlichen und geeigneten Massnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass Private die gleiche Würde aller Menschen in Frage stellen, ihre Integrität verletzen oder ihre Selbstbestimmung missachten.¹⁰⁰ Aufgrund des Schutzauftrags hat der Staat zu verhindern, dass Private Menschen aufgrund bestimmter Eigenschaften erniedrigen oder herabwürdigen. Dass der Verfassungsgeber in Art. 7 BV Achtungs- und Schutzpflichten ausdrücklich erwähnt und gleichwertig nebeneinanderstellt, deutet darauf hin, dass er den Schutzpflichten im Bereich der gleichen Menschenwürde eine erhöhte Bedeutung beimisst. Beide gelten, wenn auch in unterschiedlicher Weise, in allen Rechtsgebieten. Massnahmen, welche die Gefahr erniedrigender Behandlungen oder Situationen mit sich bringen, sind nicht mit der Menschenwürde vereinbar. Während die Achtungspflichten absolut gelten, ist dies allerdings bei den Schutzpflichten nicht der Fall. Diese sind zwar ebenso verbindlich wie die Achtungspflichten und ebenso wichtig für die Verwirklichung der Menschenwürde, doch verfügt der Staat über ein Ermessen, wenn es um gesetzgeberische oder anderweitige Massnahmen geht, die darauf zielen, Verletzungen der Menschenwürde zu verhindern oder gegen Verletzungen durch Private vorzugehen.¹⁰¹ Ob er für eine Wirkung der Menschenwürde zwischen Privaten sorgt oder nicht, steht dagegen nicht in seinem Ermessen (Art. 35 Abs. 1 und 3 BV).

Im Zentrum der Menschenwürde steht das Recht jedes Menschen, als freies und vernunftbegabtes Wesen anerkannt und stets als Subjekt, nicht als Objekt behandelt zu werden. Subjektqualität, Gleichwertigkeit und Individualität sichern dem Menschen ein Recht darauf, sich selbst zu sein und sich selbst zu bestimmen. Das Recht, autonom Entscheide fällen zu können, ist denn auch untrennbar mit der Menschenwürde verbunden. Die Menschenwürde ist deshalb nicht nur verletzt, wenn ein Mensch Opfer einer grausamen, erniedrigenden oder unmenschlichen Behandlung wird, sondern auch wenn sein Recht auf

99 BGE 132 I 49 E. 5.1 sowie zum Ganzen WYTENBACH, S. 1371 ff.

100 BELSER/MOLINARI, BSK-BV, Art. 7 N 51; KIENER, Grundrechte in der BV, S. 1216 ff.; MAHLMANN, S. 217 f.

101 Vgl. BELSER/MOLINARI, BSK-BV, Art. 7 N 68; TSCHENTSCHER, S. 1322.

Selbstbestimmung missachtet wird. Die Menschenwürde garantiert jedem Menschen das Recht, die eigene Identität, das Selbstbild und die Lebenspraxis zu wählen und zu verändern und dabei jederzeit als gleichwertiger Ausdruck dessen, was Menschsein bedeutet, geachtet und geschützt zu sein. Sie findet ihren Ausdruck im Recht auf persönliche Freiheit, im Recht auf Achtung und Schutz der Privatsphäre, aber auch in der Glaubens- und Gewissensfreiheit und anderen Freiheitsrechten.

Die Menschenwürde als Ausdruck der «Souveränität» des Menschen weist aber auch enge Bezüge zu den Sozialrechten, den Verfahrensrechten und zu den politischen Rechten auf. Wer in Not gerät, und vorübergehend oder langfristig nicht in der Lage ist, selbst für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Unterstützung und auf alle Mittel, die er braucht, um menschenwürdig leben zu können (Art. 12 BV). Dieser Leistungsanspruch gilt bedingungslos und steht allen Menschen unterschiedslos zu. Wer Teil eines verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Verfahrens ist, hat nicht nur Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung, sondern auch Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV) und damit Anspruch darauf mitzuwirken, wenn Entscheide gefällt werden, die ihn betreffen. Die Verfahrensrechte dienen damit nicht nur einem gerechten Verfahrensausgang, sondern verhindern auch, dass der Einzelne zum Objekt staatlicher Entscheide wird. Schliesslich haben Menschen auch einen Anspruch darauf, an kollektiven Entscheiden mitzuwirken, die das Gemeinwesen fällt. Der Zweck der politischen Rechte besteht darin, Menschen die Selbstbestimmung in einem politischen Gemeinwesen zu ermöglichen. Wo Menschen sich nicht individuell selbst bestimmen können, haben sie danach Anspruch darauf, an gemeinsamen Entscheiden mitzuwirken. Der Mensch mit seinem unantastbaren Anspruch, Subjekt seines Lebens und seiner Lebenswelt zu sein, kann sich, wie schon Zaccaria Giacometti feststellte, «in der staatlichen Zwangsgemeinschaft, der er nicht zu entinnen vermag, allein in der Weise ein Stück Freiheit und ein Stück Selbstbestimmung [...] wahren, dass er selber an der Willensbildung des Staatswillens beteiligt wird»¹⁰². Zwischen der Menschenwürde und der politischen Mitbestimmung des Menschen bestehen deshalb unauflösbare Zusammenhänge. Jörg Paul Müller formulierte denn auch als demokratisches Apriori der Neuzeit: «Kein Mensch als vernunftbegabtes Wesen darf einem Gesetz unterworfen sein, das er nicht selbst setzt oder das er doch im Grundsatz als allgemeine Regel bejahen müsste.»¹⁰³

102 GIACOMETTI, S. 4 f.

103 MÜLLER, Perspektiven, S. 125 (vgl. auch S. 67); vgl. auch BISAZ, S. 107 ff. sowie RÜEGGER, S. 75 ff.

II. Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot

Die Rechtsgleichheit stellt ein allgemeines Prinzip der nationalen und internationalen Rechtsordnung dar. Staaten – ob gross oder klein¹⁰⁴ – haben einen Anspruch auf Gleichheit, ein gleiches Recht auf Achtung ihrer inneren Angelegenheiten und gleiche Ansprüche auf Mitgestaltung des Völkerrechts. Das Gleiche gilt für die Kantone im schweizerischen Bundesstaat. Aber auch auf der Ebene der Einzelnen bildet die Rechtsgleichheit als Querschnittsgrundrecht den Dreh- und Angelpunkt individueller Gerechtigkeit: Menschen haben Anspruch auf Gleichheit, gleiche Würde, gleiche Selbstbestimmung und gleiche Mitwirkung.

Die allgemeine Rechtsgleichheit begründet sowohl ein Recht auf Gleichbehandlung (*formelle Gleichheit*), als auch ein Recht auf Differenzierung (*materielle Gleichheit*). Weil Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist, müssen der Gesetzgeber und der Rechtsanwender abwägen, ob Menschen trotz ihrer Unterschiede gleich zu behandeln sind oder ob diese so erheblich sind, dass sie eine Ungleichbehandlung erlauben oder sogar erfordern. Staatliche Akteure verfügen bei dieser Entscheidung über ein erhebliches Ermessen und können und dürfen sich an gesellschaftlichen Auffassungen orientieren.¹⁰⁵ Im Bereich der allgemeinen Rechtsgleichheit bleibt die Rechtsordnung deshalb von gesellschaftlichen Anschauungen abhängig und setzt sich nicht zum Ziel, diese zu verändern. Deshalb erachtete das Bundesgericht im Jahre 1887 berühmterweise Emilie Kempin Spyris Forderung, aus der allgemeinen Rechtsgleichheit einen Anspruch auf Gleichbehandlung der Geschlechter abzuleiten als «ebenso neu als kühn» und als Idee, die «nicht gebilligt werden» könne. Es bedürfe keiner weiteren Ausführung, dass man sich mit einem solchen Verständnis der Rechtsgleichheit über alle Regeln der historischen Auslegung hinwegsetzen würde, entschied das Gericht. Der Rechtsgleichheitsartikel dürfe «nicht in dem, zu geradezu unmöglichen Konsequenzen führenden, Sinne aufgefasst werden, dass derselbe schlechthin jede Verschiedenheit einzelner Personenklassen verbiete». Verboten seien nur solche rechtlichen Verschiedenheiten, «welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen». Nun erscheint aber, «nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsanschauung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der inneren Begründung keineswegs entbehrende.»¹⁰⁶ Wer an der Schaffung der Gesetze nicht mit-

104 Vgl. Präambel UN-Charta.

105 WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 26 und 34.

106 BGE 13 I 1 E. 2.

wirken dürfe, könne diese auch nicht glaubwürdig vor Gericht auslegen – deshalb verletzte der Kanton Zürich die Bundesverfassung nicht, wenn er Frauen wie Emilie Kempin Spyrer, mochten sie rechtlich noch so bewandert sein, die Parteivertretung vor Gericht verwehrte. Zwar schliesse weder die zürcherische Kantonsverfassung noch die Bundesverfassung die Frauen ausdrücklich vom Stimmrecht aus, räumte das Bundesgericht ein – «allein mit Rücksicht auf die gesammte geschichtliche Entwicklung [sei] doch ohne Weiteres anzunehmen», dass unter Bürgern nur Bürger männlichen Geschlechts zu verstehen seien.¹⁰⁷

Die allgemeine Rechtsgleichheit lässt es nicht nur zu, an geschichtlichen Ungleichbehandlungen von Personengruppen festzuhalten, sie kann diese sogar festigen. Je stärker eine Personengruppe nämlich durch das Recht, die allgemeinen Anschauungen und die Gesellschaft an den Rand gedrängt, benachteiligt und herabgewürdigt wird, umso eher finden sich sachliche Gründe, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Gerade um diesen Teufelskreis zu durchbrechen, wurden die Diskriminierungsverbote geschaffen, die als besondere Gleichbehandlungsgebote das Ermessen der Behörden einschränken und sich zum Ziel setzen, *Gleichheit gerade dort zu schaffen, wo sie in Wirklichkeit fehlt*.

Die Schweiz hat diese Entwicklungen mit der Schaffung der besonderen Diskriminierungsverbote und der Ratifikation zahlreicher völkerrechtlicher Verträge, die die Diskriminierung verbieten, nachvollzogen (1.). Sie untersteht damit auch einer Pflicht zur Egalisierung der Menschen, der sie allerdings nur in Bezug auf einige Personen und Lebensbereiche nachlebt (2.). Im Unterschied zu den meisten anderen Staaten hat die Schweiz bis anhin auch davon abgesehen, das Diskriminierungsverbot in einem allgemeinen Diskriminierungsgesetz zu konkretisieren, seine Wirksamkeit im Verhältnis zum Staat zu stärken und seine Wirkung unter Privaten zu klären (3.).

1. Verbot der Diskriminierung

Es ist grundsätzlich ohne Weiteres zulässig, bestimmte Merkmale von Menschen mit rechtlichen Folgen zu verbinden. Das Diskriminierungsverbot, das die Menschenwürde im Bereich der Rechtsgleichheit konkretisiert, verbietet es aber, Menschen aufgrund ihrer Identität zu benachteiligen und richtet sich gegen Herabwürdigung, Stigmatisierung, soziale Ausgrenzung und Unterdrückung. Die Berücksichtigung von Merkmalen, die die Identität eines Menschen ausmachen, ist zwar nicht verboten, wohl aber die herabwürdigende Behandlung eines Menschen, «die sich aus der Anknüpfung an bestimmte personenbezogene Merkmale oder deren Nichtberücksichtigung ergeben kann»¹⁰⁸. Das Diskriminierungsverbot schützt damit vor Angriffen auf die Wertschätzung eines Menschen, «die dadurch entstehen, dass Menschen ausschliesslich auf-

107 BGE 13 I 1 E. 3.

108 WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 51; vgl. dazu auch WYTENBACH, 1375 f.

grund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und nicht als Individuum behandelt und wegen ihres ‹Andersseins› stigmatisiert und ausgegrenzt werden».¹⁰⁹

Die Diskriminierungsverbote weisen eine kollektive Komponente auf: Indem sie die Herabwürdigung eines Menschen aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer Gruppe verbieten, zielen sie auf die Gleichstellung der Gruppe.¹¹⁰ Zwar ist die Anknüpfung an ein sensibles Merkmal nicht ausgeschlossen, doch lässt sie die Vermutung einer Diskriminierung entstehen, die sich nur durch besonders qualifizierte Gründe beseitigen lässt. Zu den Merkmalen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, gehören alle jene Eigenschaften eines Menschen, die Bestandteil seiner Identität sind, die er nicht aufgeben kann oder die so wesentlich sind, dass ihm die Aufgabe nicht zugemutet werden kann. Zu den Diskriminierungstatbeständen, die die Bundesverfassung exemplarisch nennt, gehören Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung sowie Behinderung. Mit der ‹Herkunft› sind identitätsprägende und nicht veränderbare Aspekte einer Identität gemeint, ‹wie die geografische, ethnische, nationale, kulturelle Herkunft bzw. Verankerung einer Person»¹¹¹. Dabei wird jedoch davon ausgegangen, dass sich nur die Unterscheidung nach unterschiedlichen ausländischen nationalen Identitäten nach dem strengen Massstab von Art. 8 Abs. 2 BV misst, jene zwischen schweizerischer und ausländischer Herkunft dagegen nach Art. 8 Abs. 1 BV, der für unterschiedliche Regeln sachliche Gründe genügen lässt.¹¹²

Unter das sensible Merkmal der ‹Lebensform› lassen sich verschiedene Aspekte von Identitäten subsumieren, etwa nicht-eheliche und gleichgeschlechtliche Lebens- und Familienformen sowie die nomadisierende Lebensweise. Nach Art. 14 EMRK und dem Rahmenübereinkommen stellt die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit ein sensibles Merkmal dar, was unmittelbar auch für die schweizerische Rechtsordnung gilt.

Ihre kollektive Komponente rückt die Diskriminierungsverbote in die Nähe der Minderheitenrechte, die ebenfalls auf die Gleichstellung von Gruppen und die Überwindung von historischen Benachteiligungen, Marginalisierungen und Herabwürdigungen zielen. Diese kollektive Komponente zeigt sich auch beim Verbot der indirekten Diskriminierung. Eine solche liegt vor, wenn eine staatliche Massnahme zwar als neutral erscheint, weil sie nicht an ein sensibles Merkmal anknüpft, eine Gruppe von Personen mit diesem Anteil in der Tendenz (und nicht unbedingt in jedem Einzelfall) aber erheblich benachteiligt. Die Diskriminierung ergibt sich in diesem Fall aus der Gleichbehandlung von

109 WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 47.

110 PREVITALI/MONTAVON, S. 1467 f.

111 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 8 N 24; vgl. auch BGE 129 I 392.

112 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 8 N 24.

Personengruppen, die sich in Bezug auf die zu regelnde Rechtsfrage erheblich unterscheiden.¹¹³

Bei der Bindung an das Diskriminierungsverbot und bei seiner Verwirklichung durch Egalisierungsmassnahmen stellt sich die Frage, ob diese symmetrisch oder asymmetrisch wirken. Vermitteln diese nur den Angehörigen von Personengruppen besondere Ansprüche, die in Vergangenheit und Gegenwart Opfer von Benachteiligungen und Ausgrenzungen waren und sind? Schützt das Geschlechterdiskriminierungsverbot nur die Frauen, nicht auch die Männer, wie es die UN-Frauenrechtskonvention – im Unterschied zur Bundesverfassung – nahelegt? Haben nur Personen in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung oder nur Personen mit nomadisierender Lebensform Anspruch auf besondere Beachtung und Gleichstellung? Geht man von einem asymmetrischen Konzept aus, so lassen sich besondere Fördermassnahmen zur Herstellung der Chancengleichheit von Angehörigen benachteiligter Gruppen eher rechtfertigen als bei einem symmetrischen Konzept, das stets daran erinnert, dass die Förderung der einen Gruppe – rechtlich oder tatsächlich – andere benachteiligen kann.

Eine einheitliche Antwort auf diese Fragen kann und muss es nicht geben. Schutzpflichten und Schutzkonzepte sind abhängig von Schutzbedürfnissen – und diese von Zeit, Ort und Umständen. So lässt sich etwa geltend machen, dass es sich bei Rasse und Behinderung um asymmetrische Diskriminierungsverbote handelt, die auf den Schutz und die Förderung nicht-weisser Personen und Personen mit Behinderungen ausgerichtet sind, und dass es bei Alter, Geschlecht und Religion um symmetrische Diskriminierungsverbote geht, die darauf hinwirken, dass weder Junge noch Alte, weder Männer noch Frauen, noch die Angehörigen irgendeiner Religion Nachteilen ausgesetzt sind. Man kann aber auch davon ausgehen, dass die subjektiv-rechtliche Dimension grundsätzlich symmetrisch ist, während die objektive asymmetrisch wirkt. Nach dieser Auffassung können sich alle Menschen gleichermaßen an die Gerichte wenden, wenn zu ihrem Nachteil an einem verpönten Merkmal angeknüpft wird oder justiziable Egalisierungsmassnahmen unterbleiben. Die objektiv-rechtlichen Massnahmen, die dem programmatischen Auftrag zur Herstellung materieller Chancengleichheit Folge leisten, kommen dagegen nur den Angehörigen historisch oder gegenwärtig benachteiligter Gruppen zugute.¹¹⁴

Selbst diese Unterscheidungen sind aber zu pauschal, um der Komplexität und Dynamik der gesellschaftlichen und rechtlichen Umstände gerecht zu werden. Viel spricht deshalb dafür, dass sich die staatlichen Pflichten je nach sensiblem Merkmal und je nach Schutzdimension, je nach Geschichte und den Bedingungen der Gegenwart unterscheiden. In der Schweiz besteht gegenwärtig wohl nur ein geringes Bedürfnis nach Schutz weisser Personen vor Benachtei-

113 BELSER/WALDMANN, Kap. 7 N 30 ff.; PREVITALI/MONTAVON, S. 1459 ff.

114 EPINEY/DUTTWILER, S. 45; WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 50 und 91.

ligungen oder nach Schutz von Personen ohne Behinderungen oder nach Schutz heterosexueller Paare. Sie waren und sind zwar vielleicht als Einzelne in Geschichte und Gegenwart den einen oder anderen Nachteilen ausgesetzt, aber nicht als Gruppe.

Bei anderen Merkmalen sind die Verhältnisse komplizierter. Zweifellos handelt es sich bei den Frauen um eine Personengruppe, die in der Vergangenheit zahllosen rechtlichen und tatsächlichen Nachteilen ausgesetzt war und die im gesellschaftlichen, namentlich im wirtschaftlichen Bereich, weiterhin unter Nachteilen leidet. Dies gilt nicht unbedingt für alle einzelnen Frauen aber für die Frauen als Gruppe. Es bedeutet aber nicht, dass sich nicht auch die Männer als Gruppe mit rechtlichen und gesellschaftlichen Nachteilen konfrontiert sahen und sehen, etwa im Bereich der Militärdienstpflicht, bei den Witwenrenten sowie – wie die Frauen – in den Bereichen von Familie, Ausbildung und Arbeit. Männer waren beispielsweise während langer Zeit – und sind möglicherweise noch heute – bei der Frage der elterlichen Sorge, bei der Ausgestaltung von Besuchsrechten und auch bei der Pflicht, für den wirtschaftlichen Unterhalt der Familie zu sorgen, benachteiligt.¹¹⁵ Es gibt auch Hinweise darauf, dass Knaben im Bildungssystem Nachteilen ausgesetzt sind, etwa durch die Tatsache, dass im Vorschulalter und in der Grundschule mehrheitlich weibliche Lehrpersonen unterrichten. Wenn es ein rechtliches und gesellschaftliches Problem ist, dass Frauen in bestimmten Berufen, etwa im Bereich der Naturwissenschaften, des Handwerks oder der Informatik untervertreten sind, so müsste es die Rechtsordnung auch beschäftigen, dass es umgekehrt zahlreiche Berufe gibt, die Männer selten wählen, etwa im Gesundheits- oder Sozialbereich, was als Hinweis darauf gelten kann, dass auch sie in ihrer Berufswahl möglicherweise nicht nur von individuellen Präferenzen, sondern auch von gesellschaftlichen Stereotypen beeinflusst sind. Dass typische Frauenberufe meist schlechter entlohnt werden als typische Männerberufe, rechtfertigt dabei allerdings den Ruf nach asymmetrischen Gleichstellungsmaßnahmen im Bereich der Lohngleichheit.

Aufgrund der Komplexität der Geschlechter- und anderer Gruppenverhältnisse kommt das Gleichstellungsrecht nicht ohne *relative und dynamische Massstäbe* aus. Anspruch auf Gleichstellung hat, wer als Einzelner oder als Angehöriger einer Gruppe mit bestimmten Merkmalen aufgrund dieses Merkmals auf Hindernisse stösst. Ob dies der Fall ist oder nicht, verändert sich nicht nur mit der Zeit, es hängt auch vom rechtlichen oder gesellschaftlichen Bereich ab.

2. *Pflicht zur Egalisierung*

Rechtliche Gleichheit genügt nicht, um Menschen tatsächlich gleiche Chancen zu eröffnen. Es mag wichtig sein, rechtlich und ideologisch vom Grundsatz auszugehen, dass alle Menschen frei und gleich geboren sind, wie es die ersten

115 Vgl. etwa BGER, 5A_104/2018 vom 2. Februar 2021.

Menschenrechtsdeklarationen festhalten. Genauso wichtig aber ist das Bewusstsein, dass Menschen in Tat und Wahrheit höchst ungleich und unfrei geboren werden und dass Freiheit und Gleichheit nicht nur *Vorgabe* des Rechts, sondern vor allem *Aufgabe* sind. Nach Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, der unter dem Titel «Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit» steht, sind zwar alle Menschen «frei und gleich an Würde und Rechten geboren». Allerdings wurde die Garantie – in den USA, in Frankreich und auf der internationalen Ebene – von Menschen verfasst, die in Wirklichkeit unter privilegierten Umständen geboren wurden und lebten. Bekanntlich galten die ersten Garantien nur für gesunde, reiche und weisse Männer.¹¹⁶

Die Millenniumserklärung, welche die internationale Gemeinschaft rund ein halbes Jahrhundert nach der Allgemeinen Menschenrechtserklärung verabschiedet hat, bringt den fundamentalen Wandel des Menschenrechtsverständnisses auf den Punkt. Sie stellt zwar ebenfalls Freiheit und Gleichheit an die Spitze der Werte und Grundsätze, die das 21. Jahrhundert prägen sollen. Sie nimmt jedoch auch die Brüderlichkeit oder *Solidarität* wieder auf, die zwar zu den revolutionären Forderungen gehört hatte, später aber in den Hintergrund getreten war. Sie ergänzt diese Werte um *Toleranz*, *Achtung der Natur* und *gemeinsam getragene Verantwortung*, ohne die es auf die Dauer weder Freiheit noch Gleichheit für alle geben könne. Sie bringt aber auch einen tiefgreifenden Wandel in der Konzeption von Freiheit und Gleichheit zum Ausdruck. Freiheit wird in der Millenniumserklärung nämlich verstanden als Recht von Männern und Frauen, «in Würde und Freiheit – von Hunger und der Furcht vor Gewalt, Unterdrückung oder Ungerechtigkeit – ihr Leben zu leben und ihre Kinder zu erziehen». Freiheit ist damit nicht länger ein *Zustand*, in welchem Menschen geboren werden, sondern ein *Ziel*, das durch die Bekämpfung von Hunger und Armut, Gewalt, Unterdrückung und Ungerechtigkeit erreicht werden muss. Die Gleichheit wird verstanden als Recht von Menschen und Nationen, aus der Entwicklung Nutzen zu ziehen und als «Gleichberechtigung und Chancengleichheit von Männern und Frauen». Solidarität bedeutet, dass Probleme gemeinsam bewältigt und dass die damit verbundenen Kosten und Belastungen nach Billigkeit und sozialer Gerechtigkeit verteilt werden und denjenigen, die leiden oder denen die geringsten Vorteile entstehen, ein Anrecht auf Hilfe von den grössten Nutzniessern garantiert wird. Schliesslich verlangt die Toleranz nicht nur, dass Menschen einander in der gesamten Vielfalt ihrer Glaubensüberzeugungen, Kulturen und Sprachen achten, sondern auch, dass Unterschiede innerhalb einer Gesellschaft sowie zwischen verschiedenen Gesellschaften «weder gefürchtet noch unterdrückt, sondern vielmehr als kostbares Gut der Menschheit geschätzt werden»¹¹⁷.

116 Vgl. etwa BELSER, *The White Man's Burden*, S. 634 ff.

117 Vgl. Millenniums-Erklärung der Vereinten Nationen verabschiedet von der Generalversammlung der Vereinten Nationen zum Abschluss des vom 6.–8. September 2000 abgehaltenen Mil-

Das Ziel der Gleichheit bedarf der *Gleichstellung*, wie das Ziel der Freiheit der *Befreiung* bedarf. Ein Bedarf an Gleichstellung weisen vor allem jene Menschen auf, die von Hunger und Armut, Gewalt und Unterdrückung bedroht sind, Personen, die es aufgrund besonderer Merkmale besonders schwer haben, gleichberechtigt Rechte und Freiheiten zu geniessen und Personen, die Gruppen angehören, die in der Vergangenheit oder in der Gegenwart rechtlichen und gesellschaftlichen Benachteiligungen ausgesetzt waren oder sind.

Gegenwärtiges oder vergangenes Unrecht kann durch rechtliche Garantien der Gleichheit und der Freiheit alleine nicht wiedergutmacht werden. Vielmehr sind Massnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit und tatsächlicher Freiheit erforderlich, wie US Präsident Lyndon Johnson schon im Jahre 1965 programmatisch festgehalten hat:

«But freedom is not enough. You do not wipe away the scars of centuries by saying: Now you are free to go where you want, and do as you desire, and choose the leaders you please. You do not take a person who, for years, has been hobbled by chains and liberate him, bring him up to the starting line of a race and then say <you are free to compete with others>, and still justly believe that you have been completely fair. Thus, it is not enough to just open the gates of opportunity. All our citizens must have the ability to walk through these gates ... To this end equal opportunities are essential, but not enough, not enough.»¹¹⁸

Trotz dieser Einsicht, dass sich Chancengleichheit nicht ergibt, sondern erarbeitet werden muss, ist in der schweizerischen Rechtsordnung weiterhin umstritten, ob sich die Diskriminierungsverbote darauf beschränken, Diskriminierungen zu verbieten, oder ob sie darüber hinaus zur Egalisierung verpflichtet. Wenn es um die Gleichstellung von Frauen und Männern (Art. 8 Abs. 3 BV, UN-Frauenrechtskonvention) und um die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen geht (Art. 8 Abs. 4 BV, UN-Behindertenrechtskonvention), ergeben sich Egalisierungspflichten aus dem Verfassungs- und Völkerrecht. Auch in Bezug auf Kinder und Jugendliche sehen Verfassungs- und Völkerrecht Pflichten zur besonderen Rücksichtnahme und zur Förderung der Gleichheit vor.¹¹⁹

In anderen Diskriminierungsbereichen werden staatliche Egalisierungspflichten teilweise weiterhin abgelehnt.¹²⁰ Wie alle Grundrechte weisen aber auch die allgemeine Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot neben der subjektiven Dimension, die dem Einzelnen einklagbare Rechte vermittelt, eine objektive, konstitutionell-institutionelle Dimension auf, die ein Egalisie-

lenniumsgipfels in New York, verfügbar auf: <http://www.un-kampagne.de/fileadmin/downloads/erklarung/millenniumerklarung.pdf>.

118 JOHNSON LYNDON, Public Papers of the President of the United States, Bd. II, Eintrag 301, zit. nach MARKO, Against Discrimination, S. 309.

119 Art. 11 Abs. 1 BV; Art. 41 Abs. 1 lit. g UN-KRK.

120 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 8 N 18; weitere Nachweise bei WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 91.

rungsgebot enthält.¹²¹ Im Bereich von Art. 8 Abs. 2 BV ist diese positive Pflicht besonders bedeutsam, weil es sich beim Diskriminierungsverbot aufgrund seiner Nähe zur Menschenwürde um eine Kerngehaltsgarantie handelt.¹²²

Das Gebot der Gleichheit von Frauen und Männern kann unter Umständen Massnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung erfordern, die dem Gebot zur rechtlichen Gleichbehandlung entgegenlaufen. Ob eine Durchbrechung der rechtlichen Gleichheit (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) erlaubt – oder geboten ist –, um die tatsächliche Gleichheit zu erzielen (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV), lässt sich nur aufgrund einer Abwägung aller Interessen entscheiden. Im Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes hat der Gesetzgeber klargestellt, dass eine vorübergehende Bevorzugung von Frauen gegenüber Männern zulässig ist. «Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar.» (Art. 3 Abs. 3 GIG). Dass eine Abwägung von Nöten ist, ergibt sich aus dem Erfordernis der Angemessenheit, das auch für alle anderen Bereiche der Gleichstellung – Familie, Ausbildung, Politik – massgebend ist. Dass Sondermassnahmen zur Förderung der Frauen – auch mit Blick auf das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) zulässig sind und zur Umsetzung der UN-Frauenrechtskonvention geboten – hat auch der Bundesrat in seiner Botschaft zur Konvention festgehalten.¹²³

Im Bereich der ethnischen und kulturellen Unterschiede sieht die UN-Rassendiskriminierungskonvention eine Pflicht der Vertragsstaaten vor, jede Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung, die «auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum» beruht, zu unterlassen, zu verbieten und für Gleichheit zu sorgen. Einen solchen Anspruch auf Gleichheit und Herstellung der Chancengleichheit haben auch Angehörige nationaler Minderheiten. Das Rahmenübereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, alle angemessenen Massnahmen zu ergreifen, «um in allen Bereichen des wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Lebens die vollständige und tatsächliche Gleichheit zwischen den Angehörigen einer nationalen Minderheit und den Angehörigen der Mehrheit zu fördern» (Art. 4 Abs. 2 RÜ). Es hält ausdrücklich fest, dass Massnahmen, die zur Erfüllung dieser Pflicht ergriffen werden, nicht als Diskriminierung anzusehen sind (Art. 4 Abs. 3 RÜ). Egalisierungspflichten zu Gunsten nationaler Minderheiten werden auch vom Bundesgericht und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als *zulässig und erforderlich* erachtet.¹²⁴

121 PREVITALI/MONTAVON, S. 1468 ff.; SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 8 N 18 ff. und 30; TSCHEN-TSCHER, S. 1323 ff.; WALDMANN, BSK-BV, Art. 8 N 26 und 43.

122 Vgl. etwa KIENER, Grundrechtsschranken, S. 1303 sowie SCHWEIZER, Art. 8 N 58 ff.

123 Botschaft UN-Frauenrechtskonvention, S. 933.

124 BGE 138 I 205 E. 5.3; Urteil des EGMR, Rs. 2001-I §§ 93 f. (Chapman v UK) vom 6. Oktober 2005.

3. *Notwendigkeit eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes*

Der Wandel im Verständnis der Grund- und Menschenrechte zeigt sich in zahlreichen Bestimmungen der Bundesverfassung und in verschiedenen völkerrechtlichen Konventionen. Hätten die allgemeinen Garantien der Menschenrechtsklärung, die in den beiden UN-Pakten kodifiziert wurden, ausgereicht, um allen Menschen Freiheit und Gleichheit zu gewährleisten, wäre es nicht zu den vielen Konventionen und Normen gekommen, die vulnerable Menschen besonders schützen und darauf zielen, durch eine Vielzahl von Massnahmen ihre Gleichstellung und Befreiung zu erreichen. Besondere Garantien bestehen deshalb für Frauen, Kinder und Jugendliche, Opfer von Rassismus, Menschen mit Behinderungen, Angehörige nationaler Minderheiten, Wanderarbeiterinnen und Wanderarbeiter und für andere Personengruppen, die zwar – *qua* Menschsein – rechtlich alle allgemeinen Rechte und Freiheiten geniessen, aber auf besondere Massnahmen angewiesen sind, um dies auch tatsächlich tun zu können.

Auch die Schweiz hat diesen Wandel nachvollzogen, indem sie die programmatische Funktion der Menschenrechte anerkannt und bei der Nachführung der Bundesverfassung ausdrücklich festgehalten hat, dass Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen, dass staatliche Akteure nicht nur an die Grundrechte gebunden sind, sondern auch zu ihrer Verwirklichung beitragen müssen und dass Behörden dafür zu sorgen haben, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 BV). Gleichzeitig hat sie sich auch mit der Ratifikation zahlreicher besonderer Menschenrechtskonventionen zu einem Menschenrechtsverständnis bekannt, das den Staat als aktiven Akteur einer auf umfassenden und kohärenten Gleichstellungspolitik sieht.

Bei der Umsetzung dieser verfassungs- und völkerrechtlichen Aufträge legt die Schweiz allerdings bekanntlich eine grosse Zurückhaltung an den Tag. Bund und Kantone verfolgen einen sogenannt sektoriellen Ansatz. Sie sind in einigen Bereichen gesetzgeberisch und anderweitig tätig, in andern aber nicht. Sie haben Massnahmen zur Gleichstellung von Frauen und Männern ergriffen, z.B. mit der Schaffung des Gleichstellungsgesetzes und dem Betrieb besonderer Gleichstellungsbüros, kennen einzelne Normen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen, Strafnormen, die vor bestimmten Formen des Rassismus und xenophoben Herabsetzungen schützen – und seit kurzem auch vor bestimmten Formen der Homophobie – und haben Behindertengleichstellungsgesetze geschaffen.

Der sektorielle Ansatz weist aber zahlreiche *Lücken* auf. Selbst die besonderen Gleichstellungsgesetze haben nur einen beschränkten Anwendungsbereich. Das Gleichstellungsgesetz etwa ist nur auf Arbeitsverhältnisse anwendbar (Art. 2 GIG). In anderen Bereichen treten die Mängel des Diskriminierungsrechts noch deutlicher zu Tage. So gibt es keine Spezialgesetze zur Gleichstellung von Personen unterschiedlicher Herkunft, unterschiedlicher Lebensform oder von Angehörigen nationaler Minderheiten. Wo kein Gesetz besteht, das

die Gleichstellung konkretisiert, fehlt es nicht nur an einem Konzept und koordinierten Massnahmen zur Egalisierung benachteiligter Gruppen. Es mangelt auch an Mechanismen, die die Grundrechte zwischen Privaten wirksam werden lassen. Im privatrechtlichen Bereich ist die Gleichstellung denn auch nur sehr unvollständig verwirklicht, und zwar selbst dort, wo sich das Diskriminierungsverbot eignen würden, auch unter Privaten zur Geltung zu kommen. Nur das Gleichstellungsgesetz und das Behindertengleichstellungsgesetz regeln (teilweise) den Zugang zu öffentlich angebotenen Dienstleistungen. Ausserdem gilt ein strafrechtliches Verbot, der Allgemeinheit angebotene Leistungen, «einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung» zu verweigern. Im Übrigen gelten nur die allgemeinen Bestimmungen des Zivilrechts, etwa das vage Verbot sittenwidriger Verträge, der allgemeine Persönlichkeitsschutz und das Verbot rechtsmissbräuchlicher Kündigungen.

Ein allgemeines Antidiskriminierungsrecht, das auf einer umfassenden Strategie beruhen und alle Lebensbereiche umfassen würde, fehlt. Dies führt nicht nur dazu, dass Personen aufgrund sensibler Merkmale weiterhin rechtlichen und vor allem tatsächlichen Nachteilen ausgesetzt sind, die je nach Merkmal und Lebensbereich unterschiedlich einschneidend sind. Es hat auch zur Folge, dass die Rechtsordnung keine Antwort auf das Problem der Mehrfachdiskriminierungen geben kann, die etwa schwarze Personen, die einer Minderheitenreligion angehören, Menschen in gleichgeschlechtlichen Beziehungen mit Behinderungen oder sprachliche Minderheiten mit nomadisierender Lebensweise besonders trifft. Das Fehlen eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes führt auch dazu, dass es in vielen Rechts- und Lebensbereichen an gesetzlichen Grundlagen für Gleichstellungsmassnahmen fehlt, namentlich für besondere Schutz- und Fördermassnahmen. Schliesslich führen auch prozessuale Schwierigkeiten und praktische Hindernisse beim Zugang zur Justiz dazu, dass es in der Schweiz nur sehr selten zu Beschwerden wegen fehlender Gleichstellung kommt.¹²⁵

Seit vielen Jahren fordern verschiedene internationale Gremien die Schweiz mit zunehmendem Nachdruck dazu auf, ein allgemeines Antidiskriminierungsgesetz zu schaffen. Im Jahre 2006 besuchte der UNO-Sonderberichterstatler über Rassismus, Doudou Diène, die Schweiz, äusserte sich in seinem Schlussbericht über Rassismus kritisch zu rassistischen und fremdenfeindlichen Vorkommnissen und Dynamiken und bemängelte das Fehlen einer umfassenden Gesetzgebung gegen Diskriminierung. In seinen Empfehlungen forderte er eine Stärkung der Gesetzgebung gegen Diskriminierung auch unter Privaten, namentlich in der Arbeitswelt und auf dem Wohnungsmarkt, sowie die Schaffung einer neuen Kommission, welche über Untersuchungsbefugnisse hinsichtlich aller Formen von Diskriminierung verfügen müsse. Ausserdem empfahl

125 Vgl. KÄLIN/LOCHER, S. 2; zum Ganzen auch PREVITALI/MONTAVON, S. 1471 ff.

der Sonderberichterstatter der Schweiz auch, mit Blick auf die durch Migration entstandenen Minderheiten eine neue Politik des integrativen Multikulturalismus zu entwickeln.¹²⁶

Der Bundesrat nahm den Bericht und die Empfehlungen zur Kenntnis und stellte weitere Anstrengungen zur Sensibilisierung der Bevölkerung in Aussicht. Obwohl bedauerliche Einzelfälle zu verzeichnen seien, könne daraus aber nicht auf eine generelle Dynamik von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit im Land geschlossen werden. Trotzdem wolle der Bundesrat die von Diène gemachten Anregungen ernst nehmen und den Dialog mit den Instanzen der UNO hinsichtlich der Thematik intensivieren.

Im Jahre darauf wurde folgende Parlamentarische Initiative eingereicht:

«Es sei ein Gleichbehandlungsgesetz zu erlassen. Dieses soll mit den dafür geeigneten rechtlichen Instrumenten die Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, wegen der Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, des Alters, einer Behinderung oder der sexuellen Identität verhindern oder beseitigen.»¹²⁷

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats entschied jedoch, der Initiative keine Folge zu leisten. Die Mehrheit der Kommission sah keinen Bedarf für weitere Gesetzgebung. Sie verwies auf das Gleichstellungsgesetz, das Behindertengleichstellungsgesetz und auf das Partnerschaftsgesetz und erinnerte daran, dass das Gleichbehandlungsgesetz und das Diskriminierungsverbot aufgrund der Bundesverfassung auch im Verhältnis zwischen Privaten zum Tragen komme (Art. 35 Abs. 3 BV). Würde das geforderte Gesetz nicht weitergehen als das bestehende Recht, sondern nur eine Symbolfunktion wahrnehmen, so sei es als überflüssig abzulehnen. Sollte das Gesetz jedoch weitergehen, beispielsweise eine Beweislastumkehr einführen, so könne es in der Praxis, namentlich im Arbeits- und Mietrecht zu Problemen führen und die Vertragsfreiheit schwächen.

Im Jahre 2012 forderte ein Postulat einen Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung.¹²⁸ Die Studie, die das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte in der Folge erstellte, setzte sich mit den Diskriminierungsgründen Geschlecht (inklusive Geschlechtsorientierung und Geschlechtsidentität), Behinderung, Rasse und ethnische Herkunft auseinander. Die Studie bestätigte die Ansicht, dass die bestehenden spezialgesetzlichen Regelungen Diskriminierungen unter Privaten «nur lückenhaft und in sehr unterschiedlichem Ausmass» erfassen. Die spärliche Praxis zu diesen Regelungen bezieht sich nur auf die Fragen, wann Kündigungen wegen des Geschlechts oder der Rasse unzulässig sind. Andere Fragen des Arbeitslebens wurden von den Gerichten «nicht behandelt». Schweizweit konnten insgesamt nur zehn Urteile zum privatrechtlichen Diskri-

126 Doudou Diène, «Implementation of General Assembly Resolution 60/25», 2006.

127 Parlamentarische Initiative 07.422 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).

128 Postulat 12.3543 (Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung).

minierungsschutz gefunden werden. Diese geringe Zahl zeige, dass der privatrechtliche Schutz vor Diskriminierung «in der Praxis weitgehend ineffektiv bleibe».¹²⁹ Zu den vielen Gründen, die für diesen ernüchternden Befund verantwortlich sind, gehören neben der Unklarheit der Rechtslage und dem oft geringen Ausmass der Sanktionen auch der Mangel an prozessualen Erleichterungen. Beweiserleichterungen sind nur im Gleichstellungsgesetz vorgesehen, «ohne dass genügend ernsthafte Gründe ersichtlich sind, warum sie in allen anderen Diskriminierungsbereichen ausgeschlossen sein sollen».¹³⁰ Auch die ideelle Verbandsbeschwerde, die angesichts der zahlreichen Gründe, die Einzelne vor Gerichtsverfahren zurückschrecken lassen, besonders geeignet ist, um den Zugang zur Justiz zu verbessern, ist nur im Gleichstellungs- und im Behindertengleichstellungsgesetz vorgesehen und steht – wiederum ohne ersichtlichen Grund – in anderen Diskriminierungsfällen nicht zur Verfügung.¹³¹ Schliesslich bestehen nur für die Opfer von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der Behinderung und Rasse besondere Anlauf- und Beratungsstellen, welche oft ein beschränktes Mandat haben, Fälle von Mehrfachdiskriminierung nicht erkennen oder weiterverfolgen können und ausserdem finanziell ungenügend ausgestattet sind. Auch diese mangelnde Kohärenz erschwert von Diskriminierung betroffenen Menschen den Zugang zur Justiz.¹³²

Im Ergebnis sprechen damit wichtige Gründe für die Schaffung eines allgemeinen Gleichstellungsgesetzes. Dieses soll die bestehenden fragmentierten Ansätze, die Spezialgesetze, Organisationen und Beratungsstellen nicht ersetzen, sondern ergänzen, die materiellrechtlichen Lücken füllen, für Kohärenz sorgen und verfahrensrechtliche Mängel beheben. Insofern besteht eine Parallele zum Sozialversicherungsrecht. Auch dieses besteht aus historischen Gründen aus verschiedenen Spezialgesetzen, die je eigene Strukturen, Organe und Dynamiken aufweisen. Im Jahre 2000 wurde aber ein Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts geschaffen, das diese Spezialgesetze ergänzt und ihre Anwendung koordiniert. Gleichermassen sollte auch im Diskriminierungsrecht ein Allgemeiner Teil geschaffen werden, der Lücken behebt und Kohärenz herstellt. Auf ein solches Gesetz wären alle Menschen angewiesen, die der Gefahr von Diskriminierungen ausgesetzt sind, ganz besonders aber jene, die gegenwärtig durch eine der zahlreichen Lücken der bestehenden Spezialgesetze fallen.

129 KÄLIN/LOCHER, S. 2; vgl. auch die Übersichten S. 96 f.

130 KÄLIN/LOCHER, S. 3.

131 KÄLIN/LOCHER, S. 3.

132 KÄLIN/LOCHER, S. 3 f. und 49 ff.

III. Rechtsschutz

Zum Rechtsstaat gehört ein wirksamer Rechtsschutz. Mehrheiten, Kantone und Gemeinden, Angehörige von Minderheiten und andere Einzelpersonen sind darauf angewiesen, dass Recht notfalls von unabhängigen Gerichten durchgesetzt wird. Ohne Rechtsschutz kann weder die Demokratie noch der Föderalismus funktionieren, ohne Rechtsschutz laufen die Rechte und Freiheiten der Einzelnen ins Leere.

Monströses kollektives Unrecht, wie etwa der in der Schweiz bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts praktizierte Umgang mit Verdingkindern, «Kindern der Landstrasse» und Fahrenden im Allgemeinen, Heimkindern und Menschen, die wegen «Liederlichkeit» oder «Arbeitsscheu» der Freiheit beraubt und oft schwersten Eingriffen in die physische und psychische Integrität ausgesetzt wurden, geschieht stets in einem gesellschaftlichen Kontext, der dieses Unrecht ermöglicht. Es beruht aber auch auf rechtlichem Versagen. Dieser «Schandfleck der jüngeren und jüngsten schweizerischen Geschichte»¹³³ war nur möglich, weil der Rechtsschutz erhebliche Defizite aufwies. Namentlich das Fehlen einer wirksamen Verwaltungsgerichtsbarkeit war dafür verantwortlich, dass sich Opfer nicht zur Wehr setzen konnten. «Wo keine Kontrolle besteht, breitet sich Willkür aus.»¹³⁴

Der Rechtsschutz, der zunächst dem Schutz der Rechte und Freiheiten Einzelner, gleichzeitig aber auch der Verwirklichung des objektiven Rechts dient, hat sich in den letzten Jahrzehnten erheblich entwickelt. Von zentraler Bedeutung sind dabei die grundrechtlichen Verfahrensgarantien, namentlich der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), der nicht nur die Ermittlung des Sachverhalts unterstützt, sondern auch Mitwirkungsrechte garantiert. Indem das rechtliche Gehör gewährleistet, dass Menschen stets Subjekt, nicht Objekt staatlicher Verfahren sind, steht die Garantie in unmittelbarem Zusammenhang zur Menschenwürde.¹³⁵ Seit der Justizreform garantiert die Bundesverfassung ausserdem allen Personen bei Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde (Art. 29a BV), der über die völkerrechtlichen Garantien hinausgeht.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die schweizerische Rechtsordnung auch heute noch Rechtsschutzlücken aufweist.¹³⁶ Diese ergeben sich nicht nur aus tatsächlichen Hindernissen beim Zugang zur Justiz, die teilweise erheblich sind, sondern auch in jenen Bereichen, in denen nicht-gerichtliche Behörden abschliessend entscheiden. An einem wirksamen Rechtsschutz fehlt es, wenn die Bundesversammlung – nach meist nur summarischer Vorprüfung durch den Bundesrat – eine kantonale Verfassungsnorm gewährleistet. Diese immuni-

133 GRIFFEL, S. 1073.

134 GRIFFEL, S. 1074; vgl. zum Ganzen auch MINDER, S. 15 ff., 45 ff. und 155 ff.

135 Vgl. auch WYTENBACH, S. 1376.

136 BIAGGINI/UHLMANN, S. 35 ff.

siert nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Verfassungsnorm, bis es im übergeordneten Recht zu Veränderungen kommt.¹³⁷ Diese Rechtsprechung hat dem Bundesgericht zwar erlaubt, den Kanton Appenzell Innerrhoden zur Einführung des Frauenstimmrechts zu zwingen. In Zukunft eröffnet sie aber kaum Möglichkeiten der gerichtlichen Kontrolle, weil umfassende Grund- und Menschenrechtskataloge bestehen, deren Einhaltung die Bundesversammlung hätte prüfen können – was dem Bundesgericht selbst dann die Hände bindet, wenn die Bundesversammlung ihre Aufgabe auf ungenügende Weise wahrgenommen hat. Wer durch kantonale Verfassungsnormen in seinen Rechten und Freiheiten verletzt wird, verfügt deshalb über keine wirksamen Beschwerdemöglichkeiten (oder höchstens im Rahmen der EMRK).

Es gibt aber noch andere notorische Rechtsschutzlücken im schweizerischen Verfassungsrecht: Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen (1.) und die Gültigerklärung eidgenössischer Volksinitiativen durch die Bundesversammlung, die sich dabei aufgrund der Verfassung nur auf sehr enge materielle Ungültigkeitsgründe stützt (2.). Der Rechtsschutz steht in diesen Bereichen hinter der Demokratie zurück, die sich zwar in ihrer Geschichte oft als Segen für die Stärkung und Weiterentwicklung der Menschenrechte erwiesen hat, aber auch eine Gefahr für die Rechte und Freiheiten Einzelner, namentlich der Angehörigen von Minderheiten, darstellen kann, wenn sich die Wucht des Mehrheitsentscheids gegen diese richtet.

1. Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Verfassungsgerichtsbarkeit stellt sicher, dass unabhängige Gerichte staatliche Akte auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen, setzt die Normenhierarchie durch und bietet Einzelnen, Minderheiten, Kantonen und selbst Mehrheiten Schutz vor Verfassungsverletzungen. In der Schweiz ist die Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch durch Art. 190 BV erheblich beschränkt, der die Gerichte verpflichtet, Bundesgesetze und Völkerrecht selbst dann anzuwenden, wenn sie die Bundesverfassung verletzen. Schon im Jahre 1890 beklagte Gustav Vogt, dass die Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit ein überaus «hässlicher Fleck auf dem sauberen Schild unseres Rechtsstaates» bedeute.¹³⁸ Während einige heute das Leiden an Art. 190 BV für einen Phantomschmerz halten, weil das Bundesgericht Mittel und Wege gefunden hat, Bundesgesetze anhand der EMRK zu überprüfen¹³⁹, weisen andere darauf hin, dass die Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit das Rechtsstaatsprinzip weiterhin relativiert und die Rechte und Freiheiten Einzelner und die Minderheiten gefährdet. Je weniger Kontrollmöglichkeiten die Gerichte haben, desto mehr Gewicht kommt den

137 Siehe statt vieler BGE 142 I 99 E. 4.4.3; m.w.H. BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 51 N 47.

138 Zitiert nach Reich, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 352.

139 BGE 125 II 417 E. c ff.; vgl. auch BGer 9C_460/2018.

Entscheiden der Mehrheit zu, die für ihre Entscheide letztlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.¹⁴⁰

Die Forderung nach einer Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit mag – wie während Jahren die Einführung des Frauenstimmrechts – nicht mehrheitsfähig sein, falsch ist sie deswegen noch lange nicht. Gerichte zeichnen sich dadurch aus, dass sie als unabhängige Mittler Rechtsstreitigkeiten beilegen können. Zu ihren Gunsten verzichten die anderen Gewalten darauf, Streitigkeiten eigenmächtig zu entscheiden. Unter welchen Umständen aber ist die Politik bereit, sich aus freien Stücken einer Verfassungsgerichtsbarkeit zu unterwerfen und Entscheide zu ihrer Erweiterung zu treffen? Die Theorie der politischen Versicherung bietet ein Antwort auf diese Frage.¹⁴¹ Die politische Versicherung «Verfassungsgerichtsbarkeit» wird von jenen politischen Akteuren abgeschlossen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt über die Macht verfügen, die Verfassung zu ändern, aber befürchten, die Mehrheit in absehbarer Zeit zu verlieren. Sie nutzen deshalb ihre Phase der Macht, um ihre Interessen und Prioritäten in der Verfassung zu verankern und deren gerichtliche Durchsetzung für den Fall vorzusehen, dass sich die politischen Machtverhältnisse ändern. Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit erhöhen sie die Chance, dass ihre politische und verfassungsrechtliche Erbschaft über politische Wahl-niederlagen hinaus Bestand hat.¹⁴² Es überrascht deshalb nicht, dass Verfassungsgerichte meist in Phasen politischer Umbrüche geschaffen oder gestärkt werden.¹⁴³

Für die Schweiz fiel der Entscheid für eine Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in einem jungen Bundesstaat, der auf Bundesebene eine Mehrheitsdemokratie vorsah und deren Institutionen vom Freisinn hegemonial dominiert wurde¹⁴⁴. Die freisinnige Partei hatte zwar Interesse daran, die Ausübung der kantonalen Autonomie zu kontrollieren und den Vorrang des Bundesrechts auch gegenüber konservativen Kantonen durchzusetzen. Einen Anreiz, die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen vorzusehen, hatte sie keinen – es bestand schlicht kein Grund zur politischen Versicherung. Diese Anreizstruktur hat sich auch mit dem allmählichen Übergang zur Konkordanzdemokratie nicht wesentlich geändert. Eine politische Versicherung stellt nur für jene politische Akteure eine Option dar, welche zu einem bestimmten Zeitpunkt die Möglichkeit haben, ihre politische Agenda im höchsten Gesetz zu verrechtlichen, und gleichzeitig befürchten, ihre Vormachtstellung über kurz oder lang einzubüssen. Diese doppelte Konstellation ist in der Schweiz, die auf

140 Vgl. zum Ganzen HOTTELIER, 1106 ff.; KELLER, S. 936 ff.; KÜNZLI, S. 1255 ff.; MÜLLER, Entstehung und Entwicklung, S. 1172 f.

141 GINSBURG, S. 22 ff.

142 Vgl. dazu GINSBURG, S. 22 ff. sowie DIXON/GINSBURG, S. 988 ff.

143 Vgl. dazu REICH, S. 350.

144 REICH, S. 353; vgl. auch MOECKLI, S. 490 ff.

einem Vielparteiensystem und vielfältigen Machtverschränkungen beruht, noch nie gegeben gewesen.¹⁴⁵

Der politische Wille, an der Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit festzuhalten, ist denn auch immer wieder bestätigt worden. Dennoch ist das Argument nicht von der Hand zu weisen, dass sie aus einer gänzlich anderen Zeit stammt und nicht zu den heutigen Bedingungen passt. Als die Bundesverfassungsgeber die Verfassungsgerichtsbarkeit beschränkten, waren es vor allem die Kantone, die die Grundrechte garantierten (die Bundesverfassung selbst sah nur wenige punktuelle Garantien vor) und auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen ging aufgrund der Zuständigkeitsordnung vor allem von den Kantonen aus (die Bundesverfassung wies dem Bund nur wenige punktuelle Zuständigkeiten zu). Die Gründer des jungen Bundesstaats hofften, mit der Zeit zu einer engeren Gemeinschaft zusammenzuwachsen, notfalls auch durch das Überschreiten verfassungsrechtlicher Kompetenzen. Wenn sich die beiden Parlamentskammern, also auch die Abgeordneten der Kantone, auf eine weitergehende Harmonisierung oder Vereinheitlichung der Rechtsordnung einigen konnten, warum sollten die Richter dann ein Bundesgesetz zerschlagen, nur weil nicht zuvor die Verfassung abgeändert worden war?

Alle diese Gründe für die Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit sind heute nicht mehr von Bedeutung. Die Kantone – und der Föderalismus als solcher – sind auf die Durchsetzung der Kompetenzordnung angewiesen, um jene Zentralisierungen zu verhindern, die die Bundesverfassung verletzen.¹⁴⁶ Dieser rechtliche Schutz der Autonomie ist vor allem für jene Kantone unerlässlich, die von anderen Kantonen überstimmt werden. Sie können ihre Rolle als Garanten der Vielfalt nicht wahrnehmen, wenn es ihnen verwehrt bleibt, sich gegen verfassungswidrige Vereinheitlichungen gerichtlich zur Wehr zu setzen.

Der von Gustav Vogt monierte hässliche Fleck auf dem Schild des Rechtsstaats, der der Schweiz erhalten geblieben ist, stellt aber vor allem eine Gefahr für die Rechte und Freiheiten von Einzelnen und Minderheiten dar. Trotz der «Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertür der EMRK», die das Bundesgericht im Rahmen der PKK-Rechtsprechung entwickelt hat, stellt die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen auch heute noch ein erhebliches grundrechtliches und damit freiheitsrechtliches und rechtsstaatliches Defizit dar.¹⁴⁷ Die Zweiteilung der Grundrechte in jene, die dank völkerrechtlichem Pendant auch gegenüber Bundesgesetzen durchgesetzt werden können, und jene, die vom Bundesgesetzgeber verletzt werden können, widerspricht der Einheit der Verfassung und der Gleichwertigkeit ihrer Normen. Im Ergebnis setzen nur jene Freiheitsrechte dem Willen der Mehrheit Schranken, die auch im Völkerrecht ihren Niederschlag gefunden haben, das – im Sinne der Sub-

145 REICH, S. 353.

146 Vgl. SCHWEIZER, Verteilung der Staatsaufgaben, S. 707 f. m.w.H.

147 GRIFFEL, S. 1088; zum Ganzen auch KELLER, 949 ff.; KIENER, Grundrechte in der BV, S. 1215 f.

sidiarität – aber nur ein völkerrechtliches Minimum sichert und den Staaten einen teilweise erheblichen Gestaltungsspielraum belässt. Über andere Grundrechte, die nur in der Bundesverfassung garantiert sind, kann sich der Bundesgesetzgeber hinwegsetzen und unverhältnismässige Eingriffe vorsehen, die durchzusetzen die Gerichte verpflichtet sind. Dies gilt nicht nur für die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit, sondern auch für die allgemeine Rechtsgleichheit und das allgemeine Diskriminierungsverbot (das für die Schweiz völkerrechtlich nur akzessorisch gilt), das Willkürverbot sowie für die politischen Rechte.¹⁴⁸ Gerade in diesen zentralen Bereichen bleiben Einzelne deshalb ohne Rechtsschutz – zu Unrecht.

2. *Erweiterung der materiellen Ungültigkeitsgründe bei eidgenössischen Volksinitiativen*

Die Gründe, die für eine Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit sprechen, sprechen auch für eine Erweiterung der materiellen Ungültigkeitsgründe bei eidgenössischen Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung. Es genügt nicht, Verfassungsrevisionen nur dann auszuschliessen, wenn sie zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzen. Verschiedene Volksinitiativen der Schweiz, angefangen beim Schächtverbot des 19. Jahrhunderts, zeigen, dass sich der Wille der Mehrheit von Volk und Ständen gegen die Rechte von Einzelnen und von Minderheiten richten und Grundrechte und Rechtsstaat gefährden können. Dieser Gefahr sind nicht nur kulturelle Minderheiten, sondern auch andere Gruppen ausgesetzt. So richtete sich etwa die Initiative «Schutzhaft», die im Jahre 1919 zustande kam, in der Volksabstimmung von 1923 jedoch verworfen wurde, gegen die Sozialisten und andere treibende Kräfte hinter dem Generalstreik von 1918. Nach der Initiative hätte der Bund verpflichtet werden sollen, Schweizer Bürger, die die innere Sicherheit gefährden, «unverzüglich in Schutzhaft zu nehmen» – und zwar «ohne jedesmal einen Sensationsprozess in Szene setzen zu müssen, der oft im Sande verlaufe».¹⁴⁹ Bundesrat und Bundesversammlung vermochten sich mit ihrer Empfehlung durchzusetzen, die von einem Ad-hoc-Komitee «gegen den Bolschewismus» ins Leben gerufene Initiative abzulehnen und zu verhindern, dass Schweizern, die von ihrer Meinungs- und Demonstrationsfreiheit Gebrauch machten, von Verwaltungsbehörden des Bundes verpflichtend die Freiheit entzogen wurde.¹⁵⁰

Nicht viel mehr Vertrauen in die unbeschränkte Zulässigkeit von Volksinitiativen erweckte der direktdemokratische Versuch aus dem Jahre 1934, die «Freimaurervereinigungen und Logen, Odd Fellows, die philanthropische Gesell-

148 Vgl. auch GRIFFEL, S. 1088.

149 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Schutzhaftinitiative vom 6. September 1920.

150 BOLLIGER, Staatsschutz-Initiative, S. 44 f.

schaft Union, ähnliche und ihnen affilierte Gesellschaften» in der Schweiz zu verbieten. Die Volksinitiative «Verbot der Freimaurerei» war vom faschistischen Lausanner Oberst Arthur Fonjallaz und seinen Mitstreitern lanciert worden und vom Freimaurerverbot inspiriert, das im Jahre 1933 in Nazi-Deutschland erlassen worden war. Die Initianten machten geltend, «die Freimaurerlogen seien undemokratisch, befänden sich in den Händen der Juden, seien staatsfeindlich, förderten revolutionäre Bewegungen, unterstützten den Bolschewismus und gefährdeten die Freiheit und Unabhängigkeit des nationalen Staates».¹⁵¹ Ihr Vorstoss stiess nicht nur bei Frontisten auf Sympathie, sondern teilweise auch bei Katholiken, die das Freimaurertum schon im Kulturkampf des 19. Jahrhunderts als Hort des Liberalismus bekämpft hatten.¹⁵²

Auch ein Jahrhundert später richtet sich die direkte Demokratie immer wieder gegen Minderheiten und andere Gruppen. Dabei fällt auf, dass die Annahmequote bei Volksinitiativen, die aus grundrechtlicher Sicht als problematisch erachtet werden müssen, besonders hoch ist. Während in den letzten dreissig Jahren lediglich sieben von insgesamt 76 Volksinitiativen erfolgreich waren, wurden vier von zehn grundrechtsproblematischen Initiativen angenommen, nämlich die Initiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» (2004), die Initiative «für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» (2008), die Initiative «Gegen den Bau von Minaretten» (2009) sowie jene «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» (2019).¹⁵³

Verschiedene Initiativen richteten sich gegen die Grundrechte von Frauen. Es handelte sich dabei um die Initiative «für Mutter und Kind – für den Schutz des ungeborenen Kindes und für die Hilfe an seine Mutter in Not» (2002), die Initiative «Recht auf Leben» (1985), «Abtreibungsfinanzierung ist Privatsache – Entlastung der Krankenversicherung durch Streichung der Kosten des Schwangerschaftsabbruchs aus der obligatorischen Grundversicherung» (2014) sowie um das «Ja zum Verhüllungsverbot» (2021). Auch die Liste der Initiativen, die sich gegen Ausländerinnen und Ausländer richten, verlängert sich stetig. Zu diesen gehört etwas die Initiative «Gegen Masseneinwanderung» (2014), «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» (2014), «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» (2016) und «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» (2020). Gegen bestimmte Kategorien von Straftätern richtete sich die Initiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» (2014). Schliesslich waren gleichgeschlechtliche Paare von der Initiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» betroffen. Dass die Volksabstimmung darüber im Jahre 2019 aufgehoben wurde, hatte mit stimmrecht-

151 KÖLZ, S. 761.

152 BOLLIGER, Angriff auf freiheitlichen Staat, S. 181 f.

153 CHRISTMANN, S. 105.

lichen Mängeln zu tun, nicht mit der Tatsache, dass die Volksinitiative gleichgeschlechtliche Paare vom Recht auf Ehe ausschliessen wollte.

Das Fehlen angemessener Gründe für die Ungültigerklärung von Volksinitiativen ist seit langem als demokratischer, rechtsstaatlicher und föderalistischer Mangel anerkannt. Allerdings ist es der Schweiz bis anhin noch nicht gelungen, zu einer ausgewogeneren Abwägung zwischen den Strukturprinzipien der Bundesverfassung zu finden.¹⁵⁴ Volksinitiativen für ungültig zu erklären, die dem Völkerrecht widersprechen, geht zweifellos zu weit. Wie dem Gesetzgeber nach Schubert-Praxis muss es auch Volk und Ständen möglich sein, völkerrechtliche Pflichten der Schweiz in Frage zu stellen, die Neuverhandlung oder die Kündigung völkerrechtlicher Verträge zu fordern oder eine Völkerrechtsverletzung in Kauf und die völkerrechtlichen und anderweitigen Folgen eines solchen Entscheids auf sich zu nehmen. Ebenso würde es zu weit gehen, Volksinitiativen für ungültig zu erklären, die Grundrechte der Bundesverfassung oder Menschenrechte des Völkerrechts einschränken. Wie dem Gesetzgeber ist es auch dem Verfassungsgeber nicht verwehrt, Grund- und Menschenrechte im öffentlichen Interesse einzuschränken und die Grundrechte der einen gegen die Grundrechte der anderen abzuwägen. Diese Möglichkeit ist aber dann nicht gegeben – darf dann nicht gegeben sein – wenn ein Gesetz welcher Stufe auch immer Kerngehalte verletzt oder unverhältnismässige Einschränkungen vorsieht. Eine solche Verletzung der Grund- und Menschenrechte kann auch dem Verfassungsgeber nicht gestattet sein. Volksinitiativen müssen deshalb ungültig sein, wenn sie Grundrechte nicht einschränken, sondern verletzen.¹⁵⁵ Für die Prüfung der Frage, ob dies der Fall ist – ob eine Initiative Kerngehalte verletzt oder unverhältnismässige Grundrechtseinschränkungen vorsieht – kann nicht die Bundesversammlung, sondern muss das Bundesgericht zuständig sein. Es ist an der unabhängigen Justiz, nicht an einem politischen Organ, den Kerngehalt der Grundrechte zu bestimmen und die Frage der Verhältnismässigkeit zu klären und damit die Grenzen zwischen politischem Handlungsspielraum und verbindlichen rechtlichen Vorgaben zu ziehen. Nur das Bundesgericht kann Mängel der Demokratie ausgleichen, die sich daraus ergeben, dass nicht alle Menschen den gleichen Einfluss auf demokratische Entscheidungsprozesse haben oder von diesen ausgeschlossen sind. Die Bundesversammlung, die sich dem Grundsatz *in dubio pro populo* verpflichtet fühlt, ist nur dem Scheine nach der Selbstbestimmung verpflichtet, denn sie verkennt, dass zum schweizerischen Volk, dessen Rechte und Freiheiten zu achten und zu schützen sind, nicht nur die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger gehören, die sich in einer Volksabstimmung durchzusetzen vermögen, sondern alle Menschen, die vom Entscheid betroffen sind.

154 Vgl. etwa EPINEY/DIEZIG, BSK-BV, Art. 139 N 36 ff. und 108 m.w.H.; MAHON, S. 1517 ff. sowie MAHLMANN, S. 222 ff.

155 Vgl. dazu auch KÜNZLI, S. 1256 ff.; zum Ganzen auch MAHON, S. 1517 ff.

Aber nicht nur der Rechtsstaat, sondern auch der Föderalismus und andere fundamentale Prinzipien der Bundesverfassung laufen Gefahr, durch Mehrheitsentscheide eingeschränkt oder ausgehöhlt zu werden. Volksinitiativen sind seit vielen Jahren Treiber der Zentralisierung.¹⁵⁶ Zwar steht es der Mehrheit von Volk und Ständen zweifellos frei, die Aufteilung der Zuständigkeiten, die Verteilung der Finanzen, die Mitwirkung der Kantone und die Zusammenarbeit zwischen den föderalen Akteuren neu zu regeln. Wie bei den Grundrechten gibt es aber auch beim Föderalismus einen Kerngehalt der Autonomie, der nicht angetastet werden darf. Dies muss schon deshalb gelten, weil einzelne Kantone – namentlich solche, die in besonderem Mass die Vielfalt der Schweiz garantieren – in Abstimmungen ohne Weiteres überstimmt werden können. Dass eine Volksinitiative auf Abschaffung einer Nationalsprache nach geltendem Recht für gültig erklärt werden müsste, mag als theoretisches Problem erscheinen. Trotzdem erscheint es als Gefahr für den Föderalismus und die Vielfalt, wenn es die Bundesverfassung zulässt, dass auch Initiativen gültig sind, die in krasser Weise gegen das Subsidiaritätsprinzip und die föderale Kompromisskultur verstossen.

D. Von der Gleichheit und der Vielfalt in der Demokratie

Wie beim Föderalismus und dem Rechtsstaat geht es auch bei der Demokratie um die Achtung und den Schutz von Freiheit, Selbstbestimmung und Mitbestimmung. Wo Menschen fremdem Gesetz unterworfen sind – und nicht jenen Regeln, die sie sich für ihr Leben selbst geben oder die sie als soziale, religiöse oder ethische Normen für sich als massgebend erachten – wo sie also nicht autonom sind, sondern an heteronome Normen gebunden sind, die zwangsweise durchgesetzt werden, so sollen sie nicht nur mitreden, sondern mitbestimmen können, wenn diese Gesetze gemacht werden. Die Demokratie verspricht eine Herrschaftsform, in der die Menschen entweder selbst entscheiden oder an gemeinsamen Entscheiden mitwirken und diese mitverantworten (I.). Damit sie ihr Versprechen halten kann, muss sie für eine möglichst grosse Kongruenz zwischen Herrschenden und Beherrschten sorgen und Stimmrechtsausschlüsse auf ein Minimum beschränken (II.). Gleichzeitig muss sie sicherstellen, dass alle Stimmbürgerinnen und Stimmbürger auch tatsächlich die Möglichkeit haben, gemeinsame Entscheide mitzugestalten und nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich mitzubestimmen (III.).

156 Vgl. etwa die Eidgenössischen Volksinitiativen «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!».

I. Autonomie und Mitwirkung zum Dritten

Demokratie beruht auf der Idee, dass es sich bei den Herrschenden und den Beherrschten um die gleichen Menschen handelt. Diese Deckungsgleichheit ist es, die Fremdherrschaft vereinbar mit der Idee gleicher Würde und Freiheit macht. Auch das Gesetz, das zwangsweise auf einen Einzelnen angewendet wird und dessen Freiheit beschränkt, ist nicht wirklich ein fremdes Gesetz, sondern eines an dem der Einzelne – auf der Grundlage der Freiheit und Gleichheit – mitgewirkt hat.

1. Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten

Die Demokratie verspricht eine «weniger entfremdete» Form staatlicher Herrschaft¹⁵⁷, weil die Rechtsunterworfenen das Recht selbst gestalten und gemeinsam festlegen, was für die gemeinsamen Angelegenheit gilt – und auch den vorgelagerten Entscheid, was eine gemeinsame Angelegenheit ist, gemeinsam fällen. Als Massstab für die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Bereich dient die Subsidiarität: Eine Angelegenheit ist erstens dann eine gemeinsame, wenn sie den Einzelnen überfordert – und zwar auch dann, wenn er mit anderen Einzelnen zivilgesellschaftlich zusammenarbeitet (etwa die äussere und innere Sicherheit, die soziale Sicherheit) – und sie ist zweitens dann eine gemeinsame Aufgabe, wenn einheitliche Regeln erforderlich sind, weil die Vielfalt der Entscheide und Vorgehensweisen die Aufgabenerfüllung erschwert (etwa der Umweltschutz, der Wettbewerb, der Konsumentenschutz). Wo aber im Einzelnen Vielfalt möglich und wo Einheit erforderlich ist, das wird gemeinsam entschieden – und zwar von jenen, die von dieser Entscheid betroffen sind. Diese müssen nämlich entweder Grenzen ihrer Selbstbestimmung in einem Bereich erdulden, den sie als privat erachten und damit die Einmischung in Angelegenheiten ertragen, die selbst zu bewältigen sie sich in der Lage fühlen und deren selbstverantwortliche Bewältigung sie allen anvertrauen oder zuzumuten wollen. Im umgekehrten Fall müssen sie in Kauf nehmen, dass eine Angelegenheit privat bleibt und dass sie selbst und andere mit dieser allein gelassen werden, obwohl sie es richtig gefunden hätten, diese gemeinsam zu bewältigen. Beide staatlichen Aufgaben sind politischer Natur – zum einen die gemeinsamen Angelegenheiten zu bestimmen und damit die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft autonom zu ziehen und zum andern die gemeinsamen Angelegenheiten auch als Gemeinwesen gemeinschaftlich zu ordnen.¹⁵⁸

Die Ursprünge des Verfassungsrechts erinnern daran, dass der *contrat social* zwischen Herrscher und Beherrschten am Anfang der Kontrolle staatlicher Macht steht. Die *Magna Carta* von 1215 ist darauf zurückzuführen, dass der

157 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 512.

158 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 512; vgl. zum Ganzen auch MAHLMANN, S. 211 ff.

englische König Johann Ohneland zu Land kommen wollte und für seine Kriegszüge Geld brauchte – und dafür die Zustimmung der Adligen. Diese waren aber nur bereit, die Kriegspläne des Königs zu finanzieren, wenn dieser ihnen im Gegenzug versprach, ihre Rechte und Freiheiten zu wahren. Damit war der Konstitutionalismus geboren, der gleichzeitig Mitwirkung und Rechtsstaatlichkeit begründete und auf untrennbare Weise miteinander verschränkte. Auch die im Jahre 1689 vom britischen Parlament beschlossene *Bill of Rights*, ein weiterer entscheidender Schritt auf dem Weg zum Konstitutionalismus, bestätigte den engen Zusammenhang zwischen demokratischer Mitwirkung und Freiheit. Ebenso hatte der französische König Ludwig XVI. im Jahre 1789 die Generalstände nur deshalb einberufen, weil der Staat hoch verschuldet war, neue Steuern brauchte – und diese der Zustimmung der Generalstände bedurften. Weil der König den Forderungen des dritten Stands nicht nachkam, im Gegenzug Gleichheit, Freiheit und Brüderlichkeit zu versprechen, schuf er die Bühne, auf der sich die Französische Revolution abspielen sollte.

Mit der Parole «*no taxation without representation*» wird seit jeher gefordert, dass Personen, die Steuern bezahlen, bei der Festlegung dieser Abgaben und an den Entscheiden über die Verwendung staatlicher Mittel mitentscheiden.¹⁵⁹ Die Forderung war nicht nur der kämpferische Slogan der Tea Party in Boston, sondern der Grund für den Amerikanischen Unabhängigkeitskrieg. Warum sollten die dreizehn Kolonien Steuern an die britische Krone bezahlen, wenn sie in Westminster nicht vertreten waren und über die Erhebung der Steuern und deren Verwendung nicht mitbestimmen konnten? Demokratien müssen notwendigerweise auf einem *consent of the governed* beruhen, sonst seien sie Tyranneien, machten die Befürworter der Unabhängigkeit geltend.

Auch die Geschichte der schweizerischen Demokratie lässt sich – zumindest teilweise – durch das Bestreben charakterisieren, alle von Entscheiden Betroffene an der Entscheidungsfindung zu beteiligen. Die Genossenschaft, die für das Demokratieverständnis der Schweiz zumindest in den agrarisch geprägten Landsgemeindeorten prägend war, beruht auf der Idee der Selbstverwaltung der Mitglieder im Dienste der gemeinsamen Wohlfahrt. In der genossenschaftlichen Demokratie ist die «Differenz zwischen Herrschenden und Beherrschten durch Selbstregierung und Selbstverwaltung» aufgehoben.¹⁶⁰ Kongruenz von Regierenden und Regierten stellt die Essenz der demokratischen Idee dar – und nur wenn sie ihr Wesen verwirklicht, vermag sie auch ihre Aufgabe als «Hüterin der Menschenrechte»¹⁶¹ zu erfüllen.

159 Vgl. etwa BRÜHLMEIER/VATTER, S. 382.

160 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 344.

161 GIACOMETTI, S. 3 ff.

2. *Politische und andere Minderheiten*

Zwar kann es sein, dass Einzelne und Gruppen Gesetzen unterworfen werden, die sie ablehnen, weil sie von der Mehrheit überstimmt worden sind. In diesem Fall ist ohne Weiteres von demokratischen Verhältnissen auszugehen, weil alle die gleichen Chancen hatten, ihre Ansichten kundzutun und andere zu überzeugen – und weil es den überstimmt Minderheiten in einer Demokratie freisteht, den als falsch erachteten Entscheid später zu korrigieren zu versuchen. Politische oder thematische Minderheiten (*«topical minorities»*)¹⁶², die sich bei demokratischen Debatten über das richtige Mass an sozialer Sicherheit, Wettbewerb oder Umweltschutz nicht haben durchsetzen können, sind notwendiger Teil und notwendiges Ergebnis demokratischer Auseinandersetzungen. Dass Mehrheitsentscheide stets überstimmt politische Minderheiten hervorbringen, ist unausweichlich und nicht mit einer Tyrannei der Mehrheit gleichzusetzen. Vielmehr erinnern die politischen und thematischen Minderheiten daran, dass die Demokratie immer einer Einbettung und einer Beschränkung durch die Rechtsstaatlichkeit bedarf: Mehrheiten dürfen herrschen, aber ihre Macht nicht missbrauchen. Sie müssen die Rechte und Freiheiten aller achten, schützen und verwirklichen, und eine unabhängige Justiz muss sicherstellen, dass dies geschieht.

Während politische Minderheiten notwendigerweise zur Demokratie gehören, werfen zwei andere Arten von Minderheiten oder anderen Gruppen fundamentale Fragen auf, mit denen sich Demokratien auseinandersetzen müssen. Bei der ersten Gruppe geht es um Menschen, die rechtlich von den demokratischen Entscheidungsprozessen ausgeschlossen sind. Sie betrifft das «Volk». Zielt die Demokratie auf die Kongruenz zwischen Herrschenden und Beherrschten, so werfen alle Stimmrechtsausschlüsse Fragen auf. Der Rechtsstaat und die Demokratie erfordern, dass Einzelne entweder selbst- oder mitbestimmen und nicht Objekte der Entscheide anderer sind. Das Recht auf Selbstbestimmung erfordert, wenn es an seine Grenze stösst, seine Verwandlung in ein Recht auf Mitbestimmung. Damit die Demokratie ihr Versprechen erfüllen kann – Freiheit und Gleichheit mit dem gemeinsamen Wahrnehmen gemeinsamer Angelegenheiten zu versöhnen – ist sie auf eine möglichst grosse Übereinstimmung von Entscheidenden und Entscheidungsbetroffenen angewiesen.

Bei der zweiten Gruppe handelt es sich um jene Menschen, die zwar das Recht haben, am demokratischen Entscheidungsprozess mitzuwirken, tatsächlich aber von diesem Recht nicht gleich wie andere Gebrauch machen können. Demokratien sind der realen Gefahr der Tyrannei der Mehrheit ausgesetzt, «wenn sie sich auf die Rechte von Personen oder Gruppen beziehen, die nicht oder nur unzureichend in den politischen Entscheidungsprozess eingebunden sind, systematisch gesellschaftlich herabgesetzt oder ausgegrenzt werden»¹⁶³.

162 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 348.

163 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 349.

Bei Lichte gesehen besteht diese Gefahr nicht nur, wenn Mehrheiten Entscheide fällen, die sich auf die Rechte der herabgesetzten oder ausgegrenzten Personen oder Gruppen beziehen, sondern bei allen Entscheiden. Herabgesetzte und ausgegrenzte Personengruppen sowie vereinzelte oder isolierte Minderheiten («*discrete and insular minorities*»¹⁶⁴), denen demokratische Mitwirkungsrechte zwar rechtlich offenstehen, die aber tatsächlich nicht gleichberechtigt davon Gebrauch machen können – oder mit nur geringen Chancen auf Erfolg –, fordern die Demokratie viel grundsätzlicher heraus. Die zweite Gruppe wirft deshalb nicht Fragen nach dem «Volk», sondern nach dem «Herrschen» auf. Aufgrund historischer und gegenwärtiger Benachteiligungen – durch das Recht und durch die Gesellschaft – gehören Frauen weiterhin zu dieser Gruppe, die zwar keine Minderheit bilden, aber in den meisten demokratischen Gemeinwesen immer noch nur unzureichend in politische Entscheidungsprozesse eingebunden sind. Betroffen sind aber auch die ethnischen, kulturellen, sprachlichen und religiösen Minderheiten. Diese laufen Gefahr, als *permanente Verlierer* aus demokratischen Entscheidungsprozessen hervorzugehen, weil es auf ihre Stimme schlechterdings nicht ankommt. Zu den Personen oder Gruppen, die unzureichend in den politischen Meinungsbildungsprozess eingebunden sind, weil sie – historisch oder gegenwärtig – unter gesellschaftlicher Herabsetzung oder Ausgrenzung leiden, gehören aber auch wirtschaftliche und soziale Minderheiten.

II. Erweiterung der politischen Rechte

Demokratie bedeutet, dass verbindliche Entscheide nach dem Grundsatz getroffen werden, «dass die Macht von der Gesamtheit der Rechtsunterworfenen ausgeht»¹⁶⁵. Die Bundesverfassung von 1848 sah die direkte Volkswahl durch Schweizer Männer vor, die das 20. Altersjahr vollendet hatten. Im internationalen Vergleich erfolgt die Einführung des Männerstimm- und -wahlrechts damit sehr früh. Neu eingebürgerte Schweizer waren erst nach einer fünfjährigen Frist in den National- und Bundesrat wählbar und Geistliche überhaupt nicht, aber sonst waren die politischen Rechte auf Bundesebene für Männer allgemein vorgesehen.¹⁶⁶ Die politischen Rechte auf Bundesebene blieben aber vom kantonalen Aktivbürgerrecht abhängig. Weil einige Kantone an Ausschlussbestimmungen festhielten, die jenen der Restaurationszeit glichen, blieb die Demokratie im Ergebnis vielen verschlossen. Bei der Gründung des Bundesstaats waren gegen 20 Prozent der erwachsenen männlichen Bürger von solchen Ausschlüssen betroffen. Insgesamt waren deshalb ursprünglich nur 23 Prozent der erwachsenen Schweizer Bevölkerung stimmberechtigt. Die Schweiz startete als «Vier-

164 United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152, N 4 (1938).

165 BRÜHLMEIER/VATTER, S. 374.

166 POLEDNA.

tel-Demokratie» und ist heute – dank der Überwindung zahlreicher Stimmrechtsausschlüsse im Rahmen einer allmählichen Demokratisierung – zu einer «Dreiviertel-Demokratie» geworden.

Die Bundesverfassung von 1848 verpflichtete die Kantone dazu, kantonsfremden Schweizer Bürgern die Ausübung der eidgenössischen und kantonalen politischen Rechte zu gestatten.¹⁶⁷ Fremde Schweizer Bürger mussten – soweit sie einer christlichen Konfession angehörten – gleichbehandelt werden. Die Gleichstellung der jüdischen Bevölkerung vermochte sich in der Tagsatzung bekanntlich nicht durchzusetzen und wurde erst im Jahre 1866 erzielt. Die Niederlassungsfreiheit war bis 1866 aber nicht nur Schweizern christlicher Konfessionen vorbehalten, sie stand auch nur jenen zu, die seit mindestens fünf Jahren Schweizer Bürger waren und die nachweisen konnten, dass sie durch Vermögen, Beruf oder Gewerbe sich und ihre Familie ernähren konnten. Obwohl die meisten Kantone – anders als benachbarte Länder – von der Einführung eines eigentlichen Zensusystems abgesehen hatten, ein solches nur für die Wählbarkeit vorsahen oder wieder aufgehoben hatten, waren es doch meist wirtschaftliche Gründe, die zum Verlust des Wahl- und Stimmrechts führten.¹⁶⁸ Im Jahre 1860 waren noch 15 Prozent der volljährigen Schweizer Männer von den politischen Rechten ausgeschlossen.¹⁶⁹

Wer in seinem Wohnsitzkanton wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Zwangsversorgung, strafrechtlicher Verurteilung, fruchtloser Pfändung, Konkurs, Sittenlosigkeit, Bettelei oder aus anderen Gründen vom Stimm- und Wahlrecht ausgeschlossen war, konnte auch an eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen nicht teilnehmen. Führte Armut zu Pfändung, Konkurs, Hilfsbedürftigkeit oder Bettelei, war es deshalb vorbei mit den politischen Rechten. Beim passiven Wahlrecht gab es im 19. Jahrhundert noch bedeutendere Einschränkungen. Hier konnte sich auch ein eigentlicher Zensus länger halten als für das Stimm- und aktive Wahlrecht, allerdings nur in Luzern und im Tessin über 1848 hinaus.

Es waren Beschwerdeentscheide des Bundesrats sowie die Praxis der Bundesversammlung bei der Gewährleistung der Kantonsverfassungen, die zu einer allmählichen Harmonisierung der eidgenössischen Wahl- und Abstimmungsrechte führte. Auf diesem Weg wurden insbesondere kantonale Ausschlüsse beseitigt, die Diensthöfen und Analphabeten die politischen Rechte vorenthielten. Im Jahre 1915 erklärte das Bundesgericht den Steuerzensus, der als Voraussetzung für das Stimmrecht eine Steuerzahlung in bestimmter Höhe vorsah, als verfassungswidrig. Den Ausschluss infolge Armengenössigkeit erachtete es dagegen als zulässig. Vier Jahre später waren deshalb dennoch erst 940 000 Schweizer stimm- und wahlberechtigt, was etwa der Hälfte der Män-

167 SCHMID, S. 309.

168 SCHMID, S. 308.

169 SCHMID, S. 308 f.

ner im Land entsprach. Erst nach der Wirtschaftskrise der Zwischenkriegsjahre wurde der Ausschluss infolge Zahlungsunfähigkeit auf den verschuldeten Vermögenszerfall beschränkt.

Auch in anderen Bereichen beliess die Bundesverfassung den Kantonen weitgehende Freiheiten. Einige Kantone kannten noch bis in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts indirekte Wahlen, gemischtkonfessionelle Kantone sahen teilweise eine Art Konfessionsproporz vor, der Katholiken und Protestanten eine bestimmte Zahl Parlamentssitze zusicherte¹⁷⁰. Der Ausschluss des Klerus vom passiven Wahlrecht war seit der Regeneration in vielen Kantonen verbreitet. Geistliche waren bis im Jahre 1999 auch von eidgenössischen Wahlauschlüssen betroffen und nur dann in den Nationalrat wählbar, wenn sie bereit waren, ihre kirchlichen Ämter aufzugeben. Erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts wurden weitere Stimmrechtsausschlüsse aufgegeben. So etwa dürfen seit 1971 weder strafrechtlich Verurteilte, noch zahlungsunfähige Bürger vom aktiven Stimm- und Wahlrecht ausgeschlossen werden.¹⁷¹

Nach vielen gescheiterten Versuchen trat im Jahre 1978 endlich ein Bundesgesetz über die politischen Rechte in Kraft, das den Ausschluss bei eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen erstmals bundesrechtlich regelte. Die Kantone passten daraufhin ihre eigenen Stimm- und Wahlrechte der Bundesregelung an. Sie schliessen seither nur noch im Rahmen von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen Personen von den politischen Rechten aus.¹⁷² Dank dieser Demokratisierungmassnahmen und der Einführung des Frauenstimmrechts liegt der Anteil des stimmberechtigten Volks an der Gesamtbevölkerung heute bei 65 Prozent – er hat sich damit in den letzten hundert Jahren fast verdreifacht.¹⁷³

Die Kongruenz von Regierenden und Regierten, die das Wesen der Demokratie ausmacht, entspricht dennoch weder in der Vergangenheit noch in der Gegenwart der Realität. Die schweizerische Demokratie hat «einen resistenten Anteil an *Exklusion* und damit nur unvollständig ein wesentliches Element der Demokratietheorie, die *Inklusion*»¹⁷⁴. Zu Recht ist immer wieder darauf hingewiesen worden, dass die späte Einführung des Frauenstimmrechts (1.) nicht nur ein Schönheitsfehler war, sondern eine fundamentale Verletzung der «Logik der Demokratie»¹⁷⁵. Dies gilt auch für andere Stimmrechtsausschlüsse, die die Schweiz lange geprägt haben oder heute noch bestehen, namentlich den Ausschluss junger Menschen (2.), von Menschen mit Behinderungen (3.) und von Ausländerinnen und Ausländern (3.).

170 SCHMID, S. 310.

171 POLEDNA.

172 POLEDNA.

173 POLEDNA.

174 BRÜHLMEIER/VATTER, S. 381.

175 BRÜHLMEIER/VATTER, S. 382.

1. Einführung des Frauenstimmrechts

Marie Goegg-Pouchoulin war eine der ersten Frauenrechtlerinnen der Schweiz. Sie und ihre Mitstreiterinnen, die 1868 die *Association internationale des femmes* gründeten, forderten das Frauenstimmrecht und die zivilrechtliche und politische Gleichstellung der Frauen in der Schweiz. Es sei an der Zeit, hielt Goegg-Pouchoulin in ihrer Gründungsansprache fest, dass Frauen auch Bürgerinnen seien wie ihre Brüder, die Bürger, «weil es für uns Frauen Zeit ist, nicht mehr eine besondere Gesellschaftsklasse zu bilden»¹⁷⁶. Kurz vor ihrem Tod im Jahre 1899 hielt Goegg-Pouchoulin fest, sie sei überzeugt

«que nous sortirons un jour victorieuses de notre lutte qui n'a d'autre but que d'assurer partout le règne de la justice, la liberté, l'instruction et le bonheur pour tout ce qui est un être humain»¹⁷⁷.

Im Jahre 1869 war Julie von May zur *Association internationale des femmes* gestossen und bald zu einer der wichtigsten Frauenrechtlerin der Schweiz aufgestiegen. An der Generalversammlung von 1870 forderte auch sie die Gleichstellung der Frauen in allen Belangen. Sie erachtete «l'admission de la femme au niveau de l'homme devant la loi» als eine der wichtigsten und dringlichsten Forderungen der Zeit. Zwei Jahre später veröffentlichte von May eine Broschüre mit dem Titel «Die Frauenfrage in der Schweiz zur Bundesrevision am 12. Mai 1872»¹⁷⁸ und berief sich auf die Gleichheitsgarantie der Bundesverfassung, die allen Schweizern Gleichheit vor dem Gesetz garantiere und weder Untertanenverhältnisse noch Vorrechte dulde. Diese Bestimmung verlange, dass auch Frauen keine Untertanen seien und dass Männer vor dem Gesetz keine Vorrechte geniessen könnten. Es sei doch schockierend, dass der Mann, der sich von seinen Oberen gelöst und rechtliche Freiheit und Selbständigkeit erlangt habe, diese nutze, um die bürgerlichen Rechte der anderen Hälfte zu schmälern und ihre Bande, wenn nicht enger zu schnüren, doch fester in der alten Schnürung zu halten. Dabei appellierte sie auch an den Stolz der Schweiz als Wiege der Demokratie:

«müssten wir unser angebetetes Vaterland die unerklärbarste und ungerechtfertigste aller Anomalien aussprechen, denn die Wiege, die Pflegemutter, ja das heutige Vorbild aller europäischen Freiheit und Gleichheit, die Schweiz, hält zur Stunde noch in vielen, und zwar gerade in ihren urdemokratischen Landesteilen vornehmlich, ihre Töchter enteigneter und geknechteter als keine der sie umringenden Monarchien; das mündigste Volk Europas betrachtet und behandelt seinen weiblichen Bestandtheil, wenn nicht völlig konsequent im Leben, doch vor dem Gesetz und in der Sitte als das unmündigste Kind»¹⁷⁹.

176 Zitiert nach WOODTLI, S. 31.

177 GOEGG-POUCHOULIN, 100 Elles, verfügbar auf: <https://100elles.ch/biographies/marie-goegg-pouchoulin/>.

178 VON MAY, Die Frauenfrage in der Schweiz zur Bundesrevision am 12. Mai 1872, verfügbar auf: https://www.e-rara.ch/bes_1/content/zoom/12984252.

179 VON MAY, S. 5.

Gerade wenn es um die Frauenfrage gehe, bekunde jeder Kanton seine nationale Eigenständigkeit, in dem er noch einschränkendere Regelungen als der nächste schaffe, beklagte von May. Nur eines habe die bunte Bildergalerie gemeinsam: das Prinzip der Unterwerfung des weiblichen Geschlechts unter das männliche, die allerdings in einigen Ständen die mehr oder weniger totale Entrechtung bedeute. Von May schreibt die schweizerische Anomalie weniger der Missgunst und der Engherzigkeit zu als vielmehr «dem speziell schweizerischen Absonderungsgeist», den die weibliche Hälfte des Volks mit dem männlichen teile¹⁸⁰. Jetzt jedoch gelte es zusammenzustehen und dafür zu sorgen, dass auch die Frauen der Schweiz – wie im benachbarten Ausland – als mündige Bürgerinnen ihren Beitrag zum Fortschritt leisten können.¹⁸¹

Doch dieser Fortschritt liess allzu lange auf sich warten. Im Jahre 1919 schob der zuständige Bundesrat Heinrich Häberlin die Behandlung verschiedener Motionen wegen «dringenderer Probleme» auf und übergab im Jahre 1934 das unerledigte Geschäft seinem Nachfolger mit dem zur Legende gewordenen Hinweis: «Das Material für das Frauenstimmrecht liegt in der mittleren Schublade rechts Deines Schreibtisches»¹⁸². Auch vom Bundesgericht konnten die Frauen keine Hilfe erwarten. Dieses wies 1932 und 1952 Beschwerden von Frauen unter Berufung auf das «Gewohnheitsrecht» ab. Gerade mit diesem Entscheid lieferte es die Hälfte des Volks dem Willen der anderen Hälfte aus und entschied, dass *die Demokratie auf undemokratische Weise eingeführt werden sollte*. Während bei der Auseinandersetzung über das Wahlsystem die betroffenen Parteien – oder jedenfalls ihre männlichen Führungskräfte – die Möglichkeit hatten, Initiativen und Vorstösse einzureichen, sich im Meinungskampf zu engagieren und am Schluss an der Urne mitzuzentscheiden, war dies bei den Frauen nicht der Fall. Sie konnten nur im Hintergrund auf Entscheide einwirken, die andere über sie fällten. Die zu Recht vielgerühmten Mittel der demokratischen Mitwirkung standen ihnen gerade nicht offen und sie mussten erdulden, dass die Schweizer Männer allein über die Rechte der Frauen entschieden und es in der Hand hatten, demokratische Verhältnisse einzuführen oder an der Androkratie festzuhalten. Noch 1959 verwarfen die Mehrheit der Männer mit zwei Dritteln der Stimmen und die Mehrheit der Männer in den einzelnen Kantonen (16 Kantone und sechs Halbkantone) das Frauenstimmrecht.

Auf Bundesebene haben die Frauen das Stimmrecht erst im Jahre 1971 erlangt. In den Kantonen Waadt, Neuenburg und Genf erfolgte dies schon in den Jahren 1959 und 1960, im Basel-Stadt 1966, im Tessin 1969, im Wallis/Valais 1970 und in den Kantonen von Appenzell bekanntlich erst später, im Falle von

180 VON MAY, S. 22.

181 VON MAY, S. 21.

182 Zitiert nach AMLINGER, «Die Macht der Männer ist die Geduld der Frauen oder: Der lange Kampf ums Schweizerische Frauenstimmrecht», verfügbar auf: <https://www.bhm.ch/de/ausstellungen/wechselausstellungen/frauen-ins-bundeshaus/die-macht-der-maenner-ist-die-geduld-der-frauen/>.

Appenzell Innerrhoden erst 1991 aufgrund eines Entscheids des Bundesgerichts.¹⁸³

2. *Mitwirkung junger Menschen*

Bis vor dreissig Jahre waren junge Menschen bis zum 20. Altersjahr von der politischen Mitwirkung ausgeschlossen. Seit 1991 tritt die politische Volljährigkeit im Bund mit vollendetem 18. Altersjahr ein. Die Kantone waren auch hier Vorläufer und haben ab 1977 das Stimmrechtsalter von 20 auf 18 Jahre zu senken begonnen (der Kanton Schwyz tat dies bereits im Jahre 1898). Heute sind die 18-Jährigen in allen Kantonen stimmberechtigt. Als einziger Kanton hat Glarus entschieden, Schweizerinnen und Schweizern bereits ab dem 16. Altersjahr das Stimm- und Wahlrecht zu gewähren (Art. 156 KV GL). Im Kanton Jura sind in kommunale Kommissionen auch Personen wählbar, die erst das 16. Altersjahr vollendet haben (Art. 6 Abs. 2) – diese können damit ein politisches Amt ausüben, obwohl sie noch nicht über politische Rechte verfügen.

Im Februar 2021 hat sich die Staatspolitische Kommission des Ständerates knapp für die Ausarbeitung einer Verfassungsänderung zur Einführung des aktiven Stimm- und Wahlrechts für 16-Jährige ausgesprochen. Die Kommission des Nationalrats hatte sich schon zuvor für das Anliegen «Den jungen Menschen eine Stimme geben. Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige als erster Schritt ins aktive politische Leben» eingesetzt.¹⁸⁴ Selbst wenn die vorgeschlagene Verfassungsänderung von Volk und Ständen gutgeheissen wird, stellt sich die Frage, ob sich der Ausschluss von Kindern und Jugendlichen vom Stimmrecht weiterhin rechtfertigen lässt. Die Bundesverfassung verlangt, dass Kinder und Jugendliche ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit selbst ausüben (Art. 11 Abs. 2 BV) und sieht für die politischen Rechte keine Ausnahme vor. Fixe Altersgrenzen lassen, wie alle Anknüpfungen an ein verpöntes Merkmal, den Verdacht einer Diskriminierung entstehen. Zwar mögen Gründe der Praktikabilität für Altersgrenzen sprechen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass diese nur gegenüber jungen Menschen geltend gemacht werden und Stimmrechtsbeschränkungen nach oben als verbotene Altersdiskriminierungen gelten – und zwar grundsätzlich, auch wenn sie erst im hohen Alter von 90 oder 95 Jahren einsetzen würden. Zu Recht gehen Verfassungsgeber und Gesetzgeber davon aus, dass alte Menschen, die sich nicht mehr für das öffentliche Geschehen interessieren oder ihre Urteilsfähigkeit verloren haben, ihren Stimmrechtsausweis einfach liegen lassen und keine rechtlichen Ausschlüsse erforderlich sind, die das Prinzip *one person, one vote* in Frage stellen. Mit dem gleichen Argument könnten auch die politischen Rechte von

183 BGE 116 Ia 359.

184 Befürwortend MAHON, S. 1506; vgl. auch BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 136 N 4; TSCHANEN, BSK-BV, Art. 136 N 9.

Kindern und Jugendlichen anerkannt werden. Dabei ist unbestritten, dass es sich bei politischen Rechten um höchstpersönliche Rechte handelt, die eine Vertretung ausschliessen. So wenig es aber einen Grund gibt davon auszugehen, dass Angehörige oder Beistände die Stimmrechte älterer Menschen missbrauchen, so wenig sollte man davon ausgehen, dass Eltern dies tun.

3. *Mitwirkung von Menschen mit Behinderungen*

Die Bundesverfassung schliesst Menschen von den politischen Rechten in Bundessachen aus, die «wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche» entmündigt sind (Art. 136 Abs. 1 BV). Von einer Entmündigung ist auszugehen, wenn Personen wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden (Art. 2 BPR). Diese Regelung steht im Widerspruch zur UN-Behindertenrechtskonvention, die für die Schweiz im Jahre 2014 in Kraft getreten ist. Danach garantieren die Vertragsstaaten Menschen mit Behinderungen die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu geniessen (Art. 29 UN-BRK). Im Jahre 2020 kam im Kanton Genf mit deutlicher Mehrheit eine Verfassungsrevision zustande, die auch Bürgerinnen und Bürgern mit geistiger oder psychischer Beeinträchtigung die Teilnahme an Abstimmungen und Wahlen ermöglicht. Damit erlangen im Kanton Genf erstmals auch jene ungefähr 1200 Personen in den Genuss der politischen Rechte, die unter umfassender Beistandschaft stehen.

4. *Einführung des Ausländerstimmrechts*

Der Anteil der Stimmberechtigten liegt gegenwärtig bei 61 Prozent der ständigen Wohnbevölkerung – oder bei 64 Prozent, wenn die registrierten Auslandsschweizerinnen und -schweizer hinzugezählt werden, die allerdings gerade nicht zur Wohnbevölkerung der Schweiz gehören. «Damit bleiben viele Entscheidungsbetroffene ohne Teilhabebefugnis»¹⁸⁵. Diese Deckungslücke ist fast ausschliesslich dem fehlenden Ausländerstimmrecht geschuldet.¹⁸⁶ Tatsächlich nimmt die Zahl der Ausländerinnen und Ausländer, die von Entscheidungen zwar betroffen sind, diese aber nicht mitgestalten, seit vielen Jahren zu. Im Jahre 2019 lebten in der Schweiz laut dem Bundesamt für Statistik 2 175 375 Ausländer.¹⁸⁷ Von ihnen erfüllten 54,8 Prozent die Bedingungen für eine Einbürgerung. Von dieser Möglichkeit machten allerdings nur die wenigsten Gebrauch.¹⁸⁸ Sollen diese Personen – mehr als 25 Prozent der Bevölkerung – weiterhin von der demokrati-

185 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 515; vgl. auch MÜLLER, Entstehung und Entwicklung, S. 1178.

186 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 515.

187 <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79025.html>.

188 KOPONEN, «Meine politische Meinung zählt in der Schweiz nichts – und daran bin ich selber schuld: Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals», NZZ vom 22.01.2021, verfügbar

schen Mitbestimmung ausgeschlossen werden, weil sie den bürokratischen oder finanziellen Aufwand der Einbürgerung scheuen oder politische oder emotionale Vorbehalte haben? «Vernachlässigen kann man diese Zahl» jedenfalls «nicht, dafür ist sie zu hoch.»¹⁸⁹

a. *«Die Ausländer sind die Frauen von heute»*

Linda Koponen hat vor kurzem in der NZZ behauptet, die Ausländer seien die Frauen von heute. Vor 50 Jahren hätten die Männer endlich das Frauenstimmrecht eingeführt, nun seien es die Ausländerinnen und Ausländer, die auf die demokratischen Rechte warteten. Für die Demokratie sei es doch ein Problem, wenn ein Viertel der Bevölkerung nicht stimmberechtigt sei. In manchen Gemeinden seien die Ausländerinnen und Ausländer bereits heute in der Überzahl.¹⁹⁰ Wenn man von den politischen Entscheiden nicht nur betroffen sei, sondern diese auch mitgestalten könne, entstehe Identifikation, machte Koponen geltend. Dann werde aus dem Ihr ein Wir. Deshalb bedeute Integration auch und vor allem Teilhabe – und also politische Rechte.¹⁹¹

Berühmterweise versteht sich die Schweiz als Willensnation. Ihre Bürgerinnen und Bürger sind durch ihre Geschichte und ihren Willen, ihr Schicksal gemeinsam zu gestalten, miteinander verbunden. Um die Schweiz zu einen, wurde die Kultur aber während des Ersten Weltkriegs zur neuen Staatsaufgabe. Aus dieser geistigen Landesverteidigung, die bis zum Ende des Kalten Kriegs bestimmend war, resultierte ein Staat mit vier National- und drei Amtssprachen, der eine Vierkulturennation bildete. Diese überlagerte die ursprüngliche Willensnation nicht nur, sondern verdrängte sie teilweise auch: Schweizerin oder Schweizer war nun nicht mehr, wer sich zur Schweizerischen Eidgenossenschaft und ihrer Geschichte bekannte und diese fortschreiben wollte, sondern wer einer der vier schweizerischen Nationen angehörte. Die Schweiz hatte sich damit den sie umgebenden nationalstaatlichen Staatskonzeptionen angenähert. Auch sie setzte nun auf die Kultur, um die Einheit des Staats zu begründen und zu stärken, mit dem einzigen Unterschied, dass sie vier verschiedene Kulturen ihr eigen nannte.¹⁹² Dass sich das Selbstverständnis der Schweiz damit von der individualistischen Willensnation zur kollektiven Vierkulturennation verscho-

auf: <https://www.nzz.ch/gesellschaft/die-auslaender-von-heute-sind-die-frauen-von-damals-ld-1597083?mktcid=sms&mktcval=E-mail>.

189 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 516.

190 KOPONEN, «Meine politische Meinung zählt in der Schweiz nichts – und daran bin ich selber schuld: Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals», NZZ vom 22.01.2021, verfügbar auf: <https://www.nzz.ch/gesellschaft/die-auslaender-von-heute-sind-die-frauen-von-damals-ld-1597083?mktcid=sms&mktcval=E-mail>.

191 KOPONEN, «Meine politische Meinung zählt in der Schweiz nichts – und daran bin ich selber schuld: Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals», NZZ vom 22.01.2021, verfügbar auf: <https://www.nzz.ch/gesellschaft/die-auslaender-von-heute-sind-die-frauen-von-damals-ld-1597083?mktcid=sms&mktcval=E-mail>.

192 KLEY, Eigenheiten Verfassungsrecht, S. 96.

ben hatte, zeigte sich auch im Bereich des Einbürgerungsrecht. Galt noch bis ins 19. Jahrhundert, dass eingebürgert wurde und politisch mitbestimmen konnte, wer seit einigen Jahren im Kanton war und bleiben wollte, so wurde 1876 erstmals eine minimale Wohnsitzdauer von zwei Jahren verlangt, die 1920 auf sechs Jahre und 1952 auf zwölf Jahre verlängert wurde. Es sollten nunmehr nur noch Personen Schweizerinnen und Schweizer werden, «die im Sinne der geistigen Landesverteidigung kulturell schon Schweizer waren»¹⁹³. Die Einbürgerung von Personen, die kulturell nicht schon Teil einer der schweizerischen Kulturnationen waren, wurde damit immer schwieriger. Auch Personen, die schon lange in der Schweiz niedergelassen waren, konnten die Staatsbürgerschaft kaum noch erwerben, so dass der urdemokratische Grundsatz – *no taxation without representation* – immer mehr in den Schatten trat und in diesem Schatten das längst überholt geglaubte Konzept der Hintersässen wieder in Erscheinung trat.¹⁹⁴

Tatsächlich scheint die kulturelle Vielfalt der Schweiz einen Preis zu haben. Das schweizerische Selbstverständnis ist plural, aber nicht beliebig und auch nicht besonders beweglich. Um aus den zerstrittenen Völkerschaften der Kantone ein Gemeinwesen zu bilden, das auch zusammenhält, wenn rundum Kriege toben, waren Tendenzen der Introvertiertheit und der Abschottung unvermeidbar.¹⁹⁵ Heute lässt sich diese Abschottung nicht mehr rechtfertigen. Um sie zu überwinden, müssen nicht nur Hindernisse der Einbürgerung abgebaut werden, sondern niedergelassenen Ausländerinnen und Ausländern politische Mitwirkungsrechte gewährt werden – und zwar nicht nur auf kommunaler und kantonaler, sondern auch auf eidgenössischer Ebene.

b. Ausländerstimmrecht auf kantonaler und kommunaler Ebene

Im Grossen und Ganzen ist das Stimm- und Wahlrecht in den Kantonen gleich wie im Bund geregelt.¹⁹⁶ Verschiedene Kantone haben ihre Autonomie im Bereich der politischen Rechte aber bekanntlich dazu genutzt, um Ausländerinnen und Ausländern demokratische Mitwirkung zu ermöglichen.

Im Kanton Jura etwa verfügen ausländische Personen, die seit zehn Jahren in der Schweiz und seit einem Jahr im Kanton niedergelassen sind, über alle politischen Rechte des Kantons und der Gemeinden. Einzig wenn es um verfassungsrechtliche Fragen geht, sind sie von der Möglichkeit, das Gemeinwesen mitzugestalten, ausgeschlossen. Allerdings garantiert der Kanton Jura der ausländischen Bevölkerung neben den direkt-demokratischen Rechten, die nicht

193 KLEY, *Eigenheiten Verfassungsrecht*, S. 97.

194 Bei den Hintersässen handelte es sich um Personen, die schon seit langem Einwohner eines Kantons waren, aber nicht als Bürger galten und weniger Rechte besaßen als diese. Vgl. KLEY, *Eigenheiten Verfassungsrecht*, S. 97; sowie zum Ganzen auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, S. 119 ff.

195 RHINOW/SCHEFER/ÜBERSAX, N 2032.

196 JAAG, S. 123.

die Kantonsverfassung betreffen, nur das aktive, nicht das passive Stimmrecht. Ausländische Personen, welche über Stimm- und Wahlrechte verfügen, können aber in kantonale Kommissionen und zu kommunalen Beamten, in Stadt- und Generalräte und zu Präsidentinnen und Vizepräsidenten kommunaler Räte gewählt werden, allerdings nicht zu Gemeindepräsidenten.¹⁹⁷

Während der Kanton Jura das Ausländerstimmrecht im kantonalen Gesetz über die politischen Rechte regelt, erweitert der Kanton Neuenburg die politischen Rechte in der Kantonsverfassung. Das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten steht danach den Auslandschweizerinnen und Auslandschweizern zu, die nach der Bundesgesetzgebung im Stimmregister einer Gemeinde des Kantons eingetragen sind sowie den Ausländerinnen und Ausländern und den Staatenlosen, die über eine Niederlassungsbewilligung nach der Bundesgesetzgebung verfügen und seit mindestens fünf Jahren im Kanton wohnen (Art. 37 Abs. 1 lit. b KV JU). Diese Stimmberechtigung gilt auch für die kommunale Ebene.¹⁹⁸ Die Stimmberechtigten wählen die Mitglieder des Grossen Rates und die Mitglieder des Staatsrates (Art. 38). Grundsätzlich sind jedoch nur stimmberechtigte Schweizerinnen und Schweizer in kantonale Behörden wählbar. Das Gesetz kann die Wählbarkeit «für die richterlichen Behörden» allerdings auf Ausländerinnen und Ausländer ausdehnen (Art. 47). Es stellt auch klar, dass Ausländerinnen und Ausländer in kommunale Behörden wählbar sind (Art. 31 Abs. 1 LDP). Auch an den Ständeratswahlen nimmt die gesamte Wählerschaft teil, jedoch sind nur stimmberechtigte Schweizerinnen und Schweizer wählbar (Art. 39 Abs. 1 und 2).

Im Kanton Waadt verfügen Ausländerinnen und Ausländer auf kommunaler Ebene über politische Rechte. Sie sind stimmberechtigt und können das aktive und passive Wahlrecht ausüben, wenn sie seit mindestens zehn Jahren mit Bewilligung in der Schweiz leben und seit mindestens drei Jahren im Kanton wohnhaft sind (Art. 142 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 KV VD).

Auch im Kanton Freiburg/Fribourg sind Ausländerinnen und Ausländer in Gemeindeangelegenheiten stimm- und wahlberechtigt, wenn sie seit mindestens fünf Jahren im Kanton Wohnsitz haben (Art. 48 Abs. 1 lit. b KV FR).¹⁹⁹ Alle in kommunalen Angelegenheiten Stimmberechtigten können den Gemeindeorganen angehören (Art. 131 Abs. 1 KV FR). Das Gesetz kann niederlassungsberechtigten Ausländerinnen und Ausländern, die seit mindestens fünf Jahren im Kanton Wohnsitz haben, auch die Ausübung eines richterlichen Amtes erlauben (Art. 86 Abs. 2 KV FR).

Im Kanton Genf sind Ausländerinnen und Ausländer berechtigt, in kommunalen Angelegenheiten zu wählen, abzustimmen sowie Initiativen und Referen-

197 Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 6 Abs. 1, 4 und 5 Loi sur les droits politiques JU.

198 Art. 3 Loi sur les droits politiques (LDP JU).

199 Das Gesetz über die Ausübung der politischen Rechte präzisiert: C-Ausweis (Art. 2a Abs. 1 lit. b).

dumsbegehren zu unterzeichnen, wenn sie ihren rechtmässigen Wohnsitz seit mindestens acht Jahren in der Schweiz haben (Art. 48 Abs. 3 KV GE); über das passive Wahlrecht verfügen sie nicht.

Der Kanton Appenzell Ausserrhoden ermächtigt die Gemeinden, das Stimmrecht Ausländerinnen und Ausländern zu erteilen, die seit zehn Jahren in der Schweiz und davon seit fünf Jahren im Kanton wohnen und ein entsprechendes Begehren stellen (Art. 105 Abs. 2 KV AR). Vier von zwanzig Gemeinden haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.²⁰⁰

Nach der Verfassung des Kantons Graubünden können die Gemeinden Ausländerinnen und Ausländern das Stimmrecht sowie das aktive und passive Wahlrecht in Gemeindeangelegenheiten erteilen (Art. 9 Abs. 4 KV GR). 25 Gemeinden haben die Möglichkeit genutzt. Auch nach der Verfassung des Kantons Basel-Stadt ist es Einwohnergemeinden gestattet, das Stimm- und Wahlrecht in Gemeindeangelegenheiten auf weitere Einwohner und Einwohnerinnen auszuweiten (Art. 9 Abs. 2 KV BS), doch haben die Gemeinden Bettingen und Riehen bis anhin davon abgesehen.²⁰¹

c. Notwendigkeit eines allgemeinen Ausländerstimmrechts

Ständig in der Schweiz wohnhafte Ausländerinnen und Ausländer sind in den meisten Gemeinden und Kantonen der Schweiz und im Bund an Entscheide eines Gemeinwesens gebunden, dem sie tatsächlich angehören, von dem sie rechtlich aber ausgeschlossen sind. Sie unterstehen «demokratisch legitimer Herrschaft», ohne an dieser «berechtigt zu sein».²⁰² Dabei stellt sich die Frage, ob die Herrschaft angesichts dieser Diskrepanz von Regierenden und Regierten überhaupt als demokratisch legitimiert anzusehen ist.

Die traditionellen Rechtfertigungen für den Ausschluss der Ausländerinnen und Ausländer haben grösstenteils ihre Bedeutung verloren. Dies gilt namentlich für die Idee der Wehrverfassung und der Kriegslogik, die davon ausgeht, dass nur Staatsbürger in der Pflicht stehen, dem Land in guten wie in schlechten Zeiten beizustehen und Land, Leute und Verfassung notfalls mit Waffengewalt zu verteidigen, während Ausländerinnen und Ausländer sich dagegen «ohne weiteres davonmachen» können²⁰³, wenn sie nicht sogar zum Feind gehören und das Land von innen angreifen. Mit dieser Begründung, die für die Schweiz wohl nie eine praktische Bedeutung hatte, liesse sich auch weiterhin am Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht festhalten. Diese können sich zwar im Kriegsfall nicht aus dem Staub machen, was für viele Ausländerinnen und Aus-

200 <<https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/staatsbuergerschaft-citoyennete/Citoy/buergerrechte/panorama.html>>.

201 Vgl. zum Ganzen BISAZ, S. 107 ff.

202 Vgl. REICH, *Liberal Democracy*, S. 283.

203 TSCHANNEN, *Perspektiven*, S. 516.

länder gerade im Krisenfall auch gelten wird, greifen aber auch nicht zu den Waffen.

Es gibt deshalb immer mehr Stimmen, die Ausländerinnen und Ausländern, die sich dauerhaft in der Schweiz niedergelassen haben und von der Politik des Landes nicht mehr und nicht weniger langfristig betroffen sind als Schweizerinnen und Schweizer, wenigstens auf Ebene der Kantone und Gemeinden Stimm- und Wahlrechte zukommen lassen wollen. «Im Bund hingegen dürfte ein Ausländerstimmrecht (selbst gekoppelt an eine mehrjährige Wartefrist) vorderhand Illusion bleiben; noch sperren sich die Emotionen.»²⁰⁴

Was die politische Machbarkeit angeht, so mag diese Einschätzung stimmen. Allerdings bedeutet sie auch, die Demokratie den Emotionen jener unterzuordnen, die bereits zum *demos* gehören. Die Mehrheit der Stimmberechtigten kann danach nach Belieben an der Inkongruenz zwischen Herrschenden und Beherrschten festhalten. Dies gilt auch für die kantonale und kommunale Ebene, wo sich das Ausländerstimmrecht zwar vielleicht leichter einführen lässt, wo es aber in Abstimmungskämpfen, an denen sich die Betroffenen gerade nicht beteiligen können, dennoch oft scheitert.²⁰⁵ Wer der «Logik der Demokratie» folgt, muss das Ausländerstimmrecht in allen Kantonen und Gemeinden und auch auf Bundesebene befürworten. Auch auf eidgenössischer Ebene werden Entscheide gefällt, die Ausländerinnen und Ausländer wie Schweizerinnen und Schweizer betreffen – oder sogar noch mehr, wenn es etwa um das Ausländerrecht geht.²⁰⁶

Es versteht sich von selbst, dass eine Demokratie – und eine halbdirekte Demokratie wie die schweizerische ganz besonders – auf Zugehörigkeitsgefühle und auf Stabilität setzen muss. Obwohl auch Ausländerinnen und Ausländer, die sich nur vorübergehend in der Schweiz aufhalten, schweizerischen Gesetzen unterworfen sind und meist auch Steuern bezahlen, ist es legitim, die politischen Rechte auf jene Personen zu beschränken, die ihr Schicksal langfristig mit dem Gemeinwesen verbinden und *de facto* zur Schicksalsgemeinschaft Schweiz gehören. Wartefristen sind deshalb nicht nur zulässig, sondern sinnvoll. Zwischen Ausländerinnen und Ausländern und Staatsangehörigen bestehen wesentliche Unterschiede, wenn es um die Ausübung der politischen Rechte geht. Kantone können vorsehen, dass Schweizerinnen und Schweizer, die neu in den Kanton ziehen, das Stimmrecht in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten erst nach einer Wartefrist ausüben dürfen. Diese Wartefrist darf allerdings höchstens drei Monate dauern (Art. 39 Abs. 4 BV) und soll lediglich verhindern, dass es vor Wahlen und Abstimmungen zu taktischen Be-

204 TSCHANNEN, Perspektiven, S. 516.

205 Vgl. dazu etwa CHENEVAL, S. 361: «Das Unterwerfungsprinzip leistet eine Begründung von Partizipation und Verhinderung von Diktatur innerhalb bestehender Hoheitsgrenzen oder eine Begründung der Inklusion von allen permant Niedergelassenen im *Demos*.»

206 So etwa auch RÜEGGER, S. 83 ff. sowie CARONI, S. 317 ff.

völkerungsbewegungen kommt.²⁰⁷ Geht es um die Wartefristen für Ausländerinnen und Ausländer können die kantonalen Regelungen – wie oft – als Inspirationsquelle gelten.²⁰⁸ Kein Kanton sieht eine längere Wartefrist als zehn Jahre vor, an dieser könnte sich der Bund orientieren. Auch bei der Ausgestaltung des Ausländerstimmrechts könnte sich der Bund an kantonalen Regelungen orientieren und beispielsweise nur das aktive und nicht auch das passive Wahlrecht gewähren oder – wie der Kanton Jura – Verfassungsfragen von der Mitwirkung ausnehmen.

Es steht ausser Frage, dass das Völkerrecht den Ausschluss von Ausländerinnen und Ausländern von den politischen Rechten zulässt. Es sind alle Staatsbürgerinnen und Staatsbürger, die nach Art. 25 UN-Pakt II das Recht und auch die Möglichkeit haben müssen, ohne Diskriminierung und ohne unangemessene Einschränkung an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreterinnen und Vertreter teilzunehmen, bei Wahlen zu wählen und gewählt zu werden und gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern zu haben. Dass der Ausschluss von Ausländerinnen und Ausländern von der Mitwirkung in öffentlichen Angelegenheiten nicht im Widerspruch zum geltenden Völkerrecht steht, bedeutet jedoch nicht, dass er auch sinnvoll ist oder verfassungsrechtlich geboten wäre. Nach der Präambel der Bundesverfassung geben sich «das Schweizervolk und die Kantone» die Verfassung. Während sich die Verfassung verschiedentlich auf das Volk bezieht, ist vom Schweizer Volk nur in der Präambel und im ersten Artikel der Verfassung die Rede. Wer zum Schweizer Volk – und wer zum Volk – gehört und wer nicht, ist dabei nicht abschliessend geklärt. Ein Volk im Sinne einer ethnischen, sprachlichen oder kulturellen Nation existiert in der Schweiz bekanntlich nicht und ist für den Erfolg eines demokratischen Rechtsstaats auch nicht erforderlich. Vielmehr sind es in der Schweiz die gemeinsame Geschichte und das gemeinsame «verfassungsrechtliche Dach»²⁰⁹ mit seinen Institutionen, rechtsstaatlichen Garantien und demokratischen Mitwirkungsrechten und seinem föderalen Aufbau, die die Bewohnerinnen und Bewohner des Landes – beziehungsweise jene mit einem Schweizer Pass – miteinander verbinden. Das Schweizer Volk ist keine Nation, sondern – wenn schon – eine Willens- oder Verfassungsnation.²¹⁰ Ein klares Verständnis des Begriffs lässt sich der Bundesverfassung allerdings nicht entnehmen, weder der Präambel, wonach sich Schweizervolk und Kantone die Verfassung geben, noch Art. 1 BV, wonach das Schweizer Volk und die Kantone die Schweizerische Eidgenossenschaft bilden.²¹¹ Die Präambel wird oft so verstanden, dass sie sich nur auf die stimm-

207 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 39 N 11.

208 Vgl. dazu CHATTTON, S. 1240 ff.

209 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 1 N 11.

210 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 1 N 11; HAFNER/SCHWEIZER, SGK-BV, Art. 1 N 6.

211 Vgl. AUBERT/MAHON, Art. 1 N 15.

berechtigten Schweizerinnen und Schweizer bezieht (also auf weniger als 70% der ständigen Wohnbevölkerung) oder gar nur jene Stimmberechtigten erfasst, die der geltenden Verfassung zugestimmt haben.²¹² Bildeten tatsächlich jene Personen das Schweizervolk, die im Jahre 1999 die nachgeführte dritte Bundesverfassung gutgeheissen haben, so handelte es sich um ungefähr 17% der Bevölkerung.²¹³ Genaugenommen müsste man aber bei dieser Vorgehensweise das Schweizervolk, das sich die Verfassung gegeben hat, bei jeder Norm einzeln bestimmen, denn dem direkten Gegenentwurf zur Velo-Initiative haben andere Stimmberechtigte zugestimmt als jenem zur Verhüllungsverbot-Initiative. Ein so enges Verständnis des Schweizervolks ist weder praktikabel – wenn die Präambel denn überhaupt eine praktische Funktion erfüllt – noch sinnvoll. Es scheint vielmehr auf der Hand zu liegen, dass zum Schweizer Volk, das sich die Verfassung gegeben hat, auch jene Personen gehören, welche die Nachführung der Bundesverfassung – oder irgendeine ihrer Revisionen – abgelehnt haben und überstimmt worden sind, die ihr Stimmrecht nicht genutzt haben oder die ihr Stimmrecht zu diesem Zeitpunkt noch nicht erworben hatten, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht volljährig oder noch nicht eingebürgert waren. Während die Präambel sich aber tatsächlich auf den Verfassungsgeber bezieht und damit an politische Rechte anknüpft, so gehören zum Schweizervolk, das die Schweizerische Eidgenossenschaft «bildet» und die Schweiz zu dem macht, was sie ist, zweifellos auch nicht-stimmberechtigte Schweizerinnen und Schweizer, Kindern und Jugendliche und Personen, denen die politischen Rechte entzogen worden sind, sowie die in der Schweiz niedergelassenen Ausländerinnen und Ausländer.²¹⁴

Trotz einer Tradition als Verfassungsnation kann die Zugehörigkeit zum Schweizer Volk weder von Verbundenheit mit historischen und politischen Traditionen noch von einem Bekenntnis zu den Werten der Bundesverfassung abhängen. Gefühle der Verbundenheit sind – wie die meisten Gefühle – nicht für die Ewigkeit geschaffen und gewährleisten weder Klarheit noch Stabilität. Mancher Auslandschweizerin und manchem Auslandschweizer mag das historische, kulturelle und ideelle Zusammengehörigkeitsgefühl und die Verbundenheit mit den Traditionen und Gepflogenheiten des Landes abhandengekommen sein, was auch für einige Inlandschweizerinnen und -schweizer gelten mag. Umgekehrt fühlen sich viele Ausländerinnen und Ausländer der Schweiz zutiefst verbunden, weil sie hier Sicherheit, Arbeit und Perspektiven gefunden haben oder einfach weil sie schon so lange hier leben, dass sie ihr Ursprungsland kaum noch kennen oder weil trotz ihrer Verbundenheit zu dem oder den Ursprungsländern ein Zugehörigkeitsgefühl zur Schweiz entstanden ist. Auch ein Bekenntnis zu den Werten der Bundesverfassung stellt keinen zuverlässigen

212 Vgl. die Hinweise bei AUBERT/MAHON, Art. 1 N 9.

213 BELSER, BSK-BV, Präambel, N 26 und Einleitung, N 22.

214 BELSER, BSK-BV, Einleitung N 15 und Präambel N 26.

Masstab dar. Dies gilt nicht nur, weil viele Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz sowie im nahen und fernen Ausland sich zu den Werten der Bundesverfassung bekennen und umgekehrt nicht wenige Schweizerinnen und Schweizer ein angespanntes Verhältnis zu diesen haben. Angesichts der zunehmenden Widersprüche innerhalb der Verfassung wird es für alle immer schwieriger, ein unkompliziertes Verhältnis zum höchsten Gesetz zu haben.

Aus staatspolitischer Sicht kann es als sinnvoll erscheinen, das Volk klar zu definieren, aber weder für die Belange der Präambel, noch für Art. 1 BV, noch für alle anderen Verfassungsbestimmungen, die sich auf das Volk beziehen, ist Klarheit und Eindeutigkeit erforderlich. Wer zum Volk gehört und wer nicht, kann sich wandeln und muss für jeden Regelungsbereich einzeln ermittelt und immer wieder neu ausgehandelt und entschieden werden.²¹⁵ Wo es um die demokratische Mitwirkung geht, ist zweifellos ein weiteres Verständnis geboten.

III. Verbesserung der demokratischen Mitwirkung

Ist die Kongruenz von Herrschenden und Beherrschten hergestellt, so gilt es sicherzustellen, dass alle Stimmbürgerinnen und Stimmbürger sich angemessen an der demokratischen Willensbildung und Entscheidungsfindung beteiligen können. Die möglichst grosse Chancengleichheit der Bürgerinnen und Bürger ist auch im politischen Bereich ein verbindliches Staatsziel (Art. 2 Abs. 3 BV) und stellt die möglicherweise wichtigste Komponente der Gleichheitsidee dar. Die Chancengleichheit ist aber als Ziel zu offen und unbestimmt, um aus ihr justiziable Rechte abzuleiten. Die unabhängige Justiz kann deshalb Personen und Gruppen nicht zu Hilfe kommen, wenn die Mehrheit davon absieht, für ihre Chancengleichheit zu «sorgen». Sie kann auch dann nicht eingreifen, wenn politische Organe die Chancen einer Personengruppen schlechterdings nicht beachten oder als unbedeutend erachten und nicht nur davon absehen, sie zu fördern, sondern sogar einer stetigen und einschneidenden Verschlechterung der Chancen tatenlos zusehen.

Gerade weil dies so ist, ist die Chancengleichheit im politischen Bereich zentral. Ihre Verwirklichung stellt sicher, dass alle nicht nur eine gleiche, sondern auch eine faire Chance haben, an den Entscheidungen mitzuwirken, die das Gemeinwesen betreffen. Dass diesem Verwirklichungsauftrag wesensgemäss Schranken gesetzt sind, und auch der Staat nicht alles kann²¹⁶ – und auch gar nicht alles versuchen soll – bedeutet nicht, dass er sich nicht um die Verwirk-

215 Vgl. auch MAHON, S. 1506: «D'un point de vue de démocratie politique, on ne peut plus justifier aujourd'hui qu'une partie importante de la population, régulièrement domiciliée sur un territoire et soumise aux lois en vigueur sur ce territoire, contribuant activement, par son activité et ses impôts, au progrès social et économique de la collectivité étatique, soit privée de tous droits politiques. [...] Il y a là à notre sens une incohérence, qui révèle d'une conception personnaliste de l'Etat national datant du 19^e siècle, et qui ne saurait plus ce justifier aujourd'hui.»

216 BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 35 N 13.

lichung der politischen Rechte zu sorgen und sinnvolle Massnahmen zu ergreifen hat, damit alle auch tatsächlich von diesen Gebrauch machen können. Ein demokratischer Diskurs zeichnet sich gegenüber einer blossen Diskussion dadurch aus, dass alle Beteiligten gleiche Rechte und Chancen haben, «Themen aufzuwerfen und Lösungsvorschläge einzubringen»²¹⁷; auf einen solchen Diskurs muss der Staat hinarbeiten.

Wegen der Doppelnatur der politischen Rechte ist dies nicht nur aus rechtsstaatlicher, sondern auch aus demokratischer Sicht geboten. Es kann einer demokratischen Gesellschaft nicht gleichgültig sein, ob alle Bürgerinnen und Bürger die gleichen Mitwirkungsrechte geniessen oder ob dies nicht der Fall ist. Die meisten Funktionen kann die Demokratie nur erfüllen, wenn die Bedingung gleicher Mitwirkung gegeben ist. Demokratische Entscheide geniessen deshalb besondere Legitimität, weil sie weniger fehleranfällig sind als Entscheide, die von Einzelnen oder Institutionen gefällt werden. Weil sie den Grundsatz der Gleichheit aller Menschen am besten gewährleisten, stellen sie das fairste Mittel dar, um in einer heterogenen Gesellschaft Entscheide hervorzubringen und Herrschaft auszuüben. Dies gilt aber nur, wenn die Gleichheit aller Menschen nicht nur rechtlich gegeben, sondern auch tatsächlich verwirklicht und gleichen Mitwirkungsmöglichkeiten sichergestellt werden. Nur unter diesen Umständen kann von der Legitimität des Verfahrens (oder der *prozeduralen Gerechtigkeit*) auch auf die Legitimität des Ergebnisses (oder die *substantielle Gerechtigkeit*) geschlossen und davon ausgegangen werden, dass Entscheide nicht nur vom Volk ausgehen, sondern auch im Interesse des Volks liegen und seinem Wohle dienen.²¹⁸ Auch die Lernfähigkeit einer Demokratie ist nur gewährleistet, wenn die Interessen, Nöte und Prioritäten aller Personengruppen zum Ausdruck kommen und ihre Anliegen angemessen mit anderen abgewogen werden können. Auch auf die Akzeptanz ihrer Entscheide kann eine Demokratie auf die Dauer nur dann hoffen, wenn alle Personen und Personengruppen eine faire Chance hatten, diese zu beeinflussen – und die gleichen Möglichkeiten haben, diese im Rahmen demokratischer Prozesse auch wieder in Frage zu stellen. Gelingt es einer Demokratie nicht, allen Bürgerinnen und Bürgern den gleichen Zugang zur Macht zu sichern und glaubwürdig zu vermitteln, dass die Macht im Staat nicht bestimmten Personengruppen vorenthalten ist, sondern allen offensteht, versäumt sie auch die Chance, Gemeinsamkeit und Zugehörigkeit zu stiften.²¹⁹

Wer also sind die Personen und Personengruppen, die nur unzureichend in den politischen Entscheidungsprozess eingebunden sind, weil sie vereinzelte

217 MÜLLER, Die demokratische Verfassung, S. 42.

218 Vgl. MAHLMANN, S. 222; MOECKLI, S. 504 ff. m.w.H. sowie MÜLLER, Die demokratische Verfassung, S. 43: «Jedes Machtgefälle im politischen, sozialen, medialen und ökonomischen Bereich beeinträchtigt die Wahrscheinlichkeit, gerechte und legitime Lösungen in der politischen Auseinandersetzung zu finden.»

219 BELSER/WALDMANN/WIEDERKEHR, Kap. 5 N 29 f.

und isolierte Minderheiten bilden oder aus anderen Gründen benachteiligt sind? Um welche Menschen muss sich der Staat sorgen und welche kann er sich selbst überlassen? Für grosse Gruppen und gut organisierte kleinere stellt die Mitwirkung in der Regel kein Problem dar. In der Schweiz kann als Massstab gelten, ob eine Gruppe in der Lage ist, ein Referendum zu ergreifen oder ernsthaft mit diesem Schritt zu drohen. In diesem Fall kann sie davon ausgehen, dass ihre politischen Wünsche und Bedenken wahrgenommen werden. Etwas anderes gilt für Personengruppen, «die gleichsam im ‹blinden Fleck des Referendums› zu liegen kommen, weil sie im politischen Entscheidungsprozess kaum zureichend durchsetzungsfähig sind»²²⁰. Dies gilt namentlich für Personen, «die nicht-traditionellen, geografisch wenig konzentrierten Minderheiten angehören».²²¹ Neben den traditionellen Minderheiten, die nicht oder nicht mehr geografisch konzentriert leben, und den neuen Minderheiten sind aber auch noch andere Personengruppen zu beachten. Dabei stellt sich – wie immer, wenn es um Gleichheit geht – die Frage, welche Merkmale von Personengruppen zu beachten sind und welche die Rechtsordnung ausser Acht lassen kann.

Bei der Anwendung der allgemeinen Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) sind die staatlichen Behörden relativ frei, Unterschiede als erheblich zu betrachten oder es nicht zu tun. Es geht dabei vor allem um Unterschiede, die Menschen selbst bestimmen und um Verhaltensweisen, die Menschen selbst zu verantworten haben. Dass Personen, die straffällig geworden sind, weniger Einfluss auf die Gestaltung der Rechtsordnung haben, weil sie sich schlecht organisieren können, eine sehr heterogene Personengruppe bilden und an gesellschaftlichem Ansehen eingebüsst haben, ist für die Demokratie im Grossen und Ganzen wohl verkraftbar. Straffällige Personen gehen ihrer politischen Rechte zwar nicht verlustig – das hat der schweizerische Gesetzgeber im Jahre 1971 durch eine Revision des Zivilgesetzbuches anerkannt und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem – in Grossbritannien kontrovers aufgenommenen – Urteil entschieden²²². Dass sie aber wohl weniger Einfluss auf das Ergebnis demokratischer Prozesse haben, ist hinzunehmen. Ihrem Schutz dienen die Grundrechte, die auch dann vor unverhältnismässigen Eingriffen schützen, wenn die Mehrheit solche vorsehen möchte. Nicht hinzunehmen dagegen ist, dass die Rechte und Freiheiten straffälliger Personen durch den Verfassungsgeber und unter Umständen auch durch den Gesetzgeber eingeschränkt werden, ohne dass unabhängige Gerichte die Zulässigkeit dieser Einschränkung überprüfen könnte – wie dies in der Schweiz teilweise der Fall ist.

220 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 349.

221 REICH, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, S. 349.

222 Urteil des EGMR, Rs. 74025/01 (Hirst v United Kingdom) vom 6. Oktober 2005; Urteile des EGMR, 60041/08 und 60054/08 (Greens and M.T. v United Kingdom) vom 23. November 2010.

Anders sieht es aber aus, wenn nicht die allgemeine Rechtsgleichheit, sondern das Diskriminierungsverbot betroffen ist (Art. 8 Abs. 2 BV). In diesem Fall ist das staatliche Ermessen erheblich eingeschränkt. Wegleitend für die Ausgestaltung der Demokratie ist damit das Diskriminierungsverbot, das zu verwirklichen die Aufgabe aller staatlicher Behörden ist. Namentlich darf die religiöse, weltanschauliche oder politische Gesinnung, das Geschlecht, das Alter, die Behinderung und die nationale Herkunft oder die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit nicht zu Nachteilen bei der tatsächlichen Wahrnehmung der politischen Rechte führen.

1. Verstärkung der Repräsentativität

Im jungen Bundesstaat erfolgten die kantonalen Parlamentswahlen bis Ende 19. Jahrhundert nach dem Mehrheitsprinzip. Die Mehrheitsparteien legten die Wahlkreise so fest oder änderten sie so ab, dass ihre Partei in den meisten oder in allen Wahlkreisen die Mehrheit erzielte («gerrymandering»). Gegen Ende des 19. Jahrhunderts wurde die Frage des Wahlsystems – und ein Systemwechsel zur Proporzwahl – deshalb an vielen Orten zum wichtigsten staatspolitischen Thema.²²³ Auch die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 waren dem Prinzip der Majorzwahl verpflichtet. Die Festlegung der eidgenössischen Wahlkreise, in welchen die Nationalratswahlen erfolgen sollten, stellten deshalb eine «Machtfrage ersten Ranges»²²⁴ dar. Die Wahlkreise, die der Bundesrat zunächst vorgeschlagen hatte, vermochte Alfred Escher, der «Zar von Zürich», als Vorsitzender einer Nationalratskommission zugunsten des Freisinns abzuändern. Das Nationalratsgesetz von 1859 sah deshalb im Ergebnis ein «äusserst fragwürdiges Wahlrecht» vor.²²⁵ Konservative und später Sozialdemokraten forderten deshalb mit zunehmendem Nachdruck den Wechsel zum Proporzwahlssystem. Die zwei Gutachten, die der Bund in dieser Angelegenheit einholte, illustrieren deutlich, auf wie vielfältige Weise Demokratie verstanden werden kann. Während François Wille die Verhältniswahl klar befürwortete und als demokratisch pries, lehnte Carl Hilty sie entschieden ab. Hilty, der den Befürwortern des Proporz ein Rückfall in ständisches Gruppendenken vorwarf, machte geltend, dass das Parlament gerade «nicht ein blosses Abbild der Wählerschaft sein» solle und dass keinesfalls alle Parteien – ganz besonders nicht die «unerwünschten» – im Parlament vertreten sein sollten.²²⁶

Die Überwindung der «freisinnigen Hegemonialdemokratie»²²⁷ gelang – wie später die Einführung des Frauenstimmrechts – nicht im ersten Anlauf. In den Jahren 1900 und 1910 scheiterten zwei Volksinitiativen, mit welchen

223 SCHMID, S. 309 f.

224 SCHMID, S. 310.

225 KÖLZ, S. 493; SCHMID, S. 309 f.

226 HILTY, S. 22 und 26; SCHMID, S. 309 f.

227 GRUNER, S. 441.

die Katholisch-Konservativen und die Sozialdemokraten den Wechsel zur Verhältniswahl gefordert hatten. Ein weiteres Volksbegehren wurde 1913 eingereicht, jedoch – und auch dies erinnert an die Einführung des Frauenstimmrechts – während Jahren verschleppt.²²⁸ Erst unmittelbar vor Ausbruch des Landesgeneralstreiks wurde das Vorhaben schliesslich mit grosser Mehrheit gutgeheissen (fast 70% der Stimmenden, 17 Kantone und 5 Halbkantone). Bei den darauf folgenden Neuwahlen des Nationalrats verloren die Freisinnigen ihre absolute Mehrheit, während die Sozialdemokraten ihre Sitzzahl nahezu verdoppeln konnten.²²⁹ Ab dieser Zeit erreichte nie mehr eine Partei die absolute Mehrheit im Nationalrat, alle sollten sich fortan stets in einer Minderheitenstellung befinden²³⁰ und auf die Suche nach Kompromissen angewiesen sein.

2. *Verbesserung der Mitwirkung der Frauen*

Es lässt sich kaum behaupten, dass die Frauen zu den vereinzelten oder isolierten Minderheiten gehören, die der besonderen Aufmerksamkeit der Demokratie und des Rechtsstaats bedürfen. Frauen bilden keine Minderheit im Sinne des Minderheitenschutzes, weil sie sich weder kulturell, noch sprachlich oder religiös von den Männern unterscheiden und weil sie auch zahlenmässig den Männern nicht unterlegen sind. Zweifellos haben sie aber seit es Rechtsordnungen gibt unter rechtlichen Nachteilen gelitten und wurden – und werden – im gesellschaftlichen Bereich benachteiligt. Diese Geschichte der Geschlechterungleichheit zu überwinden, ist der Anspruch der schweizerischen Bundesverfassung und der UN-Frauenrechtskonvention. Die Nichtbeachtung der Geschichte und das Ausblenden von rechtlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten, bedeutet nichts anderes als «die Fort- und Festschreibung der Gruppen- und damit gleichzeitig der Individualdiskriminierung»²³¹.

Seit dem Jahre 1981 sind Frauen und Männer nicht nur gleichberechtigt. Vielmehr hat der Gesetzgeber für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen (Art. 8 Abs. 3 BV). Im Jahre 1995 hat der Bundesgesetzgeber gestützt auf diesen verbindlichen Gesetzgebungsauftrag das Gleichstellungsgesetz erlassen, das aber nur die Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht sowie die öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse von Bund, Kantonen und Gemeinden betrifft (Art. 1 GIG) und die Frage der Gleichstellung im Bereich der politischen Rechte nicht berührt.

Bei der Nachführung der Bundesverfassung hatte der Bundesrat in seiner Botschaft darauf hingewiesen, dass viele Vorschläge zur Ergänzung der Gleichstellungsartikel eingegangen seien. Dazu habe auch die Forderung gehört, die

228 SCHMID, S. 312.

229 SCHMID, S. 312 f.

230 KÖLZ, S. 730 f.

231 FREIVOGEL, Kommentar GIG, Art. 3 N 163.

Frauen sollten in den eidgenössischen Behörden gleich stark vertreten sein wie die Männer, nötigenfalls durch Quoten. Ein solche Bestimmung würde jedoch über eine Nachführung hinausgehen, machte der Bundesrat geltend.²³² Er verwies auch auf die Volksinitiative «Für eine gerechte Vertretung der Frauen in den Bundesbehörden», die eine symmetrische Pflicht zur Gleichstellung vorsah. Nach dem Vorschlag dürfen Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, die fünf oder mehr Mitglieder umfassen, «nicht zu mehr als sechzig Prozent aus Angehörigen des gleichen Geschlechts» zusammengesetzt sein. Die Initiative wurde jedoch im Jahre 2000 in der Volksabstimmung abgelehnt.

Der Bund und verschiedene Kantone haben aber dennoch Massnahmen ergriffen, um die Mitwirkung der Frauen in öffentlichen Angelegenheiten zu verbessern.²³³ So verpflichtet etwa die Verfassung des Kantons Waadt die politischen Parteien dazu, auf die Umsetzung des Grundsatzes der ausgewogenen Vertretung von Frauen und Männern zu achten (Art. 86 Abs. 3 KV VD). Sie sieht auch vor, dass der Staat in seinem Handeln darauf zu achten hat, dass «Frauen und Männer in den Behörden ausgewogen vertreten sind» (Art. 6 Abs. 2 lit. e KV VD). Im Kanton Freiburg/Fribourg fördert der Staat «eine ausgewogene Vertretung von Frauen und Männern in den Behörden» (Art. 50 Abs. 1 KV FR). Ausserdem achten Staat und Gemeinden auch «beim Zugang zu öffentlichen Ämtern» auf die Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Art. 9 Abs. 2 KV FR). Die Verfassung des Kantons Genf verpflichtet den Staat dazu, eine ausgewogene Vertretung von Frauen und Männern in den Behörden zu fördern und Massnahmen zu treffen, damit die gewählten Personen ihr Privat-, Familien- und Berufsleben mit ihrem Mandat vereinbaren können (Art. 50 KV GE). Schliesslich sind auch im Kanton Appenzell Ausserrhodon Kanton und Gemeinden dazu verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass öffentliche Aufgaben gemeinsam von Frauen und Männern wahrgenommen werden (Art. 6 Abs. 4 KV AR). Auf Bundesebene sind das Bundespersonalgesetz vor, dass Arbeitgeber geeignete Massnahmen für die Chancengleichheit von Frau und Mann und zu deren Gleichstellung treffen (Art. 4 Abs. 2 lit. d BPG).

Der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frauen ist jedoch der Ansicht, dass die bisherigen Massnahmen von Bund und Kantonen nicht genügen, um die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern im politischen Bereich herzustellen. Er hat der Schweiz deshalb verschiedentlich empfohlen, «to adopt strict legislative and mandatory political quotas in order to accelerate the process of de facto gender equality»²³⁴. Obwohl die Gleichstellungsbeauftragte den Ausschuss darauf aufmerksam gemacht hat, dass die

232 Botschaft neue BV, S. 143.

233 Vgl. zu den erfolglosen Quoteninitiativen BGE 123 I 152 und BGE 125 I 21.

234 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, reviews of the reports of Switzerland, 2016, verfügbar auf: <<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20818&LangID=>>>.

Schaffung politischer Quoten im gegenwärtigen politischen Kontext der Schweiz nicht möglich sei und das Land andere Strategien der Gleichstellung verfolge, hielt dieser an seiner Empfehlung fest.

Schon in seinen Reaktionen auf den ersten und zweiten Bericht hatte der Ausschuss Massnahmen zur Förderung der politischen Gleichstellung empfohlen und bedauert, dass die Schweiz keine Quoten vorsehe und Vorschläge zu ihrer Einführung sowohl auf Bundesebenen wie auch in einzelnen Kantonen abgelehnt würden. Der Ausschuss zeigte sich auch besorgt darüber, «dass Frauen – obwohl sie 54 % der Wählerschaft ausmachen – in den politischen Entscheidungspositionen, die durch Wahl oder Ernennung besetzt werden, deutlich untervertreten» seien. Trotz einiger Fortschritte gelte dies auch für die Vertretung der Frauen in der Verwaltung, an Gerichten und im diplomatischen Dienst sowie auf internationaler Ebene. Der Ausschuss zeigte sich auch erstaunt darüber, dass Quoten für eine ausgeglichene Vertretung der Geschlechter im politischen Leben in der Schweiz regelmässig abgelehnt werden, «während Regional-, Sprach- und andere Quoten breite Akzeptanz geniessen würden». Er ermunterte die Schweiz deshalb, «nachhaltige Massnahmen zur Erhöhung der Frauenvertretung in gewählten und ernannten Gremien zu ergreifen, einschliesslich vorübergehender Sondermassnahmen». Seit den Gesamterneuerungswahlen von 2019 erscheinen solche Sondermassnahmen im politischen Bereich jedoch nicht mehr geboten. Viel dringlicher erscheinen Massnahmen in anderen, namentlich im wirtschaftlichen und sozialen Bereich.²³⁵

3. *Verbesserung der Mitwirkung von Minderheiten und anderen Gruppen*

Bund und Kantone haben verschiedene Massnahmen ergriffen, um die tatsächliche Mitwirkung von Minderjährigen und anderen Personengruppen an politischen Entscheidungsprozessen zu verbessern. Die Verfassung des Kantons Freiburg/Fribourg verpflichtet Staat und Gemeinden beispielsweise dazu, die soziale und politische Integration der Jugendlichen zu fördern (Art. 61 KV FR). Der Kanton Waadt sieht vor, dass Staat und Gemeinden Kinder und Jugendliche auf ihre staatsbürgerlichen Aufgaben vorbereiten, indem sie für Staatskundeunterricht sorgen und «Erfahrungen mit der Beteiligung in verschiedenen Formen fördern». Er setzt zu diesem Zweck eine Jugendkommission ein. Darüber hinaus hat er ein «Gremium für Zukunftsfragen» geschaffen, das er – um für die Zukunft vorzusorgen – bezieht (Art. 72 KV VD).

Besondere Massnahmen sind auch zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen ergriffen worden. Zu diesen verpflichtet auch die UN-Behindertenrechtskonvention (Art. 29 UN-BRK). Die Rechte von Menschen mit Behinde-

235 Vgl. SCHÜRPF, Die Pandemie wirft die Gleichberechtigung der Frauen um Jahrzehnte zurück, NZZ vom 31. März 2021, verfügbar auf: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/die-pandemie-wirft-die-gleichberechtigung-der-frauen-um-jahrzehnte-zurueck-ld.1609483>.

rungen haben denn auch nicht nur Eingang in das Völkerrecht, die Bundesverfassung und die Bundesgesetzgebung gefunden²³⁶, sondern auch in zahlreiche Kantonsverfassungen sowie kantonale Gesetze.²³⁷ So verpflichtet etwa die Verfassung des Kantons Waadt Staat und Gemeinden dazu, die spezifischen Bedürfnisse behinderter Personen und ihrer Familien zu berücksichtigen und Massnahmen zu ergreifen, um ihre Selbständigkeit, die soziale, schulische und berufliche Integration, die Beteiligung am gesellschaftlichen Leben sowie die Entfaltung im Familienumfeld zu gewährleisten (Art. 61 Abs. 1 und 2 KV VD).

Andere Gruppen, namentlich kulturelle Minderheiten, haben dagegen im politischen Bereich noch nicht die Aufmerksamkeit der Verfassungs- und Gesetzgeber gefunden. Sie können sich zwar – wie andere Gruppen und Verbände – an Vernehmlassungsverfahren beteiligen. Im Übrigen praktizieren Bund, Kantone und Gemeinden aber nur vereinzelte und wenig koordinierte Mechanismen, um Anhörungen durchzuführen und Dialoge zu pflegen.²³⁸ Es ist jedoch fraglich, ob diese Massnahmen genügen, um allen Menschen die gleichen Möglichkeiten zu sichern, Einfluss auf politische Entscheide zu nehmen. Um Kindern und Jugendlichen, älteren Menschen, Menschen mit Behinderungen, und vor allem auch nationalen, kulturellen, religiösen und sprachlichen Minderheiten eine angemessene Mitwirkung zu sichern, sind *neue institutionelle Vorkehren* erforderlich. Die bestehenden Institutionen zielen in erster Linie darauf, die Vielfalt abzubilden, die sich aus der kantonalen Gliederung der Schweiz ergibt. Will die Schweiz ihrem Zweck gerecht werden, Vielfalt in einem umfassenden Sinn nicht nur anzuerkennen, sondern wertzuschätzen und zu fördern, sollte sie deshalb eine Überprüfung und Ergänzung ihrer Strukturen und Institutionen vornehmen.

4. Einführung eines Dreikammerparlaments

Im Unterschied zu Mehrheitsdemokratien zeichnen sich Konsensdemokratien durch Machtteilung aus: «Die wichtigsten gesellschaftlichen Gruppen werden an der politischen Entscheidungsfindung und an der Ausübung der Regierungsgewalt beteiligt.»²³⁹ Konsensdemokratien legen Wert auf den Schutz von Min-

236 Vgl. auch Art. 7 Abs. 1 SpG (Verständlichkeit): «Die Bundesbehörden bemühen sich um eine sachgerechte, klare und bürgerfreundliche Sprache und achten auf geschlechtergerechte Formulierungen.»

237 Vgl. etwa Art. 24 Abs. 1 (*Vote des électeurs âgés, malades ou handicapés*) Loi sur les droits politiques (LDP JU): «*S'ils en font la demande au bureau électoral, les électrices et électeurs âgés, malades ou handicapés, peuvent exercer leur droit de vote à leur lieu de résidence, pour autant que celui-ci se trouve dans leur commune politique, jusqu'au dimanche matin à 11 heures.*» sowie Freiburg/Fribourg: Art. 19 Abs. 1 (Stimmabgabe daheim): «Personen, die an den für die Ausübung des Stimmrechts notwendigen Handlungen verhindert sind, können in Anwesenheit einer Delegation des Wahlbüros daheim stimmen.»

238 Vgl. etwa GLASER, S. 470 ff. sowie LADNER, 439 ff.

239 KÜNZLI, S. 319.

derheiten und die Ausgewogenheit der Entscheide; es ist nicht die Mehrheit, die aus den Wahlen hervorgegangen ist, welche die Geschicke alleine und ungehindert bestimmt, vielmehr werden wichtige Entscheide und Rollen zwischen verschiedenen Gruppen ausgehandelt. So wie es keine klaren Gewinner gibt, gibt es auch keine – oder möglichst wenige – klaren Verlierer. Konsensdemokratien gelten denn auch als freundlicher und sanfter als Mehrheitsdemokratien. Sie sehen sich seltener mit gewalttätigen politischen Auseinandersetzungen konfrontiert und weisen weniger ausgeprägte soziale Ungleichheiten auf.²⁴⁰ Vor allem aber gelingt es ihnen besser, einen Ausgleich zwischen Mehrheiten und überstimmten, aber deswegen nicht bedeutungslosen Minderheiten zu finden. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlangt deshalb von seinen Mitgliedstaaten die Abkehr vom Konzept der Mehrheitsdemokratie. Eine Demokratie, so hält er fest, «ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion de la majorité», sondern verlangt zwingend nach einem «équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante»²⁴¹.

Während die Schweiz lange Zeit als Paradebeispiel oder Extremtyp der Konsensdemokratie galt, scheint sie sich seit einiger Zeit allerdings auf den Normalfall zuzubewegen.²⁴² Dies hat damit zu tun, dass die Instrumente der Konsensdemokratie immer öfter durch direktdemokratische Entscheide auf Verfassungsebene überspielt werden. Die Initiative, die ursprünglich vor allem Minderheiten dazu diente, ihre Prioritäten auf die politische Agenda zu setzen, wird damit immer mehr zu einem Instrument der (reinen) Mehrheit. Konsense kommen immer noch dadurch zustande, dass Referenden angedroht oder ergriffen werden, was aber nur jenen Minderheiten nützt, die nicht «im blinden Fleck des Referendums» liegen. Schliesslich werden auf Bundesebene Kompromisse auch dadurch erzielt, dass Entscheide des Parlaments nur zustande kommen, wenn beide Kammern zustimmen. Der symmetrische Bikameralismus stellt aber nur sicher, dass die Vielfalt, auf die es in der Mitte des 19. Jahrhunderts ankam, angemessen abgebildet wurde und politische Entscheide prägen konnte. Die nicht-territoriale Vielfalt bleibt aussen vor.

Um eine Konsensdemokratie zu sein und zu bleiben und um die neue oder neu wahrgenommene Vielfalt des Landes wertzuschätzen, sollte deshalb die Schaffung einer Dritten Kammer ins Auge gefasst werden, die eine Vielfalt abbildet, die jene der Kantone ergänzt. Viele Personengruppen, die in der Schweiz leben, sind in den politischen Behörden der Schweiz nicht oder nicht angemessen vertreten. Soweit diese Personengruppen durch ein sensibles Merkmal, Identität, Lebensform, Sprache oder Religion miteinander verbunden sind,

240 LUPHART, S. 274; KÜNZLI, S. 321 f.

241 Urteil des EGMR, Rs. 7601/76, § 63 (Young, James and Webster v UK) vom 13. August 1981; zum Ganzen auch HERTIG, S. 1277 ff.

242 VATTER, S. 1 ff.; siehe auch KELLER, S. 937 ff.; KÜNZLI, S. 322 sowie MOECKLI, S. 490 ff.

kann deren tatsächliche Benachteiligung bei der Gestaltung des Gemeinwesens diesem nicht gleichgültig sein. In der Schweiz leben beispielsweise ungefähr 80 000 bis 100 000 Roma, also etwa so viele Personen, wie insgesamt in den Kantonen Obwalden, Uri und Appenzell Innerrhoden wohnhaft sind. Während aber diese kleinen Kantone im Nationalrat mit einem Abgeordneten vertreten sind und im Ständerat mit einem oder zweien, fehlt den Roma eine institutionalisierte Mitwirkungsmöglichkeit. Ähnliches gilt für Jenische, Manouches, Sinti. Es ist kein Zufall, dass das Komitee zur Überwachung der Umsetzung des Rahmentabkommens zum Schutz nationaler Minderheiten immer wieder bemängelt hat, dass die Schweiz – weder auf Ebene des Bundes, noch der Kantone und Gemeinden – angemessene Mitwirkungsmöglichkeiten gewährleistet. Bei der Verbesserung der demokratischen Mitwirkung geht es nämlich nicht nur darum, Personengruppen anzuhören, wenn sie von einer Entscheidung besonders betroffen sind oder ihre Beteiligung an Vernehmlassungsverfahren vorzusehen. Ziel ist vielmehr die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung aller im Rahmen der politischen Rechte. An dieser haben auch andere kulturelle, religiöse und sprachliche Gruppen ein Interesse, die zwar nicht als nationale Minderheiten anerkannt sind, aber – namentlich weil sie verstreut in der Schweiz leben – trotz bedeutender Gesamtzahl oder trotz bedeutendem Beitrag zur Vielfalt untervertreten sind.²⁴³ Es ist auch davon auszugehen, dass die gegenwärtigen Mitwirkungsmöglichkeiten von Menschen mit Behinderungen den Anforderungen der UN-Behindertenrechtskonvention nicht genügen.²⁴⁴

Die Besetzung der Dritten Kammer müsste gut überlegt sein. Möglicherweise könnten dabei auch Losverfahren eine wichtige Rolle spielen, die ohnehin wichtig wären, um die Repräsentativität der Parlamente zu verbessern. Es haben nicht nur jene Personen massgebliche Beiträge zur Gestaltung des Gemeinwesens beizutragen, die politisch organisiert und bereit sind, sich einem zunehmend anspruchsvollen und kostspieligen Wahlkampf auszusetzen. Es ist deshalb kein Zufall, dass immer mehr Staaten, Regionen und Gemeinden mit neuen Formen der Mitwirkung experimentieren und damit gute Erfahrungen machen.²⁴⁵ Auch die Aufgaben und Zuständigkeiten der Dritten Kammer müssten sorgfältig geklärt werden. Ein symmetrischer Trikameralismus wäre dabei

243 Vgl. auch die Idee, für die Romanen einen eigenen Staat, bzw. einen 27. Kanton zu gründen: BURRI, Ein neuer Kanton für die Schweiz, NZZ vom 6. August 2014, verfügbar auf: <https://www.nzz.ch/meinung/debatte/der-romanenstaat-1.18357166>: Er ist ein personales Konstrukt, der erste Kanton auf rein personaler, nicht territorialer Basis. Er besteht aus allen Rätoromanen der Schweiz und geniesst die gleiche Souveränität wie die anderen Kantone. [...] Der Preis, der diesem Unterfangen winkt, ist der Kanton mit all seiner Macht: Ständeratssitz, Teil des Ständemehrs, Souveränität mit der gesamten internen Organisationsautonomie und die vollen Kompetenzen eines Kantons mit Hoheit über seine Subjekte. Vgl. auch BURRI, S. 125 ff. sowie AUER, «Absurde Idee <Romanenstaat>», NZZ vom 8. August 2014, verfügbar auf: <https://www.nzz.ch/meinung/debatte/absurde-idee-romanenstaat-1.18358828>.

244 Vgl. PREVITALI/MONTAVON, S. 1474 ff. sowie FREI, S. 14 f.

245 Vgl. zum Ganzen VAN REYBROUCK.

kaum die beste Option, die Entscheidungsfindung würde zu langwierig und das Differenzbereinigungsverfahren zu kompliziert. Der Dritten Kammer könnte aber eine Beratungsfunktion zukommen oder die Möglichkeit, mit ihrem (aufschiebenden) Veto eine Vorlage an die anderen Kammern zurückzuweisen.

Auch auf kantonaler Ebene sind Erweiterungen der Repräsentation in Erwägung zu ziehen. Erstaunlicherweise leitet die herrschende Lehre aus dem Demokratieerfordernis ab, dass es den Kantonen verwehrt ist, sich föderalistisch zu organisieren. Föderalistische Strukturen würden, so wird geltend gemacht, der Gleichheit widersprechen. Mit dieser Argumentation wird den Kantonen auch das Recht abgesprochen, ein Zweikammerparlament vorzusehen. Es ist indes nicht einzusehen, weshalb der Bikameralismus – wie er in allen Bundesstaaten, inklusive der Schweiz, vorgesehen ist – nicht auch auf kantonaler Ebene als angemessener Kompromiss zwischen Demokratie- und Föderalismusprinzip angesehen werden könnte, der in der Einheit auch die Vielfalt pflegt und der Mehrheitsdemokratie Schranken setzt, um Kompromisse zu erzwingen. Wo sachliche Gründe vorliegen, namentlich wo es um den Schutz sprachlicher und anderer Minderheiten geht oder um die bessere Beteiligung anderer Gruppen, kann ein Zweikammerparlament durchaus als hinreichend «demokratisch» gelten, um die Mindestanforderung von Art. 51 Abs. 1 BV zu erfüllen. Das Gleiche lässt sich für Quoten sagen, welche die politische Vertretung von Gruppen sicherstellen, die sonst ohne Stimme blieben.²⁴⁶ Die Stimmrechtsgleichheit ist zweifellos ein hoher Wert. Dennoch vermag es nicht zu befriedigen, dass Bundesgericht und Bundesversammlung sehr weitgehend in die Organisationsautonomie eingreifen, um zu verhindern, dass die Kantone ihre Wahlkreise so gestalten, dass diese die Mitwirkung von Regionen garantieren, die eine sprachliche oder kulturelle Eigenständigkeit aufweisen.²⁴⁷ Art. 51 Abs. 1 BV schliesst nicht aus, dass Kantone Quoten einführen oder aufrechterhalten oder eine zweite Parlamentskammer schaffen, die sicherstellt, dass Minderheiten angemessen an der Gesetzgebung beteiligt werden – im Gegenteil. Quoten und andere Massnahmen müssen auch zulässig sein, um vergangenen oder aktuellen Benachteiligungen, wie sie etwa Frauen und Menschen mit Behinderungen betreffen, entgegenzuwirken und die Repräsentativität des Parlaments zu erhöhen. Anhand dieser Überlegungen müssten in beschränktem Mass auch Losverfahren und Ernennungen zulässig sein, wenn sie darauf zielen, die demokratische Legitimation der Gesetzgebung zu erhöhen und Personen zu Parlamentsmitgliedern zu machen, die aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit, namentlich aufgrund sensibler Merkmale, nur geringe Chancen haben, als Kandidatinnen oder

246 BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 51 N 33; vgl. auch KIENER, Grundrechtsschranken, S. 1303 f., die festhält, dass Quoten einer formellgesetzlichen Grundlage bedürfen und einer strengen Verhältnismässigkeitskontrolle unterstehen.

247 Vgl. dazu BGE 140 I 107 sowie MAHON, S. 1509 ff. und 1515 ff.; BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 34 N 11.

Kandidaten aufgestellt zu werden und einen Wahlkampf erfolgreich zu bestehen. Dies gilt namentlich für nationale Minderheiten, etwa Personen mit nomadisierender Lebensform, aber auch für andere Personen, die sich aufgrund sensibler Merkmale, mit Vorurteilen konfrontiert sehen.²⁴⁸ Auch auf ihre Stimmen ist die Schweiz angewiesen, wenn sie Vielfalt wertschätzen und die Stärke des Volks am Wohl der Schwachen messen will.

E. Schlussbemerkung

Gleichheit, Föderalismus und Demokratie stellen die fundamentalen Prinzipien unseres Verfassungsstaats dar. Sie begründen, prägen und begleiten den schweizerischen Bundesstaat seit seiner Gründung, haben sich aber im Verlaufe der Zeit wesentlich verändert. Die Prinzipien von 1848 haben nur noch wenig mit dem zu tun, was wir heute unter ihnen verstehen.²⁴⁹ Die Gleichheit, die Freiheit und die Demokratie galten damals im Wesentlichen nur für wohlhabende und gesunde christliche Männer, und die Kantone waren die dominanten Akteure, die unter einem losen Dach der Bundesinstitutionen eher punktuell als systematisch miteinander kooperierten, damit die freien und gleichen Männer der kleinen Kantone nicht von jenen der grossen überstimmt wurden.

Der Inhalt und die Tragweite der Strukturprinzipien der Schweiz haben sich im Verlaufe der Geschichte des schweizerischen Bundesstaats so fundamental gewandelt, dass die Begriffe selbst – und das unerschütterte Bekenntnis der Schweiz zu ihnen – zur wichtigsten Konstante geworden sind. Schweizerinnen und Schweizer bekennen sich stets ohne Zögern zur den Werten Gleichheit, Föderalismus und Demokratie, meinen damit aber – je nach Zeit – etwas fundamental Unterschiedliches.²⁵⁰

Heute geht es bei der Gleichheit nicht mehr darum, Bund und Kantonen zu verbieten, Schweizer Männer je nach ihrer Konfession oder kantonalen Herkunft unterschiedlich zu behandeln. Das Ziel der Gleichheit besteht vielmehr darin, allen Menschen unterschiedslos ein Recht auf Gleichheit zu garantieren, das ihre Benachteiligung ausschliesst und bei Bedarf durch besondere Massnahmen überwindet. Gleichheit steht im Dienste der Chancengleichheit aller und erfordert eine aktive Gleichstellungspolitik.

Föderalismus und kantonale Autonomie sind zwar weiterhin Garanten der regionalen Vielfalt der Schweiz. Sie stehen – als Teil einer gesamteidgenössischen Gewaltenteilung und Zusammenarbeit – für die Einschränkung der Mehrheitsdemokratie. Die Unterschiede zwischen den Kantonen, namentlich

248 BELSER/MASSÜGER, BSK-BV, Art. 51 N 24 und 31 m.w.H.; vgl. zum Ganzen auch MARKO/CONSTANTIN, S. 340 ff.

249 KLEY, Eigenheiten Verfassungsrecht, S. 93.

250 Vgl. für die Demokratie BRÜHLMEIER/VATTER, S. 374.

zwischen kleinen, ländlichen und eher konservativen und den grossen, industrialisierten und eher liberalen Kantonen, die zur Gründung des Bundesstaats geführt haben, sind auch heute noch bedeutsam. Die Vielfalt, die in der Einheit zu schützen ist, meint aber nicht mehr nur jene der Kantone und ihrer Bevölkerungen. Sie bezieht sich auf alle Personengruppen, die sich durch Merkmale, die Minderheiten kennzeichnen und von anderen unterscheiden, namentlich Ethnie, Sprache, Religion oder Kultur, aber in keinem Kanton und meist auch in keiner Gemeinde eine Mehrheit bilden. Auch diese Gruppen, die für die Vielfalt der Schweiz immer wichtiger werden, haben Anspruch auf Achtung, Schutz und Förderung.

Gleichermassen gilt die Demokratie weiterhin als Wesensmerkmal der Schweiz. Auch sie hat sich aber fundamental gewandelt, um dem Anspruch besser zu genügen, dass Herrschende und Beherrschte übereinstimmen. Ihr Ziel besteht nicht nur darin, Stimmberechtigten die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmgabe zu ermöglichen. Vielmehr bedürfen auch demokratische Prozesse der ständigen Anpassungen und Verbesserungen, um dem ganzen Volk freie und faire Mitwirkungschancen zu eröffnen.

Ziel dieses Beitrags war es einerseits, diesen fundamentalen Wandel aufzuzeigen, andererseits aber auch geltend zu machen, dass die Anpassungen an neue Einsichten und Bedürfnisse nicht zu einem Ende gekommen, sondern fortzusetzen sind. Der Anspruch, allen Menschen Gleichheit, gleiche Freiheit und gleiche Mitwirkung zu garantieren, die zur Schweiz gehören und diese in ihrer Vielfalt und Einzigartigkeit ausmachen, erfordert ein Überdenken, Überprüfen, Verbessern und Erweitern des Umgangs mit Vielfalt in der Einheit. Dabei ist ein weiteres Strukturprinzip der Schweizerischen Eidgenossenschaft massgebend, die Solidarität, auf welches die Bundesverfassung wortgewaltig in der Präambel verweist, indem sie festhält, dass sich die Stärke des Volks am Wohl der Schwachen bemisst.

Im Folgenden sollen deshalb einige alte und neue Vorschläge zur Diskussion gestellt werden, deren Verwirklichung es der Schweiz erlauben würde, ihren Strukturprinzipien besser gerecht zu werden.

Der *erste* Vorschlag betrifft die *Erweiterung der materiellen Ungültigkeitsgründe* bei eidgenössischen Volksinitiativen. Dass Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung nach geltendem Recht – oder vielmehr nach der Praxis der Bundesversammlung – gegenwärtig nur für ungültig erklärt werden, wenn sie völkerrechtliches *ius cogens* verletzen, verträgt sich nicht mit den Werten eines Gemeinwesens, das sich zur Gleichheit, zum Föderalismus und zur Demokratie bekennt. Volksinitiativen, die die Gleichheit verletzen und Personen aufgrund bestimmter Merkmale ausschliessen oder herabwürdigen oder deren Rechte und Freiheiten übermässig beschränken, werden auch dann nicht rechtmässig, wenn sie von der Mehrheit des Volks und der Mehrheit der Kantone gutgeheissen werden. Einzelne und Angehörige von vereinzelt oder isolierten Minderheiten sind darauf angewiesen, dass sie vor Einschränkungen ih-

rer Rechte, Freiheiten und Mitwirkungsmöglichkeiten wirksam geschützt werden. Eine Sündenbockverfassungsgebung, die auf Vorurteilen und Stereotypen gegen Menschen und Gruppen von Menschen beruht, sollte nicht zu den Revisionsmöglichkeiten gehören, die die Verfassung zulässt. Auch der Föderalismus und die Vielfalt und Gewaltenteilung, für die er steht, ist auf zusätzliche Schranken der Verfassungsrevision angewiesen. Nach geltendem Recht wären Volksinitiativen zulässig, die die Autonomie der Kantone oder deren Mitwirkungsrechte nicht nur neugestalten oder anpassen, sondern aushöhlen würden. Es müssten Volksinitiativen für gültig erklärt werden, die eine territoriale Neugliederung der Schweiz ohne Vetorechte der betroffenen Kantone vorsehen würde, oder Landessprachen abschaffen würden. Auch die Demokratie stellt keine Schranke der Verfassungsrevision dar, so dass unliebsamen Gruppen die politischen Rechte oder die Staatsbürgerschaft entzogen werden könnte, ohne dass sich die Mehrheit für ihre Entscheide rechtfertigen müsste.

Die Schweiz muss sich deshalb erneut Gedanken über die Schranken der Verfassungsrevision machen, über den richtigen Zeitpunkt des Entscheids über die Zulässigkeit einer Volksinitiative und über die Zuständigkeiten. Dabei sprechen die besseren Gründe dafür, den Entscheid über die Zulässigkeit eines Mehrheitsentscheids nicht einer politischen, sondern einer gerichtlichen Behörde anzuvertrauen. Die allererste erfolgreiche Volksinitiative der Schweiz, das antisemitisch motivierte Schächtverbot, aber auch neue, islamophob motivierte Initiativen, machen deutlich, dass die Demokratie allein weder Gleichheit noch Freiheit wirksam vor unverhältnismässigen Eingriffen zu schützen vermag. Das Gleiche gilt für Volksinitiativen, die zwar das völkerrechtliche *ius cogens* beachten, aber andere Bestimmungen des Völkerrechts verletzen, namentlich die EMRK und die unkündbaren UN-Pakte, und die – wenn gültig und im Referendum angenommen – zu Widersprüchen innerhalb der Bundesverfassung führen und sich nicht umsetzen lassen, ohne fundamentale Bestimmungen des Völkerrechts zu verletzen. Viel spricht deshalb dafür, die PKK-Praxis, die das Bundesgericht für die Überprüfung von Bundesgesetzen entwickelt hat, auch auf die Gültigkeit von Volksinitiativen anzuwenden sowie jenen Volksinitiativen die Gültigkeit abzuspochen, die unantastbare Kerngehalte der Bundesverfassung verletzen oder deren unverhältnismässige Einschränkung vorsehen.

Der *zweite* Vorschlag betrifft die *Gewährleistung kantonaler Verfassungsrevisionen*. Diese dürfen nicht in einziger und letzter Instanz von der Bundesversammlung gewährleistet werden. Es bestehen sonst in diesem Bereich Rechtsschutzlücken. Vielmehr muss es am Bundesgericht sein, kantonale Verfassungsnormen im Rahmen der abstrakten und konkreten Normenkontrolle zu überprüfen – wie es das Bundesgerichtsgesetz eigentlich vorsieht (Art. 82 lit. b BGG).

Der *dritte* Vorschlag betrifft die – immer wieder geforderte und immer wieder abgewiesene – Einführung der *Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bun-*

desgesetzes. Es widerspricht der Idee des Föderalismus, dass Kantone zwar an die in der Bundesverfassung vorgesehene Gewaltenteilung und an das übergeordnete Recht gebunden sind, der Bundesgesetzgeber sich aber folgenlos über diese hinwegsetzen kann. Zu den Merkmalen eines Bundesstaats gehört ein neutrales Schiedsgericht, das Streitigkeiten zwischen föderalen Akteuren autoritativ beilegt. In den Anfängen des schweizerischen Bundesstaats mag es sinnvoll gewesen sein, auf ein allmähliches Zusammenwachsen der Schweiz zu hoffen und dem Bundesgericht nicht zu erlauben, ein Bundesgesetz nicht anzuwenden, nachdem dieses sowohl nur vom Nationalrat, als auch von den im Ständerat versammelten «Abgeordneten der Kantone» gutgeheissen worden war. Heute aber – nach über 170 Jahren offener und «schleichender» Zentralisierung – erscheint eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen, die die Autonomie der Kantone oder ihre Mitwirkungsrechte verletzen, geboten.²⁵¹ Dies gilt auch deshalb, weil sich kleinere Kantone und solche, die im besonderen Mass für die regionale, sprachliche und kulturelle Vielfalt der Schweiz stehen, etwa der Kanton Tessin, die französischsprachigen oder die zwei- und mehrsprachigen Kantone, im demokratischen Prozess nicht unbedingt durchsetzen können. Andere multinationale Bundes- und Regionalstaaten sehen zum Schutz ihrer kleineren Nationen oft Vetorechte vor. Die autonome Provinz Bozen-Südtirol beispielsweise verhandelt ihre Autonomie bilateral mit dem Gesamtstaat in Rom – mit der Folge, dass Änderungen der Zustimmung beider Akteure bedürfen und Südtirol seiner Rechte nicht gegen seinen Willen verlustig gehen kann. Einen vergleichbaren – und damit eigentlichen konföderalen Schutz – sehen die spanische Verfassung für die Autonome Gemeinschaft Baskenland vor, Grossbritannien für Schottland, Finnland für die schwedisch-sprechenden Bewohnerinnen und Bewohner der Åland Inseln und Belgien für seine Sprachgemeinschaften. Fehlt es an solchen Zustimmungserfordernissen, die Regionen oder Gruppen Vetorechte verschaffen, ist ein wirksamer Rechtsschutz unerlässlich. Unter diesen Umständen muss ein Kanton vom Bundesgericht die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes verlangen können. Wie die Kantone sind auch Einzelne und Minderheiten auf eine Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen angewiesen. Auch dem Bundesgesetzgeber muss es verwehrt sein, Kerngehalte der Grundrechte zu verletzen oder unverhältnismässige Einschränkungen der Rechte und Freiheiten Einzelner vorzusehen. Darauf sind alle Personen angewiesen, die im Gesetzgebungsprozess nicht haben teilnehmen können oder sich in diesem nicht durchgesetzt haben.

Der *vierte* Vorschlag betrifft die *Schaffung eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes*. Dieses soll die bestehenden Spezialgesetze und die Institutionen, die zu deren Umsetzung berufen sind, nicht ersetzen, sondern ergänzen. Die geltende Rechtslage weist gravierende Lücken auf, die sich nicht rechtferti-

251 Vgl. dazu etwa WALDMANN, Subsidiarität.

gen lassen und die die Schweiz daran hindern, das verfassungsrechtliche Versprechen eines wirksamen Schutzes vor Diskriminierung einzulösen und ihre völkerrechtlichen Pflichten zu erfüllen.

Der *finfte* Vorschlag zielt auf *Einführung des Ausländerstimmrechts*. Vor 50 Jahren gelang es der Schweiz endlich, das Frauenstimmrecht einzuführen. Nun gilt es, die schweizerische Demokratie auch für Ausländerinnen und Ausländer zu öffnen, die schon so lange hier sind, dass sie Bestandteil des Schweizer Volks bilden. Es verträgt sich weder mit dem Prinzip der Gleichheit noch mit jenem der Demokratie, mehr als einen Viertel der ständigen Wohnbevölkerung der Schweiz von der demokratischen Mitwirkung auszuschliessen. Die Demokratie erfordert vielmehr, eine möglichst weitgehende Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten herzustellen. Um sich diesem Ziel anzunähern haben denn auch Länder wie Chile, Dänemark, Grossbritannien, Irland, Malawi, Neuseeland, die Niederlande, Norwegen, Schweden und Uruguay die politischen Rechte mehr oder weniger weitgehend für Ausländerinnen und Ausländer geöffnet.

Der *sechste* und letzte Vorschlag betrifft die *Schaffung einer Dritten Parlamentskammer*. Die Verwirklichung des Staatszwecks der Schweiz – Förderung der Vielfalt – besteht nicht mehr nur darin, die Autonomie der Kantone und ihre Mitwirkungsrechte zu garantieren, sondern erfordert vielmehr ein umfassendes Konzept zum Umgang mit Vielfalt, das auch jenen Personen und Personengruppen zu Gute kommt, die am ursprünglichen *foedus* nicht beteiligt waren. Die Zusammensetzung der Parlamente ist deshalb zu überprüfen und die Einführung einer zusätzlichen Parlamentskammer zu erwägen. Vielfalt muss nicht nur geduldet werden, sondern eine Stimme haben, die zählt! Und weil die Vielfalt selbst so vielfältig ist, muss auch diese Stimme mehrstimmig erklingen.

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der herausforderungsreichen Aufgabe, gleichzeitig Rechtsgleichheit zu garantieren und Vielfalt zu fördern. Er untersucht den Anspruch auf Gleichheit in einer Gesellschaft, in der Benachteiligungen, Marginalisierungen und Herabsetzungen Einzelner verstärkt wahrgenommen werden und immer mehr Gruppen Gleichstellung fordern. Die Autorin kommt zum Schluss, dass die Schweiz ihren Umgang mit Gleichheit und Vielfalt neu bedenken und ihre Strukturen und Institutionen weiterentwickeln sollte. Der Föderalismus steht zwar für die Vielfalt, schützt aber in erster Linie jene Gruppen, die in einem Kanton eine Mehrheit bilden. Die Rechtsstaatlichkeit garantiert den Einzelnen zwar Rechte und Freiheiten, weist aber beim Rechtsschutz empfindliche Lücken auf. Schliesslich beruht die Demokratie auf

dem Willen der Mehrheit der Stimmberechtigten und stellt daher nur unzureichend sicher, dass staatliche Entscheide vom ganzen Volk ausgehen und für das ganze Volk gefällt werden. Am Schluss des Beitrags werden deshalb einige alte und neue Ideen diskutiert, wie die Schweiz ihren Umgang mit Vielfalt in der Gleichheit verbessern könnte. Dazu gehören die Erweiterung der Ungültigkeitsgründe bei Volksinitiativen, die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen, die Schaffung eines allgemeinen Diskriminierungsgesetzes, die Einführung des Ausländerstimmrechts sowie die Schaffung einer Dritten Parlamentskammer.

Résumé

Cette contribution aborde la tâche complexe qui consiste à garantir l'égalité en droit et à promouvoir la diversité en même temps. Elle examine la revendication de l'égalité dans une société dans laquelle les désavantages, marginalisations et rétrogradations des individus sont plus fortement perçues et dans laquelle de plus en plus de groupes demandent l'égalité de fait. L'auteure conclut que la Suisse doit repenser son approche de l'égalité et de la diversité et développer ces structures et institutions. Le fédéralisme garantit certes la diversité mais protège principalement les groupes qui forment la majorité dans un canton. L'État de droit cautionne les droits et les libertés des individus, mais la protection juridique présente de graves lacunes. Enfin, la démocratie est fondée sur la volonté de la majorité des personnes ayant le droit de vote et n'assure donc pas suffisamment que les décisions de l'État émanent du peuple tout entier et sont prises pour lui. L'article se termine par l'examen de quelques idées anciennes et nouvelles sur la manière dont la Suisse pourrait améliorer son approche de la diversité dans le contexte de l'égalité. Il s'agit notamment de l'élargissement des motifs d'invalidité des initiatives populaires, de la juridiction constitutionnelle des lois fédérales, de la création d'une loi générale sur la discrimination, de l'introduction du droit de vote pour les étrangères et étrangers et de la création d'une troisième chambre du parlement.

Abstract

This article addresses the challenging task of guaranteeing equality while simultaneously promoting diversity. It examines the claim to equality in a society in which disadvantages, marginalisations, and degradations of individuals are more strongly perceived and an increasing number of groups is demanding substantive equality. The author concludes that Switzerland needs to rethink its ap-

proach to equality and diversity and further develop its structures and institutions. Federalism stands for diversity but primarily protects those groups forming a majority in a canton. The rule of law guarantees rights and freedoms to individuals, yet presents sensitive loopholes when it comes to its effective implementation. Finally, democracy is based on the will of the majority of those entitled to vote and hence does not sufficiently ensure that state decisions emanate from and serve the entire people. The paper ends by discussing some old and new ideas on how Switzerland could improve its engagement with diversity within the framework of equality. These include expanding the grounds for invalidity in popular initiatives, constitutional jurisdiction over federal laws, the creation of a general discrimination law, the introduction of the right to vote for foreigners, and the creation of a third chamber of parliament.

Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003.
- AUER ANDREAS, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Basel/Frankfurt am Main 1983.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. I, 3. Aufl., Bern 2013.
- BELSER EVA MARIA, *Accommodating National Minorities in Federal Switzerland – Old Concepts meet New Realities*, in: Alain Gagnon/Michael Burgess (Hrsg.), *Revisiting Unity and Diversity in Federal Countries, Changing Concepts, Reform Proposals and New Institutional Realities*, Leiden/Boston 2018, 79 ff. (zit. *Accommodating National Minorities*).
- BELSER EVA MARIA, *Die Religionsfreiheit und das Verbot der Geschlechterdiskriminierung, Vom Umgang des Staats mit Religionsgemeinschaften, die Frauen von Ämtern ausschliessen, und anderen Grundrechtskollisionen*, in: René Pahud de Mortanges (Hrsg.), *Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts, Beiträge zum Jubiläum des Instituts für Religionsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 398 ff. (zit. *Religionsfreiheit*).
- BELSER EVA MARIA, *Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung*, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 667 ff. (zit. *Föderalismuskonzeption*).
- BELSER EVA MARIA, *Föderalismus und Minderheitenschutz*, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 771 ff. (zit. *Föderalismus und Minderheitenschutz*).
- BELSER EVA MARIA, *Kommentar zu Einleitung BV*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015.
- BELSER EVA MARIA, *Kommentar zu Präambel BV*, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015.
- BELSER EVA MARIA, *The Swiss Ständerat: a Model of Perfect Bicameralism*, in: *Perspectives on Federalism*, Vol. 10, issue 2, 2018 (zit. *Swiss Ständerat*).
- BELSER EVA MARIA, *The White Man's Burden, Arbeit und Menschenrechte in der globalisierten Welt*, Habil. Freiburg, Bern 2007 (zit. *The White Man's Burden*).

- BELSER EVA MARIA/MASSÜGER NINA, Kommentar zu Art. 51 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- BELSER EVA MARIA/MINDER LILIANE, Kurzgutachten zum Bundesgerichtsentscheid 145 I 73, 2019, verfügbar auf: https://www.ekr.admin.ch/pdf/Kurzgutachten_zum_Bundesgerichtsentscheid_145_I_73.pdf.
- BELSER EVA MARIA/MOLINARI EVA, Kommentar zu Art. 7 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II, Die einzelnen Grundrechte, Zürich/Basel/Genf 2012.
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, Staatsorganisationsrecht, Zürich/Basel/Genf 2017.
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BV-Kommentar).
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zu Art. 5a BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Rechtsschutzlücken, in: Uhlmann Felix, Evaluation der Bundesrechtspflege, Zürich 2014, S. 35 ff.
- BISAZ CORSIN, Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz, Formen und Rechtsungleichheiten, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 107 ff.
- BOLLIGER CHRISTIAN, Abfuhr für einen Angriff auf den freiheitlichen Staat, in: Linder Wolf/Bolliger Christian /Rielle Yvan (Hrsg.), Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007, Bern 2010, S. 181 f. (zit. Angriff auf freiheitlichen Staat).
- BOLLIGER CHRISTIAN, Abstimmung vom 20.8.1893, Debatte um ein Schächtverbot zwischen Tierschutz und Antisemitismus, in: Linder Wolf/Bolliger Christian/Rielle Yvan (Hrsg.), Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007, Bern 2010, S. 76 ff. (zit. Schächtverbot).
- BOLLIGER CHRISTIAN, Antisozialistische Staatsschutz-Initiative ist nach dem Nein zum Umsturzgesetz abgehakt, in: Linder Wolf/Bolliger Christian /Rielle Yvan (Hrsg.), Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007, Bern 2010, S. 144 f. (zit. Staatsschutz-Initiative).

- BRÜHLMEIER DANIEL/VATTER ADRIAN, Demokratiekonzeption der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 373 ff.
- BURRI THOMAS, Der Romanenstaat – Versuch einer verfassungsrechtlichen Lösung der Rätoromanenfrage, in: Corsin Bisaz/Andreas Glaser (Hrsg.), Rätoromanische Sprache und direkte Demokratie, Zürich 2015, S. 125 ff.
- CAPOTORTI FRANCESCO, Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, New York 1979.
- CARONI MARTINA, Wer ist das Volk?, in: Daniel Brühlmeier/Philippe Mastroianni (Hrsg.), Demokratie in der Krise, Zürich 2016, S. 317 ff.
- CHATTON GREGOR T., Les droits fondamentaux dans les constitutions cantonales, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1223 ff.
- CHENEVAL FRANCIS, Demokratie und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 357 ff.
- CHRISTMANN ANNA, Die Grenzen direkter Demokratie, Volksentscheide im Spannungsverhältnis von Demokratie und Rechtsstaat, Diss. Bern, Baden-Baden 2012.
- DE TOCQUEVILLE ALEXIS, De la démocratie en Amérique, Bd. I (1839), Paris 1992.
- DIXON ROSALIND/GINSBURG TOM, The forms and limits of constitutions as political insurance, International Journal of Constitutional Law, vol. 14, issue 2, 2017, S. 988 ff.
- EPINEY ASTRID/DIEZIG STEFAN, Kommentar zu Art. 139 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- EPINEY ASTRID/DUTTWILER MICHAEL, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht, Konvergenzen und Divergenzen, ZBI 01/2004, S. 34 ff.
- FASSBENDER BARDO, Verfassung als plurales Gefüge, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 187 ff.
- FLEINER FRITZ, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

- FREI NULA, Mitsprache von Menschen mit Behinderungen in politischen Prozessen, Vorgaben und Umsetzung der Behindertenrechtskonvention, Kurzstudie SKMR, Bern 2019.
- FREIVOGEL ELISABETH, Kommentar zu Art. 3 GIG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009.
- GIACOMETTI ZACCARIA, Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte, Festrede, in: Universität Zürich (Hrsg.), Jahresbericht 1953/1954, Zürich 1954, S. 3 ff.
- GINSBURG TOM, *Judicial Review in New Democracies, Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge 2003.
- GLASER ANDREAS, Wandel der Volksrechte, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 461 ff.
- GRIFFEL ALAIN, Rechtsschutz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1073 ff.
- GRUNER ERICH, Faktoren der Willensbildung im Bundesstaat 1874–1974, ZRS 1974 I, S. 433 ff.
- HAFNER FELIX/SCHWEIZER RAINER J., Kommentar zu Art. 1 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- HERTIG RANDALL MAYA, *La Convention européenne des droits de l'homme*, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1267 ff.
- HILTY CARL, Frauenstimmrecht, in: Hilty Carl, *Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft* Jg. 11 (1897), Bern 1897, S. 243 ff.
- HIRSCHL RAN, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge 2004.
- HOLENSTEIN ROLF, *Stunde Null, die Neuerfindung der Schweiz 1848: die Privatprotokolle und Geheimberichte der Erfinder*, Basel 2018.
- HOTTELIER MICHEL, *La juridiction constitutionnelle fédérale*, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1095 ff.

- JAAG TOBIAS, Eigenheiten des kantonalen Verfassungsrechts, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 107 ff.
- JARDIN ANDRÉ, Alexis de Tocqueville, Leben und Werk, Frankfurt/New York 2005.
- KÄGI-DIENER REGULA, Kommentar zu Art. 70 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- KÄLIN WALTER, Anerkennung der Roma als Minderheit, Kurzgutachten zur Beurteilung von Roma als Minderheit in der Schweiz, SKMR, Bern 2016 (zit. Gutachten).
- KÄLIN WALTER, Grundrechte im Kulturkonflikt, Freiheit und Gleichheit in der Einwanderungsgesellschaft, Zürich 2000 (zit. Grundrechte im Kulturkonflikt).
- KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Bern 2015.
- KELLER HELEN, Schweizerische Rechtsstaatlichkeit im internationalen Vergleich, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 935 ff.
- KELSEN HANS, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929), in: Matthias Jestaedt/Olivier Lepsius (Hrsg.), Verteidigung der Demokratie, Abhandlungen zur Demokratietheorie, Tübingen 2006, S. 149 ff.
- KIENER REGINA, Grundrechte in der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1193 ff. (zit. Grundrechte in der BV).
- KIENER REGINA, Grundrechtsschranken, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1293 ff. (zit. Grundrechtsschranken).
- KLEY ANDREAS, Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechtes, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 85 ff. (zit. Eigenheiten Verfassungsrecht).
- KLEY ANDREAS, Verhältnis von Föderalismus und Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht

- Schweiz, *Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 621 ff. (zit. *Föderalismus und Demokratie*).
- KNOCH-MUND GABY, Judentum, in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, 2012, verfügbar auf: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/011376/2016-02-01/>.
- KÖLZ ALFRED, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte, Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Bern 2004.
- KÜLLING FRIEDRICH, «Schächtverbot», in: *Historisches Lexikon der Schweiz*, 2012, verfügbar auf: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/011380/2012-01-11/>.
- KÜNZLI JÖRG, Internationaler Menschenrechtsschutz und die Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1245 ff.
- LADNER ANDREAS, Demokratiekonzeptionen in den Gemeinden, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 423 ff.
- LEBSANFT FRANZ/WINGENDER MONIKA (Hrsg.), *Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen, Ein Handbuch zur Sprachpolitik des Europarats*, Berlin 2012.
- LIPPHART AREND, *Patterns of Democracy, Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, 2. Aufl., New Haven/London 2012.
- MAHLMANN MATTHIAS, Schutz der Verfassung, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 211 ff.
- MAHON PASCAL, *Les droits politiques*, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1499 ff.
- MARKO JOSEPH, Against discrimination: the right to equality and the dilemma of difference, in: Marko Joseph (Hrsg.), *Human and Minority Rights, Protection by Multiple Diversity Governance, History, Law and Politics in European Perspective*, Abingdon/New York 2019, S. 307 ff.
- MARKO JOSEPH, Introduction, in: Marko Joseph (Hrsg.), *Human and Minority Rights, Protection by Multiple Diversity Governance, History, Law and Politics in European Perspective*, Abingdon/New York 2019, S. 1 ff.
- MARKO JOSEPH/CONSTANTIN SERGIU, Against marginalisation, The right to effective participation, in: Marko Joseph (Hrsg.), *Human and Minority Rights, Protection by Multiple Diversity Governance, History, Law and Politics in European Perspective*, Abingdon/New York 2019, S. 340 ff.

- MINDER LILIANE DENISE, Die Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus Grundrechts- und Kerngehaltsverletzungen, Ein Beitrag zum Umgang mit sozialen Randgruppen in der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert am Beispiel fürsorgerischer Unterbringungen und Fremdplatzierungen, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2020.
- MOECKLI SILVAN, Politische Willensbildung in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 487 ff.
- MÜLLER JÖRG P., Die demokratische Verfassung, Von der Selbstbestimmung der Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens, 2. Aufl., Zürich 2009, (zit. Die demokratische Verfassung).
- MÜLLER JÖRG P., Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1167 ff. (zit. Entstehung und Entwicklung).
- MÜLLER JÖRG P., Perspektiven der Demokratie, vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Weltsicht Immanuel Kants, Bern 2012, (zit. Perspektiven).
- PAHUD DE MORTANGES RENÉ, Kommentar zu Art. 15 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- POLEDNA THOMAS, Stimm- und Wahlrecht, Historisches Lexikon der Schweiz, 2021, verfügbar auf: <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/026453/2021-02-02/>.
- PREVITALI ADRIANO/MONTAVON MICHAEL, L'interdiction des discriminations, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1453 ff.
- REICH JOHANNES, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 333 ff. (zit. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit).
- REICH JOHANNES, Switzerland: The State of Liberal Democracy, in: Richard Albert/Landau David/Faraguna Pietro/Drugda Simon (Hrsg.), 2017 Global Review of Constitutional Law, Boston 2018, S. 280 ff. (zit. Liberal Democracy).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.

- RÜEGGER VANESSA, Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 75 ff.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Verhältnismässigkeitsprinzip, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1049 ff.
- SCHMID STEFAN G., Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 287 ff.
- SCHWEIZER RAINER J., Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 531 ff. (zit. Entstehung und Entwicklung).
- SCHWEIZER RAINER J., Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 691 ff. (zit. Verteilung der Staatsaufgaben).
- SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Kommentar zu Art. 5a BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- SCHWEIZER RAINER J./MÜLLER LUCIEN, Kommentar zu Art. 8 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.
- STÖCKLI ANDREAS, Hat die öffentlich-rechtliche Ankerkennung von Religionsgemeinschaften Zukunft?, in: Kühler Anne / Olah Mirjam / Wettlaufer Lenke (Hrsg.), Quae Caesaris Caesari, quae Dei Deo?, Bezüge von Recht und Religion im Wandel, Symposium anlässlich des 60. Geburtstages von Felix Hafner, Zürich/St. Gallen 2018, S. 35–59.
- TSCHANNEN PIERRE, Kommentar zu Art. 136 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- TSCHANNEN PIERRE, Perspektiven der schweizerischen Demokratie, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 511 ff. (zit. Perspektiven).

- TSCHENTSCHER AXEL, Schutzpflichten, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1345 ff.
- UHLMANN FELIX/WILHELM MARTIN, Gutachten zuhanden der Bürgergemeinde der Stadt Basel betreffend verfassungskonforme Regelung über den Zugang zu den Basler Zünften und anderen Korporationen, 2021, verfügbar auf: https://bgbasel.ch/dam/jcr:3e95b761-dc4c-4a6b-bdbc-adfc64147856/Gutachten_Zunfte_09.03.2021.pdf.
- VAN REYBROUCK DAVID, Gegen Wahlen, Warum Abstimmen nicht demokratisch ist, 6. Aufl., Göttingen 2016.
- VATTER ADRIAN, Vom Extremtyp zum Sonderfall? Die schweizerische Konsensdemokratie im Wandel: eine Re-Analyse von Lijpharts Studie für die Schweiz von 1997–2007, Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft 2008, S. 1 ff.
- WALDMANN BERNHARD, Kommentar zu Art. 8 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- WALDMANN BERNAHRD, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus? Newsletter IFF 4/2015, verfügbar auf: https://www.unifr.ch/ius/assets/files/Institus/IST_Federalisme/files/Newsletter_IFF_Monitoring/4_3_subsidiaet_fiskalische_aequivalenz.pdf. (zit. Subsidiarität).
- WINZELER CHRISTOPH, Kommentar zu Art. 72 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- WOODTLI SUSANNA, Gleichberechtigung: der Kampf um die politischen Rechte der Frau in der Schweiz, 2. Aufl., Frauenfeld 1983.
- WYTTENBACH JUDITH, Menschenwürde, in: Diggelmann Oliver/Randall Hertig Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht Schweiz, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 1355 ff.

Materialien

- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1996 I 1 ff. (zit. Botschaft neue BV).
- Botschaft über die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen vom 5. November 1992, BBl 1996 655 ff. (zit. Botschaft Charta Minderheitensprachen).

Botschaft über das Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten vom 19. November 1997, BBl 1998 II 1293 ff. (zit. Botschaft RÜ).

Botschaft betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BBl 1995 IV 901 ff. (zit. Botschaft UN-Frauenrechtskonvention).

Urteilsverzeichnis

BGE 145 I 73.

BGE 143 I 361.

BGE 143 I 129.

BGE 142 I 99.

BGE 142 I 49.

BGE 140 I 394.

BGE 140 I 107.

BGE 139 I 292.

BGE 138 I 205.

BGE 136 I 149.

BGE 132 I 49.

BGE 129 II 321.

BGE 129 I 392.

BGE 125 I 417.

BGE 125 I 347.

BGE 125 I 21.

BGE 123 I 152.

BGE 121 I 196.

BGE 116 Ia 359.

BGE 111 Ia 239.

BGE 13 I 1.

Urteil des BGer, 5A_104/2018 vom 2. Februar 2021.

Urteil des BGer, 9C_460/2018 vom 21. Januar 2020.

Vom Umgang mit Gleichheit und Vielfalt im Föderalismus

Urteil des EVG, 750/04 vom 5. April 2006.

Urteile des EGMR, Rs. 60041/08 und 60054/08 (Greens and M.T. v United Kingdom) vom 23. November 2010.

Urteil des EGMR, Rs. 74025/01 (Hirst v United Kingdom) vom 6. Oktober 2005.

Urteil des EGMR, Rs. 27238/95 (Chapman v UK) vom 18. Januar 2001.

Urteil des EGMR, Rs. 7601/76 (Young, James and Webster v UK) vom 13. August 1981.

Urteil des Supreme Court United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152, N 4 (1938).



Impulsions des instruments de protection
des droits humains de l'ONU en matière d'égalité
et de protection contre les discriminations
pour le droit de la famille suisse

MICHELLE COTTIER*

* Professeure ordinaire au Département de droit civil, Faculté de droit, Université de Genève. L'auteure remercie Marie-Laure Papaux van Delden, professeure ordinaire, pour ses remarques hautement pertinentes, ainsi que Mmes Marie Fonjallaz, Adriana Schnyder et Margaux Sita-vanc, assistantes, pour l'aide précieuse apportée lors des recherches pour le présent texte et sa relecture.



Table des matières

A.	Introduction	122
B.	Les conventions de protection des droits humains de l'ONU et leur mise en œuvre dans le droit civil suisse	123
I.	Les traités de l'ONU en matière de protection des droits humains	123
1.	En général	124
2.	La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes	126
3.	La Convention relative aux droits de l'enfant	127
II.	La mise en œuvre par les mécanismes propres aux traités onusiens	128
1.	Les obligations des États parties	128
2.	Les organes de traités	129
3.	Le système des rapports périodiques des États parties suivis des observations finales des organes de traités	130
4.	Les recommandations ou observations générales	132
5.	L'examen des communications individuelles	132
6.	Les enquêtes	134
III.	La mise en œuvre par les instruments propres au droit suisse	136
1.	L'intégration directe du droit international au droit national selon la tradition moniste	136
2.	Les normes d'application directe	136
3.	La mise en œuvre des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique	138
4.	L'interprétation du droit national conforme au droit international	138
5.	Les règles applicables en cas de conflit entre droit civil et droit supérieur	139
C.	Les apports de la CEDEF	141
I.	Les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CEDEF	141
1.	Les caractéristiques de la protection contre les discriminations en vertu de la CEDEF	141
2.	L'interprétation de la notion de «discrimination à l'égard des femmes» et sa critique	142
3.	Les obligations des États parties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations dans le contexte de la CEDEF	145
II.	La concrétisation en matière de droit de la famille	149
1.	Un aperçu des dispositions topiques de la Convention	149
2.	L'art. 5 CEDEF en particulier	150
3.	L'art. 16 CEDEF en particulier	152
a.	Un texte conventionnel axé sur l'égalité formelle	152
b.	Le développement d'une approche orientée vers l'égalité matérielle et transformative par le Comité	153
III.	Les implications pour le droit de la famille suisse	155
1.	Les questions du Comité CEDEF relatives au droit de la famille et les réponses de la Confédération	156
2.	La mise en œuvre de toutes les composantes du principe de l'égalité et de la protection contre les discriminations	158
a.	L'égalité formelle	158
b.	L'égalité matérielle	161
c.	L'égalité transformative	163
D.	Les apports de la CDE	164

I.	Les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CDE . . .	164
1.	Les caractéristiques de la clause d'interdiction des discriminations de l'art. 2 CDE	164
2.	Les obligations des États parties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations selon la pratique du Comité CDE	167
a.	L'interdiction de toutes les formes de discrimination dans la législation nationale	168
b.	La réforme de la législation, des politiques et des pratiques étatiques discriminatoires	168
c.	Les mesures d'action positive (égalité matérielle)	169
d.	Les mesures de collecte de données	169
II.	La concrétisation en matière de droit de la famille	170
1.	Un aperçu des dispositions topiques de la Convention	170
2.	L'interdiction de toute discrimination en raison de la «situation» de l'enfant et de ses parents (art. 2 CDE) dans le droit de la filiation	175
III.	Les implications pour le droit de la famille suisse	176
1.	Les questions du Comité CDE relatives au droit de la famille et les réponses de la Confédération	177
2.	Les contours d'un droit de l'établissement la filiation sans discrimination de l'enfant en raison de son statut ou de celui de ses parents	179
a.	Evolution du droit de la filiation suisse	179
b.	L'abolition des discriminations de l'enfant en raison du statut de ses parents en matière de paternité	181
c.	L'élimination de la discrimination de l'enfant de parents de même sexe	182
d.	Le droit de la filiation comme mesure d'action positive en faveur des enfants de parents transgenres et intersexes	183
E.	Conclusion	184
I.	Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille	184
II.	Un droit de la famille sans distinctions basées sur le sexe et le genre	186
III.	Un droit de la famille qui compense les inégalités au niveau sociétal et culturel	187

A. Introduction

L'égalité et la non-discrimination sont au cœur de l'idée des droits humains: tout être humain dispose des mêmes droits fondamentaux et a le droit de les exercer sans discrimination pour des motifs tels que la race, l'origine ethnique, le sexe et le genre, l'orientation et l'identité sexuelles, l'âge, la religion ou la croyance, le handicap ou la naissance. La présente contribution s'intéresse aux impulsions de ces principes pour le droit de la famille suisse.

Deux traités de protection des droits humains de l'Organisation des Nations Unies (ONU) positionnent la famille et ses membres au cœur de leur ambition: la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE). Par la ratification de ces instruments en 1997, la Suisse s'est engagée à mettre en œuvre les garanties y consacrées dans l'ensemble de son ordre juridique. Notre pays mène régulièrement un dialogue au sujet de cette mise en œuvre

avec les organes onusiens chargés de la surveillance de l'application des conventions, les Comités CEDEF et CDE.

L'interprétation de ces deux conventions par les Comités CEDEF et CDE est évolutive, ce qui en fait des instruments dynamiques qui donnent de manière continue de nouvelles impulsions pour le droit de la famille national. Notamment, la mise en œuvre des garanties d'égalité et d'interdiction de toute discrimination consacrées par les deux conventions peuvent demander des adaptations de la législation et au niveau de l'interprétation conforme aux droits humains par les tribunaux et les autorités chargées de l'application du droit. Il n'est cependant pas suffisant de se limiter aux seules recommandations des deux organes de traités adressées directement à la Suisse. Le droit de la famille n'est qu'un domaine parmi d'autres qui est abordé par les rapports périodiques de la Suisse et dans les recommandations des deux organes de traités, et jusqu'à présent l'analyse en matière de droit de la famille n'a été que ponctuelle et peu approfondie. C'est pourquoi la recherche en droit a un rôle important à jouer dans l'accompagnement du processus de mise en œuvre. La présente contribution s'inscrit dans ce contexte, sans pouvoir pour autant proposer une analyse exhaustive. Elle a pour but de retracer les développements récents dans la pratique des deux organes de traités ainsi que dans la doctrine en matière d'égalité et de protection contre les discriminations en lien avec le droit de la famille, pour ensuite discuter leurs implications dans la mise en œuvre des deux conventions pour le droit de la famille suisse.

La première partie (B.) présentera une vue d'ensemble des traités de protection des droits humains de l'ONU, ainsi qu'un portrait de la CEDEF et de la CDE et de leurs organes de mise en œuvre, pour ensuite détailler les mécanismes de mise en œuvre propres aux traités onusiens et propres au droit suisse. Les deuxième et troisième parties (C. et D.) analyseront respectivement les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CEDEF et de la CDE ainsi que leur concrétisation en matière de droit de la famille au niveau de la pratique du Comité CEDEF et du Comité CDE et de la doctrine suisse et internationale, pour ensuite proposer une analyse de questions choisies en matière de droit de la famille suisse à la lumière de ces développements. Une conclusion (E.) résumera les résultats principaux de l'analyse.

B. Les conventions de protection des droits humains de l'ONU et leur mise en œuvre dans le droit civil suisse

I. Les traités de l'ONU en matière de protection des droits humains

Les sous-chapitres suivants présenteront d'abord l'ensemble des conventions de protection de droits humains des Nations Unies (1.) pour ensuite dresser un portrait de la CEDEF et de la CDE ainsi que de leurs organes de mise en œuvre (2. et 3.).

1. *En général*

L'Organisation des Nations Unies (ONU) a développé un ensemble de conventions de protection des droits humains qui trouvent leur origine dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH)¹. La DUDH contient une première liste de droits humains et consacre déjà l'interdiction de la discrimination: «Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation» (art. 2 DUDH)².

Par la suite, neuf traités principaux ont été adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU, visant le respect et la mise en œuvre des droits humains par les États parties. Chaque traité dispose d'un organe de traité sous la forme d'un comité d'expert-es indépendant-es, qui veille à l'application de ce dernier. Ces organes de traités se réunissent au siège de l'ONU à Genève.

La Suisse a ratifié huit de ces conventions³:

- le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC, anglais: ICESCR), également dénommé Pacte I de l'ONU, portant sur les droits humains liés aux domaines économique, social et culturel⁴. La surveillance de l'application du Pacte I est assurée par le Comité de l'ONU pour les droits économiques, sociaux et culturels (CDESC, anglais: CESCR);
- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP, anglais: ICCPR), également dénommé Pacte II de l'ONU, contenant des garanties pour protéger les libertés civiles et politiques des individus⁵. La surveillance de l'application du Pacte II est assurée par le Comité des droits de l'homme (CDH, anglais: HRC);
- la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CEDR, anglais: ICERD) visant la discrimination fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique⁶. La

1 Voir MAYA HERTIG RANDALL, *The history of international human rights law*, in: Robert Kolb et Gloria Gaggioli (éd.), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham 2013, p. 3.

2 La Déclaration a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU à Paris, le 10 décembre 1948, lors de sa 183^e séance plénière, A/Res/217 A (III).

3 La Suisse n'a pas ratifié la Convention du 18 décembre 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CMW).

4 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.1.

5 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, RS 0.103.2.

6 Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994, RS 0.104.

surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR, anglais: CERD);

- la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF, anglais: CEDAW) concrétisant l'interdiction de discrimination des femmes dans tous les domaines de la vie⁷. La surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF, anglais: CEDAW);
- la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (CCT, anglais: CAT) obligeant les États parties à empêcher et punir la torture⁸. La surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité contre la torture (CCT, anglais: CAT)⁹;
- la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE, anglais: CRC) garantissant l'ensemble des droits humains aux enfants¹⁰. La surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité des droits de l'enfant (CDE, anglais: CRC);
- la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH, anglais: CRPD), ayant pour but de garantir aux personnes en situation de handicap tous les droits humains et d'assurer leur participation active à la vie publique, économique et sociale¹¹. Le Comité des droits des personnes handicapées (CDPH, anglais: CRPD) est l'organe de surveillance de la Convention.
- la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (CIPPDPF, anglais: ICPPED) visant à sanctionner et à réprimer la violation des droits humains que constitue la disparition forcée¹². La surveillance de l'application de la Convention est assurée par le Comité des disparitions forcées (CDF, anglais: CED).

7 Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997, RS 0.108.

8 Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987, RS 0.105.

9 Le Sous-Comité pour la prévention de la torture (SPT) est en outre chargé de l'application du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture (OPCAT) du 18 décembre 2002, entré en vigueur en Suisse le 24 octobre 2009, RS 0.105.1.

10 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107.

11 Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014, RS 0.109.

12 Convention internationale du 20 décembre 2006 pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2017, RS 0.103.3.

2. *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*

La Convention de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 18 décembre 1979 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997¹³. Un Protocole facultatif permettant notamment des communications individuelles au Comité CEDEF a été adopté le 6 octobre 1999 et est entré en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 2008¹⁴.

La CEDEF a pour but d'éliminer toute discrimination sur la base du sexe et du genre compromettant la jouissance des droits humains et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil. La Convention vise spécifiquement la discrimination à l'égard des femmes, comme son titre l'indique, et ne peut donc pas être invoquée par les hommes¹⁵. La première partie de la Convention (art. 1 à 6) contient principalement des dispositions générales qui fournissent un cadre interprétatif pour les autres articles de la Convention. La deuxième partie (art. 7 à 9) se réfère à l'élimination de la discrimination dans la vie politique et publique et dans le contexte de la citoyenneté. La troisième partie (art. 10 à 14) traite de l'élimination de la discrimination dans les domaines économique, social et culturel. La quatrième partie contient des dispositions sur l'égalité des droits, la capacité civile et la liberté de circulation (art. 15) et sur l'égalité dans le mariage et la famille (art. 16). La cinquième partie (art. 17 à 22) prévoit la création d'un comité composé de 23 expertes et experts indépendants qui examinent les progrès accomplis dans la mise en œuvre de la Convention et reçoit les rapports périodiques des États et les communications individuelles au titre du Protocole facultatif. La sixième partie (art. 23 à 30) contient des dispositions finales, comme il est d'usage pour les conventions internationales relatives aux droits humains¹⁶.

Lors de la ratification, la Suisse a émis trois réserves à la CEDEF¹⁷. La seule réserve qui demeure actuellement en vigueur est celle relative à l'art. 15 par. 2 et l'art. 16 par. 1 let. h CEDEF en raison de diverses dispositions transitoires du régime matrimonial (art. 9e et 10 titre final CC).

13 RS 0.108.

14 RS 0.108.1.

15 Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 23 août 1995, FF 1995 IV 869, p. 885.

16 Voir pour cette vue d'ensemble des dispositions de la CEDEF: JUDITH WYTENBACH/ERIKA SCHLÄPPI, *Frauenrechte und Kinderrechte: Welche internationalen Beschwerdeverfahren kommen in Frage?*, FamPra.ch 2018, p. 429 ss, p. 434 s.

17 RO 1999 1577.

3. *La Convention relative aux droits de l'enfant*

La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant a été conclue à New York le 20 novembre 1989 et est entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997¹⁸. Un Protocole facultatif à la CDE établissant une procédure de présentation de communications (plaintes) a été adopté le 19 décembre 2011 et est entré en vigueur pour la Suisse le 24 juillet 2017¹⁹. La Suisse a également ratifié le Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la CDE, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés²⁰ et le Protocole facultatif du 25 mai 2000, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants²¹.

La CDE concrétise pour les enfants les droits déjà garantis par les traités plus généraux et reconnus à toute personne en sa qualité d'être humain. Cette concrétisation spécifique pour les personnes de moins de 18 ans repose sur l'idée que les enfants forment un groupe particulièrement vulnérable, dont les besoins et les intérêts ne sont pas toujours suffisamment pris en compte en politique, en droit et au sein de la société²². La première partie de la Convention (art. 1 à 41) contient les dispositions de fond; quatre articles constituent les principes généraux de la CDE²³: le droit à ne pas être discriminé (art. 2), le droit à voir son intérêt supérieur être pris en compte comme une considération primordiale (art. 3), le droit à la vie, à la survie et au développement (art. 6) et le droit de l'enfant d'être entendu (art. 12).

En outre, la Convention contient des libertés classiques, qui font partie des droits dits civils et politiques. Il s'agit, outre le droit à la vie (art. 6), par exemple du droit à une identité et une citoyenneté (art. 7 et 8), des droits dans le domaine de la vie privée et familiale (art. 7, 8, 9 et 16), de la liberté d'expression (art. 13), de la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 14), de la liberté de réunion (art. 15), du droit d'accès à l'information (art. 17), de l'examen régulier de la situation des enfants placés (art. 25), des droits dans le contexte d'une privation de liberté (art. 37) et dans la procédure pénale (art. 40). La Convention consacre également divers droits économiques, sociaux et culturels, dont le contenu est basé sur le Pacte I de l'ONU (à savoir les art. 24, 26, 27, 28 et 29). Diverses dispositions obligent les États parties à assurer la protection de l'enfant, notamment la protection contre la violence et l'exploitation au sein de la famille (art. 19), la protection de l'enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial (art. 20), la protection contre l'exploitation économique (art. 32), contre l'usage illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (art. 33), contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de vio-

18 RS 0.107.

19 RS 0.107.3.

20 RS 0.107.1.

21 RS 0.107.2.

22 CONSEIL FÉDÉRAL, Message sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant du 29 juin 1994, FF 1994 V I, p. 4.

23 CDE, Obs. gén. n° 5/2003 (Doc. NU CRC/GC/2003/5), par. 12.

lence sexuelle (art. 34) et contre l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants (art. 35). Enfin, la Convention contient une obligation de réadaptation et de réinsertion de l'enfant victime (art. 39). Des dispositions spéciales concernent les droits des enfants réfugiés (art. 22) et des enfants handicapés (art. 23)²⁴.

Lors de la ratification de la CDE, la Suisse a émis sept réserves concernant cinq articles²⁵. A ce jour, les trois réserves suivantes sont encore valables: celle sur l'art. 10 par. 1 CDE réservant la législation suisse, qui ne garantit pas le regroupement familial à certaines catégories d'étrangers; la réserve portant sur l'art. 37 let. c CDE, selon laquelle la séparation des jeunes et des adultes privés de liberté n'est pas garantie sans exception; la réserve relative à l'art. 40 réservant la procédure pénale suisse des mineurs qui ne garantit ni le droit inconditionnel à une assistance ni la séparation, au niveau personnel et de l'organisation, entre l'autorité d'instruction et l'autorité de jugement.

II. La mise en œuvre par les mécanismes propres aux traités onusiens

En ratifiant la CEDEF et la CDE, la Suisse s'est engagée, en vertu du droit international, à respecter et à mettre en œuvre les normes qui y sont inscrites. Cette mise en œuvre est surveillée par les organes de traités, les Comités CEDEF et CDE, et par le biais de mécanismes propres aux traités onusiens. Il s'agit de présenter les obligations générales des États parties en vue de la mise en œuvre des conventions (1.), pour ensuite dresser le portrait des deux organes de traités (2.), et détailler les mécanismes de mise en œuvre à leur disposition: le système des rapports périodiques des États parties suivi des observations finales des organes de traités (3.), les recommandations ou observations générales (4.), l'examen des communications individuelles (5.) et les enquêtes (6.).

1. Les obligations des États parties

Les organes de traités chargés de la mise en œuvre des conventions de l'ONU relatives aux droits humains admettent généralement trois types d'obligations des États parties: l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les garanties de la convention en question (*duty to respect, to protect, to fulfil*). *L'obligation de respecter un droit humain* exige que l'État s'abstienne d'en entraver directement ou indirectement l'exercice. Cette obligation inclut l'interdiction de mettre en œuvre des pratiques étatiques discriminatoires, en particulier vis-à-vis des groupes et individus les plus désavantagés²⁶. *L'obligation de*

24 Voir pour cette vue d'ensemble des dispositions de la CDE: WYTTENBACH/SCHLÄPPI (note 16), p. 446 s.

25 RO 1998 2053.

26 GREGOR T. CHATTON, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 278.

protéger les droits humains requiert des États qu'ils prennent des mesures pour empêcher des tiers de faire obstacle aux garanties d'autres individus, en particulier des plus vulnérables²⁷. *L'obligation de mettre en œuvre* les droits humains suppose que l'État adopte des mesures appropriées d'ordre législatif, administratif, budgétaire, judiciaire, incitatif ou autre pour en assurer la pleine réalisation²⁸. Ces trois types d'obligation ont été développés par le Comité pour les droits économiques, sociaux et culturels (CDESC)²⁹ et sont également utilisés par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)³⁰ et par le Comité des droits de l'enfant (CDE)³¹.

2. *Les organes de traités*

L'organe de traité pour la CEDEF est le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF). Il est composé de 23 expertes et experts, qui en vertu de l'art. 17 par. 1 CEDEF doivent être «d'une haute autorité morale et éminemment compétents» dans le domaine de la Convention. La composition du comité est interdisciplinaire³². Les expertes et experts sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, impliquant un exercice du mandat en pleine indépendance et impartialité³³. La composition doit tenir compte du principe d'une répartition géographique équitable et de la représentation des différentes formes de civilisation ainsi que des principaux systèmes juridiques³⁴.

Le Comité des droits de l'enfant (CDE) est l'organe chargé de surveiller la mise en œuvre de la CDE. En vertu de l'art. 43 par. 2 CDE, le Comité se compose de dix-huit expertes et experts. Les caractéristiques du Comité CDE sont similaires à celles du Comité CEDEF: les expertes et experts doivent être «de haute moralité» et posséder une compétence reconnue dans le domaine de la

27 CHATTON (note 26), p. 278 s.

28 CHATTON (note 26), p. 281.

29 CDESC, Obs. gén. n° 14/2000 (Doc. NU E/C.12/2000/4), par. 33 ss; Obs. gén. n° 16/2005 (Doc. NU E/C.12/2005/4), par. 17; CHATTON (note 26), p. 276 ss et les références citées.

30 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 4; voir GREGOR T. CHATTON, article 3 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 20 ss.

31 Voir notamment CDE, Rec. gén. n° 16/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/16), par. 25 ss; et récemment Rec. gén. n° 25/2021 (Doc. NU CRC/C/GC/25), par. 4.

32 PATRICIA SCHULZ déplore cependant le parfois trop faible nombre de juristes, ce qui peut être problématique lorsqu'il s'agit de traiter de communications individuelles et d'enquêtes, cf. PATRICIA SCHULZ, article 17 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 8.

33 SCHULZ (note 32), N 10 ss.

34 Cf. pour les détails SCHULZ (note 32), N 13 ss.

Convention. La composition du Comité CDE est également interdisciplinaire³⁵. Ses membres sont élus par les États parties parmi leurs ressortissants et siègent à titre personnel, impliquant un exercice du mandat en pleine indépendance et impartialité³⁶. La composition du comité doit assurer une répartition géographique équitable et la représentation des principaux systèmes juridiques³⁷.

3. *Le système des rapports périodiques des États parties suivis des observations finales des organes de traités*

Les différents traités onusiens de protection des droits humains prévoient tous une procédure de contrôle de leur application fondée sur un système de rapports périodiques des États parties à l'organe de traité (dans notre contexte, le Comité CEDEF ou le Comité CDE)³⁸. Le rapport doit s'exprimer sur les mesures prises et les progrès réalisés dans la mise en œuvre des droits garantis par l'instrument en question³⁹. Parallèlement au rapport étatique, les organisations non gouvernementales du pays soumettent à l'organe de traité leurs rapports alternatifs, qui visent à compléter les informations officielles fournies par le gouvernement et l'administration par une perspective de la société civile⁴⁰. Différents organes de traités, dont le Comité CEDEF⁴¹ et le Comité CDE⁴², mettent à disposition des États parties depuis quelques années une procédure simplifiée de présentation des rapports (*simplified reporting procedure*). Dans ce cas, le Comité communique une liste de points et de questions (*List of issues prior to reporting, LIOPR*), les réponses de l'État étant considérées comme un rapport périodique. Suite au dépôt du rapport périodique ou des réponses à la liste de points et de

35 Comme PATRICIA SCHULZ pour le Comité CEDEF (cf. *supra* note 32), STEFANIE SCHMAHL constate pour le Comité CDE le danger d'un trop faible nombre de juristes, mais souligne par ailleurs que cette composition permet une approche holistique de la Convention, cf. STEFANIE SCHMAHL, *Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar*, Baden-Baden 2017, article 43 CDE, N 3.

36 SCHMAHL (note 35), article 43 CDE, N 3.

37 A la différence de l'art. 17 par. 1 CEDEF, l'art. 43 par. 2 CDE ne mentionne pas les différentes formes de civilisations.

38 BARBARA WILSON, *Mécanismes de protection*, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier (éd.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 73 ss, p. 74.

39 WILSON (note 38), p. 74.

40 JUDITH WYTENBACH/ERIKA SCHLÄPPI, *Bedeutung des Übereinkommens für die Schweiz*, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wytenbach (éd.), *CEDEF – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne 2015, N 50.

41 <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/ReportingProcedures.aspx>>. Cf. EMMA-NUEL DECAUX, article 18 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif*. Commentaire, Genève 2019, N 12.

42 <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/ReportingProcedure.aspx>>. Cf. WOUTER VANDENHOLE/GAMZE ERDEM TÜRKELLI/SARA LEMBRECHTS, *Children's Rights, A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*, Cheltenham 2019, p. 411, 44.04.

questions, un «dialogue constructif» est mené à l'égard de la mise en œuvre du traité lors d'une séance entre une délégation gouvernementale et l'organe de traité. Dans ce que l'on appelle les «observations finales», l'organe de traité formule finalement des recommandations pour améliorer la mise en œuvre de la Convention dans l'État partie, qui constituent la base du cycle de rapport suivant⁴³. Ces recommandations sont souvent de véritables instructions aux pouvoirs législatif et exécutif, sans toutefois être de nature contraignante⁴⁴. Elles constituent toutefois un moyen de soutenir les demandes correspondantes de la société civile et peuvent servir aux tribunaux nationaux comme aide à l'interprétation⁴⁵. En Suisse, un Office fédéral est chargé de préparer le rapport dans chaque cas, tandis que le Conseil fédéral l'adopte.

Relativement à la CEDEF, la Suisse se trouve actuellement dans son quatrième cycle de rapport. Le rapport qui réunit les premier et deuxième rapports de la Suisse date de décembre 2001⁴⁶, suivi des observations finales du Comité CEDEF de 2003⁴⁷. Le troisième rapport de la Suisse a été établi en 2008⁴⁸, et le Comité CEDEF a publié ses observations finales y relatives en 2009⁴⁹. Les quatrième et cinquième rapports sont réunis dans un seul rapport datant de 2014⁵⁰ et les observations finales y relatives datent de 2016⁵¹. En novembre 2020, la Suisse a transmis au Comité CEDEF son sixième rapport périodique sous la forme de réponses à la liste de points et de questions établie par le Comité⁵².

En ce qui concerne la CDE, la Suisse se trouve actuellement dans son troisième cycle de rapport. Le rapport initial de la Suisse date de 2000⁵³, suivi des observations finales du Comité CDE de 2002⁵⁴. En vertu de l'art. 44 let. b CDE, la Suisse aurait dû transmettre le deuxième rapport au Comité CDE en 2007. Le retard accumulé était tel que le rapport publié en 2012 couvrait à la fois les deuxième, troisième et quatrième rapports périodiques de la Suisse⁵⁵. Le Comité CDE a publié ses observations finales y relatives en 2015⁵⁶. En décembre

43 JÖRG KÜNZLI, *Internationaler Menschenrechtsschutz und die Schweiz*, in: Oliver Diggelmann/ Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2020, p. 1245 ss, N 11.

44 KÜNZLI (note 43), N 11; WILSON (note 38), p. 74.

45 KÜNZLI (note 43), N 11.

46 CEDEF, Rapport suisse, n° 1–2/2001 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/1–2).

47 AGNU, Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de la 28^{ème} session du 13 au 31 janvier 2003 (Doc. NU A/58/38[SUPP]), par. 87–141.

48 CEDEF, Rapport suisse, n° 3/2008 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/3).

49 CEDEF, Obs. fin. Suisse, n° 3/2009 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/3).

50 CEDEF, Rapport suisse, n° 4–5/2014 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/4–5).

51 CEDEF, Obs. fin. Suisse, n° 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5).

52 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6).

53 CDE, Rapport suisse, n° 1/2001 (Doc. NU CRC/C/78/Add.3).

54 CDE, Obs. fin. Suisse, n° 1/2002 (Doc. NU CRC/C/15/Add.182).

55 CDE, Rapport Suisse, n° 2–4/2012 (Doc. NU CRC/C/CHE/2–4).

56 CDE, Obs. fin. Suisse, n° 2–4/2015 (Doc. NU CRC/C/CHE/CO/2–4).

2020, la Suisse a transmis au Comité CDE ses cinquième et sixième rapports périodiques réunis dans un document, sous la forme de réponses à la liste de points et de questions établie par le Comité⁵⁷.

4. *Les recommandations ou observations générales*

Les organes de traités adoptent régulièrement des «recommandations générales», respectivement «observations générales» sur des questions spécifiques d'interprétation du traité en question. Ces documents fournissent des lignes directrices importantes sur le contenu et l'étendue des obligations des États parties par rapport à la mise en œuvre des droits consacrés par le traité en question⁵⁸ et ont une valeur importante dans le cadre de l'interprétation du droit national conforme au droit international⁵⁹. Le Comité CEDEF a jusqu'à aujourd'hui publié 38 recommandations générales⁶⁰ tandis que le Comité CDE a publié 25 observations générales⁶¹.

5. *L'examen des communications individuelles*

La plupart des traités onusiens de protection des droits humains prévoient un mécanisme de «communications», de requêtes individuelles⁶². Il s'agit d'une procédure contentieuse qui est instituée soit par le traité lui-même, soit par un protocole facultatif au traité⁶³. Si l'organe de traité conclut à la violation de droits conventionnels, il demande régulièrement aux États parties d'accorder aux victimes une réparation effective pour les violations subies, et formule des recommandations plus générales à l'adresse de l'État partie⁶⁴. Les constatations adoptées par les organes de traités sont dépourvues de portée juridiquement contraignante, mais il existe une certaine attente que l'État concerné choisisse de mettre en œuvre les constatations et recommandations de ma-

57 CONSEIL FÉDÉRAL, Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE), Réponse de la Suisse à la liste de points établie avant la soumission du rapport de la Suisse valant 5^{ème} et 6^{ème} rapports périodiques, Berne, 18 décembre 2020.

58 WILSON (note 38), p. 76, n. 15.

59 TAF, F-4884/2017, 19.11.2019, c. 7.4.3.2; ATF 137 I 305, JdT 2012 I p. 47 (trad.), c. 6.5. cf. infra II.4.

60 Les Recommandations générales du Comité CEDEF peuvent être consultées sur son site <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>>.

61 Les observations générales du Comité CDE peuvent être consultées via le lien <https://tbinter.net.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11>.

62 La base de données de la jurisprudence des organes de traités se trouve sous l'adresse suivante: <<https://juris.ohchr.org/>>.

63 WILSON (note 38), p. 77 s.

64 BAAK ÇALI/ALEXANDRE SKANDER GALAND, Towards a common institutional trajectory? Individual complaints before UN treaty bodies during their «Booming» years, *International Journal of Human Rights* 2020, p. 1103 ss.

nière adéquate⁶⁵. Dans ce but, les organes de traités demandent à l'État partie concerné de leur fournir des renseignements sur les mesures prises pour donner effet aux constatations et recommandations⁶⁶. Les deux conventions qui se trouvent au centre de la présente contribution disposent d'un tel mécanisme grâce à un protocole facultatif à la convention, dont la Suisse est État partie.

Le Protocole facultatif à la CEDEF (OP-CEDEF), entré en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 2008⁶⁷, donne au Comité CEDEF la compétence de recevoir et d'examiner des communications déposées contre la Suisse par des particuliers ou des groupes de particuliers qui affirment être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans la Convention (art. 1 à 7 OP-CEDEF)⁶⁸. Jusqu'à aujourd'hui, une seule communication individuelle concernant la Suisse a été présentée au Comité CEDEF, qui n'a cependant pas fait l'objet d'une décision du Comité⁶⁹.

Le 3^e protocole facultatif à la CDE (OP3-CDE), entré en vigueur pour la Suisse le 24 juillet 2017⁷⁰, donne au Comité CDE la compétence de recevoir et d'examiner des communications déposées contre la Suisse par des particuliers ou des groupes de particuliers qui affirment être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans la Convention ou ses deux autres Protocoles facultatifs (art. 5 à 11 OP3-CDE)⁷¹. Jusqu'à ce jour, cinq communications individuelles concernant la Suisse ont été présentées au Comité CDE. Une seule décision a été prise sur le fond, constatant une violation des art. 3 et 12 de la Convention dans le cadre d'une procédure de renvoi en vertu du règlement Dublin⁷². Le

65 WILSON (note 38), p. 78 s. Pour l'OP-CEDEF voir XAVIER BAPTISTE RUEDIN, article 5 Protocole, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 35. Pour l'OP3-CDE voir SCHMAHL (note 35), Überblick zum Individualbeschwerdeverfahren, N 14.

66 ÇALI/GALAND (note 64), p. 1115.

67 Protocole facultatif du 6 octobre 1999 se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, RS 0.108.1.

68 Pour les détails voir WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 16), p. 437 ss et les commentaires des différentes dispositions du protocole facultatif in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 621 ss.

69 CEDEF, J.O. c. Suisse, Comm. n° 115/2017: le Comité, étant donné qu'il ignorait où se trouvait l'auteur de la communication no 115/2017 et que son conseil avait perdu tout contact avec elle, a décidé de ne pas poursuivre l'examen de cette communication.

70 Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, RS 0.107.3.

71 Pour les détails voir WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 16), p. 448 ss.

72 CDE, V.A. c. Suisse, Comm. n° 56/2018 (Doc. NU CRC/C/85/D/56/2018), commenté par CAROLINE SCHÖNHOLZER, Das Recht auf Einbezug und Anhörung von begleiteten Kindern im Dublin-Verfahren, Asyl 2021, p. 22 s.

Comité a en outre constaté l'irrecevabilité de deux autres communications⁷³ et a rayé du rôle deux communications contre la Suisse⁷⁴.

6. Les enquêtes

Plusieurs traités onusiens relatifs aux droits humains, dont les deux conventions au centre de la présente contribution, instituent une procédure d'enquête en cas de violations graves ou systématiques des droits humains. Cette procédure donne à l'organe de traité le pouvoir de mener une enquête s'il est informé, par des renseignements crédibles, qu'un État partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits énoncés dans la Convention en question⁷⁵. Tant le Comité CEDEF (art. 8 et 9 du Protocole facultatif)⁷⁶ que le Comité CDE (art. 13 et 14 du 3^e Protocole facultatif)⁷⁷ ont cette compétence.

Le Comité CEDEF a déjà mené six procédures d'enquête. Dans son rapport d'enquête concernant Ciudad Juarez, au *Mexique*, le Comité CEDEF, qui constate des violations systématiques des droits des femmes, souligne que le grand nombre d'enlèvements, viols et féminicides s'inscrit dans une culture d'impunité et de misogynie encourageant la violence à l'égard des femmes⁷⁸. Dans son résumé d'enquête concernant les *Philippines*, le Comité conclut qu'en limitant l'accès aux services de santé sexuelle et génésique dans la ville de Manille, l'État partie renforce des stéréotypes sexuels préjudiciables aux femmes qui considèrent ces dernières comme ayant pour rôle primordial de mettre au monde des enfants et de les élever⁷⁹. Dans son rapport d'enquête

73 CDE, R.S. c. Suisse, Comm. n° 81/2019 (Doc. NU CRC/C/85/D/81/2019): le Comité décide que la communication est irrecevable au regard de l'art. 7 let. f. du Protocole facultatif au motif que les griefs que l'auteur tire des articles de la convention ne sont pas suffisamment étayés; *J.A. and E.A. c. Suisse*, Comm. n° 53/2018 (Doc. NU CRC/C/85/D/53/2018): le Comité décide que la communication est irrecevable conformément à l'art. 7 let. g du Protocole facultatif, selon lequel il lui est interdit *ratione temporis* d'examiner une communication lorsque les faits qui font l'objet de cette communication se sont produits avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif pour l'État partie concerné, à moins que ces faits n'aient continué après cette date.

74 CDE, J.G. c. Suisse, Comm. n° 47/2018 (Doc. NU CRC/C/81/D/47/2018): le Comité décide mettre fin à l'examen de la communication suite à la décision de la Suisse d'octroyer un permis de séjour à l'auteur de communication; D. N. et consorts c. Suisse, Comm. n° 61/2018 (Doc. NU CRC/C/81/D/61/2018): le Comité décide de mettre fin à l'examen de la communication suite à la décision de la Suisse d'octroyer un permis de séjour au père des quatre enfants, auteurs de la communication.

75 WILSON (note 38), p. 80.

76 Cf. ANNE WEBER, article 8, article 9 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019.

77 Cf. VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 456 ss.

78 CEDEF, Rapport sur le Mexique en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention (Doc. NU CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO).

79 CEDEF, Résumé d'enquête concernant les Philippines au titre de l'article 8 du Protocole facultatif de la Convention (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/PHL/1).

concernant le *Canada*, le Comité constate les discriminations intersectionnelles dont souffrent les femmes autochtones au Canada et conclut qu'en négligeant d'enquêter rapidement et minutieusement sur le degré élevé de violence subie par les femmes autochtones, y compris les disparitions et les meurtres, le Canada a commis une grave violation des droits protégés par la Convention⁸⁰. Dans son rapport d'enquête concernant le *Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord*, le Comité constate que les lois criminalisant l'avortement médical et obligeant les femmes à mener leur grossesse à terme, provoquent des souffrances physiques et mentales assimilables à des traitements cruels, inhumains et dégradants, et constituent des violences liées au genre⁸¹. Dans son rapport d'enquête concernant le *Kirghizistan*, le Comité constate des violations graves de droits accordés par la Convention, étant donné que l'État partie n'a pas su protéger un grand nombre de femmes et de filles de la pratique de l'enlèvement de la fiancée et des violences sexuelles commises dans ce contexte, ni garantir leur droit de choisir librement leur conjoint et de ne contracter mariage que de leur libre et plein consentement, ni leur assurer un accès approprié à la justice, une protection et une assistance afin de leur permettre d'échapper au mariage forcé, les exposant ainsi à de graves souffrances physiques et mentales ou prolongeant inutilement lesdites souffrances⁸². Dans son rapport d'enquête concernant le *Mali*, le Comité constate des violations graves de droits accordés par la Convention par le manquement de cet État partie à son obligation de protéger une majorité de femmes et de filles des mutilations génitales féminines et de leur assurer un accès approprié aux soins de santé et à la justice, les exposant ainsi à de graves souffrances physiques et psychologiques, entravant la réalisation d'enquêtes et bloquant l'accès à des voies de recours pour les victimes⁸³.

Le Comité CDE a mené une seule procédure d'enquête, concernant le *Chili*; il conclut en constatant que l'État partie est responsable de violations graves de droits énoncés dans la Convention, compte tenu qu'au Chili, le système de protection en centre d'accueil a donné lieu, pendant une longue période, à de nombreuses atteintes aux droits de milliers d'enfants placés sous la garde de l'État⁸⁴.

80 CEDEF, Rapport d'enquête concernant le Canada en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif de la Convention (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/CAN/1).

81 CEDEF, Rapport d'enquête concernant le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en application de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/GBR/1), par. 72.

82 CEDEF, Rapport d'enquête concernant le Kirghizistan en application de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/KGZ/1), par. 91.

83 CEDEF, Rapport d'enquête menée sur le Mali en application de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (Doc. NU CEDAW/C/IR/MLI/1), par. 80.

84 CDE, Rapport d'enquête concernant le Chili, menée en application de l'article 13 du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (Doc. NU CRC/C/CHL/IR/1), par. 115.

III. La mise en œuvre par les instruments propres au droit suisse

Les traités onusiens de protection des droits humains tels que la CEDEF et la CDE sont également mis en œuvre par des instruments propres au droit suisse. La Suisse suit la tradition moniste, selon laquelle le droit international est directement intégré au droit national (1.). Cela implique d'abord que les droits de la CEDEF et de la CDE peuvent être invoqués directement devant les autorités et tribunaux fédéraux et cantonaux dans des procédures en matière de droit de la famille, tant qu'ils remplissent les critères relatifs à l'applicabilité directe (2.). Indépendamment de l'application directe, la Constitution fédérale prévoit une obligation de mettre en œuvre les droits fondamentaux garantis par les traités onusiens dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse, y compris dans le droit civil (3.). Le droit de la famille doit finalement être interprété en conformité avec le droit international (4.) et la jurisprudence a développé des règles s'appliquant en cas de conflit entre le droit civil et le droit supérieur (5.).

1. *L'intégration directe du droit international au droit national selon la tradition moniste*

La Suisse s'inscrit dans la tradition moniste pour définir la relation entre le droit national et le droit international. Le droit international est ainsi directement intégré au droit national, sans qu'un acte d'intégration particulier ne soit nécessaire. La Constitution fédérale oblige la Confédération et les cantons à respecter le droit international (art. 5 al. 4 Cst.) et le Tribunal fédéral ainsi que les autres autorités sont tenus de l'appliquer (art. 190 Cst.). Dès l'instant où la Suisse ratifie un traité, celui-ci fait donc partie du droit suisse à part entière⁸⁵. Les droits garantis par le traité qui sont d'applicabilité directe peuvent être invoqués directement devant les autorités chargées de l'application du droit et devant les tribunaux fédéraux et cantonaux. Les organes étatiques doivent veiller à respecter, protéger et mettre en œuvre les garanties des conventions dans leur domaine de compétence et doivent procéder à l'interprétation et à l'application de l'ordre juridique suisse conformément au droit international⁸⁶.

2. *Les normes d'application directe*

Les droits de la CEDEF et de la CDE peuvent être invoqués directement devant les autorités chargées de l'application du droit et devant les tribunaux fédéraux et cantonaux, à condition qu'ils répondent aux critères de l'applicabilité directe

85 ERIKA SCHLÄPPI/JEANNE DUBOIS, Das Übereinkommen gegen Frauendiskriminierung (CEDEF) in der familienrechtlichen Praxis: Ansätze und Möglichkeiten, FamPra.ch 2012, p. 601 ss, p. 617.

86 JUDITH WYTENBACH/ERIKA SCHLÄPPI, Frauenrechte und Kinderrechte: Welche internationalen Beschwerdeverfahren kommen in Frage?, FamPra.ch 2018, p. 429 ss, p. 431.

établis par le Tribunal fédéral. Sont considérées comme directement applicables les dispositions qui, en général et au vu de l'objet et du but du traité, sont suffisamment précises pour pouvoir être appliquées à un cas concret et servir de base à une décision⁸⁷. Le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux, y compris ceux garantis par ces deux conventions, que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF).

Le Conseil fédéral attribue à la CEDEF un caractère surtout programmatique⁸⁸. De ce fait, il ne reconnaît qu'à quelques dispositions de la CEDEF une applicabilité directe⁸⁹. Selon l'avis du Conseil fédéral, il ne peut notamment pas être exclu que le Tribunal fédéral déclare directement applicables certaines parties des art. 9 et 15, de même que des art. 7 et 16 de la Convention⁹⁰. Pour le reste, le Conseil fédéral se fonde sur le fait que les obligations contenues dans la Convention sont énoncées de manière générale, et qu'une large marge de manœuvre est laissée aux États membres quant au choix des moyens pour les réaliser⁹¹. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'applicabilité directe de l'art. 6 CEDEF (suppression du trafic des femmes et de l'exploitation de la prostitution des femmes)⁹² et ne s'est pas encore exprimé quant à d'autres dispositions de la Convention. Il est cependant possible de déduire de la pratique générale de notre Haute Cour que les dispositions garantissant des droits civils et politiques sont en principe directement applicables, tandis que tel n'est pas le cas pour les dispositions garantissant des droits sociaux⁹³.

Conformément à cette pratique, le Conseil fédéral a admis l'applicabilité directe des normes de la CDE garantissant des libertés classiques, telles qu'elles sont déjà inscrites en faveur de toute personne dans le Pacte II de l'ONU et dans la CEDH. Les termes de l'art. 2 CDE, selon lequel les États parties «respectent [...] et garantissent» sans discrimination les droits de l'enfant, indiquent selon le Conseil fédéral que les auteurs de la Convention n'ont pas voulu exclure l'applicabilité directe de ces dispositions⁹⁴. Le Tribunal fédéral a quant à lui reconnu l'applicabilité directe de l'art. 7 par. 1 (droit à la

87 ATF 145 I 308, c. 3.4.1 (n.t.); 140 II 185, JdT 2014 I p. 218 (trad.), c. 4.2; 136 I 297 c. 8.1 (n.t.); 133 I 286, c. 3.2.

88 CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 23 août 1995, FF 1995 V 869, p. 880, 893 et 895. Cf. ég. SCHLÄPPI/DUBOIS (note 85), p. 616; WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 24.

89 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 880, 893 et 895; WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 24.

90 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 895.

91 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 893. Cf. ég. ATF 137 I 305, JdT 2012 I p. 47 (trad.), c. 3.2; SCHLÄPPI/DUBOIS (note 85), p. 614.

92 ATF 145 I 308, c. 3.4.4 (n.t.).

93 WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 16), p. 72, faisant référence aux ATF 135 I 161; 126 I 240; 122 I 101; 121 V 246; 120 Ia 1.

94 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CDE (note 22), p. 22.

connaissance de ses origines)⁹⁵, de l'art. 12 (droit d'être entendu)⁹⁶ de l'art. 37 CDE (droits des enfants privés de liberté)⁹⁷ et implicitement aussi de l'art. 2 CDE⁹⁸. L'art. 3 CDE (intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale) n'est cependant selon le Tribunal fédéral pas directement applicable⁹⁹.

3. *La mise en œuvre des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique*

La mise en œuvre des droits humains dans le droit civil est aussi assurée par l'art. 35 al. 1 Cst. qui oblige l'État à pourvoir à la réalisation effective des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique, dans tous les domaines du droit¹⁰⁰. L'art. 35 al. 2 Cst. précise quant à lui les principaux destinataires des droits fondamentaux, à savoir les organes de l'ensemble des collectivités publiques et les personnes qui assument une tâche étatique¹⁰¹. Pour le droit de la famille en tant que domaine du droit privé, le mandat constitutionnel de l'art. 35 al. 3 Cst. est particulièrement important: il oblige l'État à réaliser les droits fondamentaux dans le cadre des rapports entre particuliers¹⁰², tant dans les contextes législatif¹⁰³, que judiciaire¹⁰⁴. En est déduite une obligation pour l'État de légiférer dans le domaine du droit de la famille en vue de réaliser les garanties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations provenant des droits humains. Les tribunaux sont également tenus d'interpréter le droit de la famille de manière conforme aux droits humains.

4. *L'interprétation du droit national conforme au droit international*

L'interprétation conforme a comme but de prévenir d'éventuels conflits en harmonisant les normes juridiques internes et internationales¹⁰⁵. Le fondement de

95 ATF 128 I 63 c. 3.2.2 (n.t.); 125 I 257 c. 3c (fr.).

96 ATF 124 III 90, JdT 1998 I p. 272 (trad.), c. 3a.

97 ATF 133 I 286, JdT 2011 IV p. 79 (trad.), c. 3.2.

98 ATF 141 III 312, JdT 2015 II p. 351 (trad.), 6.4.4.

99 ATF 144 II 56, c. 5.2 (fr); 136 I 297, c. 8.2 (n.t.).

100 CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 194; JACQUES DUBEY, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2017, N 118; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3e éd., Berne 2018, par. 4 N 42.

101 CONSEIL FÉDÉRAL, Message nouvelle constitution (note 100), p. 194; ATF 138 I 274, JdT 2013 I 3 (trad.), c. 2.2.1; DUBEY (note 100), N 120; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (note 100), § 4 N 52.

102 DUBEY (note 100), N 122.

103 DUBEY (note 100), N 151; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (note 100), § 4 N 47 et 89.

104 DUBEY (note 100), N 152.

105 ATF 145 I 308, c. 3.4.4; 134 I 105, JdT 2009 I p. 252 (trad.), c. 6; 128 IV 201, JdT 2005 IV p. 252 (trad.), c. 1.2; CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institu-

l'interprétation conforme du droit national au droit international se trouve à l'art. 5 al. 4 Cst.¹⁰⁶. Tant qu'une norme interne, qu'elle soit fédérale, cantonale ou communale, peut être interprétée de manière conforme au droit international, le conflit est évité¹⁰⁷. En pratique, cela implique que les autorités compétentes doivent, dès le processus législatif, dépister les éventuelles incompatibilités entre droit interne et droit international, et formuler les dispositions internes de mise en œuvre de manière à éviter autant que possible des complications supplémentaires au niveau international¹⁰⁸.

Même si certaines dispositions de la CEDEF et de la CDE ne fondent pas comme telles des droits subjectifs susceptibles d'être invoqués en justice, elles s'intègrent néanmoins à l'ordre juridique objectif¹⁰⁹. Conformément au principe de l'interprétation conforme, toutes les dispositions de la CEDEF et de la CDE doivent être ainsi considérées lors de l'interprétation du droit national¹¹⁰. Cette prise en considération doit intervenir sans égard à la question de leur applicabilité directe ou non, pour autant qu'elles présentent une densité suffisante et qu'elles se qualifient par conséquent comme critères d'interprétation¹¹¹. De plus, dans le cadre de l'interprétation conforme à la CEDEF et à la CDE, les documents des organes de traités peuvent être utilisés afin d'interpréter certaines notions de la Convention, à l'image des recommandations, respectivement observations générales, des observations finales des Comités relatives aux rapports soumis par les différents États, ainsi que des constatations adoptées relatives à des communications individuelles¹¹².

5. *Les règles applicables en cas de conflit entre droit civil et droit supérieur*

Le mécanisme de l'interprétation conforme tend à éviter les conflits entre les normes de rang supérieur et celles de rang inférieur. La question se pose des conséquences lorsqu'une interprétation conforme n'est pas possible et que le conflit ne peut ainsi être évité.

L'art. 190 Cst. prévoit une obligation pour le Tribunal fédéral et toutes les autorités d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Les lois fédérales

tions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, FF 2010 2067, p. 2108; WYTTEBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 25.

106 ATF 134 I 105, JdT 2009 I p. 252 (trad.), c. 6; 128 IV 201, JdT 2005 IV p. 252 (trad.), c. 1.2; CONSEIL FÉDÉRAL (note 105), p. 2108; WYTTEBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 25.

107 CONSEIL FÉDÉRAL (note 105), p. 2108.

108 CONSEIL FÉDÉRAL (note 105), p. 2108.

109 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 893. Cf. ég. ATF 137 I 305, JdT 2012 I p. 47 (trad.), c. 3.2; SCHLÄPPI/DUBOIS (note 85), p. 614.

110 ATF 145 I 308, c. 3.4.4 (n.l.); CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 893.

111 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CEDEF (note 88), p. 893; WYTTEBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 26.

112 ATF 137 I 305, JdT 2012 I p. 47 (trad.), c. 6.5; TAF, F-4884/2017, 19.11.2019, c. 7.4.3.2; WYTTEBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 27.

sont donc immunisées, dans la mesure où on ne peut en refuser l'application (*Anwendungsgebot*), même si elles violent les droits fondamentaux¹¹³.

De manière générale, l'ordre juridique suisse est fondé sur le principe de la primauté du droit international sur le droit interne, en vertu de de l'art. 5 al. 4 Cst. Toutefois, ce principe a été nuancé, notamment par la pratique du Tribunal fédéral. En effet, notre Haute Cour a admis à titre d'exception, dans sa jurisprudence Schubert, qu'une loi fédérale prime sur un traité international lorsqu'elle est postérieure à ce dernier et que le législateur l'a adoptée en dérogeant consciemment et volontairement au traité concerné¹¹⁴. Cette exception a par la suite été nuancée par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence PKK¹¹⁵. Selon cette dernière, le législateur ne peut pas déroger à un traité international lorsque celui-ci protège des droits fondamentaux¹¹⁶.

A ce jour, il n'existe aucune décision du Tribunal fédéral tranchant un conflit entre la CEDEF ou la CDE et une législation fédérale¹¹⁷. Si on applique par analogie le raisonnement du Tribunal fédéral quant à la CEDH, les deux conventions devraient se voir reconnaître la primauté, en tout cas pour leurs droits d'application directe¹¹⁸. Cette question, encore laissée ouverte par le Tribunal fédéral, est d'importance. En effet, si le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales n'est pas possible, il n'en est pas de même du contrôle de conventionnalité de ces mêmes lois¹¹⁹. Lorsque ce dernier révèle une violation d'un droit fondamental garanti par un traité, par exemple la CEDH pour laquelle ce principe est bien établi, le Tribunal fédéral doit en refuser l'application¹²⁰.

113 DUBÉY (note 100), N 926.

114 ATF 99 Ib 39 (n.t.), c. 3 s.

115 ATF 125 II 417, SJ 2000 I p. 202.

116 ATF 125 II 417, SJ 2000 I p. 202, c. 4d. Cf. ég. ATF 128 III 113, JdT 2002 I p. 443 (trad.), c. 3; 128 IV 201, JdT 2005 IV p. 57 (trad.), c. 1.3; DUBÉY (note 100), N 943. Une exception qui a été élargie par la suite aux accords bilatéraux (cf. ATF 133 V 367, RDAF 2008 I p. 426, c. 11.4 ss; 141 II 436, RDAF 2016 II p. 374, c. 4.1).

117 Pour la CEDEF: WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 30.

118 ATF 125 II 417, SJ 2000 I p. 202; 128 III 113, JdT 2002 I p. 443 (trad.), c. 3; WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 30.

119 WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 30.

120 ATF 125 II 417, SJ 2000 I p. 202; 128 III 113, JdT 2002 I p. 443 (trad.), c. 3; DUBÉY (note 78), N 946; WYTENBACH/SCHLÄPPI (note 40), N 30.

C. Les apports de la CEDEF

I. Les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CEDEF

Il est essentiel de comprendre les spécificités des garanties d'égalité et d'interdiction de la discrimination en vertu de la CEDEF pour saisir toute la portée des obligations de la Suisse dans la mise en œuvre de ces garanties dans le domaine du droit de la famille.

1. *Les caractéristiques de la protection contre les discriminations en vertu de la CEDEF*

L'art. 1 CEDEF contient la définition de la notion de «discrimination à l'égard des femmes» telle qu'elle figure dans le titre de la Convention:

«Aux fins de la présente Convention, l'expression [discrimination à l'égard des femmes] vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine.»

Comme cette formulation le précise, la spécificité de la protection de la CEDEF contre les discriminations réside dans son caractère asymétrique¹²¹: l'interdiction de la discrimination à l'égard des femmes, inscrite à l'art. 1 CEDEF, ne protège en principe explicitement que les femmes (et les filles)¹²². Le Comité explique cette orientation comme suit:

«La Convention va au-delà de la notion de discrimination évoquée dans de nombreux textes normatifs nationaux et internationaux. Alors que ceux-ci interdisent la discrimination fondée sur le sexe et protègent tant les hommes que les femmes contre tout traitement fondé sur des distinctions arbitraires, injustes et/ou injustifiables, la Convention vise essentiellement la discrimination à l'égard des femmes, soulignant qu'elles ont souffert et continuent de souffrir de diverses formes de discrimination simplement à cause de leur sexe¹²³.»

121 ELÉONOR KLEBER, article 1 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 24; ERIKA SCHLÄPPI/RETO LOCHER, Allgemeine Kommentierung von Art. 1, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 32.

122 KLEBER (note 121), N 25.

123 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 5.

Malgré son caractère asymétrique, le Comité CEDEF reconnaît qu'une amélioration de la condition féminine peut seulement être atteinte en luttant également contre les stéréotypes visant les garçons et les hommes. Il se prononce par exemple en faveur de politiques publiques encourageant les jeunes hommes à choisir des professions «typiquement féminines»¹²⁴ et incitant les pères à une parentalité active¹²⁵.

La protection contre les discriminations en vertu de la CEDEF est en outre de caractère indépendant et non-accessoire, comme celle de l'art. 26 Pacte II de l'ONU. Ainsi, l'interdiction de la discrimination se réfère également à la législation dans des domaines qui ne sont pas explicitement mentionnés par la Convention¹²⁶.

2. *L'interprétation de la notion de «discrimination à l'égard des femmes» et sa critique*

L'interprétation de la notion de «discrimination à l'égard des femmes» ancrée à l'art. 1 CEDEF et sous-tendant la Convention a évolué dans le temps. En 2010, dans sa Recommandation générale n° 28, le Comité CEDEF élargit la notion en distinguant discrimination fondée sur le sexe et discrimination fondée sur le genre¹²⁷:

«Bien que la Convention ne vise que la discrimination fondée sur le sexe, la lecture de l'article premier en parallèle avec les articles 2 f) et 5 a) montre qu'elle se rapporte également à la discrimination à l'égard des femmes fondée sur le genre. Le mot [sexe] s'entend ici des différences biologiques entre l'homme et la femme. Le mot [genre] renvoie à l'identité, aux attributs et au rôle de la femme et de l'homme, tels qu'ils sont définis par la société, et à la signification sociale et culturelle que la société donne aux différences biologiques, ce qui engendre des rapports hiérarchiques entre femmes et hommes et se traduit par une répartition du pouvoir et des droits favorable aux hommes et désavantageux pour les femmes.»

A première vue réceptive aux théories de la discrimination développées par les études genre en droit, cette argumentation du Comité CEDEF souffre cepen-

124 CEDEF, Obs. fin. Allemagne, n° 7-8/2017 (Doc. NU CEDAW/C/DEU/CO/7-8), par. 34.a; Obs. fin. Barbades, n° 5-8/2017 (Doc. NU CEDAW/C/BRB/CO/5-8), par. 32 (c); Obs. fin. Biélorussie, n° 8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BLR/CO/8), par. 31.e.

125 CEDEF, Obs. fin. Arménie, n° 5-6/2016 (Doc. NU CEDAW/ARM/CO/5-6), par. 25.c; Obs. fin. République Tchèque, n° 6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CZE/CO/6), par. 17. Pour plus d'exemples, cf. MICHELLE COTTIER, article 5 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hotte-lier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 25.

126 KLEBER (note 121), N 19; ERIKA SCHLÄPPI/JUDITH WYTTENBACH/SILVIA ULRICH, Teil 1: Das Übereinkommen, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wytttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 33.

127 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), par. 5.

dant de limitations. En évoquant la «signification sociale et culturelle que la société donne aux différences biologiques», le Comité maintient en effet l'idée d'une distinction claire entre corps féminins et corps masculins¹²⁸. Les études genre permettent de penser la relation entre «sexe» et «genre» différemment: en admettant que le genre est un processus social de partition (hommes/femmes) et de hiérarchisation (positionnant les hommes au-dessus des femmes, l'hétérosexualité au-dessus de l'homosexualité), le sexe, c'est-à-dire les «différences biologiques», apparaissent tout comme le genre comme une construction sociale¹²⁹. Plus encore, les études genre démontrent que c'est précisément la naturalisation de la dualité qui rend possible la persistance des discriminations fondées sur le genre¹³⁰. C'est l'idée d'une différence sexuelle immuable et naturelle qui est non seulement à la base des hiérarchies entre hommes et femmes, mais également des discriminations à l'encontre des personnes de toute identité de genre, orientation sexuelle et expression de genre qui ne se conforment pas aux normes de la binarité homme-femme, de la masculinité et féminité «standard» et de l'hétérosexualité¹³¹.

La pratique du Comité CEDEF s'est considérablement développée depuis ses remarques théoriques sur l'interprétation des termes de sexe et de genre dans le cadre de sa Recommandation générale n° 28 de 2010, mais le bilan reste mitigé. Dans ses observations finales, le Comité critique les préjugés à l'égard des personnes LGBTI. Ces préjugés sont implicitement considérés comme étant une cause profonde des violences à leur encontre¹³². Le Comité dénonce en outre la pratique de la stérilisation forcée des personnes transgenres¹³³ ainsi que les interventions chirurgicales sur les enfants intersexués destinées à corri-

128 LUCY CHEBOUT, *Queering International Law. Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Dimensionen von Geschlecht*, in: Ulrike Lembke (éd.), *Menschenrechte und Geschlecht*, Baden-Baden 2014, p. 132 ss; DIANNE OTTO, *International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism*, in: Margaret Davies/Vanessa E. Munro (éd.), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Ashgate, Farnham, 2013, p. 197.

129 ÉLÉONORE LÉPINARD/MARYLÈNE LIEBER, *Les théories en études du genre*, Paris 2020, p. 15.

130 LOUISE LANGEVIN, *Couvrez ce genre que le droit ne saurait voir. La difficile circulation du concept féministe de genre dans la langue juridique*, *Canadian Journal of Women and the Law* 2016, p. 469 ss; DARREN ROSENBLUM, *Unsex CEDAW, or What's wrong with Women's Rights*, *Columbia Journal of Gender and Law* 2011, p. 98 ss, p. 104.

131 OTTO (note 128).

132 Par exemple CEDEF, Obs. fin. Biélorussie, no 8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BLR/CO/8), par. 46: «[I]e Comité est préoccupé par la généralisation dans la société, et dans la police notamment, de la discrimination, de la stigmatisation et de la violence dont sont victimes les lesbiennes, bisexuelles et personnes transgenres», voir également CEDEF, Obs. fin. Pays-Bas, no 6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/NLD/CO/6), par. 23.f; Obs. fin. Estonie, no 5-6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/EST/CO/5-6), par. 36.c; Obs. fin. Turquie, no 7/2016 (Doc. NU CEDAW/C/TUR/CO/7), par. 32.f.

133 CEDEF, Obs. fin. Suisse, no 4-5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4-5), par. 38.d.; Obs. fin. Slovaquie, no 5-6/2015 (Doc. NU CEDAW/C/SVK/CO/5-6), par. 37.c; Obs. fin. Belgique, no 7/2014 (Doc. NU CEDAW/C/BEL/CO/7), par. 45; Obs. fin. Finlande, no 7/2014 (Doc. NU CEDAW/C/FIN/CO/7), par. 29.b.

ger des «anomalies» des organes génitaux¹³⁴. Le Comité CEDEF demande également la reconnaissance «des modèles familiaux non-traditionnels autres que le mariage, notamment les unions homosexuelles et les unions libres»¹³⁵. Mais en même temps, le Comité CEDEF est plus réticent que d'autres organes onusiens de protection des droits humains à l'égard de la reconnaissance des droits SOGIESC («*sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics*»)¹³⁶. Plus important encore, il continue à traiter les discriminations basées sur l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles en tant que discriminations séparées de la discrimination de sexe/genre, au lieu de les considérer comme une possible expression de cette discrimination¹³⁷. C'est pourquoi le Comité traite les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité ou l'expression de genre comme un problème de discrimination intersectionnelle, en considérant les «femmes lesbiennes, bisexuelles, transgenres ou intersexuées» comme sous-groupes de femmes¹³⁸.

Le Comité CEDEF reconnaît en effet explicitement des discriminations multiples ou intersectionnelles¹³⁹. Dans sa Recommandation générale n° 18 de 1991 sur les femmes handicapées, il se montre préoccupé par la situation des femmes handicapées et des femmes âgées, qui souffrent d'une double discrimination en raison de leur sexe et de leurs conditions de vie particulières¹⁴⁰. La Recommandation générale n° 27 de 2010 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'êtres humains recommande aux États parties de tenir compte de la nature pluridimensionnelle de la discrimination à l'égard des femmes et de s'assurer que le principe d'égalité entre les sexes s'applique tout au long du cycle de vie des femmes, dans la loi comme dans la pratique¹⁴¹.

Dans une perspective plus générale, le Comité souligne dans sa Recommandation générale n° 28 de 2010 relative à l'art. 2 CEDEF, l'importance de s'intéresser aux liens entre la discrimination fondée sur le sexe ou le genre et d'autres

134 CEDEF, Obs. fin. Pays-Bas, no 6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/NLD/CO/6), par. 21.e; Obs. fin. France, no 7-8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/FRA/CO/7-8), par. 18.f.

135 CEDEF, Obs. fin. Lituanie, n° 6/2019 (Doc. NU CEDAW/C/LTU/CO/6), par. 45.a. Cf. également *infra* II.3.b.

136 ILGA/KSENIYA KIRICHENKO, United Nations Treaty Bodies: References to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics, Genève, 2017. Voir cependant la reconnaissance de ces discriminations par le Comité CDE, *infra* D.1.1.

137 Cf. pour la critique DIANNE OTTO, Queering Gender [Identity] in International Law, *Nordic Journal of Human Rights* 2015, p. 299-318.

138 Par exemple CEDEF, Obs. fin. Guatemala, n° 8-9/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GTM/CO/8-9), par. 11.a; Obs. fin. Estonie, no 5-6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/EST/CO/5-6), par. 29.i.

139 Cf. ELEONOR KLEBER, La discrimination multiple. Etude de droit international, suisse et européen, Genève 2015, p. 91 ss; LORENA SOSA, Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence Against Women. At the Centre Or the Margins?, Cambridge 2017, p. 61 ss.

140 Rec. gén. n° 18/1991 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. II)).

141 Rec. gén. n° 27/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/27).

facteurs de discrimination. Il utilise le terme de «formes superposées de discriminations»:

«Le fait que les phénomènes de discrimination se recoupent est fondamental pour l'analyse de la portée des obligations générales que fixe l'article 2. La discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles. Elle peut frapper des femmes appartenant à ces groupes à des degrés différents ou autrement que les hommes. Les États parties doivent prévoir légalement ces formes superposées de discrimination et l'effet cumulé de leurs conséquences négatives pour les intéressés, et ils doivent les interdire. Il leur faut également adopter et mettre en place des politiques et des programmes visant à éliminer ces formes de discrimination, et prendre s'il y a lieu des mesures temporaires spéciales conformément au paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention et à la Recommandation générale no 25¹⁴².»

Ce passage témoigne de la prise de conscience au niveau de la protection internationale des droits humains de l'importance d'une analyse intersectionnelle des discriminations. Le *concept de l'intersectionnalité* a été développé par Kimberlé Crenshaw¹⁴³ en 1989 afin de critiquer la jurisprudence de l'époque aux États-Unis, qui concevait la discrimination de la femme noire en tant que discrimination se basant soit sur le sexe, soit sur la race, ne parvenant pas à saisir de manière adéquate l'expérience spécifique à l'intersection de ces deux catégories de discrimination¹⁴⁴. Le concept de l'intersectionnalité permet d'éviter un modèle qui considère que les différentes catégories de discrimination sont exclusives ou s'ajoutent simplement l'une à l'autre. Il s'agit au contraire de reconnaître que l'intersection de différentes catégories de discrimination peut créer une nouvelle situation de désavantage non réductible à chaque discrimination prise isolément¹⁴⁵.

3. *Les obligations des États parties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations dans le contexte de la CEDEF*

Malgré les limitations que nous venons d'évoquer, le Comité CEDEF a considérablement enrichi l'interprétation de la Convention, au vu des développements juridiques et théoriques en matière d'égalité et de protection contre les

142 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), par. 18.

143 KIMBERLÉ CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum 1989/1, p. 139–167; KIMBERLÉ CRENSHAW, *Les «voyages de l'intersectionnalité»*, in: Farinaz Fassa/Eléonore Lépinard/Marta Roca i Escoda (éd.), *L'intersectionnalité: Enjeux théoriques et politiques*, Paris, 2016, p. 29 ss.

144 FARINAZ FASSA/ELÉONORE LÉPINARD/MARTA ROCA I ESCODA, *L'intersectionnalité: pour une pensée contre-hégémonique* in: Farinaz Fassa/Eléonore Lépinard/Marta Roca i Escoda (éd.), *L'intersectionnalité: Enjeux théoriques et politiques*, Paris, 2016, p. 7 ss.

145 KLEBER (note 139), p. 559; SOSA (note 139), p. 250.

discriminations. Le texte de la Convention peut en effet être compris comme un «living instrument», un instrument dynamique, évoluant avec son temps¹⁴⁶.

Le Comité CEDEF formule, dans sa Recommandation générale n° 25, un concept innovant de l'égalité et de l'interdiction de la discrimination, qui constitue selon le Comité le cadre interprétatif général de l'ensemble des articles de fond de la Convention.¹⁴⁷ Le Comité se base sur les art. 1 à 5 et 24 CEDEF et distingue trois types différents d'obligations des États parties, qui correspondent à trois concepts différents d'égalité¹⁴⁸.

La première obligation des États parties correspond à la *lutte contre les discriminations directes ainsi que les discriminations indirectes*¹⁴⁹. Dans sa Recommandation générale n° 28 le Comité précise ces notions:

«La discrimination directe s'entend d'un traitement différent explicitement fondé sur le sexe et les particularités sociales liées au sexe. La discrimination indirecte se produit quand une loi, une politique, un programme ou une pratique semble neutre du point de vue des rapports hommes-femmes mais a en pratique un effet discriminatoire pour les femmes parce que la mesure en apparence neutre ne prend pas en compte les inégalités préexistantes. Cette discrimination indirecte peut de surcroît exacerber les inégalités existantes en question s'il n'est pas tenu compte des modes de discrimination structurels et historiques ni de l'inégalité des rapports de pouvoir entre femmes et hommes¹⁵⁰.»

L'interdiction des *discriminations directes* vise l'*égalité formelle* et demande un traitement semblable de ce qui est semblable¹⁵¹. Dans le contexte de la CEDEF, une discrimination directe se définit par un traitement défavorable des femmes ou filles sur la base du critère du sexe, non justifié par des circonstances objectives et raisonnables¹⁵². A titre d'*exemples* de discriminations directes peuvent être mentionnées les pratiques consistant à exiger des candidates à un emploi qu'elles se soumettent à un test de grossesse¹⁵³, ou un régime successoral qui empêche les femmes d'hériter de tout bien à la mort de leur mari¹⁵⁴. Une discrimination multiple ou intersectionnelle peut également être directe,

146 CEDEF, Rec. gén. no 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), par. 2.

147 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 6.

148 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 7.

149 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 7.

150 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), par. 16.

151 KLEBER (note 121), N 8.

152 Cf. SCHLÄPPI/LOCHER (note 121), N 21; DANIEL MOECKLI, Equality and Non-Discrimination, in: Daniel Moeckli/Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (éd.), International Human Rights Law, 3e édition, Oxford 2017, p. 148, p. 155 s.

153 Cf. KARINE LEMPEN, article 11 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 31.

154 Cf. CEDEF, E.-S. et S.-C. c. Tanzanie, n° 48/2013(2015) (Doc. NU CEDAW/C/60/D/48/2013), par. 7.6; CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38), par. 35.

comme les discriminations des femmes autochtones que le Comité CEDEF a constaté dans son rapport d'enquête concernant le *Canada*¹⁵⁵.

L'interdiction de la discrimination indirecte est l'expression d'une conception de l'*égalité matérielle* (*substantielle, effective*), comme elle vise à dépasser les inégalités qui persistent dans les faits. Une *discrimination indirecte* intervient quand l'application d'une norme qui est d'apparence neutre a pour effet de toucher les femmes d'une manière disproportionnée et négative¹⁵⁶. A titre d'*exemples* de discriminations indirectes peuvent être mentionnés les régimes de sécurité sociale subordonnant l'octroi de prestations au versement de cotisations liées à une activité lucrative¹⁵⁷ ou l'interdiction du port de vêtements religieux dans les lieux publics, qui d'apparence neutre a dans les faits un impact désavantageux sur les femmes musulmanes en particulier¹⁵⁸. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une discrimination intersectionnelle indirecte.

La deuxième obligation correspond à l'amélioration de la condition féminine de fait par des politiques et des programmes concrets¹⁵⁹. Cette obligation vise, comme l'interdiction de la discrimination indirecte, l'*égalité matérielle*¹⁶⁰. Parmi les *exemples* de politiques et programmes concrets figurent les mesures temporaires spéciales telles que les quotas, visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes (art. 4 par. 1 CEDEF)¹⁶¹.

La troisième obligation vise la transformation de la société et repose ainsi sur une *conception transformative de l'égalité de genre*. Selon le Comité CEDEF:

«[L]a troisième [obligation est] d'aménager les relations qui prédominent entre les sexes et de lutter contre la persistance des stéréotypes fondés sur le sexe qui sont préjudiciables aux femmes et dont les effets se manifestent non seulement au niveau des

155 CEDEF, Rapport d'enquête concernant le Canada en vertu de l'article 8 du Protocole facultatif de la Convention (Doc. NU CEDAW/C/OP.8/CAN/1), par. 219.

156 REBECCA J. COOK/VERÓNICA ÚNDURRAGA, Article 12 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary*, Oxford 2012, p. 326.

157 Cf. LEMPEN (note 153), N 75.

158 FAREDA BANDA, Article 10 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary*, Oxford 2012, p. 253 ss, p. 273; BARBARA WILSON/LOUISE PATRY, article 10 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, N 11.

159 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 7.

160 FRANCES RADAY, Article 4 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary*, Oxford 2012, p. 123 ss, p. 126.

161 MAYA HERTIG RANDALL, article 4 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, N 25; REGULA KÄGI-DIENER, *Allgemeine Kommentierung von Art. 4*, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wytttenbach (éd.), *CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne 2015, N 3, 12.

comportements individuels mais également dans la législation, les structures juridiques et sociales et les institutions¹⁶².»

La conception transformative aborde les dynamiques d'inégalité au niveau sociétal et culturel et envisage leur abolition par des mesures structurelles¹⁶³. La Convention poursuit ainsi le but d'une transformation sociétale, permettant, selon l'interprétation que nous avons proposée ailleurs¹⁶⁴, à tout être humain d'exercer ses droits fondamentaux sans rencontrer des obstacles créés par les stéréotypes de genre. Dans ce sens, la Convention, et notamment son art. 5 let. a, oblige les États parties à prendre des mesures adaptées aux différents domaines des droits humains et libertés fondamentales spécifiques, tels que l'éducation (art. 10), la santé (art. 12) et notamment la famille (art. 16)¹⁶⁵.

Le niveau structurel de l'égalité de genre est également visé par les Objectifs de développement durable (ODD) et notamment l'objectif 5 «Parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles»¹⁶⁶. Plus récemment, le Comité CEDEF a commencé à interroger les États parties sur leur action en la matière¹⁶⁷. Les listes de points et de questions du Comité adressées aux États parties en vue de l'établissement de leurs rapports périodiques englobent des questions y relatives¹⁶⁸ et les observations finales contiennent dorénavant la formulation suivante:

«Le Comité se félicite du soutien apporté par la communauté internationale aux objectifs de développement durable et appelle au respect de l'égalité des genres en droit et en fait, conformément aux dispositions de la Convention, dans tous les aspects de la mise en œuvre du Programme de développement durable à l'horizon 2030. Il souligne l'importance de l'objectif 5 et de la prise en compte systématique des principes d'égalité et de non-discrimination dans la réalisation des 17 objectifs. Il encourage vivement l'État partie à prendre acte du rôle moteur des femmes dans le développement durable du pays et à adopter des politiques et des stratégies en ce sens¹⁶⁹.»

162 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (reproduite in: Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), par. 7. Cf.

ég. JUDITH WYTENBACH, *Allgemeine Kommentierung von Art. 5*, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wytenbach (éd.), *CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne 2015, N 10.

163 KARINE LEMPEN, *Droit*, in: Catherine Achin/Laure Bereni (éd.), *Dictionnaire genre & science politique*, Paris 2013, p. 190 ss, p. 202.

164 Cf. COTTIER (note 125), N 28.

165 REBECCA COOK/SIMONE CUSACK, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, 2011, p. 75.

166 <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>>.

167 Cf. PATRICIA SCHULZ, article 20 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, N 23.

168 Cf. par exemple CEDEF, Liste de points et de questions établie avant la soumission du huitième rapport périodique de la Grèce (Doc. NU CEDAW/C/GRC/QPR/8), par. 24.

169 Cf. par exemple CEDEF, Obs. fin. Lettonie, n° 4–7/2021 (Doc. NU CEDAW/C/LVA/CO/4–7), par. 7.

II. La concrétisation en matière de droit de la famille

La CEDEF ainsi que la pratique et la doctrine y relatives concrétisent les garanties en matière d'égalité et de non-discrimination pour le droit de la famille. Il s'agit de présenter un aperçu des dispositions topiques de la Convention en matière de droit de la famille (1.) pour ensuite approfondir l'interprétation des art. 5 (2.) et 16 CEDEF (3.), dispositions visant spécifiquement ce domaine du droit.

1. Un aperçu des dispositions topiques de la Convention

Le préambule ainsi que différentes dispositions de la CEDEF se réfèrent directement au droit de la famille et permettent une concrétisation des principes de l'égalité et de la non-discrimination pour ce domaine du droit.

Le 13^e paragraphe du préambule témoigne du fait que la CEDEF vise à éliminer non seulement les discriminations dans la relation entre l'individu et l'État mais également les violations des droits des femmes qui interviennent dans la sphère privée¹⁷⁰. Le 14^e paragraphe souligne que les rôles traditionnels attribués aux hommes et aux femmes dans la famille font partie des causes principales des discriminations sur la base du sexe et du genre¹⁷¹.

L'art. 1 CEDEF, contenant la définition de la notion de discrimination à l'égard des femmes sous-tendant la Convention, fait référence à l'état matrimonial comme critère de discrimination, ce qui est unique dans les traités internationaux et régionaux de protection des droits humains¹⁷².

L'art. 5 CEDEF traite de problématiques centrales pour le droit de la famille: les stéréotypes assignant des rôles spécifiques aux femmes et aux hommes dans la famille, et la répartition inégalitaire des responsabilités liées à la parentalité. La portée de cette disposition sera en conséquence approfondie plus en détail *infra*¹⁷³.

L'art. 9 CEDEF demande aux États d'accorder aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne leur nationalité et celle de leurs enfants. Les États parties doivent notamment garantir que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage, ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari (art. 9 par. 1 CEDEF).

170 MARC VERDUSSEN/NOÉMIE CAMBIER, Préambule CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 43.

171 WYTTEBACH (note 162), N 9.

172 KLEBER (note 121), N 35 ss.

173 *Infra* 2.

L'art. 11 par. 2 let. c CEDEF a un lien étroit avec le droit de la famille dans la mesure où il vise la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité dans le contexte du travail et demande aux États parties d'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants.

L'art. 14 CEDEF oblige les États parties à tenir compte des problèmes particuliers qui se posent aux femmes dans les zones rurales. Dans le contexte du droit de la famille, l'art. 14 par. 2 let. g CEDEF est particulièrement important dans la mesure où il garantit l'égalité de traitement des femmes en relation avec l'accès aux terres. Des règles discriminatoires concernant la division des biens au moment du divorce peuvent avoir pour effet d'exclure les femmes de l'accès aux terres¹⁷⁴.

L'art. 15 par. 1 CEDEF oblige les États parties à reconnaître à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi. Le but de ce paragraphe est de supprimer tout biais de genre dans l'ensemble du système juridique, et en particulier dans le domaine du droit de la famille¹⁷⁵. Selon l'art. 15 par. 2 CEDEF les États parties doivent accorder aux femmes le même traitement à tous les stades de la procédure judiciaire, garantissant ainsi l'égalité en matière d'accès à la justice, y compris la justice en matière de droit de la famille¹⁷⁶.

L'art. 16 CEDEF est finalement, après l'art. 5 CEDEF, la deuxième disposition centrale relative au droit de la famille, raison pour laquelle nous la traitons également dans un sous-chapitre spécial en ce qui suit (*infra* 3).

2. L'art. 5 CEDEF en particulier

L'art. 5 let. a CEDEF oblige les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de

174 CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38), par. 28; FAREDA BANDA, Article 14 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary*, Oxford 2012, p. 374 s.; MARTINA CARONI/FANNY DE WECK/NICOLE SCHEIBER, Umsetzung von Art. 14 in der Schweiz, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), *CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau*, Berne 2015, N 19 ss.

175 SAVITRI W. E. GOONESEKERE, Article 15 CEDAW, in: Marsha A. Freeman/Christine Chinkin/Beate Rudolf (éd.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women. A Commentary*, Oxford 2012, p. 387 ss, p. 393; SANDRINE ROHMER, article 15 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, N 33.

176 Voir également CEDEF, Rec. gén. n° 33/2015 (Doc. NU CEDAW/C/GC/33) sur l'accès des femmes à la justice, par. 45 s relatifs aux recommandations pour le droit de la famille.

l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes. La famille est un des domaines associés à des stéréotypes quant aux rôles des hommes et femmes. Dans la majorité des États parties, les femmes sont considérées comme les principales responsables de la famille et des soins familiaux non rémunérés¹⁷⁷. Dans sa pratique, le Comité explique la répartition inégalitaire des tâches familiales par la division genrée des sphères publiques et privées. Il renvoie aux dichotomies reproduction-production et privé-public, qui sont à la base de l'assignation de la sphère privée et de la reproduction aux femmes, et du domaine public et de la production aux hommes:

«Les sphères publique et privée de l'activité humaine ont toujours été considérées comme distinctes et ont été réglementées en conséquence. Invariablement, les femmes se sont vu assigner les tâches relevant du domaine privé ou familial, liées à la reproduction et à l'éducation des enfants et, dans toutes les sociétés, ces tâches ont été considérées comme inférieures. A l'inverse, les activités publiques, qui sont variées, respectées et honorées ne relèvent pas du domaine privé ou familial. Les hommes ont toujours dominé la vie publique et exercé le pouvoir afin de tenir les femmes à l'écart de la sphère publique et dans un état de subordination en les reléguant au domaine privé¹⁷⁸.»

La division genrée entre sphère publique et sphère privée a un impact négatif sur la participation des femmes à la vie publique et politique¹⁷⁹.

L'art. 5 let. b CEDEF est spécifiquement dédié à la répartition inégalitaire des responsabilités liées à la parentalité. L'idée de base de cette disposition est d'éliminer les stéréotypes liés à la maternité et de rendre responsables les deux parents des soins aux enfants et de leur éducation¹⁸⁰. L'art. 5 let. b CEDEF précise également que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant demande notamment qu'un décalage entre l'idéal de la répartition égalitaire et une pratique sociale persistante de répartition inégale des tâches liées à la parentalité ne mène pas à des désavantages pour l'enfant. Dans plusieurs observations finales, y compris celles concernant la Suisse, le Comité CEDEF se montre en effet préoccupé que la préférence pour la garde partagée en droit de la famille pourrait se traduire par une réduction des pensions alimentaires dues à l'enfant, sans un mécanisme

177 CEDEF, Obs. fin. Turquie, n° 7/2016 (Doc. NU CEDAW/C/TUR/CO/7), par. 28; Obs. fin. Islande, n° 7-8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/ISL/CO/7-8), par. 47.

178 CEDEF, Rec. gén. n° 23/1997 (reproduit in: Doc. NU A/52/38/Rev. 1), par. 8.

179 CEDEF, Obs. fin. Bhoutan, n° 8-9/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BTN/CO/8-9), par. 22; Obs. fin. Burundi, n° 5-6/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BDI/CO/5-6), par. 30; Obs. fin. Suisse, n° 4-5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4-5), par. 30.b; Obs. fin. Albanie, n° 4/2016 (Doc. NU CEDAW/C/ALB/CO/4), par. 41; Obs. fin. Vanuatu, n° 4-5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/VUT/CO/4-5), par. 18.

180 COTTIER (note 125), N 62.

apte à garantir que la garde partagée, c'est-à-dire la prise en charge de l'enfant par les deux parents de manière égalitaire, soit effectivement pratiquée¹⁸¹. L'intérêt supérieur de l'enfant est également invoqué par le Comité pour critiquer le fait que certains pays n'appliquent pas le principe consistant à accorder à des parents non mariés le même statut que celui des époux, les enfants nés de telles unions ne jouissant pas toujours des droits identiques aux enfants nés dans le mariage¹⁸². La même critique est énoncée par le Comité CDE sur la base de l'art. 2 CDE¹⁸³.

3. *L'art. 16 CEDEF en particulier*

L'art. 16 CEDEF vise plus particulièrement le droit de la famille et prévoit une obligation pour les États contractants de prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer toute discrimination dans les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux.

a. *Un texte conventionnel axé sur l'égalité formelle*

Une première lecture du texte de l'art. 16 par. 1 CEDEF permet de constater qu'il est principalement axé sur l'égalité formelle entre les femmes et les hommes dans tous les aspects du mariage et de la dissolution du mariage. L'art. 16 par. 2 vise l'abolition du mariage d'enfants:

Il s'agit de la disposition principale de la Convention dédiée au droit de la famille, dont la teneur est la suivante:

«1. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme:

- a) le même droit de contracter mariage;
- b) le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement;
- c) les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution;
- d) les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale;
- e) les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits;
- f) les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans

181 CEDEF, Obs. fin. Suisse, n° 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), par. 48; Obs. fin. Canada, n° 8–9/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CAN/CO/8–9), par. 52.

182 CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/47/38), par. 19.

183 Cf. *infra* D.II.2.

la législation nationale; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale;

- g) les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne le choix du nom de famille, d'une profession et d'une occupation;
- h) les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

2. Les fiançailles et les mariages d'enfants n'ont pas d'effets juridiques et toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, sont prises afin de fixer un âge minimal pour le mariage et de rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel.»

b. Le développement d'une approche orientée vers l'égalité matérielle et transformative par le Comité

Dans sa pratique, le Comité CEDEF a considérablement développé l'interprétation de la Convention en matière de droit de la famille en ajoutant à l'égalité formelle et à l'accent sur l'abolition de toute discrimination directe, explicitement visés par l'art. 16 CEDEF, une approche orientée vers l'égalité matérielle et transformative, en cohérence avec le cadre interprétatif général de la Convention¹⁸⁴. Il a aussi élargi sa notion de «famille» vers des formes non-traditionnelles.

Deux recommandations générales du Comité CEDEF précisent la portée de l'art. 16 CEDEF: la Recommandation générale n° 21 relative à l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux de 1994¹⁸⁵, et la Recommandation générale n° 29 sur l'art. 16 CEDEF, relative aux conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution de 2013¹⁸⁶.

En vue de notre analyse du droit suisse de la famille sous l'angle de la CEDEF, il est d'abord intéressant de relever le constat du Comité dans sa Recommandation générale n° 21 selon lequel, dans les États parties, l'union libre (hétérosexuelle) n'est en général pas du tout protégée par la loi. La législation devrait cependant, selon le Comité, assurer à la femme dans cette situation l'égalité avec l'homme, dans la famille et dans le partage des revenus et des biens¹⁸⁷. Dans la même logique, dans sa Recommandation générale n° 29, le Comité recommande aux États parties de «mettre en place un système *de jure* et *de facto* égalitaire, dans lequel les hommes et les femmes partagent à égalité les avantages et les coûts économiques du mariage et de l'union libre et supportent à parts égales les conséquences économiques de la dissolution de ceux-ci»¹⁸⁸. Les États sont en particulier vivement encouragés à garantir «la possibi-

184 Cf. *supra* C.1.3.

185 CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38).

186 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29).

187 CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38), par. 18.

188 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8, 9.

lité que l'une des parties paie certains montants après la séparation ou le divorce pour que les situations financières soient égalisées»¹⁸⁹.

En ce qui concerne les unions civiles (du type partenariat enregistré ou pacte civil de solidarité), le Comité demande aux États parties qui les prévoient dans leur législation de garantir l'égalité de droits, de responsabilités et de traitement aux deux conjoints dans les domaines économiques régis par la législation relative à ce type d'union¹⁹⁰.

L'approche du Comité CEDEF en matière d'unions de même sexe est en pleine évolution: dans sa Recommandation générale n° 29, le Comité constate d'abord que les États parties où les unions homosexuelles ne sont pas acceptées sur les plans juridique, social et culturel, sont nombreux. Néanmoins, là où ces unions sont reconnues, sous forme d'union libre, d'union civile ou de mariage, l'État partie est, selon le Comité, tenu de veiller à la protection des droits économiques des femmes ayant contracté des liens de ce type¹⁹¹. Dans ses observations finales plus récentes, le Comité semble cependant pousser ses recommandations plus loin, en demandant la reconnaissance «des modèles familiaux non-traditionnels autres que le mariage, notamment les unions homosexuelles et les unions libres»¹⁹² et en demandant d'harmoniser le traitement de toutes les femmes, y compris dans les unions de fait et les relations homosexuelles, en ce qui concerne la répartition des biens lors de la dissolution de leur union ou de la relation, et la reconnaissance de la paternité en cas de procréation médicalement assistée, ainsi que l'adoption des beaux-enfants, quel que soit leur état civil¹⁹³. Cependant, cette approche visant l'égalité de traitement des unions homosexuelles avec les unions hétérosexuelles est réservée aux pays du Nord global, ce qui montre sa limite dans la mesure où les inégalités les plus grandes se posent précisément pour les couples de femmes dans les pays où les unions entre personnes du même sexe ne sont pas reconnues, voire persécutées¹⁹⁴. Pour les pays du Sud global, le Comité CEDEF se montre préoccupé par le recours au droit coutumier pour régir le mariage et les relations familiales¹⁹⁵; il recommande d'adopter un droit de la famille qui vise à défendre l'égalité dans le mariage et les relations familiales, notamment en ce qui concerne la garde des en-

189 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/GC/29, par. 47.

190 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/GC/29, par. 29.

191 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/GC/29, par. 24.

192 CEDEF, Obs. fin. Lituanie, n° 6/2019 (Doc. NU CEDAW/LTU/CO/6), par. 45.a.

193 CEDEF, Obs. fin. Luxembourg, n° 6-7/2018 (Doc. NU CEDAW/LUX/CO/6-7), par. 52.a.

194 Cf. MATHIAS MÖSCHEL, La famille: «Unité fondamentale» de discriminations? in: Diane Roman (sous la dir.), La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes, Paris, 2014, p. 219 ss, p. 238. Il nous semble que la pratique du Comité a considérablement progressé depuis. Cf. également MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, article 16 CEDEF, in: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (éd.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, N 25 N 31.

195 CEDEF, Obs. fin. Kiribati, n° 1-3/2020 (Doc. NU CEDAW/KIR/CO/1-3), par. 31.a; Obs. fin. Zimbabwe, n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/ZWE/CO/6), par. 41.

fants et l'égalité des droits des femmes et des hommes en matière de propriété et d'héritage des terres et d'autres biens matrimoniaux¹⁹⁶, ou au moins de veiller à ce que les lois et pratiques coutumières soient conformes à la Convention¹⁹⁷.

Le Comité recommande finalement une approche large, englobant la politique familiale et les structures sociales en général, précisant que «du point de vue des conséquences économiques du mariage et de l'union libre, il faut, pour garantir l'égalité de fait, aborder des questions telles que la discrimination dans les domaines de l'éducation et de l'emploi, la possibilité de concilier contraintes professionnelles et contraintes familiales ainsi que les obstacles à l'émancipation économique des femmes que constituent les stéréotypes sexistes et les rôles dévolus à chacun des deux sexes»¹⁹⁸.

L'art. 16 CEDEF ne traite pas expressément de la protection contre la violence domestique, mais ce droit peut être déduit de son chapeau¹⁹⁹. Dans sa Recommandation générale n° 19, actualisée par la Recommandation n° 35 sur la violence sexiste à l'égard des femmes, le Comité CEDEF reconnaît explicitement que la violence à l'encontre des femmes, se produisant dans les sphères de l'interaction humaine publique ou privée, constitue une discrimination au sens de l'art. 1 CEDEF²⁰⁰. Dans ses observations finales, le Comité se montre notamment préoccupé par des informations indiquant que la recherche d'un arrangement équilibré pour la garde des enfants prime parfois sur l'intérêt supérieur de l'enfant, faisant potentiellement abstraction du problème de la violence domestique²⁰¹.

III. Les implications pour le droit de la famille suisse

Comme nous venons de le constater, l'interprétation de la CEDEF en matière de relations familiales a considérablement évolué. Quelles sont les implications pour le droit de la famille suisse? Est-ce que des adaptations au niveau législatif

196 CEDEF, Obs. fin. Kiribati, n° 1–3/2020 (Doc. NU CEDAW/C/KIR/CO/1–3), par. 32.a.; Obs. fin. Afghanistan, n° 3/2020 (Doc. NU CEDAW/C/AFG/CO/3), par. 35.b.

197 CEDEF, Obs. fin. Zimbabwe, n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/ZWE/CO/6), par. 42.c. Pour une discussion approfondie de la pratique du Comité CEDEF en matière de droit coutumier de la famille cf. MÖSCHEL (note 194), p. 241 ss; PAPAUX VAN DELDEN (note 194).

198 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8.

199 PAPAUX VAN DELDEN (note 194), N 25; MONIKA PFAFFINGER/DOMINO HOFSTETTER, Umsetzung von Art. 16 in der Schweiz, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 77; DAGMAR RICHTER, Allgemeine Kommentierung von Art. 16, in: Erika Schläppi/Silvia Ulrich/Judith Wyttenbach (éd.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Berne 2015, N 24.

200 CEDEF, Rec. gén. n° 19/1992 (reproduite in: Doc. NU A/47/38), par. 7; Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), par. 1, par. 20. Cf. ég. CEDEF, Rec. gén. n° 21/1994 (reproduite in: Doc. NU A/49/38), par. 40.

201 CEDEF, Obs. fin. Liechtenstein, n° 5/2018 (Doc. NU CEDAW/C/LIE/CO/5/Rev.1), par. 41.

sont nécessaires? *Quid* d'une interprétation du droit suisse conforme au droit international dans le cadre de la pratique des tribunaux et autorités²⁰²?

Nous nous intéresserons en ce qui suit d'abord aux points et questions que le Comité CEDEF a adressés à la Suisse en novembre 2019 en relation avec le droit de la famille avant la soumission de son sixième rapport périodique, ainsi qu'aux réponses données par la Confédération (1.), pour ensuite proposer notre analyse des implications pour le droit de la famille, dans une perspective plus large, des différentes composantes du principe de l'égalité et de la protection contre les discriminations telles qu'elles découlent de l'interprétation actuelle de la CEDEF (2.).

1. *Les questions du Comité CEDEF relatives au droit de la famille et les réponses de la Confédération*

En novembre 2019, le Comité CEDEF a adressé à la Suisse une liste de points et de questions (*list of issues prior to reporting*, LOIPR)²⁰³, en conformité avec la procédure simplifiée de présentation des rapports²⁰⁴. Sur cette base, la Suisse a présenté son sixième rapport périodique²⁰⁵.

Le droit de la famille est visé principalement par les questions du par. 24 LOIPR²⁰⁶:

«Donner des renseignements sur les mesures prises en vue: a) de remédier aux disparités économiques entre femmes et hommes après un divorce ou une séparation; b) de fixer un niveau plancher pour les pensions alimentaires; c) d'assurer le suivi de la mise en œuvre sur le terrain des dispositions relatives à la garde partagée; d) de veiller à ce que les rapports familiaux non traditionnels, y compris les unions de fait et les unions homosexuelles, soient pleinement reconnues en droit, conformément aux recommandations générales du Comité n° 21 (1994) sur l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux et n° 29 (2013) sur les conséquences économiques du mariage et des liens familiaux et de leur dissolution.»

202 Cf. *supra* B. III.

203 CEDEF, LOIPR Suisse, n° 6/2019 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/QPR/6).

204 Cf. *supra* B. II. 3.

205 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6).

206 Outre ces questions plus spécifiques du par. 24 LOIPR, les questions et réponses suivantes touchent à des questions en lien avec le droit de la famille: par. 5, 12 et 13 (Accès à la justice/ Violence à l'égard des femmes fondée sur le genre: amélioration de l'accès à la justice en ce qui concerne la protection contre la violence, les menaces et le harcèlement selon l'article 28b CC), 11 (Pratiques préjudiciables: mesures pour combattre les mutilations génitales féminines), 19 (Santé: débureaucratisation du changement de sexe et de prénom dans le registre de l'état civil), et 20 (Avantages économiques et sociaux: nouvelle ordonnance sur l'aide au recouvrement des créances d'entretien du droit de la famille (OAiR)), Annexe 2 (Informations complémentaires en lien avec la pandémie de COVID-19: tâches supplémentaires liées à l'enseignement scolaire à domicile et à la réduction des possibilités portées prioritairement par les femmes; violences domestiques pendant le confinement). Elles ne seront pas approfondies dans le cadre de cette contribution.

Dans sa réponse officielle, le Conseil fédéral explique d'abord les raisons pour lesquelles plusieurs des recommandations précédentes du Comité CEDEF en matière de droit de la famille n'ont pas été suivies. Le Conseil fédéral fait (implicitement) référence aux observations finales du Comité CEDEF du 25 novembre 2016 sur les quatrième et cinquième rapports périodiques combinés de la Suisse, qui déplorait le fait que la révision du droit de l'entretien de l'enfant n'ait pas introduit le principe du partage du déficit au niveau fédéral et n'ait pas fixé dans le Code civil une contribution d'entretien minimale pour chaque enfant, pour remédier au problème des disparités économiques entre les sexes après le divorce²⁰⁷. Le gouvernement suisse retient à cet égard qu'il s'agit d'un problème qui ne peut pas être résolu par le droit civil fédéral uniquement et que le droit de l'assistance publique est du ressort des cantons²⁰⁸. En matière d'harmonisation des règles relatives aux avances sur contributions d'entretien, le Conseil fédéral mentionne l'initiative parlementaire Piller Carrard 19.459 à laquelle la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a cependant décidé de ne pas donner suite entretemps²⁰⁹. Le Conseil fédéral considère en outre que depuis l'entrée en vigueur de la révision du droit de l'entretien de l'enfant, les enfants de parents non mariés sont placés à égalité avec les enfants de parents mariés en matière d'entretien²¹⁰.

S'agissant de la garde alternée, le Conseil fédéral se dit dans l'impossibilité de mesurer les effets des nouvelles dispositions du Code civil en l'absence de données statistiques²¹¹. Dans ses observations finales de 2016 relatives aux quatrième et cinquième rapports de la Suisse, le Comité CEDEF s'était en effet montré préoccupé «par le fait que la préférence pour la garde partagée pourraient se traduire par une réduction du nombre d'ordonnances de pension alimentaire pour enfant, sans un mécanisme pour garantir que la garde partagée est effectivement pratiquée et refléter la réalité de l'allocation de temps et de coûts entre les parents»²¹².

En ce qui concerne les rapports familiaux non-traditionnels, le Conseil fédéral retient que depuis le 1^{er} janvier 2018, les partenaires enregistrés et concubins peuvent adopter l'enfant de la personne avec laquelle ils sont en couple (art. 264c CC), supprimant une inégalité de traitement et sécurisant sur le plan juridique la relation entre l'enfant et le partenaire de son père ou de sa mère. Il concède cependant que l'adoption conjointe d'enfants tiers demeure interdite aux couples homosexuels, mais qu'elle pourrait néanmoins devenir admissible

207 CEDEF, Obs. fin. Suisse n° 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), par. 48.

208 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 181 s.

209 <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20190459>; CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 183.

210 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 185.

211 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 184.

212 CEDEF, Obs. fin. Suisse, n° 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), par. 48.

si le mariage était ouvert à tous les couples²¹³. Dans ce contexte, le rapport constate qu'un certain nombre de différences subsistent entre le mariage et le partenariat enregistré. En outre, en communiquant leur état civil, les partenaires enregistrés donnent des informations sur leur orientation sexuelle, ce qui peut être stigmatisant. L'ouverture du mariage à tous les couples pourrait selon le Conseil fédéral améliorer cette situation²¹⁴.

2. *La mise en œuvre de toutes les composantes du principe de l'égalité et de la protection contre les discriminations*

Le rapport suisse touche à une série de problèmes importants de mise en œuvre de la CEDEF dans le droit de la famille suisse, mais n'explique pas les discriminations au sens de la Convention qui persistent dans notre pays. Pour cette raison, nous proposons une analyse du droit de la famille en vigueur suivant la systématique des composantes du principe de l'égalité et de la protection contre les discriminations utilisées par le Comité CEDEF dans son cadre interprétatif général²¹⁵: l'égalité formelle, l'égalité matérielle et l'égalité transformative.

a. *L'égalité formelle*

L'égalité formelle telle qu'elle est visée par la CEDEF interdit un traitement défavorable des femmes sur la base du critère du sexe ou du genre, non justifié par des circonstances objectives et raisonnables²¹⁶. Les grandes réformes du droit de la famille suisse du XX^e siècle avaient en partie pour but d'abolir les discriminations directes à l'égard des femmes. La réalisation de l'égalité formelle entre femmes et hommes était notamment le premier objectif de la réforme du droit matrimonial entrée en vigueur en 1988²¹⁷. Cette réforme abandonnait les normes qui attribuaient des rôles différents au mari et à la femme telles que l'art. 160 CC-1912, qui donnait au mari le rôle de «chef de l'union conjugale», l'art. 161 CC-1912, selon lequel la femme «dirige le ménage» et l'art. 167 CC-1912, qui soumettait l'exercice d'une profession par la femme au «consentement exprès ou tacite du mari». Depuis la réforme de 1988, le droit matrimonial est formulé de manière épiciène, ne distinguant plus de conséquences juridiques du mariage différenciées selon le sexe.

213 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 186.

214 CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 187. Le Parlement a entretemps adopté la modification du 18 décembre 2020 du Code civil (Mariage pour tous), donnant accès à l'adoption conjointe aux couples de même sexe mariés, FF 2020 9607. Cependant, le référendum a été déposé et la modification sera soumise au vote populaire, cf. <<https://www.rts.ch/info/suisse/12111831-la-pma-un-enjeu-du-referendum-contre-le-mariage-pour-tous-de-pose-lundi-a-berne.html>> (consulté le 15 avril 2021).

215 Cf. *supra* C.I.3.

216 Cf. *supra* C.I.3.

217 CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179, p. 1189 ss.

Le nouveau droit du nom est un autre exemple: le Code civil, dans sa version de 1912, consacrait la primauté du nom du mari et du père²¹⁸. Deux réformes du droit du nom, entrées en vigueur en 1988²¹⁹ et en 1994²²⁰ ont apporté certaines améliorations, en particulier par l'introduction d'un choix de noms pour les personnes mariées. L'égalité formelle complète entre femmes et hommes a finalement été atteinte par le biais de la dernière réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013²²¹.

Des discriminations directes persistent cependant. Un exemple de discrimination directe sur la base du critère du sexe et de l'état matrimonial *de lege lata* est l'exclusion de la mère de l'enfant, à la différence de son mari, de la *qualité pour agir en désaveu de paternité* dans le contexte de l'établissement de la filiation dans le mariage²²². Cette différence de traitement a perdu sa justification fondée sur la protection de l'institution du mariage et constitue une violation de l'interdiction de la discrimination sur la base des critères du sexe et de l'état matrimonial (art. 1 CEDEF) ainsi qu'une violation de l'obligation d'assurer aux femmes «les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants» (art. 16 let. d CEDEF)²²³.

La *discrimination intersectionnelle directe*, c'est-à-dire le traitement défavorable de certains groupes de femmes à l'intersection du sexe et d'autres motifs de discrimination, est également interdite en vertu de la CEDEF²²⁴.

Le traitement défavorable des *femmes lesbiennes*²²⁵ par le droit de la famille suisse peut notamment être qualifié de discrimination intersectionnelle directe. Le Comité CEDEF demande en effet aux États parties, au moins du Nord glo-

218 Art. 161, art. 270 CC-1912.

219 CONSEIL FÉDÉRAL, Message droit matrimonial (note 217), p. 1227 ss.

220 Introduction de l'art. 177a dans l'OEC, complétant l'ancien art. 30 al. 2 CC, cf. MARGARETA BADDELEY, Le droit du nom suisse: état des lieux et plaidoyer pour un droit «libéré», FamPra.ch 2020, p. 613 ss, p. 614.

221 Loi fédérale du 30 septembre 2011 (Nom et droit de cité), en vigueur depuis le 1er janv. 2013, RO 2012 2569; FF 2009 6843 6851. Dans les faits, les statistiques relatives au choix du nom démontrent cependant que 70% des couples s'en tiennent toujours à la tradition du nom de famille commun et que dans 96% des cas, c'est la femme qui renonce à son nom, cf. FLEUR WEIBEL, Kein gemeinsamer Name mehr? Auswirkungen des Schweizer Namensrechts auf die Namenswahl heute heiratender Paare, FamPra.ch 2018, p. 959 ss.

222 Cf. art. 256 CC; ATF 108 II 344, c. 1.a. (fr.); ATF 122 II 289, JdT 1998 I 93 (trad.), c. 1.c. Critique: INGBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER, art. 256 CC, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (éd.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Bâle/Genève/Munich 2018, N 6; MARTINA RUSCH/ANTJE GÖTSCHI, art. 256 CC, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (éd.), Kurzkommentar ZGB, 2^e édition, Bâle 2018, N 5; PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, Droit de la filiation, 6^e édition, Genève/Zurich/Bâle 2019, N 103.

223 Dans ce sens également PFAFFINGER/HOFSTETTER (note 199), N 150; PAPAUX VAN DELDEN (note 194), N 82. Pour les différences de traitement en matière de paternité sous l'angle de la protection de l'enfant contre les discriminations (art. 2 CDE) cf. *infra* D.III.2.b.

224 Cf. *supra* C.1.3.

225 Les discriminations des femmes lesbiennes constituent selon le Comité CEDEF des discriminations intersectionnelles (multiples, croisées), cf. *supra* C.1.2.

bal, d'harmoniser le traitement de toutes les femmes, y compris dans les relations homosexuelles²²⁶. Certaines inégalités de traitement des femmes lesbiennes dans le droit de la famille suisse ont été abolies par les réformes récentes: la révision du droit de l'adoption, entrée en vigueur en 2018, a notamment ouvert l'adoption de l'enfant aux partenaires enregistrées (de même sexe) et partenaires de vie de même sexe ou de sexe opposé (art. 264c CC)²²⁷. Des inégalités de traitement persistent: les couples de femmes sont *de lege lata* exclus de la procréation médicalement assistée²²⁸. Le bien de l'enfant, qui a été mis en avant par le législateur au moment de l'adoption de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) comme raison pour l'exclusion des couples de femmes du don de sperme²²⁹, ne peut plus servir de justification. Les études en sciences sociales montrent que le bien de l'enfant ne dépend pas de la constellation familiale, mais de la qualité de la relation entre les parents et les enfants²³⁰. A l'intersection du critère du genre et du critère de l'état matrimonial, visé explicitement par l'art. 1 CEDEF²³¹, les *femmes vivant dans une relation de facto avec un homme* sont également touchées par une discrimination directe par leur exclusion du don de sperme²³².

La situation juridique pour les familles lesbiennes sera nettement améliorée par la modification du 18 décembre 2020 du Code civil ouvrant le mariage aux couples de même sexe: sous la condition de l'adoption de la réforme par le peuple, un nouvel art. 255a CC introduira la présomption de parentalité pour l'épouse de la mère de l'enfant²³³. Une réinterprétation de l'art. 119 al. 2 let. c Cst. permettra en outre l'accès au don de sperme aux couples de femmes mariées²³⁴. Cependant, pour les couples de femmes non mariées, le lien de filiation avec la deuxième mère de l'enfant, même si l'enfant est le résultat d'un projet parental commun avec la mère juridique de l'enfant, devra toujours être établi par le biais de l'adoption. L'accès au don de sperme reste fermé pour les

226 CEDEF, Obs. fin. Luxembourg, n° 6-7/2018 (Doc. NU CEDAW/C/LUX/CO/6-7), par. 52.a.

227 Loi fédérale du 17 juin 2016 (Droit de l'adoption), en vigueur depuis le 1er janv. 2018, RO 2017 3699; CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du Code civil (droit de l'adoption), FF 2015 835, p. 865 s.

228 Cf. art. 3 al. 2 let. a Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA, RS 810.11).

229 Message relatif à l'initiative populaire «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)» et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA) du 26 juin 1996, FF 1996 III 197, p. 244.

230 BENOÎT SCHNEIDER/OLIVIER VECHO, Le développement des enfants adoptés par des familles homoparentales: une revue de la littérature, *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence* 2015, p. 401 ss; cf. également COMMISSION NATIONALE D'ÉTHIQUE DANS LE DOMAINE DE LA MÉDECINE HUMAINE CNE, Le don de sperme, *Prise de position* no 32/2019, Berne 2019, p. 20.

231 Cf. *supra* C.II.1.

232 Cf. art. 3 al. 3 LPMA: seul un couple marié peut recourir à un don de sperme.

233 FF 2020 9607.

234 Cf. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019, FF 2019 8127, 8141.

couples de femmes non mariées. En outre, la présomption de parentalité ne s'appliquera pas aux couples de femmes mariées ayant eu recours à un don de sperme à l'étranger ou à un don de sperme privé²³⁵. La justification mise en avant pour ces inégalités de traitement est discutable. Selon l'analyse du Conseil fédéral, il s'agit de protéger le droit de l'enfant à connaître son ascendance qui serait en danger lorsque le don de sperme a lieu dans un pays où il peut être anonyme, ou quand la conception est naturelle²³⁶. Cette argumentation convainc guère, dans la mesure où des enfants continueront à naître suite à des dons de sperme à l'étranger ou des dons de sperme privés (qui sont plus fréquents dans ces constellations familiales que la «conception naturelle») et l'exclusion de l'établissement de la filiation entre la deuxième mère et l'enfant dès sa naissance n'est pas apte à assurer l'accès aux informations relatives au donneur de sperme. Les études empiriques montrent en outre que les parents de même sexe sont plus soucieux que les parents de sexe opposé d'informer leurs enfants de leurs origines génétiques²³⁷.

b. L'égalité matérielle

D'importantes lacunes de mise en œuvre de la CEDEF existent en outre dans le droit de la famille suisse en ce qui concerne la réalisation de l'*égalité matérielle*. Ce principe exige d'abord de s'abstenir de *discriminations indirectes* par l'application d'une norme d'apparence neutre mais qui a pour effet de toucher les femmes ou un groupe de femmes d'une manière disproportionnée et négative. L'égalité matérielle demande également l'*amélioration de la condition féminine de fait* par des politiques et des programmes concrets²³⁸.

Un domaine du droit de la famille qui pourrait réaliser l'égalité matérielle dans ce sens est le *droit de l'entretien*. Certains éléments de la législation en vigueur dans ce domaine mettent effectivement en œuvre le but de l'égalité matérielle: la réforme récente du droit de l'entretien de l'enfant améliore notamment la situation quant à la compensation des conséquences économiques de la répartition inégale du travail de *care* à la dissolution de l'union libre²³⁹. Si un pa-

235 Cf. CÉCILE CREVOISIER/MICHELLE COTTIER, Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare. Aktuelle und zukünftige Rechtslage in der Schweiz und Reformbedarf, FamPra.ch 2021 (en cours de publication).

236 CONSEIL FÉDÉRAL, Initiative parlementaire Mariage civil pour tous. Rapport du 30 août 2019 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Avis du Conseil fédéral FF 2020 1223, p. 1226; Prises de position de la conseillère fédérale KARIN KELLER-SUTTER, BO CN 2020, 889 s., 2414 s., BO CE 2020, 1110 s., 1114.

237 SUSAN GOLOMBOK, *Modern Families*, Cambridge 2015, p. 114; TABITHA FREEMAN *et al.*, Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor, *Human Reproduction*, Volume 24, Issue 3, 1 March 2009, p. 505 ss.

238 Cf. *supra* C.1.3.

239 MICHELLE COTTIER/JOHANNA MUHEIM, Travail de care non rémunéré et égalité de genre en droit de la famille suisse. Une évaluation critique du nouveau droit de l'entretien de l'enfant, RDS 2019 I, p. 61 ss., p. 77.

rent réduit son taux d'activité pour s'occuper de l'enfant, l'autre parent doit lui verser – en tant que composante de l'entretien de l'enfant – une contribution de prise en charge (art. 276 al. 2, art. 285 al. 2 CC). Cependant, le niveau de protection reste moins élevé pour les parents non mariés comparé à celui des parents mariés ou divorcés. Selon l'interprétation du nouveau droit par le Message du Conseil fédéral, confirmé par le Tribunal fédéral, la contribution de prise en charge n'a pas pour but de compenser toutes les conséquences économiques d'une répartition inégalitaire du travail de *care* entre les deux parents, mais seulement de permettre au parent qui prend en charge l'enfant de manière prépondérante de couvrir ses frais de subsistance²⁴⁰. Une partie des coûts indirects de l'enfant, à savoir la réduction des perspectives de carrière et des avoirs de prévoyance professionnelle²⁴¹, n'est ainsi pas compensée. Une compensation de ces coûts indirects est cependant prévue après le divorce par le biais de l'entretien selon l'art. 125 al. 2 ch. 6 CC²⁴², et du partage des avoirs de prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC). Le législateur suisse a ainsi choisi de ne pas suivre la Recommandation générale n° 29 du Comité CEDEF qui recommande aux États parties de «mettre en place un système *de jure* et *de facto* égalitaire, dans lequel les hommes et les femmes partagent à égalité les avantages et les coûts économiques du mariage et de l'union libre et supportent à parts égales les conséquences économiques de la dissolution de ceux-ci»²⁴³. Le Comité CEDEF, dans ses observations sur le troisième rapport périodique de la Suisse de 2009, s'était en effet montré préoccupé par le fait que les femmes vivant en union libre en Suisse n'ont pas de droits économiques ni de protection lorsque cette relation prend fin²⁴⁴. De nombreuses voix de la doctrine suisse se prononcent en faveur d'une meilleure réglementation des communautés de vie de fait, fondée sur la répartition des tâches parentales au sein du couple²⁴⁵. Le législateur a cependant refusé de suivre cette recommandation jusqu'à présent²⁴⁶.

240 Cf. ATF 144 III 377, SJ 2018 I 467 (trad.), c. 7; TF, 5A_311/2019 du 11 novembre 2020 (destiné à la publication, n.t.), c. 6.1. Pour une critique de cette jurisprudence sous l'angle de l'égalité matérielle cf. COTTIER/MUHEIM (note 239), p. 77 ss.

241 MICHAEL GERFIN *et al.*, Le coût des enfants en Suisse, Etude réalisée sur mandat de l'Office fédéral de la statistique, Neuchâtel mars 2009, p. 6 s.

242 Selon le Tribunal fédéral, une des fonctions de l'entretien selon l'art 125 al. 2 ch. 6 CC reste sous le nouveau droit notamment de combler les lacunes de prévoyance après divorce, cf. ATF 144 III 481, JdT 2019 II 179 (trad.), c. 4.8.3.

243 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8, 9.

244 CEDEF, Obs. fin. n° 3/2009 (Doc. NU CEDEF/C/CHE/CO/3), par. 41.

245 Cf. notamment ANDREA BÜCHLER, Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften, FamPra.ch 2014, pp. 797 ss, pp. 802 ss; SABRINA HOHL, Sollten nichteheliche Lebensgemeinschaften rechtlich geregelt werden?, FamPra.ch 2016, pp. 637 ss, p. 640 ss; RITA TRIGO TRINDADE/SANDRINE TORNARE, La société simple au chevet des unions libres, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Delden/Bénédict Foëx (éd.), Le droit en question, Mélanges Baddeley, Genève 2017, p. 271 ss, p. 274 s.; MICHELLE COTTIER/CÉCILE CREVOISIER, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft, PJA 2012, p. 33 ss, p. 43.

246 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport sur la modernisation du droit de la famille suite au postulat Fehr (12.3607), Mars 2015, p. 28 ss.

La mise en œuvre de la CEDEF oblige néanmoins la Suisse à réaliser dans le droit de la famille une répartition égalitaire de tous les coûts indirects de l'enfant, indépendamment de l'état civil des parents, dans le sens d'une égalité matérielle²⁴⁷.

c. L'égalité transformative

L'égalité transformative aborde les dynamiques d'inégalité au niveau sociétal et culturel et envisage l'abolition des stéréotypes liés au genre (art. 5 let. a CEDEF). La Convention poursuit ainsi, dans son interprétation actualisée, le but d'une transformation sociétale, permettant à tout être humain d'exercer ses droits fondamentaux sans rencontrer d'obstacles créés par les stéréotypes de genre, y compris les stéréotypes sur l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, et les caractéristiques sexuelles, ainsi que les stéréotypes intersectionnels²⁴⁸.

Une approche transformative s'impose notamment suite à la réforme actuelle du droit de l'état civil qui permettra de modifier l'inscription du sexe au registre de l'état civil sur simple déclaration, sans attestation médicale²⁴⁹. Cette réforme réalise le principe de l'autodétermination en matière d'identité de genre. Cette amélioration de la situation juridique des personnes transgenres et intersexes, également évoquée dans la liste de points et de questions du Comité CEDEF et la réponse du Conseil fédéral²⁵⁰, soulève la question de ses implications pour le droit de la filiation: le droit suisse en vigueur ne reconnaît pas toujours les personnes transgenres ou intersexes dans le rôle parental qui correspond à leur identité de genre et désigne par exemple comme «mère» un homme qui a donné naissance à un enfant et qui est considéré par tous les membres de la famille comme le père²⁵¹. De surcroît, le titre huitième du Code civil sur les effets de la filiation (art. 270–327c CC) contient encore de nombreuses dispositions qui supposent deux parents de sexe opposé, par exemple l'art. 296 CC: «L'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère.» Une abolition de la dyade père-mère et l'introduction de rôles parentaux neutres en termes de genre permettrait aux parents transgenres d'exercer leur droit à la vie familiale sans rencontrer des obstacles créés par les stéréotypes sur l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre, et les caractéristiques sexuelles, et de réaliser le but d'une transformation sociétale vers l'acceptation d'une pluralité de formes familiales.

247 Cf. PAPAUX VAN DELDEN (note 194), N 35 ss; PFAFFINGER/HOFSTETTER (note 199), N 39 s.

248 Cf. COTTIER (note 125), N 28.

249 Cf. le nouvel art. 30b CC, Code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), modification du 18 décembre 2020, FF 2020 9623 (le délai référendaire est échu sans avoir été utilisé).

250 CEDEF, LOIPR Suisse, n° 6/2019 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/QPR/6), par. 19: CEDEF, Rapport suisse n° 6/2020 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/6), par. 155 s.

251 ANDREA BÜCHLER/MICHELLE COTTIER, Transgender, Intersex und Elternschaft in der Schweiz und im Rechtsvergleich. Ein Plädoyer für die Aufhebung der Mutter-Vater-Dyade, Fam-Pra.ch 2020, p. 875 ss, 886 s.

D. Les apports de la CDE

I. Les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination de la CDE

Comme pour la CEDEF, il est essentiel de comprendre les spécificités de la protection contre les discriminations prévue par la CDE pour saisir toute la portée des obligations de la Suisse aux fins de sa mise en œuvre dans le domaine du droit de la famille.

1. Les caractéristiques de la clause d'interdiction des discriminations de l'art. 2 CDE

L'art. 2 CDE consacre l'interdiction de toutes formes de discrimination en relation avec les droits de la Convention:

«1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille.»

L'art. 2 CDE fait partie des quatre dispositions de principe de la Convention²⁵². Cependant, le Comité CDE n'a pas encore émis d'Observation générale à son égard, tandis que de tels documents existent concernant les art. 3²⁵³ et 12 CDE²⁵⁴. Aussi, la pratique du Comité CDE en matière de non-discrimination est moins développée que celle du Comité CEDEF²⁵⁵.

252 En font également partie le principe selon lequel, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de ce dernier doit être une considération primordiale (art. 3), le droit de l'enfant à la vie, à la survie et au développement (art. 6) et le droit de l'enfant d'être entendu et à participer à tout processus de décision qui le concerne (art. 12). Cf. CDE, Obs. gén. n° 5/2003 (Doc. NU CRC/GC/2003/5), par. 12; NOAM PELEG, *International Children's Rights Law: General Principles*, in: Ursula Kilkelly/Tom Liefwaard (éd.), *International Human Rights of Children*, Singapore 2019, p. 135 ss, p. 139 ss; JEAN ZERMATTEN, *La Convention relative aux droits de l'enfant*, in: Maya Hertig/Michel Hottelier (éd.), *Introduction aux droits de l'homme, Genève/Zurich/Bâle* 2014, p. 315 ss, p. 324. Pour une critique, voir KARL HANSON/LAURA LUNDY, «Does Exactly What it Says on the Tin': A Critical Analysis and Alternative Conceptualisation of the So-Called General Principles of the Convention on the Rights of the Child, *International Journal of Children's Rights* 2017, p. 285 ss. Ces auteurs proposent une nouvelle typologie: obligations générales de mise en œuvre (*overall implementation obligations*): art. 4, 41, 42, 44 par. 6 CDE, et normes transversales (*cross-cutting standards*): art. 2, 3, 5 et 12 CDE.

253 CDE, Obs. gén. n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14).

254 CDE, Obs. gén. n° 12/2009 (Doc. NU CRC/C/GC/12).

255 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 55, N 2.11.

La définition générale de la discrimination s'applique également à l'art. 2 CDE: une discrimination se définit par un traitement défavorable sur la base d'un motif de discrimination, non justifié par des circonstances objectives et raisonnables²⁵⁶.

La spécificité de la protection contre les discriminations de l'art. 2 CDE réside d'abord dans sa double signification. D'une part, si l'âge n'est pas explicitement mentionné à l'art. 2 CDE comme motif de discrimination, cette disposition protège l'enfant contre la discrimination en raison de son jeune âge, en comparaison avec les adultes («*age-based discrimination*»)²⁵⁷. D'autre part, l'art. 2 CDE protège les enfants contre toute forme de discrimination, aussi pour d'autres motifs que l'âge, dans l'exercice de leurs droits garantis par la Convention.

Contrairement à la CEDEF, la protection contre les discriminations de l'art. 2 CDE ne porte pas sur un seul motif de discrimination et la liste des motifs de discrimination interdits à l'art. 2 par. 1 CDE est la même que celle des principales clauses générales d'interdiction de la discrimination²⁵⁸, avec les motifs supplémentaires du handicap²⁵⁹ et de l'origine ethnique²⁶⁰. En tenant

256 CDE, Obs. gén. n° 20/2016 (Doc. NU CRC/C/GC/20), par. 21 (faisant référence à CDH, Obs. gén. n° 18/1989 (reproduite in: Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)), par. 147): «Il est rappelé aux États que toute différenciation ne constitue pas une discrimination, si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs et si le but visé est légitime au regard de la Convention.»

257 SAMANTHA BESSON/ELEONOR KLEBER, Article 2: Non-Discrimination, in: John Tobin (éd.), *The Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford 2019, p. 41 ss, p. 48; CLAIRE BREEN, The ageing of Article 2(1). The child's right to be free from age-based discrimination, in: Marit Skivenes/Karl Harald Søvig (éd.), *Child Rights and International Discrimination Law. Implementing Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Abingdon/New York 2019, p. 55 ss; MANFRED LIEBEL, Adulthood and age-based discrimination against children, in: Dagmar Kutsar/Hanne Warming (éd.), *Children and non-discrimination: interdisciplinary textbook*, Tallinn 2014, p. 119 ss, p. 122 ss faisant référence à CDE, Obs. gén. n° 12/2009 (Doc. NU CRC/C/GC/12).

258 Voir notamment l'art. 2 par. 2 Pacte I de l'ONU: «Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation»; et l'art. 2 par. 1 Pacte II de l'ONU: «Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.»

259 La CDE a été le premier traité fondamental des Nations Unies en matière de droits humains à inclure explicitement le handicap parmi les motifs de discrimination, cf. ELAINE SUTHERLAND, Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Non-Discrimination and Children's Rights, in: Marit Skivenes/Karl Harald Søvig (éd.), *Child Rights and International Discrimination Law. Implementing Article 2 of the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Abingdon/New York 2019, p. 23 ss, p. 31. La version française de la CDE utilise le terme «incapacité» mais la terminologie doit être actualisée pour correspondre à celle de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) qui traduit «disability» (le terme également utilisé par l'art. 1 par. 1 CDE) par «handicap».

260 Besson/Kleber (note 257), p. 48.

compte de la nature spécifique de la discrimination de l'enfant, la disposition se distingue cependant d'une clause générale de non-discrimination dans un instrument général des droits humains²⁶¹. La liste des motifs de non-discrimination est non-exhaustive, comme l'indique l'ajout «ou de toute autre situation» à la fin de l'art. 2 par. 1 CDE. Outre les motifs de non-discrimination énumérés par l'art. 2 CDE, le Comité CDE reconnaît notamment²⁶² les discriminations fondées sur la situation de l'enfant ou de l'un de ses parents vis à vis du VIH/SIDA²⁶³, l'appartenance à un peuple autochtone²⁶⁴, le statut migratoire²⁶⁵, la situation de pauvreté²⁶⁶, le fait qu'un enfant est en situation de rue²⁶⁷ ou sur l'orientation sexuelle et l'identité ou l'expression de genre²⁶⁸. Comme le Comité CEDEF, le Comité CDE reconnaît les discriminations multiples et intersectionnelles²⁶⁹.

L'art. 2 par. 1 CDE se distingue également de la protection contre les discriminations garantie par la CEDEF dans la mesure où la clause d'interdiction de toute forme de discrimination de la CDE a un caractère dépendant et accessoire et se réfère uniquement aux droits garantis dans la Convention, à l'instar de la clause d'interdiction de discrimination de l'art. 2 par. 2 Pacte I de l'ONU²⁷⁰.

L'art. 2 par. 2 CDE s'en distingue toutefois. Il protège les enfants contre la discrimination fondée sur les caractéristiques de leurs parents, de leurs représentants légaux ou des membres de leur famille²⁷¹. Cette clause a un caractère indépendant et non-accessoire, étant donné qu'elle étend l'interdiction de la discrimination à tous les droits et domaines où une discrimination peut se produire, même si ceux-ci ne relèvent pas du champ d'application de la Convention²⁷². L'art. 2 par. 2 CDE prévoit une obligation positive de prendre toutes les

261 Besson/Kleber (note 257), p. 48.

262 Cf. en outre la liste in: RACHEL HODGKIN/PETER NEWELL, *The Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3^e édition, Genève 2007, p. 24 s.

263 CDE, Rec. gén. n° 3/2003 (Doc. NU CRC/GC/2003/3), par. 9.

264 CDE, Obs. gén. n° 11/2009 (Doc. NU CRC/GC/11), par. 23 ss; Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/GC/21), par. 26.

265 CDE, Obs. gén. n° 23/2017 (Doc. NU CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23), par. 53.

266 CDE, Obs. fin. Costa Rica, n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CR/CO/5–6), par. 21. a.

267 CDE, Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/GC/21), par. 27.

268 CDE, Obs. gén. n° 20/2016 (Doc. NU CRC/GC/20), par. 33 ss; Obs. gén. n° 25/2021 (Doc. NU CRC/GC/25), par. 11.

269 CDE, Obs. gén. n° 18/2014 (Doc. NU CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18), par. 14; Obs. gén. n° 20/2016 (Doc. NU CRC/GC/20), par. 21; Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/GC/21), par. 26; Obs. gén. n° 22/2017 (Doc. NU CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22), par. 16. Pour la genèse du concept de la discrimination intersectionnelle cf. *supra* C.1.2.

270 BESSON/KLEBER (note 257), p. 48 ss, p. 53; VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 52 ss, N 2.01, 2.07.

271 BESSON/KLEBER (note 257), p. 49; VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 52, N 2.02.

272 BESSON/KLEBER (note 257), p. 53; CÉCILE CREVOISIER, *Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status: eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen*, Berne 2014, p. 164; SCHMAHL (note 35), art. 2 CDE, N 32.

mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents. Cette reconnaissance des discriminations de l'enfant par médiation, à cause des caractéristiques des parents, n'a pas d'équivalent dans d'autres traités fondamentaux des Nations Unies relatifs aux droits humains²⁷³.

Le Comité CDE reconnaît dans sa pratique que la discrimination peut être directe ou indirecte et se réfère dans ce contexte à l'Observation générale n° 20 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CDESC)²⁷⁴. Dans son Observation générale n° 21, le Comité CDE explique cette différence dans le contexte des discriminations contre les enfants en situation de rue²⁷⁵:

«Constituent une discrimination directe, par exemple, les politiques disproportionnées qui visent à «combattre le sans-abrisme» par des mesures répressives destinées à prévenir la mendicité, l'errance, le vagabondage, la fugue ou les comportements de survie, par exemple la criminalisation des délits d'état, les opérations de nettoyage des rues ou rafles, et les actes ciblés de violence, de harcèlement et d'extorsion commis par des policiers. [...] Constituent une discrimination indirecte les politiques qui ont pour effet d'exclure les enfants en situation de rue des services de base, comme la santé et l'éducation, comme le fait que ces services soient payants ou que la présentation d'une pièce d'identité soit obligatoire. Même lorsqu'ils ne sont pas écartés des services de base, les enfants en situation de rue peuvent être isolés au sein de ces systèmes.»

Finalement, l'art. 2 CDE est une disposition directement applicable qui peut être invoquée par les victimes de discrimination directement devant les instances nationales²⁷⁶.

2. *Les obligations des États parties en matière d'égalité et de protection contre les discriminations selon la pratique du Comité CDE*

Dans sa pratique en matière de lutte contre les discriminations dont souffrent notamment les groupes les plus vulnérables d'enfants, le Comité CDE formule des obligations à la charge des États parties qui concernent l'interdiction de toutes les formes de discrimination dans la législation nationale (a.), la réforme de la législation, des politiques et des pratiques étatiques discriminatoires (b.), les «mesures d'action positive» (c.) et les mesures de collecte de données (d.). Ce faisant, il suit la typologie des trois obligations des États parties: respecter,

273 BRUCE ABRAMSON, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 2: The Right of non-discrimination, Leiden 2008, p. 2 et 129; VANDENHOLE/TÜRKELI/LEMBRECHTS (note 42), p. 52, N 2.02.

274 CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20) par. 10.

275 CDE, Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 26.

276 Besson/Kleber (note 257), p. 49.

protéger et mettre en œuvre les garanties de la convention en question (*duty to respect, to protect, to fulfil*)²⁷⁷.

a. *L'interdiction de toutes les formes de discrimination dans la législation nationale*

Dans ses observations finales adressées aux États parties à la Convention, le Comité CDE remarque régulièrement que certains motifs de discrimination expressément énoncés dans la Convention ne sont pas couverts par la législation interne, ou qu'aucune loi interdisant les discriminations n'existe, et recommande alors d'adopter une législation en vue d'interdire toutes les formes de discrimination²⁷⁸.

b. *La réforme de la législation, des politiques et des pratiques étatiques discriminatoires*

Le Comité CDE appelle en outre les États parties à réformer les législations, politiques ou pratiques étatiques discriminatoires. Par exemple, dans son Observation générale n° 23, le Comité encourage les États parties à réformer sans attendre leur législation, leurs politiques et leurs pratiques qui sont discriminatoires à l'égard des enfants migrants et de leur famille²⁷⁹. L'Observation générale n° 21 fait des recommandations similaires pour les enfants en situation de rue²⁸⁰.

Dans ses observations finales, le Comité se réfère dans ce contexte souvent à la cible 10.3 des objectifs de développement durable: «Assurer l'égalité des chances et réduire l'inégalité des résultats, notamment en éliminant les lois, politiques et pratiques discriminatoires et en promouvant l'adoption de lois, politiques et mesures adéquates en la matière»²⁸¹.

A titre d'exemples de législations discriminatoires, on peut citer la loi sur la criminalité, qui incrimine les relations sexuelles consenties entre garçons dans le cas des Îles Cook²⁸², la législation qui établit une discrimination à l'égard des femmes et des filles en ce qui concerne les droits successoraux sur les terres dans le cas de l'État des Tuvalu²⁸³, ou encore la législation qui ne prévoit pas les

277 Cf. *supra* B.2.1.

278 Cf. par exemple CDE, Obs. fin. États fédérés de Micronésie, n° 2/2020 (CRC/C/FSM/CO/2), par. 23; Obs. fin. Tuvalu, n° 2–5/2020 (Doc. NU CRC/C/TUV/CO/2–5), par. 17; Obs. fin. État de Palestine, n° 1/2020 (Doc. NU CRC/C/PSE/CO/1) par. 21; Obs. fin. Singapour, n° 4–5/2019 (Doc. NU CRC/C/SGP/CO/4–5), par. 20; Obs. fin. Bahrain, n° 4–6/2019 (Doc. NU CRC/C/BHR/CO/4–6), par. 17.

279 CDE, Obs. gén. n° 23/2017 (Doc. NU CMW/GC/4–CRC/C/GC/23), par. 53.

280 CDE, Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 27.

281 Par exemple CDE, Obs. fin. Tuvalu, n° 2–5/2020 (Doc. NU CRC/C/TUV/CO/2–5), par. 17; Obs. fin. Singapour, n° 4–5/2019 (Doc. NU CRC/C/SGP/CO/4–5), par. 20.

282 CDE, Obs. fin. Îles Cook, n° 2–5/2020 (Doc. NU CRC/C/COK/CO/2–5), par. 18;

283 CDE, Obs. fin. Tuvalu, n° 2–5/2020 (Doc. NU CRC/C/TUV/CO/2–5), par. 16.a.

mêmes règles pour les garçons et les filles en ce qui concerne le lieu de résidence de l'enfant après un divorce au Bahreïn²⁸⁴. Des exemples de politiques et pratiques discriminatoires mentionnés dans l'Observation générale n° 21 sur les enfants en situation de rue sont le fait que la police refuse de prendre au sérieux les plaintes des enfants en situation de rue concernant des vols ou des violences, les traitements discriminatoires dans les systèmes de justice pour mineurs, ou le fait que des travailleurs sociaux, des enseignants ou des professionnels de santé refusent de travailler avec des enfants en situation de rue²⁸⁵.

c. Les mesures d'action positive (égalité matérielle)

Pour lutter contre les discriminations, notamment à l'égard des enfants marginalisés ou se trouvant en situation de vulnérabilité, le Comité CDE préconise en outre des «mesures d'action positive»²⁸⁶. Il se réfère dans ce contexte à l'Observation générale n° 20 du Comité CDESC²⁸⁷. De telles mesures sont les activités de sensibilisation et les activités éducatives ciblant les enfants, les familles et le grand public en collaboration avec les médias, les réseaux sociaux et les dirigeants communautaires et religieux, dans le but de combattre et modifier les attitudes et pratiques discriminatoires à l'égard des enfants en général et des enfants qui sont défavorisés et marginalisés en particulier²⁸⁸. Les mesures d'action positive sont à notre sens l'expression d'une approche transformative de la discrimination, à l'image de l'approche du Comité CEDEF relative à l'art. 5 let. a CEDEF²⁸⁹, sans que le Comité CDE la dénomme ainsi. Le Comité recommande aussi une formation axée sur la sensibilisation à l'attention de professionnels concernés, notamment dans l'enseignement, le travail social, les structures d'accueil pour enfants et les forces de l'ordre²⁹⁰. Le Comité CDE demande également aux États partie d'allouer les moyens financiers suffisants à ces mesures²⁹¹.

d. Les mesures de collecte de données

Dans ses observations finales, le Comité CDE recommande également d'améliorer la collecte des données relatives à la situation des enfants et recommande de veiller à ce que les données soient ventilées par âge, sexe, handicap, origine

284 CDE, Obs. fin. Bahrain, n° 4–6/2019 (Doc. NU CRC/C/BHR/CO/4–6), par. 33.

285 CDE, Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 26.

286 Voir SUTHERLAND (note 259), p. 29.

287 CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20) par. 8, voir la référence in: CDE, Obs. gén. n° 21/2017 (Doc. NU CRC/C/GC/21), par. 27.

288 Par exemple CDE, Obs. fin. Singapour, n° 4–5/2019 (Doc. NU CRC/C/SGP/CO/4–5), par. 20; Obs. fin. Italie, n° 5–6/2019 (Doc. NU CRC/C/ITA/CO/5–6), par. 15.c.

289 Voir *supra* C. I.3.

290 CDE, Obs. fin. Singapour, n° 4–5/2019 (Doc. NU CRC/C/SGP/CO/4–5), par. 20.

291 CDE, Obs. gén. n° 19/2016 (Doc. NU CRC/C/GC/19), par. 42.

ethnique, pays d'origine ou statut de migrant, de réfugié ou de demandeur d'asile, ainsi que d'adopter des indicateurs visant à mettre en évidence, pour les combattre, les discriminations multiples et croisées à l'égard des enfants²⁹².

II. La concrétisation en matière de droit de la famille

La CDE ainsi que la pratique et la doctrine y relatives concrétisent le principe de la non-discrimination pour le droit de la famille. Nous présenterons un aperçu des dispositions topiques de la Convention en matière de droit de la famille (1.) pour ensuite nous intéresser à l'interdiction de toute discrimination en raison de la «situation» de l'enfant et de ses parents (art. 2 CDE) dans le droit de la filiation (2.).

1. Un aperçu des dispositions topiques de la Convention

Le préambule ainsi que différentes dispositions de la CDE se réfèrent directement à la famille ou au droit de la famille. A la différence de la CEDEF, qui vise la concrétisation des principes de l'égalité et de la non-discrimination pour ce domaine du droit, le traitement de la famille par la CDE est marqué par l'idée de la priorité des liens de l'enfant avec ses parents sur la prise en charge étatique, tout en soulignant le statut de l'enfant en tant que sujet de droits²⁹³.

Le 5^e paragraphe du préambule énonce que les États parties à la CDE sont «convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté» et selon le 6^e paragraphe, ils reconnaissent «que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension».

Différentes dispositions de la Convention se réfèrent au rôle des parents et à la famille. Selon le Comité CDE, le terme «famille» doit s'interpréter au sens large en englobant les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale (art. 5 CDE)²⁹⁴. Cette formulation

292 CDE, Obs. gén. n° 5/2003 (Doc. NU CRC/GC/2003/5), par. 12; Obs. fin. Costa Rica, n° 5-6/2020 (Doc. NU CRC/C/CRI/CO/5-6), par. 11.

293 OLGA KHAZOVA, *International Children's Rights Law: Child and the Family*, in: Ursula Kelly/Tom Liefaard (éd.), *International Human Rights of Children*, Singapore 2019, pp. 162 ss.

294 CDE, Obs. gén. n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14) par. 59. Dans le cadre des constatations adoptées suite à la communication individuelle contre la Belgique dans le cas du refus de visa humanitaire à une enfant prise en charge dans le cadre d'une kafala par un couple belgo-marro-

ouvre la possibilité qu'un enfant puisse avoir plus de deux parents et que ces personnes ne soient pas nécessairement dans une relation hétérosexuelle²⁹⁵.

Dans le contexte du droit de la famille, l'art. 3 par. 1 CDE revêt une importance particulière. Selon cette disposition, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent ce dernier. Le Comité CDE a reconnu l'intérêt supérieur de l'enfant comme l'un des quatre principes généraux de la Convention et y a dédié son Observation générale n° 14²⁹⁶. Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale est selon cette interprétation un droit de fond, un principe juridique interprétatif et une règle de procédure²⁹⁷. Le Comité estime que les éléments dont il faut tenir compte lors de l'évaluation et de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant sont les suivants: l'opinion de l'enfant; l'identité de l'enfant; la préservation du milieu familial et le maintien des relations; la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant; la situation de vulnérabilité de l'enfant (du fait, par exemple, d'un handicap ou de son appartenance à un groupe minoritaire ou du fait qu'il est migrant ou demandeur d'asile, victime de mauvais traitements ou qu'il vit dans la rue); le droit de l'enfant à la santé; le droit de l'enfant à l'éducation²⁹⁸.

L'art. 5 CDE oblige les États parties à respecter la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents (ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant) de donner à l'enfant l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice de ses droits d'une manière qui corresponde au développement des capacités de ce dernier. Cette disposition reconnaît, d'une part, l'importance primordiale des parents (et des autres personnes mentionnées par la disposition) dans la prise en charge et la protec-

cain, le Comité fait référence à cette observation générale et considère que l'art. 10 CDE n'oblige pas un État partie à reconnaître de manière générale le droit de réunification familiale aux enfants pris en charge sous le régime de la kafala mais estime que, dans l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant aux effets d'accepter ou de refuser la demande de séjour concernant l'enfant C. E., l'État partie est tenu de prendre en considération les liens de facto existants entre l'enfant et les auteurs (en particulier l'auteur), qui se sont développés sur la base de la kafala. CDE, Y. B. et N. S. c. Belgique, Comm. n° 12/2017 (Doc. NU CRC/C/79/D/12/2017).

295 JOHN TOBIN/RUTH MCNAIR, *Public International Law and the Regulation of Private Spaces: Does the Convention on the Rights of the Child Impose an Obligation on States to Allow Gay and Lesbian Couples to Adopt?*, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2009, p. 110 ss.

296 CDE, Obs. gén. n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14).

297 CDE, Obs. gén. n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14), par. 6; Obs. gén. n° 20/2016 (CRC/C/GC/20) par. 22.

298 CDE, Obs. gén. n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14), par. 52–79. Pour une discussion de ces critères cf. JOHN EEKELAR/JOHN TOBIN, *Article 3: The Best Interests of the Child*, in: John Tobin (éd.), *The Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford 2019, p. 74 ss, p. 83 ss; VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 59 ss, N 3.27.

tion des enfants²⁹⁹. D'autre part, il est fait référence aux «capacités évolutives de l'enfant» (*evolving capacities*). Le Comité définit les capacités évolutives en tant que «principe de base qui renvoie aux processus de maturation et d'apprentissage par lesquels passent les enfants pour acquérir progressivement des compétences, la capacité de comprendre et une aptitude croissante à prendre des responsabilités et à exercer leurs droits»³⁰⁰. En reliant l'art. 5 avec l'art. 12 CDE, le concept de «capacités évolutives» a été renforcé en tant que concept participatif, ou émancipateur³⁰¹. Compte tenu de son importance croissante dans la pratique de la mise en œuvre de la CDE, certaines voix en doctrine proposent de remplacer le droit à la vie (art. 6 CDE) par les capacités évolutives de l'enfant (art. 5 CDE) dans la liste des quatre principes généraux de la Convention³⁰².

L'art. 7 par. 1 CDE consacre cinq droits: le droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance ainsi que son droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. Dans le contexte du droit de la famille, et notamment du droit de la filiation, ce sont surtout les deux derniers droits qui ont déployé une importance particulière. La doctrine de droit international appelle à une acception large de la définition des „parents“ en l'étendant au parent biologique/de naissance de l'enfant, à ses parents génétiques/biologiques et/ou à ses parents sociaux/juridiques, qu'il y ait ou non une concordance parfaite, partielle ou absolue avec l'identité des personnes qui relèvent de chacune de ces dimensions de la parenté³⁰³.

L'art. 8 CDE est étroitement lié à la disposition précédente et oblige les États parties à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales et d'accorder à l'enfant qui est privé des éléments constitutifs de son identité une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible. Dans le cadre de son examen de nombreuses communications individuelles, relatives à la problématique des enfants migrants non-accompagnés, le Comité CDE a notamment constaté une violation de l'art. 8 CDE lorsqu'un État partie attribue à l'enfant un âge et une date de naissance différents de ceux indiqués sur les documents d'identité de ce dernier³⁰⁴.

299 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 59 ss, N 5.04 faisant référence à CDE, Obs. gén. n° 13/2011 (Doc. NU CRC/C/GC/13), par. 66.

300 CDE, Obs. gén. n° 20/2016 (Doc. NU CRC/C/GC/20), par. 18.

301 GERISON LANSDOWN, *Les capacités évolutives de l'enfant*, Florence 2005, p. 23 ss.

302 HANSON/LUNDY (note 252), p. 301.

303 JOHN TOBIN/FLORENCE SEOW, Art. 7 The Rights to Birth Registration, a Name, Nationality, and to Know and Be Cared for by Parents, in: John Tobin (éd.), *The Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford 2019, p. 237 ss, p. 259.

304 CDE, M. B. S. c. Espagne, Comm. n° 26/2017 (Doc. NU CRC/C/85/D/26/2017), par. 9.16; M. B. c. Espagne, Comm. n° 28/2017 (Doc. NU CRC/C/85/D/28/2017), par. 9.15; S. M. A. c. Espagne, Comm. n° 40/2018 (Doc. NU CRC/C/85/D/40/2018), par. 7.15.

L'art. 9 CDE est une disposition clé dans l'ensemble des droits liés à la famille³⁰⁵. Il prévoit que les enfants ont le droit de vivre et d'avoir des contacts avec leurs parents, à moins que cela ne soit pas dans leur intérêt supérieur. Son importance se remarque notamment dans le contexte de la protection de l'enfance³⁰⁶. Selon le Comité CDE, la prévention de la séparation de la famille et la préservation de l'unité familiale sont des pans importants du système de protection de l'enfance, et ont pour fondement le droit énoncé à l'art. 9 par. 1 CDE³⁰⁷.

L'art. 10 CDE confère le droit au regroupement familial (par. 1) mais aussi le droit de l'enfant dont les parents résident dans des États différents d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. Le Comité CDE a constaté une violation de l'art. 10 par. 2 CDE (ensemble avec les art. 3 et 9 par. 3 CDE) suite à une communication individuelle contre le Paraguay, formulée par un père de nationalité argentine, résidant en Argentine, au nom de sa fille, résidant au Paraguay. Le Comité considère que le fait que l'État partie n'ait pas adopté de mesures effectives pour garantir le droit de la fille de maintenir de manière régulière des relations personnelles et des contacts directs avec son père a empêché l'intéressée de jouir des droits qui lui sont reconnus par la Convention³⁰⁸.

L'art. 11 CDE oblige les États parties à prendre des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger. Les Conventions internationales en la matière mettent en œuvre cette obligation³⁰⁹.

L'art. 12 CDE consacre le droit de l'enfant de participer à tout processus de prise de décision le concernant et le droit d'être entendu. Il fait partie des quatre dispositions de principe désignées par le Comité CDE³¹⁰. Il garantit le respect de l'enfant en tant qu'acteur de sa vie quotidienne dont l'opinion doit être prise en compte dans toutes les décisions qui le concernent et fournit en même temps un moyen d'assurer une meilleure mise en œuvre des droits de l'enfant dans toutes les questions le concernant³¹¹. Le Comité CDE a dédié son Observation générale n° 12 à l'art. 12 CDE³¹². La disposition signifie pour la pratique en droit de la famille que la participation doit être comprise comme un processus dans lequel l'enfant et les adultes impliqués échangent leurs opinions, leurs intérêts et leurs attentes dans un dialogue continu, qui peut évoluer et influencer la procédure³¹³.

305 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 112 ss, N9.01.

306 JOHN TOBIN/JUDY CASHMORE, Art. 9 The Right Not to Be Separated from Parents, in: John Tobin (éd.), *The Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford 2019, p. 307 ss.

307 CDE, Obs. gén. n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14), par. 60.

308 CDE, C.R. c. Paraguay, Comm. n° 30/2017 (Doc. NU CRC/C/83/D/30/2017).

309 Voir notamment la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, RS 0.211.230.02.

310 Voir *supra* B.1.3.

311 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 143 ss, N 12.01.

312 CDE, Obs. gén. n° 12/2009 (Doc. NU CRC/C/GC/12).

313 CHRISTINA WEBER KHAN/SANDRA HOTZ, *Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention in der Schweiz. Studie zu den rechtlichen Grundlagen*

L'art. 18 CDE prévoit le principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. Ce principe renvoie aux stéréotypes et aux préjugés liés au rôle des hommes et des femmes que l'art. 5(b) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) vise à combattre³¹⁴. La disposition reprend également le principe de l'importance primordiale des parents dans la prise en charge des enfants consacré à l'art. 5 CDE. Le Comité CDE reconnaît cependant dans ce contexte que les schémas familiaux varient et évoluent dans de nombreuses régions du monde, de même que la disponibilité de réseaux informels d'aide aux parents, la tendance globale étant à la diversification croissante de la taille des familles, des rôles parentaux et des systèmes d'éducation³¹⁵.

L'art. 19 CDE énonce l'obligation de protéger les enfants contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. Le Comité CDE a adopté l'Observation générale n° 13/2011 y relative, intitulée «le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence»³¹⁶.

L'art. 20 CDE énumère les droits de l'enfant placé. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui, dans son propre intérêt, ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection de remplacement. La disposition est complétée par les Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants, adoptées par l'Assemblée générale de l'ONU en 2009³¹⁷.

L'art. 21 CDE prévoit les obligations des États parties en lien avec l'adoption de l'enfant, comme notamment le principe que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale en la matière.

L'art. 23 CDE traite finalement des droits des enfants handicapés. Dans son Observation générale n° 9 y relative, le Comité CDE souligne que les familles sont les mieux à même de pourvoir à l'entretien et à l'éducation des enfants handicapés, pour autant qu'elles disposent des moyens nécessaires, et énumère les différentes assistances que les États parties peuvent apporter aux familles³¹⁸.

und zur Praxis in neun Kantonen in den Themenbereichen Familienrecht, Jugendstrafrecht, Kinderschutz, Bildung, Gesundheit und Jugendparlamente, Berne 2019, p. 21.

314 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS (note 42), p. 203 ss, N 18.02, cf. également l'art. 16 par. 1 let. d CEDEF.

315 CDE, Obs. gén. n° 7/2005 (Doc. NU CRC/C/GC/7/Rev.1), par. 19.

316 CDE, Obs. gén. n° 13/2011 (Doc. NU CRC/C/GC/13).

317 AGNU, Rés. n° 64/142 du 28 décembre 2009 (Doc. NU A/RES/64/142).

318 CDE, Obs. gén. n° 9/2006 (Doc. NU CRC/C/GC/9), par. 41.

2. *L'interdiction de toute discrimination en raison de la «situation» de l'enfant et de ses parents (art. 2 CDE) dans le droit de la filiation*

Dans un deuxième temps la question de l'importance de l'art. 2 CDE se pose par rapport à la protection de l'enfant contre toute discrimination dans le contexte du droit de la famille. Nous mettrons l'accent sur l'interdiction de toute discrimination en raison de la «situation» („*status*“) de l'enfant et de ses parents.

Une première question est celle de la protection de l'enfant contre les discriminations en raison de sa naissance de parents non mariés. L'art. 2 par. 1 CDE mentionne explicitement le critère de la «naissance», ce qui laisserait penser qu'il vise l'abolition de la distinction entre enfants légitimes et enfants illégitimes. La question était cependant controversée lors des travaux préparatoires, et la doctrine en conclut que le critère de la «naissance» est principalement destiné à abolir les privilèges inhérents et les distinctions de classe, plutôt qu'à protéger les enfants nés hors mariage³¹⁹. Il existe toutefois un consensus sur le fait que l'interdiction de la discrimination à l'égard des enfants nés hors mariage est à tout le moins couverte par le terme «autre situation» («*other status*»)³²⁰. Dans sa pratique, le Comité CDE se montre préoccupé par les législations nationales qui qualifient les enfants nés hors mariage de façon stigmatisante d'«illégitimes» et les désavantagent, notamment en matière patrimoniale; il demande aux États parties d'adopter des mesures législatives efficaces pour mettre un terme à ces formes de discrimination³²¹.

L'interprétation de la convention a également évolué pour inclure dans la protection de l'art. 2 CDE l'enfant de parents LGBT. Dans ses observations finales plus récentes, le Comité CDE se montre préoccupé par l'absence de législation régularisant le statut et les droits des enfants de parents de même sexe³²² et demande aux États parties de prendre des mesures d'action positive en faveur des enfants vivant dans des familles lesbiennes, bisexuelles, gays ou transgenres³²³. Comme dans le cas des observations finales analogues du Comité CEDEF, ces recommandations sont adressées en premier lieu aux pays du Nord global³²⁴.

Les recommandations du Comité CDE en relation avec les familles LGBT font écho aux Principes de Jogjakarta³²⁵ et notamment au principe 24 «Le droit

319 ABRAMSON (note 273), p. 106; SCHMAHL (note 35), art. 2 CDE, N 16.

320 CREVOISIER (note 272), p. 165; SCHMAHL (note 35), art. 2 CDE, N 16, 26

321 CDE, Obs. fin. Tonga, n° 1/2019 (Doc. NU CRC/C/TON/CO/1), par. 21; Obs. fin. Oman, n° 3-4/2016 (Doc. NU CRC/C/OMN/CO/3-4, par. 25 s.; Obs. fin. Saint Siège, n° 2/2013 (Doc. NU CRC/C/VAT/CO/2), par. 26; Obs. fin. Japon, n° 3/2010 (Doc. NU CRC/C/JPN/CO/3), par. 33; voir KHAZOVA (note 293), p. 168 s.

322 CDE, Obs. fin. Slovénie, n° 3-4/2013 (Doc. NU CRC/C/SVN/CO/3-4), par. 26.

323 CDE, Obs. fin. Italie, n° 5-6/2019 (Doc. NU CRC/C/ITA/CO/5-6), 15.c.

324 Cf. *supra* C.II.3.b.

325 Les Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre; disponible sur <<https://yogyakartaprinciples.org/principles-fr/>> (consulté le 13 avril 2021). Les Principes de Jogjakarta sont une source de *soft law*. Ils ont été adoptés par un panel d'expert-e-s suite à un séminaire en Indonésie

de fonder une famille». Selon ce dernier: «Toute personne a le droit de fonder une famille, indépendamment de son orientation sexuelle ou de son identité de genre. Il existe différents types de familles. Aucune famille ne sera soumise à discrimination en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre de l'un de ses membres». Différents sous-principes concrétisent les obligations des États parties et leur demandent notamment de garantir le droit de fonder une famille, y compris par l'adoption ou la procréation médicalement assistée (y comprenant l'insémination artificielle avec donneur), sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (24.a.), de garantir que les lois et les politiques reconnaissent la diversité des types de famille, y compris celles qui ne sont pas définies par descendance ou mariage, et de prendre toutes les dispositions législatives et administratives, afin de garantir qu'aucune famille ne sera soumise à une discrimination en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre de l'un de ses membres (24.b.) et de garantir que dans toutes les actions et décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale, et que l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de l'enfant, d'un membre de sa famille ou d'une autre personne ne puisse pas être considérée comme incompatible avec cet intérêt supérieur (24.c.).

La CourEDH s'est également prononcée sur l'interdiction de toute discrimination en lien avec l'homoparenté; dans l'arrêt de 2013 *X. et autres c. Autriche* elle considère qu'une réglementation selon laquelle un couple de même sexe engagé dans un partenariat stable non formalisé est traité différemment d'un couple non marié de sexe opposé en ce qui concerne la question de l'adoption des beaux-enfants constitue une violation de l'art. 14 (interdiction de discrimination) combiné à l'art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la CEDH³²⁶. Selon la CourEDH, les États contractants ne sont cependant pas tenus d'accorder aux couples de même sexe l'accès au mariage ou à des droits spéciaux réservés aux seuls couples mariés de sexe opposé, notamment en matière d'adoption³²⁷.

III. Les implications pour le droit de la famille suisse

Comme pour la CEDEF, la question se pose des implications des évolutions récentes en matière d'interprétation de la CDE pour le droit de la famille suisse.

qui s'est tenu du 6 au 9 novembre 2006. Ils ont été présentés pour la première fois devant les Nations Unies en mars 2007, cf. ANDREAS R. ZIEGLER/JULIE KUFFER, *Orientation sexuelle et identité de genre des mineurs en droit international*, in: Berta Esperanza Hernández-Truyol/Roberto Virzo (éd.), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, Naples 2017, p. 77 ss, p. 84. Cf. ég. IVANA ISAILOVIC, *Children's rights and LGBTI persons' rights: some thoughts on their 'integration'*, in: Eva Brems/Ellen Desmet/Wouter Vandenhole, *Children's Rights Law in the Global Human Rights Landscape: Isolation, inspiration, integration?*, London/New York 2017, p. 192 ss.

326 CourEDH, 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, n° 19010/07.

327 Cf. CourEDH, 15 mars 2021, *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/01, par. 61 ss.

Des adaptations au niveau législatif sont-elles nécessaires? *Quid* d'une interprétation du droit suisse conforme au droit international dans le cadre de la pratique des tribunaux et autorités³²⁸?

Nous nous intéresserons tout d'abord aux points et questions que le Comité CDE a adressés à la Suisse en novembre 2019 en relation avec le droit de la famille avant la soumission de son sixième rapport périodique ainsi qu'aux réponses données par la Confédération (1.), pour ensuite esquisser les contours d'un droit de l'établissement de la filiation sans discrimination en raison de la situation de l'enfant ou de ses parents (2.).

1. *Les questions du Comité CDE relatives au droit de la famille et les réponses de la Confédération*

En novembre 2019, le Comité CDE a adressé à la Suisse une liste de points et de questions (*list of issues prior to reporting*, LOIPR)³²⁹, en conformité avec la procédure simplifiée de présentation des rapports³³⁰. Sur cette base, la Suisse a présenté ses cinquième et sixième rapports périodiques réunis dans un document³³¹.

Le droit de la filiation prend une place importante dans la liste de points et de questions, tout comme dans le rapport suisse y répondant. Des sujets récurrents sont l'adoption³³² et la gestation pour autrui³³³, avec pour les deux sujets un accent particulier sur le droit à la connaissance des origines (art. 7 par. 1 CDE)³³⁴. Plusieurs questions s'intéressent également à la protection de l'enfant³³⁵, et au placement de l'enfant en particulier³³⁶.

Parmi les quatre principes généraux de la Convention (art. 2, 3, 6 et 12 CDE), seuls les art. 2 (non-discrimination), 3 (intérêt supérieur de l'enfant), et 12 CDE (droit d'être entendu) sont abordés³³⁷.

328 Cf. *supra* B.III.

329 CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6).

330 Cf. *supra* B. II. 3.

331 CONSEIL FÉDÉRAL (note 57).

332 CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 6.b, 14.b., 19, 40.c; CONSEIL FÉDÉRAL (note 57), par. 67, 82–84, 88, 151–155.

333 CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 13.b., 19.b., 40.d; CONSEIL FÉDÉRAL (note 57), par. 79, 155.

334 CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 14; CONSEIL FÉDÉRAL (note 57), par. 81–89.

335 CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 15.a, 15.d; CONSEIL FÉDÉRAL (note 57), par. 32, 91, 106.

336 CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 6.b, 12.a, 18, 40; CONSEIL FÉDÉRAL (note 57), par. 29, 67, 132–150.

337 Le silence quant à l'art. 6 CDE confirme le constat de HANSON/LUNDY (note 252), p. 301: le droit à la vie est selon ces auteurs fondamentalement important mais, heureusement, pas toujours pertinent pour la mise en œuvre d'autres dispositions de la CDE et n'a donc pas de caractère général.

La question du Comité CDE relative au principe de la non-discrimination (art. 2 CDE), qui nous intéresse particulièrement dans le contexte de la présente contribution, concerne la demande faite à la Suisse de fournir des informations sur les initiatives d'intégration sociale prises pour mettre concrètement fin à la discrimination à l'égard des enfants marginalisés et défavorisés, notamment en matière d'accès à l'éducation, s'agissant en particulier des enfants handicapés, des enfants issus de l'immigration, des enfants réfugiés et demandeurs d'asile et des enfants sans papiers. Sont également requises les informations sur les mesures prises pour éliminer la discrimination à l'égard des enfants lesbiennes, gays, bisexuels, transsexuels et intersexuels³³⁸. Le Conseil fédéral mentionne dans ce contexte le projet de modification du Code civil visant à permettre aux personnes transgenres ou intersexuées de faire modifier l'inscription de leur sexe et de leur prénom au registre de l'état civil sans complication bureaucratique par une simple déclaration à l'officier de l'état civil³³⁹.

En référence à l'art. 3 CDE, le Comité réitère sa demande à la Suisse de prendre des mesures afin que l'expression «intérêt supérieur de l'enfant» soit correctement traduite dans toutes les langues officielles du pays et que sa signification juridique soit bien comprise³⁴⁰. Comme dans sa réponse à la liste des points concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse en 2014³⁴¹, le Conseil fédéral répond qu'en Suisse, le «Kindeswohl/bien de l'enfant/bene del figlio» a acquis le rang de droit constitutionnel en 2000, lors de l'introduction dans la nouvelle Constitution fédérale du droit des enfants et des jeunes à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement (art. 11 Cst.). Le Gouvernement dit regretter les discussions suscitées autour de ce terme, qui pourraient donner l'impression que les expressions «bien de l'enfant» et «intérêt supérieur de l'enfant» n'ont pas le même sens, ce qui est faux selon le Conseil fédéral³⁴².

Un principe général abordé de manière particulièrement approfondie par le Conseil fédéral est le droit de l'enfant d'être entendu (art. 12 CDE)³⁴³. Dans sa

338 CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 10. Dans ce sens déjà CDE, Obs. fin. Suisse, n° 2–4/2015 (Doc. NU CRC/C/CHE/CO/2–4), par. 24.

339 CONSEIL FÉDÉRAL (note 57), par. 54. Cette réforme a entretemps été adoptée par le Parlement fédéral et le délai référendaire est échu sans avoir été utilisé, cf. Code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), modification du 18 décembre 2020, FF 2020 9623.

340 CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 11; cf. à cet égard JEAN ZERMATTEN, Intérêt supérieur de l'enfant, le point de vue du droit, in: Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) (éd.), Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant? Sion 2017, p. 43 ss, p. 46 ss.

341 CDE, Réponses de la Suisse à la liste de points, n° 2–4/2014 (Doc. NU CRC/C/CHE/Q/2–3/Add.1), par. 39.

342 CONSEIL FÉDÉRAL (note 57), par. 60 faisant référence à sa réponse à l'Interpellation 19.3184 «Le terme [bien de l'enfant]», déposé par Karl Vogler au Conseil national.

343 Pour les questions du Comité CDE cf. CDE, LOIPR Suisse n° 5–6/2020 (Doc. NU CRC/C/CHE/QPR/5–6), par. 12.

réponse, le Conseil fédéral partage les résultats d'une étude réalisée par le Centre suisse de compétence pour les droits humains datant de 2020³⁴⁴ qui constate que dans la pratique, le contenu des droits octroyés par l'art. 12 CDE n'a pas encore été saisi dans toute sa portée, cet article ne se réduisant pas à l'audition de l'enfant dans les procédures le concernant, mais englobant plusieurs formes de participation de l'enfant, telles que le droit à l'information, à la présence, à la libre formation et expression de son opinion et à la prise en compte de celle-ci, ainsi que le droit à un représentant. Le Gouvernement, dans son rapport du 2 septembre 2020³⁴⁵, reconnaît que des améliorations sont possibles, principalement au niveau de l'information et de la sensibilisation. Dans la mesure des possibilités existantes, il continuera donc de soutenir les initiatives cantonales dans ces domaines³⁴⁶.

2. *Les contours d'un droit de l'établissement la filiation sans discrimination de l'enfant en raison de son statut ou de celui de ses parents*

La liste des points et questions établie par le Comité CDE ainsi que le rapport de la Suisse restent muets sur un domaine central du droit de la famille: le droit de l'établissement de la filiation. Ce silence surprend, au vu des travaux de révision en préparation³⁴⁷, et des débats parlementaires au sujet de la situation de l'enfant de parents de même sexe dans l'année de l'établissement du rapport de la Suisse³⁴⁸. Au vu de l'interprétation actuelle de la protection de l'enfant contre toute forme de discrimination (art. 2 CDE), sur laquelle la présente contribution se concentre, la question se pose des contours d'un droit de l'établissement de la filiation sans discrimination en raison du statut de l'enfant et de ses parents, ou dans le langage de la Convention, en raison de la «situation» de l'enfant ou de ses parents.

a. *Evolution du droit de la filiation suisse*

Le droit suisse de la filiation a fait l'objet de diverses réformes au cours des dernières décennies, dont le but déclaré était notamment d'améliorer le statut des

344 WEBER KHAN/HOTZ (note 313).

345 CONSEIL FÉDÉRAL, Droit de l'enfant d'être entendu. Bilan de la mise en œuvre en Suisse de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, Rapport donnant suite au postulat 14.3382 CSEC-N du 2 septembre 2020.

346 CONSEIL FÉDÉRAL (note 57), par. 63.

347 L'adoption du postulat 18.3714 «Examen du droit de la filiation» de la CAJ-E charge le Conseil fédéral d'examiner si une réforme du droit de la filiation est nécessaire et, le cas échéant, de soumettre dans son rapport au Parlement des recommandations pour une réforme globale cohérente. Un groupe interdisciplinaire d'expert-es externes, qui formulera des recommandations d'ici à l'été 2021, a été constitué, cf. CONSEIL FÉDÉRAL, 2020 1223, p. 1226.

348 Cf. modification du 18 décembre 2020 du Code civil (Mariage pour tous), FF 2020 9607.

enfants³⁴⁹. Le principe de non-discrimination et le droit au respect de la vie familiale en ont été les principes directeurs³⁵⁰. Plus que par les traités de protection de droits humains de l'ONU, ces réformes ont été influencées de manière significative par la jurisprudence de la CourEDH sur la base de l'art. 14, en lien avec l'art. 8 CEDH³⁵¹. Les règles différentes en matière de l'établissement et des effets de la filiation pour l'enfant légitime et l'enfant illégitime dans la version initiale du Code civil³⁵² ont été abolies par la réforme du droit de la filiation, entrée en vigueur en 1978³⁵³. Ce n'est cependant qu'en 2014 que le droit de l'autorité parentale a été révisé³⁵⁴, introduisant le principe de l'autorité parentale conjointe également pour les enfants de parents non mariés. Puis, en 2017, la contribution de prise en charge (art. 276 al. 2, art. 285 al. 2 CC) a été introduite pour remédier aux désavantages subis par les enfants de parents non mariés en matière d'entretien de l'enfant.³⁵⁵ Par la révision du droit de l'adoption de 2018, la Suisse a pour la première fois reconnu la possibilité pour l'enfant d'établir un lien de filiation avec deux parents de même sexe et a admis l'adoption de l'enfant du ou de la partenaire dans les unions libres³⁵⁶. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe amènera, si elle est adoptée par le peuple suisse, la présomption de parentalité pour l'épouse de la mère de l'enfant suite à un don de sperme en Suisse³⁵⁷.

Malgré ces progrès allant dans le sens d'un droit de la filiation respectant les droits humains des enfants dans tous les types de famille, des réformes sont encore nécessaires du point de vue de la protection contre la discrimination.

349 Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport suite au postulat Fehr (12.3607), mars 2015, 32 ss, faisant référence à: CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 16 novembre 2011 concernant une modification du code civil suisse (autorité parentale), FF 2011 8315, 8325; CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du code civil suisse (entretien de l'enfant), FF 2014 511, 533 ss; CONSEIL FÉDÉRAL, Message adoption (note 227), 865 s.

350 Cf. CREVOISIER (note 272), p. 156 ss; p. 311 ss.

351 La CourEDH a notamment rendu des arrêts qui ont eu un impact important dans les domaines du droit de l'établissement de la filiation, du droit de l'adoption, du droit de l'autorité parentale et également du droit à la connaissance de ses origines, voir MICHELLE COTTIER/JUDITH WYTTENBACH, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 2016, p. 75 ss; MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Familles et Convention européenne des droits de l'homme: Incidences en droit de la filiation, in: MARGARETA BADDELEY *et al.* (éd.), Le droit civil dans le contexte international – Journée de droit civil 2011, Genève 2012, p. 1 ss.

352 Code civil suisse du 10 décembre 1907, FF 1904 IV 1, 1907 VI 402.

353 Modification du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1978; RO 1977 237; FF 1974 II, 1 ss.

354 CONSEIL FÉDÉRAL, Message autorité parentale (note 349), p. 8315 ss.

355 Cf. *supra* C.III.2.b.

356 Cf. *supra* C.III.2.a.

357 Cf. *supra* C.III.2.a.

b. *L'abolition des discriminations de l'enfant en raison du statut de ses parents en matière de paternité*

Une analyse du droit de la filiation en vigueur révèle tout d'abord la persistance d'inégalités de traitement de *l'enfant de parents de sexe opposé né hors mariage* en comparaison avec les enfants nés dans le mariage.

Ces différences de traitement concernent en premier lieu la qualité pour agir en contestation de la paternité. Alors que la paternité du mari selon l'art. 256 al. 1 CC ne peut en principe être contestée que par lui-même et par l'enfant (sous la condition que la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité, art. 256 al. 1 ch. 2 CC)³⁵⁸, le cercle des demandeurs potentiels d'une contestation est plus large et inclut également la mère ainsi que la commune d'origine ou de domicile du mari (art. 259 al. 2 CC) dans le cas où l'enfant est d'abord reconnu par le père, puis obtient le statut de l'enfant né pendant le mariage par le mariage subséquent avec la mère. La reconnaissance de l'enfant par le père non marié avec la mère de l'enfant peut cependant, en l'absence d'un mariage subséquent, être attaquée en justice par «tout intéressé», en particulier par la mère, par l'enfant et, s'il est décédé, par ses descendants, ainsi que par la commune d'origine ou la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance³⁵⁹ (art. 260a al. 1 CC). Le lien de filiation est alors rompu, avec effet rétroactif au jour de la naissance, si le tribunal conclut qu'il ne repose pas sur un lien génétique entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance³⁶⁰. Un lien psychosocial entre l'enfant et son père juridique n'empêche pas cette perte du lien de filiation paternel.

Ces inégalités de traitement liées à la présomption de paternité attachée au mariage représentent un désavantage de l'enfant de parents non mariés, dans la mesure où, en raison du statut marital de ses parents, son lien de filiation paternel est moins bien protégé, surtout quand il repose sur une paternité psychosociale et non génétique³⁶¹. Au vu des changements sociétaux vers une acceptation d'une pluralité de formes familiales, ces inégalités ne peuvent aujourd'hui plus être justifiées par la protection du mariage en tant qu'institution, ni par la protection de l'enfant contre la stigmatisation sociale en raison de son statut «illégitime»³⁶².

358 La mère et le père génétique n'ont pas la qualité pour agir en désaveu, cf. ATF 108 II 344, c. 1.a. (fr.); ATF 122 II 289, JdT 1998 I 93 (trad.), c. 1.c.

359 Le Tribunal fédéral, dans l'ATF 143 III 624, c. 3, se prononce contre l'argument de la doctrine selon lequel la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait exclure la qualité pour agir de la commune d'origine ou de domicile de l'auteur de la reconnaissance dans le cas où l'auteur de la reconnaissance est le père psychosocial de l'enfant. Pour les critiques de l'arrêt cf. DANIEL STECK, Commentaire de l'arrêt TF, 5A_590/2016, FamPra.ch 2018, p. 541 ss, p. 557 ss; ANDREA BÜCHLER/ZENO RAVEANE, Commentaire de l'arrêt TF, 5A_590/2016, FamPra.ch 2019, p. 224 ss; SCHWENZER/COTTIER (note 222), art. 260a CC, N 5.

360 MEIER/STETTLER (note 222), N 156.

361 CREVOISIER (note 272), p. 275 ss.

362 CREVOISIER (note 272), p. 278 ss.

Une autre disposition du droit de la filiation en vigueur qui apparaît problématique au vu de l'interdiction de toute discrimination de l'enfant en raison du statut juridique (et de l'activité) de ses parents est l'art. 109 al. 3 CC. Selon cette norme, la présomption de paternité du mari cesse lorsque le mariage est annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers. Il s'agit là d'une exception au principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation du mariage (art. 109 al. 1 CC). Le législateur se base sur «l'expérience générale de la vie», et affirme que l'enfant issu d'un mariage de complaisance n'est normalement pas né des œuvres du mari de la mère et que celui-ci n'assume pas davantage le rôle de père en société. Si l'enfant a néanmoins effectivement été conçu par le mari de la mère, le lien de filiation pourra toujours, selon le législateur, être établi par le biais d'une reconnaissance de l'enfant (art. 260 al. 1 CC) ou d'un jugement de paternité (art. 261 CC)³⁶³. Par l'art. 109 al. 3 CC, l'enfant est privé de sa filiation en raison de la situation juridique et de l'activité de ses parents, sans considération de son intérêt supérieur. La raison invoquée, à savoir la présomption d'absence de lien biologique, n'apparaît pas suffisante pour justifier cette inégalité de traitement au détriment d'un groupe d'enfants, du fait qu'elle est dépourvue de tout fondement empirique³⁶⁴.

c. L'élimination de la discrimination de l'enfant de parents de même sexe

Pour les *enfants de parents de même sexe*, la révision du droit de l'adoption, entrée en vigueur en 2018, a introduit la possibilité de l'adoption de l'enfant par son parent psycho-social de même sexe, si ce dernier est lié par un partenariat enregistré au parent juridique ou mène de fait une vie de couple avec lui (art. 264c CC)³⁶⁵. Lors de l'introduction de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) en 2007³⁶⁶, la réglementation de la parentalité avait encore été délibérément omise et les couples en partenariat enregistré exclus de l'adoption et de la procréation médicalement assistée (ancien art. 28 LPart³⁶⁷). Avec l'ouverture du mariage et l'accès au don de sperme pour les couples de femmes mariées, le lien de filiation entre l'enfant et l'épouse de la mère qui accouche sera établi dès la naissance (nouvel art. 255a CC)³⁶⁸. En dehors du mariage, cependant, il n'existera pas de possibilité d'établissement du lien de filiation avec les deux parents dès la naissance. Le statut,

363 CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi sur les étrangers du 8 mars 2002, FF 2002 3469, 3593.

364 Cf. pour la critique ROLAND FANKHAUSER/KATHRIN WÜSCHER, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, FamPra.ch 2008, p. 750 ss; MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Mariages fictifs, Jusletter 22 octobre 2007, N 2.

365 Cf. *supra* C.III.2.a.

366 RS 211.231; FF 2003 1192.

367 RO 2005 5685, 5690.

368 Cf. *supra* C.III.2.a.

l'orientation sexuelle et le sexe des parents resteront ainsi des facteurs engendrant des désavantages pour l'enfant dans ce contexte. Les enfants de couples de femmes non mariées, les enfants conçus par don de sperme privé ou par don de sperme à l'étranger, quel que soit le statut des deux mères (mariées ou non), ainsi que les enfants de couples d'hommes nés par maternité de substitution à l'étranger³⁶⁹, continueront à n'avoir qu'un seul parent juridique pendant les deux ou trois premières années de leur vie³⁷⁰. En l'absence de lien de filiation, la partenaire de la mère ou le partenaire du père n'aura aucun droit ou obligation liés à la position de parent juridique. L'enfant n'a dans ce cas aucune créance alimentaire légale à l'égard de son parent social (art. 276 ss CC) et n'appartient pas non plus au cercle des héritiers légaux (art. 457 CC). En cas de prédécès du parent juridique, il n'est pas assuré que l'enfant puisse continuer à vivre avec le parent survivant³⁷¹. En outre, pendant les deux ou trois ans précédant l'adoption, rien ne garantit que les parents vivent toujours ensemble en tant que couple, ni qu'un consensus persiste entre eux sur la réalisation d'une adoption. En l'absence de l'une des conditions légales, notamment le ménage commun au moment de l'adoption (art. 264c al. 2 CC), l'adoption échouera et l'enfant sera dépourvu d'un deuxième lien de filiation³⁷².

Cependant, selon le principe directeur de l'interdiction de toute discrimination de l'enfant dans son interprétation récente par le Comité CDE et la doctrine internationale en la matière, le même sexe et le statut y associé des parents de l'enfant ne doivent pas être le facteur décisif d'une situation juridique inégale et désavantageuse des enfants. Au vu des études empiriques démontrant que le bien de l'enfant ne dépend pas de la constellation familiale ni de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre des parents, mais de la qualité de la relation entre les parents et les enfants³⁷³, ces inégalités de traitement ne sont pas justifiées par des circonstances objectives et raisonnables.

d. Le droit de la filiation comme mesure d'action positive en faveur des enfants de parents transgenres et intersexes

Comme nous l'avons constaté *supra*³⁷⁴, le Comité CDE demande aux États parties de prendre des mesures d'action positive en faveur des enfants vivant dans

369 Cf. cependant l'arrêt du Tribunal fédéral selon lequel l'établissement d'un lien de filiation par le biais de l'adoption suffirait dans cette situation pour satisfaire aux exigences de l'art. 2 CDE: ATF 141 III 312, JdT 2015 II p. 351(trad.), c. 6.4.4 faisant référence à CDE, Obs. fin. Suisse, n° 2–4/2015 (Doc. NU CRC/C/CHE/CO/2–4), par. 46 s.

370 Cf. COTTIER/CREVOISIER (note 235).

371 Cf. PHILIPPE MEIER, Le sort de l'enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental, RDT 2001, p. 61 ss.

372 Cf. ég. RUTH REUSSER, Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, in: Roland Fankhauser/Ruth Reusser/Ivo Schwander (éd.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich/St-Gall 2017, p. 431 ss, p. 439.

373 Cf. *supra* C.III.2.a.

374 D.II.2.

des familles lesbiennes, bisexuelles, gays ou transgenres³⁷⁵. Le Comité CDE entend par „mesures d’action positive“ surtout des activités de sensibilisation visant à combattre et à modifier les attitudes et pratiques discriminatoires à l’égard des enfants en général et des enfants défavorisés et marginalisés en particulier. Ces mesures sont l’expression d’une approche transformative de la discrimination, à l’image de l’approche du Comité CEDEF relative à l’art. 5 let. a CEDEF.

Le droit de la filiation peut également prendre un tel rôle visant la transformation sociétale. L’abolition de la dyade père-mère et l’introduction de rôles parentaux neutres en termes de genre que nous avons proposées *supra*³⁷⁶, aurait un effet positif, non seulement pour les parents transgenres et intersexes, mais également pour leurs enfants. En évitant une catégorisation juridique qui ne correspond en rien à leur réalité familiale, les opportunités pour des pratiques discriminatoires de la part de la société ou des instances étatiques seraient réduites³⁷⁷.

E. Conclusion

En guise de conclusion, nous pouvons constater que les principes d’égalité et de protection contre les discriminations de la CEDEF et de la CDE permettent dans leur combinaison de renforcer l’argument pour un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille (I.) et sans distinctions basées sur le sexe et le genre (II.), qui se soucie de compenser des désavantages engendrés par des dynamiques d’inégalité au niveau sociétal et culturel (III.).

I. Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille

Une partie de la doctrine suisse appelle depuis un certain temps à la réforme du droit de la famille pour le rendre indépendant du statut des membres de la famille³⁷⁸.

Pour le droit de la filiation, une telle réorientation permettrait de régler l’établissement (tout comme les effets) de la filiation sans égard au statut (non marié, marié, en partenariat enregistré) des parents de l’enfant, en se basant sur les critères de l’intention de prendre le rôle de parent³⁷⁹, du lien génétique, du

375 CDE, Obs. fin. Italie, n° 5–6/2019 (Doc. NU CRC/C/ITA/CO/5–6), 15.c.

376 C.III.2.c et D.III.2.d.

377 Cf. ég. BÜCHLER/COTTIER (note 377), p. 887 ss.

378 Cf. notamment INGEBORG SCHWENZER, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen. Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», FamPra.ch 2014, p. 966 ss, p. 1005.

379 Cf. INGEBORG SCHWENZER/MARIEL DIMSEY, Model Family Code: From a global perspective, Anvers/Oxford 2006, p. 91 ss.

lien biologique et du lien psychosocial. L'importance donnée à ces différents éléments est une décision politique basée sur des considérations d'ordre culturel³⁸⁰ et ne peut pas être déduite du principe de la non-discrimination (ni du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, art. 3 CDE).

Pour le *droit réglant les relations de couple*, un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille permettrait de trouver des solutions notamment pour les conséquences juridiques de la dissolution de la relation sans égard au statut des partenaires, et d'améliorer notamment la position de la partie économiquement faible dans les unions libres³⁸¹.

Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille permettrait effectivement d'éviter un grand nombre de discriminations contraires à la CEDEF et la CDE que nous avons identifiées dans le droit suisse en vigueur³⁸².

Sous l'angle de la CEDEF, l'exclusion de la mère de l'enfant, à la différence de son mari, de la *qualité pour agir en désaveu de paternité* dans le contexte de l'établissement de la filiation dans le mariage (art. 256 CC) constitue une discrimination directe sur la base du critère du sexe et de l'état matrimonial (art. 1, art. 16 let. d CEDEF).

Le traitement défavorable des *femmes lesbiennes* par le droit de la famille suisse constitue une discrimination intersectionnelle directe: les couples de femmes sont *de lege lata* exclus de la procréation médicalement assistée (art. 3 al. 3 LPMA), et même si l'ouverture du mariage pour tous les couples est acceptée par le peuple, l'introduction d'une présomption de parentalité de l'épouse de la mère (nouvel art. 255a CC) et de l'accès des couples de femmes mariées au don de sperme, des inégalités de traitement persisteront dans la mesure où la présomption de parentalité ne s'appliquera pas aux couples de femmes mariées qui ont eu recours à un don de sperme à l'étranger ou à un don de sperme privé. A l'intersection du critère du genre et du critère de l'état matrimonial, visé explicitement par l'art. 1 CEDEF, les *femmes vivant dans une relation de facto avec un homme* sont également touchées par une discrimination directe étant donné leur exclusion du don de sperme.

Sous l'angle de la CDE, des inégalités de traitement de l'enfant en raison du statut matrimonial de ses parents non justifiées, et interdites par l'art. 2 par. 2 CDE, existent en lien avec la présomption de paternité dans le mariage: le lien de filiation paternel de l'enfant né hors mariage est en effet moins bien protégé

380 Cf. ANDREA BÜCHLER/ANTONELLA SCHMUCKI, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2020, p. 11 ss, p. 55 ss.

381 Cf. SCHWENZER (note 380), p. 976; INGEBORG SCHWENZER, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 2007, p. 705 ss., p. 712; ANDREA BÜCHLER, Gedanken zum Verhältnis des Rechts zu den verschiedenen Beziehungsarrangements, FamPra.ch 2014, p. 797 ss, p. 799 ss.

382 Cf. *supra* C.III. et D.III.

que le lien de filiation paternel de l'enfant né dans le mariage quand il repose sur une paternité psychosociale et non génétique (cf. art. 260a CC).

La situation des enfants de parents de même sexe sera nettement améliorée par le nouvel art. 255a CC, mais les enfants de couples de femmes non mariées, les enfants conçus par don de sperme privé ou par don de sperme à l'étranger, quel que soit le statut des deux mères (mariées ou non), ainsi que les enfants de couples d'hommes nés par maternité de substitution à l'étranger, continueront à n'avoir qu'un seul parent juridique pendant les deux ou trois premières années de leur vie. Le statut, l'orientation sexuelle et le sexe des parents resteront ainsi des facteurs engendrant des désavantages pour l'enfant, sans être justifiés par des circonstances objectives et raisonnables, notamment au vu des connaissances des sciences-psychosociales.

Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille permettra de remédier à toutes ces discriminations.

II. Un droit de la famille sans distinctions basées sur le sexe et le genre

Une évolution récente du droit de la famille suit la direction d'un droit de la famille «neutre», sans distinctions explicites en termes de sexe et de genre³⁸³. Cette réorientation du droit de la famille et notamment du droit de la filiation permettrait de réaliser le but de la transformation sociétale vers une société libre de toute discrimination demandée par l'art. 5 let. a CEDEF ainsi que l'art. 2 CDE.

L'abolition de la dyade père-mère et l'introduction de rôles parentaux neutres en termes de genre³⁸⁴ que nous proposons, auraient un effet positif pour les parents transgenres et intersexes ainsi que pour leurs enfants, et permettrait de réaliser le but d'une transformation sociétale vers l'acceptation d'une pluralité de formes familiales. Les parents dont l'identité et le corps ne se trouvent pas en conformité avec les normes sociétales concernant le genre et la reproduction, ainsi que leurs enfants, seraient libérés d'une catégorisation juridique qui ne correspond en rien à leur réalité familiale³⁸⁵.

383 Cf. notamment le droit de la famille de la Province Ontario au Canada: All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment), 2016, S.O. 2016, c 23. Cf. ROBERT LECKEY, One Parent, Three Parents: Judges and Ontario's All Families Are Equal Act, 2016, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2019, p. 298 ss; BÜCHLER/COTTIER (note 377), p. 885 ss.

384 *Supra* C.III.2.c. et D.III.2.d.

385 BÜCHLER/COTTIER (note 377), p. 887 ss.

III. Un droit de la famille qui compense les inégalités au niveau sociétal et culturel

La CEDEF et la pratique de son Comité³⁸⁶ nous rappellent finalement la fonction que le droit de la famille remplit en vue de la compensation des inégalités au niveau sociétal et culturel.

Le Comité constate que la famille est l'un des domaines associés à des stéréotypes quant aux rôles genrés, qui ont pour conséquence que les femmes sont considérées comme les principales responsables de la famille et des soins familiaux non rémunérés. Pour remédier aux répercussions économiques désavantageuses de cette répartition des tâches qui touchent, en raison des structures sociétales, majoritairement les femmes, le Comité recommande en premier lieu une approche large, englobant la politique familiale et les structures sociales en général, précisant que «du point de vue des conséquences économiques du mariage et de l'union libre, il faut, pour garantir l'égalité de fait, aborder des questions telles que la discrimination dans les domaines de l'éducation et de l'emploi, la possibilité de concilier contraintes professionnelles et contraintes familiales et les obstacles à l'émancipation économique des femmes que constituent les stéréotypes sexistes et les rôles dévolus à chacun des deux sexes»³⁸⁷.

Le Comité nous rappelle cependant que si cette organisation égalitaire des tâches familiales n'est pas (encore) réalisée, le droit de famille a le rôle de compenser les désavantages touchant plus souvent les femmes que les hommes en mettant «en place un système *de jure* et *de facto* égalitaire, dans lequel les hommes et les femmes partagent à égalité les avantages et les coûts économiques du mariage et de l'union libre et supportent à parts égales les conséquences économiques de la dissolution de ceux-ci»³⁸⁸, notamment en garantissant «la possibilité que l'une des parties paie certains montants après la séparation ou le divorce pour que les situations financières soient égalisées»³⁸⁹. Le droit de la famille suisse ne remplit pas encore cette fonction tant qu'il ne prévoit pas une réglementation satisfaisante pour la dissolution de l'union libre³⁹⁰. Il devra cependant également veiller à ce que cette fonction ne soit pas perdue de vue pour le droit matrimonial et notamment le droit du divorce³⁹¹.

386 Cf. *supra* C.

387 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8.

388 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 8, 9.

389 CEDEF, Rec. gén. n° 29/2013 (Doc. NU CEDAW/C/GC/29), par. 47.

390 Cf. *supra* C.III.2.b.

391 Ce qui semble être le danger de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'entretien après divorce, cf. notamment TF, 5A_104/2018 du 2 février 2021.

Zusammenfassung

Der Beitrag analysiert die Besonderheiten der Garantien der Gleichheit und Nichtdiskriminierung der beiden UN-Menschenrechtsinstrumente, die die Familie und ihre Mitglieder in den Mittelpunkt stellen: das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) und das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK). Eine Analyse im Lichte dieser Garantien, wie sie von den CEDAW- und KRK-Ausschüssen und der Lehre interpretiert werden, zeigt, dass das Schweizer Familienrecht nicht den Anforderungen der CEDAW in Bezug auf die Umsetzung der formellen, materiellen und transformativen Gleichstellung entspricht, und dass es durch die anhaltende Diskriminierung von Kindern aufgrund ihres Status oder des Status ihrer Eltern im Sinne von Art. 2 KRK gekennzeichnet ist. Ein statusunabhängiges und auf Differenzierungen nach Geschlecht verzichtendes Familienrecht, das sich um den Ausgleich von Nachteilen bemüht, die durch Dynamiken der Ungleichheit auf der gesellschaftlichen und kulturellen Ebene verursacht werden, würde es ermöglichen, diese Defizite bei der Umsetzung der Menschenrechte in der Schweizer Rechtsordnung zu beheben.

Résumé

Cette contribution analyse les spécificités des garanties d'égalité et de non-discrimination des deux instruments de protection des droits humains de l'ONU qui positionnent la famille et ses membres au cœur de leur ambition: la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE). L'analyse à la lumière de ces garanties dans leur interprétation des Comités CEDEF et CDE ainsi que de la doctrine, révèle que le droit de la famille suisse n'est pas conforme aux exigences de la CEDEF en matière de mise en œuvre de l'égalité formelle, matérielle et transformative, et qu'il est marqué par la persistance de discriminations de l'enfant en raison de son statut ou de celui de ses parents au sens de l'art. 2 CDE. Un droit de la famille indépendant du statut des membres de la famille et sans distinctions basées sur le sexe et le genre, qui se soucie de compenser des désavantages engendrés par des dynamiques d'inégalité au niveau sociétal et culturel permettrait de remédier à ces lacunes d'implémentation des droits humains dans l'ordre juridique suisse.

Abstract

This contribution analyses the specificities of the equality and non-discrimination guarantees of the two UN human rights instruments that place the family and its members at the heart of their ambition: the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) and the Convention on the Rights of the Child (CRC). An analysis in the light of these guarantees as interpreted by the CEDAW and CRC Committees and the legal literature reveals that Swiss family law does not comply with the requirements of CEDAW in terms of the implementation of formal, substantive and transformative equality, and that it is marked by the persistence of discrimination against children on the basis of their status or that of their parents in the sense of article 2 CRC. A family law that is independent of the status of family members and free of distinctions based on sex and gender, and that is concerned with compensating for disadvantages caused by dynamics of inequality at the societal and cultural level, would make it possible to remedy these shortcomings in the implementation of human rights in the Swiss legal order.



Repenser la discrimination «à raison du sexe» au sens de la loi fédérale sur l'égalité à la lumière de la CEDEF

KARINE LEMPEN*

* Prof. Karine Lempen, professeure de droit du travail à l'Université de Genève. Je suis très reconnaissante à Mme Julie Udry, assistante-doctorante au Département de droit civil, d'avoir relu avec soin le présent texte au fur et à mesure de sa rédaction. Ses recherches, ainsi que celles effectuées par Mme Roxane Hutmacher, assistante-doctorante au sein du même département, m'ont été fort utiles.



Table des matières

A.	Introduction	194
B.	La discrimination au sens de la CEDEF	196
I.	Approche asymétrique	196
II.	Interprétation dynamique	197
1.	Nouvelles thématiques: numérisation, climat, pandémie	197
2.	Du «sexe» au «genre»: vers une analyse non limitée à la comparaison «femme-homme»	198
3.	La discrimination sous forme de violence fondée sur le genre	199
4.	La discrimination multiple	200
5.	La discrimination par association	202
6.	La discrimination fondée sur le refus d'aménagements raisonnables	204
a.	En raison du handicap, par association	204
b.	En raison de la parentalité	206
c.	En raison de l'effet combiné du handicap et du genre	208
7.	Synthèse	208
III.	Trois méthodes pour éliminer les discriminations	210
1.	Interdire la discrimination directe ou indirecte	210
a.	Effet discriminatoire	210
aa.	Analyse quantitative	211
aaa.	Prescriptions de taille à l'embauche: limites de l'approche quantitative	212
bbb.	Prescriptions vestimentaires: limites de l'approche quantitative	213
bb.	Analyse qualitative	213
aaa.	Prescriptions de taille à l'embauche	214
bbb.	Prescriptions vestimentaires	215
b.	Absence de justification objective	216
2.	Réaliser l'égalité de fait via des mesures temporaires spéciales	218
a.	Rééquilibrage indispensable	218
b.	Dans la sphère professionnelle	219
3.	Lutter contre les stéréotypes de genre	220
a.	Stéréotypes nocifs	220
aa.	La jurisprudence du Comité CEDEF (art. 5 CEDEF)	221
bb.	La jurisprudence de la CourEDH (art. 5 CEDEF)	222
b.	Stéréotypes nocifs pour les femmes et les hommes	223
c.	Stéréotypes liés à l'apparence physique et à l'expression de genre	224
aa.	Codes vestimentaires et idéaux de beauté	225
bb.	Transgression des normes de genre	226
d.	Stéréotypes de genre et orientation sexuelle	227
e.	Stéréotypes de genre au sens large	229
4.	Synthèse	230
C.	La discrimination au sens de la loi sur l'égalité (LEg)	232
I.	Généralités	232
II.	Ancrage constitutionnel: art. 8 Cst.	233
1.	Portée symétrique ou asymétrique	233
2.	Notion de «sexe»	234
3.	Trois méthodes pour réaliser l'égalité	235
4.	Articulation des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst.	237

III. Champ d'application de la LEG	238
1. Rapports de travail salariés	238
2. Discrimination fondée sur le genre	239
3. Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle?	241
IV. Le concept de discrimination dans la jurisprudence LEG	243
1. Généralités	243
2. Embauche	244
a. Lutte contre les stéréotypes de genre	244
b. Mesures temporaires spéciales, quotas	245
3. Rémunération	247
a. La conception traditionnelle	247
b. Au-delà de la seule comparaison femmes-hommes	248
c. Lutte contre les stéréotypes	250
4. Licenciement	250
5. Harcèlement sexuel	252
a. Au-delà de la comparaison femmes-hommes: l'atteinte à la dignité	252
b. Propos sexuels ou sur l'orientation sexuelle	252
c. Propos hostiles fondés sur le sexe, non sexuels stricto sensu	253
D. Conclusion	254
Bibliographie	260
Rapports et autres sources	273
Recommandations et observations générales des comités onusiens	274

A. Introduction

Depuis un quart de siècle, la loi fédérale sur l'égalité¹ interdit la discrimination «à raison du sexe» (art. 3 LEG) dans les rapports de travail salariés. Les résultats des analyses relatives à son efficacité sont mitigés. Si quelques grands procès ont eu pour effet d'améliorer la classification de métiers dits féminins dans les échelles de traitement communales ou cantonales², la majorité des procédures intentées sur la base de la LEG se sont soldées par un échec pour la partie salariée³.

La nouvelle section de la LEG obligeant la partie employeuse à analyser régulièrement sa pratique salariale et à faire vérifier les résultats par un organe indépendant s'inscrit dans les efforts déployés pour rendre la loi plus efficace⁴. Les recommandations formulées jusqu'à ce jour visent avant tout à améliorer

1 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEG), RS 151.1.

2 Rapport du Conseil fédéral relatif à l'évaluation de l'efficacité de la loi sur l'égalité en exécution de la motion Vreni Hubmann 02.3142, transmise par le Conseil national sous forme de postulat le 21 juin 2002, du 15 février 2006, FF 2006 3061, 3088.

3 Sur 165 jugements cantonaux, 103 (62,5%) ont eu une issue entièrement ou majoritairement défavorable à la partie employée (LEMPEN/VOLODER, Analyse 2017, ch. 4.35). De même, devant le Tribunal fédéral, l'issue de la procédure s'avère défavorable à la partie salariée dans environ deux tiers des cas (LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.38).

4 Section 4a introduite par le ch. I de la LF du 14 décembre 2018, en vigueur du 1^{er} juillet 2020 au 30 juin 2032 (RO 2019 2815; FF 2017 5169).

l'accès à la justice des personnes discriminées et portent notamment sur la preuve, le droit d'action des organisations ou les frais et dépens. Un renforcement de la protection contre les licenciements, une élévation du plafond prévu pour les indemnités et l'introduction de contrôles étatiques sont en outre préconisés⁵.

Peu d'attention est en revanche accordée à la notion même de discrimination «à raison du sexe». Les rapports relatifs à l'efficacité de la LEg évoquent la nécessité de former les juristes aux concepts de discrimination «indirecte» ou «multiple» et de les sensibiliser aux «stéréotypes sexistes»⁶, sans pour autant tracer les contours de ces notions avec précision. La présente contribution vise à expliciter ces concepts, à explorer le potentiel de figures moins connues du droit antidiscriminatoire, comme la discrimination «par association», et à préciser la portée de l'interdiction de discriminer fondée sur le «sexe». L'objectif n'est pas de proposer l'abolition de cette catégorie⁷, à laquelle sont rattachés les droits prévus par la LEg, mais d'esquisser des pistes pour repenser son interprétation⁸.

L'analyse des évolutions jurisprudentielles récentes ou souhaitables en matière de LEg s'effectue à la lumière de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF)⁹. En effet, indépendamment de la question de la justiciabilité des droits prévus par ses dispositions, les tribunaux suisses sont tenus d'interpréter le droit interne de manière conforme à cette convention¹⁰, ratifiée par la Suisse en 1997, un an après l'entrée en vigueur de la LEg.

La première partie de cette contribution (B.) présente la notion de discrimination au sens de l'art. 1^{er} CEDEF. L'accent est mis sur l'interprétation dynamique que fait le Comité CEDEF de cette disposition. Le Comité CEDEF n'œuvrant pas en vase clos, la présentation de son travail interprétatif est ponctuée de références aux jurisprudences d'autres comités onusiens, de la CourEDH, de la CJUE et de la Cour Suprême des Etats-Unis. La seconde partie (C.) est consacrée à l'interdiction de discriminer prévue par la LEg et analyse la jurisprudence y relative à la lumière de la CEDEF. Là encore, l'argumentation

5 Voir notamment le Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Naef 12.343 du 14 juin 2012, «Le droit à la protection contre la discrimination», du 25 mai 2016, c. 2.2.1.

6 HAUSAMMANN/DE PIETRO, p. 42; LEMPEN/VOLODER, Analyse 2017, Recommandation n° 6 et Analyse 2021, Recommandation n° 3.

7 Sur l'approche «anti-catégorielle» du droit et la suppression du critère «sexe», voir BÜCHLER/COTTIER, p. 416–419 avec les références.

8 A juste titre, KLEBER (p. 365) relève que la solution aux problèmes posés par les catégories du droit antidiscriminatoire ne réside pas dans l'abandon de celles-ci mais dans le questionnement de leur construction.

9 Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par la Suisse le 27 mars 1997, RS 0.108.

10 Voir l'ATF 137 I 305, c. 3.2 avec les références.

s'appuie sur les droits européen et états-unien, sources d'inspiration lors de l'élaboration de la LEG¹¹.

Alors que la CEDEF touche tous les domaines de la vie, notre étude se limite aux rapports de travail, seuls couverts par le champ d'application de la LEG¹². Elaborées sur la base d'exemples relatifs au monde professionnel, nos réflexions sur le concept de discrimination devraient, nous l'espérons, susciter l'intérêt au sein du cercle des spécialistes du droit du travail, et au-delà.

B. La discrimination au sens de la CEDEF

I. Approche asymétrique

Au niveau des Nations Unies, divers traités ratifiés par la Suisse prohibent la discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi. A titre d'illustration, on peut citer les normes de l'Organisation internationale du Travail (OIT), notamment les Conventions n° 100¹³, 111¹⁴, 183¹⁵ et 189¹⁶, ou le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I)¹⁷. Alors que ce dernier consacre le droit égal de «l'homme et la femme» à bénéficier des droits énumérés dans le Pacte (art. 3), le Comité des droits économiques sociaux et culturels (CDESC) souligne la nécessité, en pratique, d'accorder une attention particulière au groupe social principalement concerné par les discriminations fondées sur le sexe, à savoir les femmes¹⁸. De même, malgré la conception symétrique du principe de non-discrimination formulé dans les conventions de l'OIT, les travaux réalisés sous l'égide de cette organisation mettent l'accent sur le droit des femmes à ne pas être discriminées en raison du sexe dans le monde du travail¹⁹.

11 Voir le Message LEG, FF 1993 I 1163 expliquant que le projet de loi vise à rendre le droit suisse compatible avec le droit communautaire. En outre, la section relative au droit comparé accorde une place importante au droit en vigueur aux Etats-Unis, ce pays étant au bénéfice d'une «longue tradition jurisprudentielle sur les discriminations sexuelles» (FF 1993 I 1163, 1192).

12 Voir *infra* C. III. 1.

13 Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS 0.822.720.0).

14 Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1), art. 1.

15 Convention n° 183 du 15 juin 2000 sur la protection de la maternité (RS 0.822.738.3), art. 8 et 9.

16 Convention n° 189 du 16 juin 2011 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (RS 0.822.728.9), art. 3 § 2 et art. 11.

17 Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques sociaux et culturels (RS 0.103.1), art. 2 § 2 et art. 3.

18 CDESC, Obs. gén. n° 16/2005 (Doc. NU E.C.12/2005/4), § 5 et 8; CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 8b; CDESC, Obs. gén. n° 23/2016 (Doc. NU E/C.12/GC/23), notamment § 47. Voir aussi K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 31.

19 Parmi de très nombreux exemples, voir le Rapport de la Commission mondiale sur l'avenir du travail de l'OIT, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, janvier 2019, p. 34–36, ou une note de

Complémentaire à ces instruments universels²⁰, la CEDEF va plus loin dans la prise en considération de la réalité asymétrique de la discrimination fondée sur le sexe en limitant d'emblée son champ d'application aux discriminations vécues par les femmes²¹, notamment dans le domaine de l'emploi²².

II. Interprétation dynamique

1. Nouvelles thématiques: numérisation, climat, pandémie

L'art. 2 CEDEF demande aux Etats de condamner la discrimination à l'égard des femmes «sous toutes ses formes», y compris celles qui n'existaient pas au moment de l'adoption du texte et qui sont apparues depuis lors²³. Ainsi, la portée de la convention évolue au fil des années²⁴ et le Comité CEDEF analyse, dans ses récents travaux, l'impact de phénomènes au cœur des préoccupations actuelles, tels que les changements climatiques²⁵, la numérisation de la société²⁶ ou la propagation mondiale d'une nouvelle maladie²⁷. Par exemple, eu égard à la formation et au libre choix de la profession²⁸, le Comité CEDEF demande aux Etats de favoriser l'accès des femmes et des filles aux nouvelles technologies²⁹. En même temps, il souligne la nécessité de lutter contre des formes contemporaines de violences via Internet³⁰, dont la fréquence s'accroît en temps de pandémie³¹.

synthèse publiée par l'OIT en mai 2020, dont le titre reflète une approche asymétrique: *Répondre à la crise du COVID-19: réaliser l'égalité de genre pour améliorer l'avenir des femmes au travail*.

20 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 3; C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 6–8; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 7–11.

21 Voir CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 5. C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 24 souligne le pragmatisme de cette approche.

22 Voir les art. 1 et 11 CEDEF.

23 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 8 et 15; CEDEF, Rec. gén. 37/2018 (Doc. NU CEDAW/C/GC/37), § 31. Dès lors, comme relevé par SCHIESS RÜTIMANN, p. 179, il ne suffit pas que le droit national ait été conforme à la CEDEF au moment de sa ratification par l'Etat concerné.

24 C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 15; K/CEDAW-STURM/SCHLÄPPI/KÜNZLI, Art. 3 N 2, 5.

25 CEDEF, Rec. gén. 37/2018 (Doc. NU CEDAW/C/GC/37).

26 Au sujet de la discrimination par algorithmes, voir *infra* B. III. 1. aaa.

27 Voir p.ex. CEDEF, *Guidance Note on CEDAW and Covid-19* (INT_CEDAW_STA_9156_E).

28 Art. 10 et art. 11 § 1 let. c CEDEF.

29 CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/36), § 33–35, 61, 81. Voir aussi C/CEDEF-WILSON/PATRY, art. 10 N 18; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 44 avec les références aux Observations finales.

30 CEDEF, Rec. gén. 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), § 20.

31 Voir CEDEF, Rec. gén. 38/2020 (Doc. NU CEDAW/C/GC/38), § 36–37 relatifs à l'impact des technologies numériques sur la traite des femmes et des filles, en particulier durant la pandémie de COVID-19.

2. *Du «sexe» au «genre»: vers une analyse non limitée à la comparaison «femme-homme»*

La CEDEF «est un instrument dynamique qui contribue et s'adapte au développement du droit international»³². A son tour, le droit international s'inspire des théories féministes du droit et suit leurs évolutions³³.

Ainsi, il y a une dizaine d'années, le Comité CEDEF a précisé que, bien que la Convention ne mentionne «que la discrimination fondée sur le sexe, la lecture de l'article premier en parallèle avec les articles 2f) et 5a) montre qu'elle se rapporte également à la discrimination à l'égard des femmes fondée sur le genre». Selon le Comité, le terme «sexe» désigne les «différences biologiques entre l'homme et la femme», alors que le mot «genre» renvoie à la signification «que la société donne aux différences biologiques», construction sociale qui «engendre des rapports hiérarchiques entre femmes et hommes» et une répartition inégale «du pouvoir et des droits», au détriment des premières³⁴. Les dispositions susmentionnées obligent en effet les Etats parties à prendre toutes les mesures propres à modifier les pratiques fondées «sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes» (art. 5a CEDEF), y compris lorsqu'elles émanent d'individus ou organisations privées³⁵. Dès lors, les Etats sont par exemple tenus de condamner la pratique entrepreneuriale consistant à ne pas retenir la candidature d'une jeune femme sur la base du présupposé selon lequel la travailleuse deviendra prochainement mère et se désinvestira certainement de la sphère professionnelle³⁶.

S'intéressant aux racines de la discrimination à l'égard des femmes, l'art. 5b CEDEF rappelle que «la maternité est une fonction sociale» et souligne «la responsabilité commune de l'homme et de la femme» dans l'éducation des enfants. L'art. 11 § 2 let. c CEDEF requiert des Etats qu'ils mettent en place un cadre habilitant les *parents* à trouver un équilibre entre vies professionnelle et familiale, notamment via le soutien au développement de structures d'accueil ou l'instauration d'un congé de paternité³⁷.

32 CEDEF, Rec. gén. n° 32/2014 (Doc. NU CEDAW/C/GC/32), § 2. Voir aussi: CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 2; CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 3; C/CEDEF-CHATTON, art. 3 N 11.

33 Voir notamment CHARLESWORTH/CHINKIN/WRIGHT, p. 613–645; KNOP, p. 1–12; RUDOLF, p. 5–10; VON ARNAULD, p. 13–45.

34 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 5; CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 8. La dichotomie sexe (biologique)/genre (social) sur laquelle se fonde le Comité CEDEF est toutefois critiquable eu égard aux travaux menés en sciences sociales (sur l'intersexualité, p.ex.) montrant que le sexe biologique est aussi une construction sociale. Parmi d'autres: PARINI, p. 25–29; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 22–23; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 10, 46.

35 Voir l'art. art. 2 let. e et f CEDEF.

36 CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 20; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 32; K/CEDAW-HOLTZLEITHNER, Art. 5 N 23.

37 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 94–98 et *infra* B. III. 3. b.

Ainsi, l'art. 11 CEDEF, lu conjointement avec l'art. 5 CEDEF, ne se limite pas à garantir aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes dans le domaine de l'emploi mais vise, de façon plus fondamentale, une modification des rôles sociaux³⁸. Alors que le premier paragraphe de l'article 11 demande aux Etats de prendre toutes les mesures propres à assurer aux femmes le droit au travail «sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme», le deuxième paragraphe sort de la logique de la comparaison avec une personne du sexe opposé et met l'accent sur la discrimination vécue par les femmes dans le monde du travail *en raison de* leur statut d'épouse ou de (potentielle) mère³⁹. L'article premier de la CEDEF interdit explicitement la discrimination fondée sur l'état civil (ou «statut matrimonial»)⁴⁰ et partant les différences de traitement *entre femmes mariées et femmes non mariées*, qui trouvent leur origine dans une conception stéréotypée des rôles féminin et masculin⁴¹.

3. *La discrimination sous forme de violence fondée sur le genre*

Au début des années nonante, une étape importante a été franchie dans le processus d'interprétation de la «discrimination à l'égard des femmes» au sens de la CEDEF. Dans une Recommandation générale n° 19, le Comité CEDEF a précisé que «la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme» entre dans le champ d'application de la Convention⁴². Une version complétée et actualisée de cette Recommandation utilise l'expression «violence à l'égard des femmes fondée sur le genre» afin de mettre en évidence que cette violence vise ces dernières en tant que groupe social et représente un des principaux moyens de perpétuer «la subordination des femmes par rapport aux hommes et leurs rôles stéréotypés»⁴³. La violence fondée sur le genre est considérée à la fois comme une cause et une conséquence des inégalités entre femmes et hommes⁴⁴. Au niveau du Conseil de l'Europe, la Convention d'Istanbul, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2018, définit d'emblée la «violence à l'égard des femmes» comme une forme de discrimination⁴⁵. Selon cette

38 Sur l'approche transformative de la CEDEF, voir aussi *infra* B. III. 3.

39 Voir RADAY, p. 284; K/CEDAW-BINDER/LEMPEN, Art. 11 N 6–8.

40 Voir aussi l'art. 16 CEDEF.

41 Dans ce sens: K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 58–59; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 37.

42 CEDEF, Rec. gén. n° 19/1992 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)), § 6. Voir aussi CEDEF, Rec. gén. n° 12/1989 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)); CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 19.

43 CEDEF, Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), §§ 9–10. Développée en particulier par MAC KINNON à la fin des années 1970 aux Etats-Unis, la théorie de la subordination a durablement influencé la conception du harcèlement sexuel sur le lieu de travail comme discrimination fondée sur le sexe (voir MAC KINNON, *Sexual Harassment*, p. 101–213). Pour un résumé de la théorie et des discussions à son sujet, voir LEMPEN, *Au-delà du mobbing*, p. 151–155.

44 Voir notamment C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 45–48; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 39.

45 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 (RS.0.311.35), art. 3 let. a.

convention, dont le préambule se réfère à la CEDEF, «le terme «violence à l'égard des femmes fondée sur le genre» désigne toute violence faite à l'égard d'une femme parce qu'elle est une femme ou affectant les femmes de manière disproportionnée»⁴⁶.

Le harcèlement sexuel dans les relations de travail constitue un exemple classique de violence fondée sur le genre, comme le souligne la Convention OIT n° 190, dont le champ d'application couvre la violence et le harcèlement commis «à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail», notamment via les médias sociaux⁴⁷. Bien que ce nouvel instrument, à l'instar des conventions précitées, reconnaisse que «la violence et le harcèlement fondés sur le genre touchent de manière disproportionnée les femmes et les filles» à l'échelle mondiale⁴⁸, cette forme de discrimination ne présuppose pas, dans un cas concret, qu'une comparaison⁴⁹ soit opérée entre le nombre de femmes et d'hommes harcelés au sein de la même entité employeuse. La démonstration qu'une personne a été harcelée «en raison de son sexe ou de son genre»⁵⁰ suffit. L'établissement du lien de causalité implique de se demander si la personne concernée aurait été harcelée si elle avait été d'un autre genre. Autrement dit, comme en matière de licenciement abusif ou discriminatoire⁵¹, il convient de déterminer si, en l'absence du critère «femme», le traitement aurait tout de même été infligé, sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une comparaison avec une personne du sexe opposé sur le lieu de travail concerné. Le droit de l'Union européenne définit le harcèlement comme une forme spécifique de discrimination, ne présupposant aucune comparaison avec les «personnes d'un autre sexe»⁵². Nous verrons qu'il en va de même en droit suisse⁵³.

4. *La discrimination multiple*

La notion de discrimination multiple trouve son origine dans la critique raciale féministe (*Black Feminist Critique*) du droit antidiscriminatoire, développée dans les années 1980 en Amérique du Nord⁵⁴. Dès les années 1990, le terme est utilisé au niveau des Nations Unies pour décrire les discriminations fondées

46 Art. 3 let. d Convention d'Istanbul.

47 Convention OIT n° 190 du 21 juin 2019 sur la violence et le harcèlement dans le monde du travail, art. 3. Voir *infra* C. III. 1.

48 Voir le préambule de la Convention OIT n° 190.

49 Voir KLEBER, p. 391–392; TOBLER, Diskriminierungsbegriff, p. 45.

50 Art. 1 let. b Convention OIT n° 190.

51 Parmi d'autres: CS/CIT-DUNAND, art. 336 CO N 3, 7–8, 16–17.

52 Comparez les définitions de la «discrimination indirecte» et du «harcèlement» consacrées par l'art. 2 de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), L 204/23.

53 Voir l'art. 4 LEg et *infra* C. IV. 5.

54 Voir KLEBER, p. 19–25 qui se réfère à la théorie de l'intersectionnalité développée par CRENSHAW et présente les critiques adressées à cette théorie, notamment celle selon laquelle le fait de

sur plusieurs critères⁵⁵. Le Comité CEDEF explique que la «discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique⁵⁶, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles»⁵⁷.

Dans le contexte de la lutte contre la pandémie de COVID-19, le Comité CEDEF enjoint les Etats à atténuer les effets de la crise économique sur les groupes de femmes confrontées à un risque accru de pauvreté, notamment celles employées selon des modalités précaires, avec une faible rémunération ou actives dans le secteur informel⁵⁸, dont un grand nombre de travailleuses domestiques⁵⁹. De façon générale, le Comité s'inquiète de l'accès limité au marché du travail des femmes confrontées à des «formes multiples et croisées de discrimination», notamment les travailleuses migrantes⁶⁰, âgées⁶¹ ou en situation de handicap⁶².

Au sujet de ce dernier critère, il est intéressant de noter que la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)⁶³, adoptée quinze ans après la Recommandation générale du Comité CEDEF sur les «femmes handicapées»⁶⁴, traite explicitement de la discrimination multiple en consacrant une disposition à ces dernières⁶⁵. Le Comité CDPH explique que les «femmes handicapées» sont davantage discriminées par rapport à la fois aux hommes handicapés et aux femmes non handicapées⁶⁶. En outre, ce groupe est loin d'être homogène et inclut des femmes de différentes origines ethniques, pratiquant

croiser les catégories permet certes de montrer leur interaction mais se prête mal à leur remise en question. Voir CONAGHAN, p. 333.

55 Voir KLEBER, p. 25–28.

56 Voir CEDEF, L. A. *et al.* c. Macédoine du Nord (Doc. NU CEDAW/C/75/D/110/2016); CEDEF, S.N., E.R. c. Macédoine du Nord (Doc. NU CEDAW/C/75/D/107/2016).

57 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 18. Voir aussi: CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 12; KLEBER, p. 91–93; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 30; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 49–51.

58 CEDEF, *Guidance Note on CEDAW and Covid-19* (INT_CEDAW_STA_9156_E), § 6–7. Voir aussi CDESC, Déclaration sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels (Doc. NU E./C.12/2020/1), § 5, qui mentionne en outre la vulnérabilité particulière du personnel soignant.

59 Le Comité CEDEF recommande de ratifier la Convention OIT n° 189 du 16 juin 2011 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques (RS 0.822.728.9) et de faciliter l'accès des femmes au secteur structuré de l'économie. Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 23–27 avec les références aux Observations finales du Comité.

60 CEDEF, Rec. gén. n° 26/2008 (Doc. NU CEDAW/C/2009/WP.1/R).

61 CEDEF, Rec. gén. n° 27/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/27), § 41.

62 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 34–40 avec les références aux Observations finales.

63 Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014 (CDPH, RS 0.109).

64 CEDEF, Rec. gén. n° 18/1991 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)). Voir aussi: CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/G/GC/36), §§ 43–44 (étudiantes handicapées).

65 Voir l'art. 6 CDPH à lire conjointement avec l'art. 27 CDPH (droit au travail). Voir aussi CDPH, Rec. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), §§ 19, 21, 36; KLEBER, p. 98–99 et *infra* B. III. 3. c. (stéréotypes intersectionnels).

66 CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 9.

diverses religions et de toutes orientations sexuelles, pour ne citer que ces exemples⁶⁷.

Depuis 2010⁶⁸, le Comité CEDEF se préoccupe des difficultés spécifiques rencontrées par les femmes du fait de leur orientation sexuelle ou identité de genre⁶⁹, notamment en lien avec le droit à l'éducation⁷⁰ ou le droit au travail⁷¹. Au fil du temps, la notion de «femmes» a donc évolué de façon à inclure⁷², notamment, les femmes «lesbiennes, bisexuelles, transgenres ou intersexuées», particulièrement touchées par les violences fondées sur le genre⁷³. Nous examinerons plus loin la question de savoir si une interprétation dynamique de la CEDEF requiert d'étendre son champ d'application à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, non pas seulement sous l'angle de la discrimination multiple vécue par les femmes, mais *en tant que telle*, indépendamment d'une comparaison entre femmes et hommes⁷⁴.

5. *La discrimination par association*

Le Comité CDESC explique «la discrimination par association» de la façon suivante: «Lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est victime de discrimination fondée sur l'un ou plusieurs des motifs interdits, cette identification, sauf justification contraire, est fondée sur l'auto-identification de l'individu concerné. L'appartenance à un groupe inclut aussi l'association à un groupe victime de discrimination pour l'un ou plusieurs des motifs interdits – cas d'un parent d'enfant handicapé⁷⁵, par exemple – ou le fait d'être perçu par autrui comme appartenant à un groupe (par exemple, personne ayant la même couleur de peau ou défendant les droits d'un groupe particulier ou ayant appartenu à un groupe par le passé)»⁷⁶. Ainsi, une personne licenciée pour avoir pris part à une manifestation en faveur de la communauté lesbienne, gay et bisexuelle est en

67 Voir CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 5.

68 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 18.

69 Indépendamment du sexe assigné à la naissance, une personne peut avoir le sentiment d'appartenir au genre féminin ou masculin ou de ne se reconnaître dans aucun de ces deux pôles.

70 CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/G/GC/36), § 45–46 (étudiantes bisexuelles, transgenres et intersexuées).

71 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 35.

72 C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 40. Voir aussi: K/CEDAW-SCHLÄPPI/WYTENBACH/ULRICH, Teil 1 N 31–32; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 47–48; SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 89.

73 CEDEF, Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), § 12, 29c. Voir aussi HOLTMAAT/POST, p. 327–330; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 60 avec les réf. aux Observations finales du Comité CEDEF sur les violences homophobes et transphobes.

74 *Infra* B. III. 3. d.

75 Le Comité CPDH précise que l'interdiction de toute discrimination «fondée sur le handicap» vise à protéger les personnes handicapées et leur entourage. Voir CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), § 17, 20.

76 CDESC, Rec. gén. n° 20/20009 (Doc. NU E./C/12/GC/20), § 16.

droit d'invoquer une discrimination par association fondée sur l'homosexualité ou la bisexualité, quelle que soit sa propre orientation sexuelle⁷⁷.

La discrimination par association est un concept connu du droit européen en matière de non-discrimination⁷⁸. Dans un arrêt *Coleman*⁷⁹, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une travailleuse stigmatisée sur son lieu de travail en raison du handicap de son fils avait subi, par association, une discrimination directe⁸⁰ et un harcèlement fondé sur le handicap au sens de la directive 2000/78/CE⁸¹. L'arrêt ne précise pas si une discrimination par association pourrait être retenue dans l'hypothèse où la personne en situation de handicap n'aurait pas été l'enfant de la travailleuse mais un autre parent ou un ami proche auquel la salariée prodiguerait au quotidien les soins nécessaires⁸². La question de savoir si la travailleuse avait en outre été discriminée sur la base de la maternité, en violation de la directive 2006/54/CE relative à l'égalité entre femmes et hommes⁸³, n'a pas davantage été examinée⁸⁴.

Récemment, le Comité CEDEF a constaté⁸⁵ une violation des art. 3 et 11 CEDEF⁸⁶ dans une affaire concernant une retraitée dont la rente de vieillesse avait été fixée sans inclure dans la période de cotisation une partie des années consacrées à la prise en charge d'un enfant gravement handicapé. Au niveau national, l'auteur de la plainte avait notamment invoqué une discrimination fondée sur son association avec sa fille en situation de grave handicap. Le Comité CEDEF prend en considération cette discrimination par association dans le cadre de son analyse de la discrimination multiple⁸⁷. En effet, le Comité note «que

77 Comme jugé par le Tribunal de district de Varsovie, V CA 3611/14, le 18 novembre 2015. Arrêt résumé in Agence FRA, p. 57–58.

78 Voir Agence FRA, p. 56–58, qui se réfère à l'arrêt CourEDH, *Guberina c. Croatie* du 22 mars 2016, n° 23682/13, § 79, où la Cour conclut que «le traitement discriminatoire dont le requérant se plaint à raison du handicap de son enfant, avec lequel il entretient des liens personnels étroits et auquel il prodigue des soins s'analyse en une forme de discrimination fondée sur le handicap qui est couverte par l'article 14 de la Convention».

79 Arrêt CJCE, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, aff. C-303/06, du 17 juillet 2008, résumé notamment par KLEBER, p. 344; WADDINGTON/BRODERICK, p. 74–75.

80 La possibilité d'une discrimination *indirecte*, par association, a été admise dans un arrêt CJUE du 16 juillet 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, aff. C-83/14, § 45–60, afférent au critère de «l'origine ethnique» au sens de la directive 2000/43/CE (réf. complète). Voir WADDINGTON/BRODERICK, p. 51, 75–76.

81 Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOCE L 303 du 2 décembre 2000 p. 0016–0022, § 2.

82 Voir VENTEGODT LIISBERG, p. 100–101; LEMPEN, Handicap, p. 125–127.

83 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), L 204/23.

84 Comme le relève BURRI/SCHIEK, p. 8; KLEBER, p. 306 n. 1243.

85 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016).

86 En particulier, l'art. 11 § 1 let. e (accès au système de sécurité sociale) et § 2 let. c (équilibre entre responsabilités familiales et professionnelles) CEDEF.

87 Sur cette notion, voir *supra* B. II. 4.

l’auteure est une personne âgée qui se trouve dans une situation économique critique après avoir pris soin de sa fille gravement handicapée (et aujourd’hui décédée) pendant 20 ans et que la conjonction des motifs de discrimination invoqués, le sexe et son association avec un enfant handicapé, la rend particulièrement vulnérable à la discrimination [...]»⁸⁸. Ainsi, le Comité CEDEF semble avoir reconnu l’existence d’une discrimination fondée sur le sexe⁸⁹, sur l’âge et – par association – sur le handicap. En l’espèce, une violation de la CDPH⁹⁰, en sus de la CEDEF, ne paraît pas avoir été invoquée et n’aurait probablement pas été examinée, faute de compétence matérielle⁹¹. Dans son Observation générale sur les femmes et les filles handicapées, le Comité CDPH relève que les femmes pourvoyeuses de soins à une personne handicapée subissent souvent une discrimination par association⁹².

6. *La discrimination fondée sur le refus d’aménagements raisonnables*

a. *En raison du handicap, par association*

La reconnaissance d’une discrimination par association fondée sur le handicap dans des litiges concernant des mères se trouvant dans une situation financière précaire après avoir dû cesser ou réduire une activité lucrative pour s’occuper «de leurs enfants handicapés dans une société qui attribue traditionnellement aux femmes la responsabilité des soins»⁹³, pose la question de savoir si ces dernières seraient fondées à se prévaloir, par association, du droit à des aménagements raisonnables au sens de la CDPH ou de la directive 2000/78/CE.

Rappelons que la CDPH qualifie de discrimination fondée sur le handicap le refus de procéder à des «aménagements raisonnables»⁹⁴, notamment dans le domaine de l’emploi⁹⁵. Pour être qualifiés de «raisonnables», les adaptations doivent être «nécessaires et appropriées», au regard des besoins individuels⁹⁶

88 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.11.

89 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.15-7.16.

90 Pourtant ratifiée en 2010 par la République de Moldavie.

91 Voir C/CEDEF-RUEDIN, art. 1 PF-CEDEF, N 7. Voir aussi art. 4 § 2 let. b PF-CEDEF. Un tel «cloisonnement procédural» se prête mal à une réparation adéquate du préjudice lié à une discrimination multiple: voir PREVITALI, p. 201–202.

92 CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 17c.

93 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.16. Voir les explications données au chiffre précédent.

94 Art. 2 § 3, 5 § 3. Voir CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), § 17 et 18c; CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 14–15.

95 En particulier, la lettre i de l’art. 27 § 1 CDPH demande aux Etats partie de prendre les mesures appropriées pour «faire en sorte que des aménagements raisonnables soient apportés aux lieux de travail en faveur des personnes handicapées». Voir CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), § 23, 67. Voir aussi HESS-KLEIN, *Cadre conventionnel*, p. 44; LEMPEN, *Handicap*, p. 134–135 avec les références.

96 Alors que les mesures positives bénéficient à un groupe, afin de changer la réalité sociale, l’aménagement raisonnable vise avant tout à répondre *ex nunc* aux besoins spécifiques d’un in-

dans une situation concrète, et ne pas imposer une «charge disproportionnée ou indue» à la partie employeuse⁹⁷.

Au niveau de l'Union européenne, la directive 2000/78/CE consacre un véritable droit⁹⁸ à des «aménagement raisonnables» dans les rapports de travail uniquement en lien avec le critère du handicap⁹⁹. Selon le préambule de la directive, il convient de prévoir des «mesures efficaces et pratiques destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap»¹⁰⁰, par exemple en mettant à disposition un local agencé pour l'allaitement et accessible aux mères handicapées¹⁰¹. En pareil cas, l'aménagement prend en considération à la fois le handicap et la maternité¹⁰². Il peut aussi s'agir d'adapter les «équipements» (p.ex. informatiques), les «tâches» ou les «rythmes de travail»¹⁰³.

Dès lors, dans l'arrêt susmentionné *Coleman c. Attridge Law*¹⁰⁴, la travailleuse aurait-elle été fondée à se prévaloir d'un droit à ce que ses horaires soient aménagés de façon à faciliter la prise en charge de son enfant en situation de handicap? La Cour de justice de l'Union européenne répond par la négative au motif que le texte de l'art. 5 de la directive 2000/78/CE relatif aux aménagements raisonnables indique que seule une «personne handicapée» est légitimée à invoquer cette disposition¹⁰⁵. En principe, rien n'empêche toutefois les salariées dans une situation similaire à celle de Mme Coleman de solliciter des aménagements raisonnables en raison de leur *propre* situation de mère, proche aidante¹⁰⁶, sans obligation cependant pour la partie employeuse d'accéder à leur requête, comme exposé dans les lignes qui suivent.

dividu (CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 [Doc. NU CRPD/C/GC/6]), sans forcément remettre en question la norme. Voir KLEBER, p. 401 avec les références.

97 Voir la définition donnée à l'art. 2 § 4 CDPH. Sur le caractère «raisonnable»: CDPH, Obs. gén. n° 6/2018 (Doc. NU CRPD/C/GC/6), § 25a/b; WADDINGTON/BRODERICK, p. 70, 72; VENTEGODT LISBERG, p. 109–111.

98 Contrairement à l'art. 2 CDPH, l'art. 5 directive 2000/78/CE ne définit pas la violation de ce droit comme une discrimination: WADDINGTON/BRODERICK, p. 69, 71. VENTEGODT LISBERG, p. 112–115 propose d'analyser le refus d'aménagements raisonnables comme une forme *sui generis* de discrimination. Du même avis: PÄRLI, *Vertragsfreiheit*, N 1209.

99 Bien que cette directive couvre aussi d'autres critères, dont la religion, à propos de laquelle la notion d'aménagements raisonnables a été initialement développée en Amérique du Nord. Voir WADDINGTON, p. 189–190; BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, p. 139–150.

100 Préambule, chiffre 20.

101 CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 15.

102 Voir WADDINGTON, p. 198.

103 Préambule, chiffre 20. En Suisse, pour le personnel de la Confédération, voir la liste figurant à l'art. 12 OHand (Ordonnance sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 19 novembre 2003, RS 151.31). Pour le secteur privé, voir les art. 328 CO et art. 6 LTr. Voir aussi: SCHEFER/HESS-KLEIN, p. 97, 100; LEMPEN, *Handicap*, p. 140, 144–146.

104 Arrêt CJCE, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, aff. C-303/06, du 17 juillet 2008.

105 Arrêt CJCE, *S. Coleman c. Attridge Law, Steve Law*, aff. C-303/06, du 17 juillet 2008, § 39. WADDINGTON/BRODERICK, p. 73, 76 jugent cette interprétation non conforme à la CDPH. Voir aussi FERRI/LAWSON, p. 55.

106 Pour une définition de l'«aidant», voir la Directive UE/2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la direc-

b. *En raison de la parentalité*

Depuis quelques années, la doctrine constate une tendance à un élargissement du cercle des bénéficiaires du droit à des «aménagements raisonnables» dans les rapports de travail, notamment suite aux progrès réalisés pour favoriser l'équilibre entre vie professionnelle et vie familiale¹⁰⁷. En Suisse, par exemple, un droit à des aménagements résulte désormais non seulement des dispositions de protection des femmes enceintes, accouchées ou allaitantes¹⁰⁸ et des articles sur le congé maternité¹⁰⁹, mais aussi des nouvelles normes sur le congé paternité¹¹⁰ ou sur les congés pour s'occuper de proches malades¹¹¹. D'autres règles, comme celles relatives à la prise en considération des responsabilités familiales lors de la fixation des horaires¹¹², laissent toutefois une marge de manœuvre importante à la partie employeuse¹¹³. Généralement, en effet, les demandes d'aménagement flexible du temps de travail en lien avec la parentalité demeurent subordonnées au bon vouloir des directions, qui apprécient librement¹¹⁴ la praticabilité d'une telle mesure au regard des besoins de l'entreprise¹¹⁵.

Dans ses Observations finales, le Comité CEDEF recommande aux Etats de promouvoir «des horaires de travail flexibles» afin de permettre aux parents de combiner responsabilités familiales et professionnelles¹¹⁶. Il suggère d'intro-

tive 2010/18/UE du Conseil, JO L 188/79, art. 3 § 1 let. d. Sur l'émergence de la notion de «proche aidant» en droit suisse, voir PERRENOUD, Proches aidants, 35 ss et 39–40. Voir aussi WITZIG, p. 123.

107 Voir ALIDADI, p. 121–122; DAVIDOV/MUNDLAK, p. 199; ROBIN-OLIVIER, Reasonable, p. 152–153.

108 Art. 11 § 2 let. d CEDEF, art. 35–35b LTr.

109 Art. 11 § 2 let. b CEDEF; art. 329f CO, 16b–16h LAPG. Plus d'explications sur ces aménagements: PERRENOUD, Durée du travail, p. 668–675.

110 Art. 11 § 2 let. c CEDEF; art. 329g CO, 16i–16m LAPG.

111 Art. 11 § 1 let. e et § 2 let. c CEDEF; art. 36 al. 3 et 4 LTr; art. 329h CO (congé de courte durée pour assister un proche malade, depuis le 1^{er} janvier 2021); art. 329i CO, art. 16n–16 s LAPG (congé pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé, depuis le 1^{er} juillet 2021). A l'instar des nouveaux articles sur le congé paternité (cités à la note précédente), ces dispositions ont été introduites par la LF du 20 décembre 2019 sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches (RO 2020 4525; FF 2019 3941).

112 Art. 36 al. 1 LTr. Voir aussi l'art. 321c al. 1 CO (sur les limites à l'exigibilité des heures supplémentaires).

113 Dans ce sens: HENSCH, p. 1641.

114 La situation actuelle, avec obligation de recourir au télétravail pour des motifs de santé publique (voir Ordonnance 3 du 3 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus [COVID-19] RS 818.101.24, art. 27a), est exceptionnelle et ne résout pas les problèmes de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, en particulier pour les femmes. Voir: BÜTIKOFER/CARVIOLINI/HERMANN/KRÄHENBÜHL, p. 16–18.

115 Voir LEMPEN/MAJOR, p. 128–129 avec les références. Voir aussi la Directive UE/2019/1158, art. 9 § 2 («les employeurs examinent les demandes de formules souples du travail [...] en tenant compte à la fois de leurs propres besoins et de ceux de travailleurs»).

116 CEDEF, Obs. fin. Argentine, n° 7/2016 (Doc. NU CEDAW/C/ARG/CO/7), § 31.d; CEDEF, Obs. fin. Japon, no 7–8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/JPN/CO/7–8), § 35.b. Voir aussi CDESC,

duire, pour la partie employeuse, une «obligation d'accéder aux demandes raisonnables d'aménagements des modalités de travail»¹¹⁷. Le texte de la CEDEF ne contient toutefois aucune référence aux «aménagements raisonnables» *ni a fortiori* ne définit, à l'instar de l'art. 2 CDPH¹¹⁸, le refus de tels aménagements comme une discrimination.

Dans une certaine mesure, un devoir de procéder à des aménagements raisonnables en lien avec les critères sexe et parentalité peut se déduire de l'interdiction de la discrimination indirecte¹¹⁹ prévue par l'art. 2 CEDEF. En effet, la discrimination indirecte au sens de cette disposition se produit notamment lorsqu'une pratique, apparemment neutre sous l'angle du genre, a en réalité un effet discriminatoire pour les femmes du fait qu'elle «ne prend pas en compte les inégalités préexistantes»¹²⁰. Nous verrons dans la section suivante que, lorsque l'impact discriminatoire est établi, il sied d'examiner, au regard du principe de proportionnalité, si la mesure se justifie néanmoins objectivement¹²¹. Dans l'hypothèse, par exemple, où une entreprise réserverait l'accès aux postes à responsabilité aux personnes engagées à plein temps, il conviendrait de se demander, sous l'angle de la proportionnalité, si la condition du taux d'occupation à 100% (en moyenne plus difficile à remplir pour les femmes du fait de la répartition inégale des tâches domestiques) est véritablement nécessaire ou si, au contraire, on pourrait raisonnablement attendre de la direction qu'elle choisisse des critères de sélection moins discriminatoires et adapte ses exigences en offrant, par exemple, la possibilité d'un *job-sharing*. Notons que le Comité CEDEF recommande aux Etats d'encourager les entreprises à prévoir des emplois à temps partiels pour des «postes de haut niveau»¹²².

Les aménagements qui sont exigés, au niveau structurel, pour réussir le test de proportionnalité lors de l'examen d'une discrimination indirecte ne sont tou-

Obs. gén. n° 23/2016 (Doc. NU E/C.12/GC/23), § 46. Voir aussi la Recommandation de l'OIT n° 165 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales (R165 relative à la C156), § 18 (b).

117 CEDEF, Obs. fin. Australie, n° 8/2018 (Doc. NU CEDAW/AUS/CO/8), § 44.b. Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 99.

118 Voir *supra* B. II. 6. a.

119 Voir WADDINGTON, p. 192–194. De façon générale, la jurisprudence relative au licenciement abusif (art. 336 CO) déduit de l'obligation de protection de la personnalité (art. 328 CO) un devoir de procéder à des aménagements raisonnables avant de mettre fin aux rapports de travail, notamment lorsque la personne salariée est âgée et bénéficie d'une grande ancienneté. Voir LEMPEN, Licenciement, p. 81–86 avec les références. Selon PÄRLI, Eltern, p. 945–946, cette jurisprudence pourrait fonder un devoir d'examiner la faisabilité d'une modification temporaire du taux d'activité avant de se résoudre à licencier une personne ayant des difficultés à respecter l'horaire convenu pour des motifs familiaux. Dans la fonction publique, le devoir de ne recourir au licenciement qu'en dernier recours résulte du principe de proportionnalité. Voir CANDRIAN, p. 110.

120 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 16.

121 Voir *infra* B. III. 1. b.

122 CEDEF, Obs. fin. Allemagne, n° 7–8/2017 (Doc. NU CEDAW/C/DEU/CO/7–8), § 36.b; CEDEF, Obs. fin. Suisse, n° 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), § 37.b; CEDEF, Obs. fin. Luxembourg, n° 6–7/2018 (Doc. NU CEDAW/C/LUX/CO/6–7), § 42c.

tefois pas assimilables à des «aménagements raisonnables» au sens de l'art. 2 § 4 CDPH¹²³. En effet, alors que l'interdiction de la discrimination indirecte requiert de modifier la règle générale qui, *de facto*, a un impact négatif particulier pour un groupe social, l'aménagement raisonnable exige de faire, dans un cas individuel, une exception à la règle, sans pour autant l'abroger¹²⁴. Il arrive que la règle générale, dont il s'avère qu'elle désavantage plus particulièrement les membres d'un groupe, repose sur une justification objective¹²⁵ et soit dès lors maintenue. En pareille hypothèse, l'aménagement raisonnable permettra d'y faire exception, de façon ponctuelle, afin de prendre en considération les besoins spécifiques d'une personne dans une situation concrète¹²⁶.

c. En raison de l'effet combiné du handicap et du genre

Bien que la CEDEF demande aux Etats de prévoir certains aménagements (de façon à protéger les travailleuses enceintes et allaitantes¹²⁷ ou à favoriser l'équilibre entre vie professionnelle et familiale¹²⁸), force est de constater que cette convention ne consacre aucun droit à des aménagements raisonnables *stricto sensu* fondé uniquement sur le critère «sexe». Les seules femmes à pouvoir se prévaloir d'un tel droit devant le Comité CEDEF sont celles en situation de handicap. Il résulte des Recommandations générales sur les femmes handicapées adoptées respectivement par ce comité et par le Comité CDPH qu'un refus de procéder aux aménagements raisonnables permettant à une travailleuse en situation de handicap d'accéder à un emploi, p.ex. un aménagement des horaires de travail, peut constituer une discrimination multiple¹²⁹ au sens à la fois des art. 2 CDPH et 1^{er} CEDEF¹³⁰.

7. Synthèse

Au fil de ses sessions, le Comité CEDEF a précisé la portée de l'art. 1^{er} CEDEF. Une interprétation évolutive de la convention permet d'appréhender de nouveaux phénomènes, comme la numérisation de la société¹³¹. Elle permet aussi d'intégrer et de contribuer aux développements théoriques du droit antidiscriminatoire. L'évolution terminologique du «sexe» au «genre», dans les travaux du Comité CEDEF, souligne que la convention ne se limite pas à garantir aux

123 Voir ALIDADI, p. 123–131.

124 Voir KLEBER, p. 404 avec les références.

125 Voir *infra* B. III. 1. b.

126 Dans ce sens: BRIBOSIA/RINGELHEIM/RORIVE, p. 139.

127 Art. 11 § 2 let. b et d CEDEF.

128 Art. 11 § 1 let. c et e, §. 2 let. c CEDEF.

129 Voir *supra* B. II. 4.

130 CEDEF, Rec. gén. n° 18/1991 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II)); CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 15.

131 Voir *supra* B. II. 1.

femmes les mêmes droits qu'aux hommes mais vise, de façon plus fondamentale, une modification des rôles sociaux¹³².

La qualification de la *violence fondée sur le genre* comme forme de «discrimination à l'égard des femmes» marque un tournant important dans la compréhension de cette notion. Le harcèlement sexuel des travailleuses, par exemple, est analysé comme un moyen de perpétuer les inégalités fondées sur le genre, indépendamment d'une comparaison entre collègues de sexe différent¹³³.

Une autre étape décisive pour l'interprétation de l'art. 1^{er} CEDEF a été franchie lorsque le Comité CEDEF a pris en considération la *discrimination multiple* et reconnu que la «discrimination fondée sur le sexe ou le genre est indissociablement liée à d'autres facteurs tels que la race, l'origine ethnique, la religion ou la croyance, la santé, l'état civil, l'âge, la classe, la caste et l'orientation et l'identité sexuelles»¹³⁴. Au cours des années, la notion de «femmes» a évolué de façon à inclure, notamment, les femmes lesbiennes, bisexuelles, transgenres ou intersexuées, particulièrement touchées par les violences fondées sur le genre¹³⁵.

Récemment, la notion de *discrimination par association* a fait son entrée dans la jurisprudence du Comité CEDEF¹³⁶. La constatation d'une discrimination par association fondée sur le handicap dans des litiges concernant des mères ayant dû renoncer à leur emploi pour s'occuper de leur enfant handicapé pose la question de savoir si ces dernières sont fondées à se prévaloir, par association, du droit à des «aménagement raisonnables» tel que reconnu par la CDPH¹³⁷. En particulier, l'art. 2 CDPH qualifie de discrimination fondée sur le handicap le refus de procéder à de tels aménagements. L'analyse effectuée plus haut, à lumière notamment du droit de l'Union européenne, montre qu'une *discrimination fondée sur le refus d'aménagements raisonnables* n'est interdite par la CEDEF que lorsque les aménagements requis sont nécessaires à la fois en raison du genre et du handicap, nonobstant l'accent mis par le Comité CEDEF sur la nécessité, de façon générale, d'aménager les conditions de travail en fonction des besoins du personnel assumant des responsabilités familiales¹³⁸.

132 Voir *supra* B. II. 2.

133 Voir *supra* B. II. 3.

134 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 18. Voir aussi: CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 12; KLEBER, p. 91–93; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 30; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 49–51.

135 Voir *supra* B. II. 4.

136 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016). Voir *supra* B. II. 5.

137 Voir art. 5 § 3 et 27 CDPH.

138 Voir *supra* B. II. 6. a.

III. Trois méthodes pour éliminer les discriminations

Afin d'éliminer la «discrimination à l'égard des femmes» au sens de la CEDEF et de redistribuer les ressources et le pouvoir de façon équitable¹³⁹, «il ne suffit pas de garantir un traitement identique des femmes et des hommes»¹⁴⁰. La Convention met à charge des Etats parties «trois obligations fondamentales»¹⁴¹:

- interdire la discrimination directe ou indirecte;
- réaliser l'égalité de fait, notamment via des mesures temporaires spéciales;
- lutter contre les stéréotypes de genre.

Les lignes qui suivent passent en revue ces trois axes.

1. *Interdire la discrimination directe ou indirecte*

En vertu de l'art. 2 let. e CEDEF, les Etats doivent prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer les discriminations directes ou indirectes à l'égard des femmes, y compris lorsqu'elles émanent d'individus ou d'entités privées¹⁴². Alors que la discrimination directe vise un «traitement différent explicitement fondé sur le sexe» portant atteinte aux droits des femmes, la «discrimination indirecte se produit», selon le Comité CEDEF, quand une loi, une politique ou une pratique, *a priori* neutre sous l'angle du genre, s'avère en réalité avoir «un effet discriminatoire pour les femmes» dès lors qu'elle «ne prend pas en compte les inégalités préexistantes» et contribue ainsi à les perpétuer¹⁴³. Ni cette définition ni celle figurant à l'art. 1^{er} CEDEF («qui a pour but ou pour effet») ne présupposent une intention de discriminer¹⁴⁴.

a. *Effet discriminatoire*

La mention d'un «effet» discriminatoire, à l'art. 1^{er} CEDEF et dans la définition de la discrimination indirecte donnée par le Comité¹⁴⁵, révèle la centralité de ce critère et pose la question de savoir comment l'établir dans un cas concret.

139 Voir C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 9.

140 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 8.

141 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 6–7, à laquelle se réfèrent notamment: HOLTMAAT/POST, p. 324; HOLTMAAT/TOBLE, p. 404; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 43; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 19; SCHIESS RÜTIMANN, p. 177–178.

142 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 16, 36; C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 15, 67 et 71.

143 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 16. A titre d'illustration, en lien avec le droit à la sécurité sociale (art. 11 § 1 let. e CEDEF): CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016); § 7.8–7.10.

144 C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 32–34; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 21–22, 54.

145 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 16. Voir aussi CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.8; CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 10b («effet discriminatoire disproportionné»).

aa. Analyse quantitative

De façon générale, le Comité CEDEF insiste sur la nécessité pour les Etats de collecter des «statistiques ventilées par sexe, âge, handicap, nationalité, appartenance ethnique, religion et lieu de résidence», notamment, afin d'identifier toutes formes de discriminations à l'égard des femmes¹⁴⁶. De telles données sont par exemple requises pour mettre en évidence l'impact genré de la pandémie de Covid-19¹⁴⁷.

Dans l'affaire *Ciobanu c. République de Moldavie*¹⁴⁸, tranchée par le Comité CEDEF en 2019, un document du Bureau de la statistique moldave, montrant que le travail de soins non rémunéré est principalement effectué par des femmes, a permis de constater le caractère discriminatoire d'une législation sur les rentes de vieillesse qui, bien que formulée de façon neutre, restreignait dans les faits l'accès à la sécurité sociale pour un «pourcentage plus élevé de femmes que d'hommes»¹⁴⁹. Quelques années auparavant, dans l'affaire *Di Trizio c. Suisse*, la CourEDH avait reconnu la nature indirectement discriminatoire d'une méthode de calcul des prestations d'invalidité eu égard aux statistiques révélant que, dans 97% cas, la méthode litigieuse avait été appliquée pour déterminer le taux d'invalidité de femmes ayant diminué leur activité lucrative suite à la naissance d'un enfant¹⁵⁰.

L'analyse chiffrée consistant à examiner si une mesure apparemment neutre (par exemple le fait de réserver l'accès au régime de pension de l'entreprise au personnel engagé à plein temps), affecte en réalité «un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes» (eu égard à la surreprésentation des femmes employées à temps partiel) s'inspire de la jurisprudence développée dès les années 1970 aux Etats-Unis¹⁵¹ puis à partir des années 1980 au niveau de l'Union européenne¹⁵². Selon cette approche, afin d'établir si une décision, neutre au

146 Voir p. ex: CEDEF, Liste de points et de questions établies avant la soumission du sixième rapport périodique de la Suisse (Doc. NU. CEDAW/C/CHE/QPR/6), § 1 qui se réfère à la cible 5.1 des objectifs de développement durable; CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 10.

147 Guidance Note on CEDAW and Covid-19 (INT_CEDAW_STA_9156_E), § 9.

148 Evoquée *supra* B. II. 5. en lien avec la discrimination par association (faible rente vieillesse suite à une démission liée à la nécessité de s'occuper d'un enfant handicapé).

149 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.13–7.16.

150 Arrêt CourEDH, *Di Trizio c. Suisse* du 2 février 2016, req. n° 7186/09, § 88 ss. La différence de traitement ne reposant sur aucune justification objective et raisonnable, la CourEDH conclut à une violation de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH.

151 La théorie du «disparate impact» a été développée pour la première fois en lien avec le critère «race» dans l'affaire US Supreme Court du 8 mars 1971, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424.

152 En particulier: arrêt CJUE du 31 mars 1981, *J. P. Jenkins c. Kingsgate*, aff. 96/60, Rec. 1981, p. 911; arrêt CJUE du 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, aff. 170/84, Rec. 1985, p. 1607. Voir KLEBER, p. 374–375. Sur l'influence de cette jurisprudence en Suisse, voir *infra* C. IV. 1.

premier abord, désavantage les travailleuses de façon disproportionnée, il convient d'identifier, auprès d'une même entité employeuse, les personnes touchées par la mesure (p.ex. celles engagées à temps partiel) et celles non concernées (p.ex. occupées à plein temps), puis de vérifier si le pourcentage de femmes dans le premier groupe est nettement supérieur au pourcentage de femmes dans le second groupe¹⁵³.

aaa. Prescriptions de taille à l'embauche: limites de l'approche quantitative

La première étape consiste ainsi à déterminer les groupes de personnes à comparer, choix qui peut s'avérer difficile en pratique¹⁵⁴ et qui dépend finalement de l'appréciation des tribunaux saisis d'une plainte pour discrimination¹⁵⁵.

A titre d'illustration, imaginons un cas où il s'agirait d'établir si un critère d'embauche, neutre en apparence (p.ex. la taille) désavantage les femmes dans une proportion considérablement plus élevée que les hommes¹⁵⁶. En pareille hypothèse, qui convient-il d'inclure dans le cercle des personnes affectées par l'usage du critère de sélection litigieux? Faut-il considérer uniquement celles qui ont effectivement fait acte de candidature auprès de l'entité employeuse ou élargir le cercle à celles qui ont renoncé à se présenter après avoir pris connaissance des conditions d'embauche? Dans ce dernier cas, doit-on se baser le nombre de personnes actives dans la branche ou le métier concerné?¹⁵⁷ Encore faut-il que les statistiques pertinentes soient disponibles¹⁵⁸ eu égard, notamment, à la nécessité de protéger les données personnelles sensibles¹⁵⁹.

En outre, pour que la preuve statistique de l'impact particulier sur les femmes d'une mesure *a priori* neutre soit admise, les chiffres doivent indiquer un écart considérable¹⁶⁰ entre les pourcentages de femmes et d'hommes au sein des groupes comparés¹⁶¹. Une telle démonstration est pratiquement impossible

153 Voir arrêt CJUE du 3 octobre 2019, *Schuch-Ghannadan c. Medizinische Universität Wien*, aff. C-274/18, point 47; arrêt CJUE du 6 décembre 2007, *Ursula Voss c. Land Berlin*, aff. C-300/06, points 40 et 41. Voir aussi: arrêt CJUE du 24 septembre 2020, *YS c. NK AG*, aff. C-223/19, point 52 (analyse de l'impact disproportionné sur les travailleurs masculins). Voir aussi: EPINEY/DUTTWILER, p. 48–49.

154 Voir TOBLER, *Limites*, p. 46.

155 Dans ce sens: TOBLER, *Diskriminierungsbegriff*, p. 40–41.

156 Le Comité CEDEF demande aux Etats d'interdire, lors du recrutement, les questions qui, neutres en apparence, ont des effets négatifs pour un nombre plus élevé de femmes que d'hommes, notamment celles relatives «à la situation matrimoniale ou à la parentalité»: CEDEF, *Obs. fin. Bélarus*, n° 8/2016 (Doc. NU CEDAW/C/BLR/CO/8), § 33; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 31.

157 Exemple donné par UBERSCHLAG, N 130–131.

158 TOBLER, *Limites*, p. 46–47.

159 Voir WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 34–35.

160 Voir WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 29–31 avec plusieurs références à la jurisprudence de la CJUE.

161 TOBLER, *Limites*, p. 46–47; EPINEY/DUTTWILER, p. 51.

à effectuer lorsque le recrutement se fait à l'aide d'algorithmes, dont le potentiel discriminatoire est pourtant désormais connu¹⁶².

bbb. Prescriptions vestimentaires: limites de l'approche quantitative

De façon générale, la théorie de l'impact disproportionné sur un groupe par rapport à un autre montre ces limites lorsqu'il s'agit de prouver une discrimination multiple, ne serait-ce que parce les statistiques à disposition sont rarement ventilées selon plusieurs facteurs¹⁶³. L'identification des groupes à comparer se complique quand on s'intéresse aux personnes situées à l'intersection des catégories, par exemple les femmes d'origine musulmane qui souhaitent, pour des motifs religieux, porter un foulard (hijab) sur leur lieu de travail.

La question de savoir si un règlement d'entreprise interdisant le port de tout couvre-chef affecte de façon disproportionnée les femmes susmentionnées – malgré son apparente neutralité sous l'angle du genre, de l'origine ethnique et de la religion¹⁶⁴ – trouve une réponse différente selon que l'on procède à une comparaison entre religions (la clause affecte autant les musulmanes coiffées du hijab que les juifs portant la kippa) ou, au contraire, à une comparaison entre travailleuses et travailleurs au sein du groupe des personnes musulmanes¹⁶⁵ (les seconds sont bien moins souvent concernés par l'interdiction du couvre-chef que les premières, auxquelles le port du hijab est réservé). Dans la plupart des cas, l'entreprise accusée de discriminer indirectement par le biais de son règlement ne comptera pas au sein de son personnel les différentes catégories d'individus nécessaires à la constitution des groupes envisagés (p.ex. le groupe des juifs ou celui des hommes musulmans), si bien que la comparaison devra se faire avec une ou plusieurs personnes hypothétiques¹⁶⁶, comme exposé dans la section suivante.

bb. Analyse qualitative

Alors que selon la Directive 97/80/CE¹⁶⁷, désormais abrogée, une discrimination indirecte se produit lorsqu'un critère «apparemment neutre affecte une pro-

162 Sur l'inadéquation de l'approche statistique pour mettre en évidence l'impact discriminatoire des algorithmes, voir WILDHABER/LOHNMANN/KASPER, p. 473 et 476 avec les références. De façon plus générale, sur les limites du droit antidiscriminatoire de l'UE face à l'intelligence artificielle, voir les articles rédigés par BAROCAS/SELBST et WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL.

163 Voir KLEBER, p. 376–377.

164 Sur l'enchevêtrement de ces trois critères, voir HERTIG/KIBBOUA, p. 295–296; SCHIEK, p. 16–18.

165 Voir AST/SPIELHAUS, p. 372; LOENEN, p. 105–110; HERTIG/KIBBOUA, p. 310–311; LEMPEN, Hijab, p. 55 avec la référence à l'arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, conclusions générales, N 49.

166 Voir HOLZLEITHNER, Herausforderung, p. 312–313.

167 Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, JOCE L 014 du 20 janvier 1998 p. 0006–0008, art. 2 § 2.

portion nettement plus élevée de personne d'un sexe» (sauf justification objective)¹⁶⁸, la Directive 2006/54/UE ne fait plus référence à ce test quantitatif¹⁶⁹. La discrimination indirecte y est définie comme la situation où une pratique *a priori* neutre est susceptible¹⁷⁰ de désavantager «particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe»¹⁷¹ (sous réserve d'une justification objective). Ainsi, un désavantage particulier pour les travailleuses (ou pour les travailleurs) n'a pas nécessairement à être prouvé au moyen d'une comparaison entre groupes fondée sur des statistiques; il suffit qu'un tel effet semble *probable* au regard de l'expérience générale de la vie¹⁷².

Afin d'appréhender la discrimination multiple comme requis par le Comité CEDEF¹⁷³, l'impact discriminatoire peut dès lors être admis, selon les termes de KLEBER¹⁷⁴, dans «les situations où:

- une loi, une pratique ou une mesure
- en apparence neutre
- est *susceptible* d'entraîner
- un désavantage particulier pour
 - un ou plusieurs groupes protégés par l'interdiction de la discrimination
 - ou pour des personnes protégées par l'interdiction de la discrimination à un ou plusieurs titres».

A titre d'illustration, revenons sur les cas de figure mentionnés à la section précédente en lien avec des exigences – neutres à première vue – relatives au physique (poste réservé aux personnes d'une certaine taille) et à l'apparence (code vestimentaire interdisant les couvre-chefs) dans le cadre professionnel¹⁷⁵.

aaa. Prescriptions de taille à l'embauche

Le désavantage particulier résultant des exigences de taille minimale pour les femmes d'origine asiatique, par exemple, peut être admis indépendamment d'une comparaison effective entre personnes candidates. En effet, il est notoire que les femmes et certains groupes ethniques ont, en moyenne, plus de difficultés à remplir une telle condition. Dès lors, il apparaît probable qu'une femme asiatique soit moins susceptible d'être engagée qu'une femme caucasienne,

168 Voir *infra* B. III. 1. b.

169 Voir KLEBER, p. 378.

170 Voir l'art. 2 let. b de la directive 2006/54/CE. La version allemande utilise le verbe «*kann*». La version française emploie le conditionnel («désavantagerait»). Voir aussi l'art. 2 § 2 let. b de la directive 2000/78/CE («susceptible d'entraîner un désavantage particulier»).

171 A moins que la pratique ne soit objectivement justifiée (art. 2 let. b *in fine*). Voir *infra* B. III. 1. b.

172 Dans ce sens: TOBLER, *Limites*, p. 46; EPINEY/DUTTWILER, p. 51–52; UBERSCHLAG, N 145–147; WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 27–28, 36.

173 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 18. Voir *supra* B. II. 4.

174 KLEBER, p. 383.

175 Pour une analyse genrée de ce type de «*physical requirements*» au regard du droit de l'UE, voir HOLZLEITHNER, *Gender equality*, p. 17–22.

d'une part, et qu'un homme caucasien ou asiatique, d'autre part¹⁷⁶. L'entreprise qui recourt à un tel critère de sélection devra prouver son caractère objectivement justifié¹⁷⁷.

bbb. Prescriptions vestimentaires

Le fait que les directives prohibant le port de tout couvre-chef au travail entraînent un désavantage particulier pour les musulmanes portant le hijab peut être retenu sans égard au nombre d'individus auxquels la règle s'applique dans l'entreprise en question. En effet, il se peut que la réglementation touche, sur le plan *quantitatif*, autant de femmes que d'hommes dans le cas concret, mais, sur le plan *qualitatif*, ait des conséquences plus graves, en termes d'accès à l'emploi¹⁷⁸, pour les pratiquantes musulmanes que pour les autres membres du personnel concernés¹⁷⁹. L'accent mis sur la particularité de l'impact plutôt que sur son caractère disproportionné permet de considérer la nature ou l'intensité de l'atteinte et non plus seulement sa fréquence¹⁸⁰.

Le Comité CEDEF recommande aux Etats d'examiner si les codes vestimentaires visant à imposer le principe de «neutralité» religieuse sur les lieux d'étude¹⁸¹ ou de travail sont «susceptibles» de discriminer indirectement les femmes¹⁸². Pour des motifs liés à l'irrecevabilité de la communication, le Comité n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point dans l'affaire *Rahime Kayan c. Turquie*¹⁸³ concernant une fonctionnaire révoquée après avoir refusé d'enlever son hijab pour enseigner à l'école publique. En revanche, une discrimination intersectionnelle basée sur le genre et la religion a été admise par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire dite de la crèche «Baby Loup», dont la directrice avait été congédiée suite à son refus d'ôter le hijab malgré le devoir de «neutralité» imposé par le règlement interne¹⁸⁴.

Jusqu'à ce jour, la CJUE n'a étudié l'incidence des clauses de neutralité dans l'entreprise que sous l'angle de la discrimination fondée sur la religion¹⁸⁵, à l'occasion des arrêts *G4S Secure Solutions* et *Micropole SA*¹⁸⁶, pourtant rendus

176 KLEBER, p. 384.

177 Voir *infra* B. III. 1. b.

178 Art. 11 § 1 let. b CEDEF.

179 Voir LEMPEN, Hijab, p. 40–41; KÜHLER/STERKI, p. 137. Voir aussi HOLZLEITHNER, Herausforderung, p. 312–313.

180 KLEBER, p. 374, 380–381, 384. Voir aussi: WACHTER/MITTELSTADT/RUSSEL, p. 27, 32–37.

181 CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/36), § 46d.

182 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 33 avec les références.

183 CEDEF, Communication n° 8/2005 (Doc. NU CEDAW/C/34/D/8/2005).

184 Voir CCPR, *F.A. c. France*, Comm. N° 26662/2015 (2018) (Doc. NU CCPR/C/123/D2662/2015), § 8.13 (violation des art. 18 et 26 Pacte II).

185 HERTIG/KIBBOUA, p. 311–312.

186 Arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15; arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Boungaoui et ADDH c. Micropole SA*, aff. C-188/15, résumés par SHARPSTON, p. 251–257, avocate générale dans le cadre de la seconde affaire.

suite aux licenciements de salariées ayant refusé d'ôter leur hijab¹⁸⁷. Dans le cadre d'une affaire *WABE*, pendante, la CJUE devrait toutefois répondre à la question de savoir si «une instruction unilatérale de l'employeur, qui interdit le port de tout signe visible de convictions politiques, philosophiques ou religieuses» discrimine indirectement sur la base de la «religion et/ou» du «sexe» une «travailleuse qui porte le foulard en raison de sa foi musulmane»¹⁸⁸. Le conditionnel est de mise car la demande de décision préjudicielle relative à l'existence d'une discrimination fondée à la fois sur la religion et le genre fait uniquement référence à l'art. 2 de la directive 2000/78/UE (religion, ethnie), sans mention de la directive 2006/54/UE (genre). Pour cette raison et parce que «la décision de renvoi ne contient pas les éléments factuels suffisants pour examiner l'existence ou non d'une discrimination fondée sur le sexe», les conclusions de l'avocat général se limitent, comme pour les précédentes affaires, à une analyse unidimensionnelle (sous l'angle de la religion ou des convictions)¹⁸⁹, sans égard aux recommandations susmentionnées du Comité CEDEF soulignant la nécessité d'examiner l'impact genré des clauses de neutralité.

b. Absence de justification objective

En droit européen, le fait qu'une mesure, neutre au premier abord, entraîne en réalité un désavantage particulier pour les femmes (respectivement les hommes) permet d'établir une discrimination indirecte, «à moins que le critère ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires» (principe de proportionnalité)¹⁹⁰. Ainsi, le concept de discrimination indirecte est étroitement lié à celui de la justification objective. Plus la liste des motifs objectifs propres à justifier une différence de traitement s'étend, plus le «périmètre de la notion de discrimination» rétrécit¹⁹¹.

Dans l'affaire *G4S Secure Solutions* mentionnée à la section précédente, la CJUE a jugé que des prescriptions vestimentaires, neutres en apparence mais entraînant dans les faits un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion donnée (en l'espèce des femmes de religion musulmane),

187 Pour une analyse des arrêts *Achbita et Bougnaoui* prenant en considération le genre: HERTIG/KIBBOUA, p. 311–325; SCHIEK, p. 16–17; LEMPEN, *Hijab*, p. 52–61; KÜHLER/STERKI, p. 122–123 avec les références.

188 Demande de décision préjudicielle présentée par l'*Arbeitsgericht Hamburg* le 20.12.2018, *IX c. WABE e V.*, aff. C-804/18 (2019/C 182/05). Voir par ailleurs la demande de décision préjudicielle présentée par le *Bundesarbeitsgericht* le 30.04.2019, *MH Müller Handels GmbH/MJ*, aff. C-341/19 (2019/C 255/29).

189 Conclusions de l'avocat général M. ATHANASIOS RANTOS présentées le 25 février 2021, Affaires jointes C-804/18 et C-341/19, point 59.

190 Voir les art. 1 let. b et 19 de la directive 2006/54/UE. Sous l'angle de l'art. 14 CEDH, voir à titre d'illustration le raisonnement en deux étapes dans l'arrêt susmentionné (B. III. 1. aa) CourEDH, *Di Trizio c. Suisse* du 2 février 2016, req. n° 7186/09, § 88–104.

191 LANQUETIN, p. 338.

peuvent se justifier lorsqu'elles visent «un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif» sont «appropriés et nécessaires»¹⁹². Il nous semble que la nouvelle affaire *WABE*¹⁹³ offre à la Cour l'occasion de préciser si une telle règle, formellement neutre, demeure admissible lorsque son adoption vise en réalité à satisfaire ou anticiper le souhait de la clientèle de ne pas avoir à traiter avec certaines catégories de personnes protégées par l'interdiction de discriminer¹⁹⁴. Dans l'arrêt susmentionné *Micropole SA*, la Cour a certes déjà expliqué que les souhaits de la clientèle ne sauraient justifier objectivement un traitement défavorable sur la base d'une caractéristique protégée¹⁹⁵. Dans cette affaire, le licenciement était toutefois directement motivé par la demande d'un client (s'opposant à ce que les ingénieures en mission sur son site portent le voile) et ne se fondait pas, comme dans l'affaire *WABE*, sur le non-respect de prescriptions vestimentaires formulées de façon neutres (mais éventuellement adoptées afin de prendre en considération les préférences racistes ou sexistes de la clientèle)¹⁹⁶.

Alors que la jurisprudence européenne accorde une place importante à la question des motifs justificatifs, le Comité CEDEF semble plutôt mettre l'accent sur le caractère injustifié de tout traitement affectant les droits des femmes. L'art. 11 CEDEF souligne le droit des femmes au travail revêt un caractère «inaliénable»¹⁹⁷ et que des restrictions à ce droit ne sauraient être justifiées par la tradition ou la culture¹⁹⁸.

En lien avec la discrimination *indirecte*, le Comité CEDEF «considère que lorsqu'une communication contient des informations pertinentes indiquant *prima facie* l'existence d'une norme juridique qui, bien qu'elle soit formulée de manière neutre, pourrait en fait clairement affecter un pourcentage plus

192 Arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, N 44.

193 Aff. C-804/18, voir *supra* note 188.

194 Les conclusions de l'avocat général RANTOS présentées le 25 février 2021 retiennent qu'une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions est susceptible d'être justifiée par la volonté de l'entreprise de poursuivre une politique de neutralité afin de tenir compte des souhaits de sa clientèle (points 61–68). La question de savoir si ces souhaits reflètent une idéologie raciste ou sexiste n'est pas abordée.

195 Arrêt CJUE du 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH c. Micropole SA*, aff. C-188/15, N 34–41 (les souhaits de la clientèle ne constituent pas «une exigence professionnelle essentielle et déterminante» au sens de l'art. 4 § 1 directive 2000/78/UE).

196 Voir parmi d'autres: MAHLMANN, p. 18–21; LEMPEN, *Hijab* p. 57–59; PÄRLI, *Religion*, p. 90–93; HERTIG/KIBBOUA, p. 320, 324; ROBIN-OLIVIER, *Neutraliser*, p. 235–236. Sur les stéréotypes liés à l'apparence physique, les codes vestimentaires et les idéaux de beauté, voir *infra* B. III. 3. c.

197 Art. 11 § 1 let. a CEDEF. La mention du caractère «inaliénable» ne figure pas dans d'autres dispositions conventionnelles consacrant le droit du travail (voir p.ex. l'art. 6 Pacte II).

198 Voir RADAY, p. 285–286.

élevé de femmes que d'hommes, il appartient à l'Etat partie de démontrer qu'une telle situation ne constitue pas une discrimination indirecte fondée sur le sexe¹⁹⁹. Sa jurisprudence n'indique toutefois pas avec précision quels sont les motifs propres à justifier une mesure neutre, à première vue, mais susceptible d'avoir des effets discriminatoires à l'égard des femmes²⁰⁰.

Sous l'angle de la discrimination *directe*, la CEDEF précise qu'une différence de traitement fondée sur le sexe est admissible lorsqu'elle vise à protéger les femmes enceintes, accouchées ou allaitantes²⁰¹. Par ailleurs, l'adoption de mesures temporaires spéciales visant à accélérer la réalisation de l'égalité de fait entre femmes et hommes n'est pas considérée comme un acte de discrimination au sens de la CEDEF²⁰².

2. Réaliser l'égalité de fait via des mesures temporaires spéciales

a. Rééquilibrage indispensable

Sur le plan mondial, le constat d'une répartition inégale des ressources entre femmes et hommes a mis en évidence la nécessité de lutter de façon ciblée contre la «discrimination à l'égard des femmes» au sens de l'art. 1^{er} CEDEF²⁰³. Afin de remédier au déséquilibre créé par «les avantages structurels dont bénéficient les hommes»²⁰⁴, l'adoption de «mesures temporaires spéciales» peut s'avérer «indispensable»²⁰⁵.

L'art. 4 § 1 CEDEF définit ces mesures comme un moyen d'accélérer la réalisation d'une égalité «effective»²⁰⁶, à ne pas considérer comme un acte de discrimination²⁰⁷. Dans cette optique, en effet, la discrimination réside bien plutôt dans la non-adoption de telles règles et dans le maintien du *statu quo* en faveur du masculin²⁰⁸.

199 CEDEF, *N. Ciobanu c. République de Moldavie* (Doc. NU CEDAW/C/74/D/104/2016), § 7.13. Voir aussi C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 34; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 22.

200 En revanche, CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 13 donne quelques indications sur les cas dans lesquels une différence de traitement est acceptable.

201 Voir les art. 4 § 2 et § 2 let. d CEDEF.

202 Art. 4 § 1 CEDEF.

203 Sur l'approche asymétrique consacrée par cette disposition, voir *supra* B. I.

204 Voir C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 28.

205 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 8. Voir K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 N 38; K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 42. Voir aussi C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 24, selon laquelle l'approche asymétrique impose l'adoption de mesures positives, «alors que ces mesures sont, au mieux, tolérées lorsqu'une disposition de non-discrimination est exprimée de manière symétrique».

206 Voir les art. 2 let. a et 3 CEDEF. Voir aussi: C/CEDEF-CHATTON, art 3 N 15.

207 Voir CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), §§ 14 et 18; BESSON, N 1628; TOBLER, Diskriminierungsbegriff, p. 46; K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 7 et 45; C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 11.

208 MAC KINNON, Discours, p. 50. Voir aussi: BESSON, N 1645.

Une fois disparue l'asymétrie constatée, la mesure spéciale perd sa justification et doit être supprimée, d'où la mention de son caractère «temporaire» à l'art. 4 § 1 CEDEF²⁰⁹. Le nature temporaire et donc modifiable de cette mesure permet d'éviter de renforcer, sur le long terme, l'image de la femme fragile vouée à être protégée²¹⁰. Pour atténuer un tel effet pervers des mesures spéciales, HERTIG RANDALL formule une définition qui met l'accent sur la nécessité de corriger et compenser les privilèges consentis aux hommes, plutôt que sur le besoin d'accorder un traitement préférentiel aux femmes²¹¹.

b. Dans la sphère professionnelle

Afin de pallier la sur-représentation des hommes dans certaines professions et dans les fonctions les plus influentes ou les mieux rémunérées, le Comité CEDEF préconise pour différents groupes de femmes²¹² l'adoption de mesures positives²¹³, comme des quotas²¹⁴ à l'embauche ou lors de la promotion²¹⁵, dont la mise en œuvre présuppose cependant le traitement de données personnelles sensibles (genre, handicap, origine ethnique, etc.)²¹⁶.

Les «mesures temporaires spéciales» au sens de l'art. 4 CEDEF sont pertinentes dans le secteur privé ou public, y compris dans le milieu académique²¹⁷. La règle selon laquelle «à qualifications égales, la préférence est donnée au sexe sous-représenté» entre dans le champ de cette disposition lorsqu'elle améliore, dans les faits, la participation des femmes au sein de l'entité concernée²¹⁸. Lors de l'évaluation des qualifications, il sied d'éviter qu'une vision masculine du mérite ou de l'excellence²¹⁹ mènent au constat de la non-équivalence des candidatures et fassent dès lors échec à l'application du quota²²⁰. L'expérience

209 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 20; C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 32; TOBLER, Quoten, p. 228.

210 K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 11.

211 Voir C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 28 et 30.

212 Sur les mesures positives comme moyen de remédier à la discrimination multiple, notamment dans l'emploi: CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 12; C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 42–43; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 34, 40.

213 K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 5, 12.

214 Sur les différents types de quotas, voir en particulier K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 21–27.

215 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 22.

216 Sur cette tension entre droit antidiscriminatoire et droit relatif à la protection des données, voir LEMPEN, Protection des données, p. 279–280 (CV anonymes versus mesures positives lors de la sélection du personnel).

217 Voir C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art. 4 N 46–49 avec les références aux travaux du Comité.

218 Voir C/CEDEF-HERTIG-RANDALL, art. 4 N 41. Voir aussi K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 12.

219 Plus d'explications chez MÜLLER, p. 18–19 (à propos des procédures de nomination au sein des universités).

220 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 23: «il importe de réexaminer soigneusement la question des qualifications et du mérite» sous l'angle du genre. A ce sujet: BESSON, N 1651; KLEBER, p. 424; C/CEDEF-HERTIG-RANDALL, art. 4 N 28, 57.

utile au poste acquise grâce à l'exercice de tâches parentales devrait être prise en considération²²¹ quel que soit le sexe de la personne candidate²²².

Les mesures de lutte contre la ségrégation verticale et horizontale du marché du travail sont susceptibles de faire évoluer la conception stéréotypée selon laquelle les femmes seraient moins aptes à diriger ou peuvent transformer l'image masculine (respectivement féminine) d'un métier²²³. Les «mesures temporaires spéciales» au sens de l'art. 4 § 1 CEDEF constituent en effet un moyen de lutter contre les stéréotypes de genre au sens de l'art. 5 CEDEF²²⁴.

3. *Lutter contre les stéréotypes de genre*

La troisième méthode préconisée par le Comité CEDEF pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes consiste à lutter contre la perpétuation des «stéréotypes fondés sur le sexe qui sont préjudiciables aux femmes»²²⁵. En effet, les deux premiers axes, à savoir l'interdiction de la discrimination et l'adoption de mesures temporaires spéciales risquent de demeurer inefficaces tant que les individus et les structures resteront imprégnés de l'idée selon laquelle femmes et hommes doivent assumer des rôles différents, dans un système où le masculin est conçu comme supérieur au féminin²²⁶.

La CEDEF demande aux Etats non seulement de «modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique» discriminatoire à l'égard des femmes (art. 2 let. f CEDEF), mais aussi, de façon plus fondamentale, de transformer les normes sociales et culturelles²²⁷ qui leur sont sous-jacentes, notamment celles perpétuant «un rôle stéréotypé des hommes et des femmes» (art. 5 let. a CEDEF)²²⁸.

a. *Stéréotypes nocifs*

Les stéréotypes peuvent être définis comme «des idées préconçues, socialement partagées», attribuant à un groupe de personnes certaines «caractéristiques ou rôles sociaux»²²⁹. Leur fonction est importante puisqu'ils permettent aux indivi-

221 Dans ce sens: K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 28. A titre d'illustration: arrêt CJUE du 28 mars 2000, *Badeck*, aff. C-158/97, N 31–32.

222 K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 11 s'interroge sur la pertinence des quotas de sexe et se demande s'il ne vaudrait pas mieux lier le quota à un rôle social (genre) ou à une situation de vie (parentalité).

223 C/CEDEF-HERTIG-RANDALL, art. 4 N 51; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 47; COOK/CUSACK, p. 41, 99.

224 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 38; K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Allgemein, Art. 4 N 10; C/CEDEF-HERTIG-RANDALL, art. 4 N 10; KÄLIN/KÜNZLI, N 11.55.

225 CEDEF, Rec. gén. n° 25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 7.

226 Voir HOLTMAAT/TOBLER, p. 407–409; CUSACK, p. 133.

227 Voir HOLTMAAT, *Holistic*, p. 95, 105–108.

228 Voir CUSACK, p. 128. Sur l'articulation entre les art. 2 let. f et 5 CEDEF, voir aussi: K/CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 N 11.

229 C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 17, qui se réfère notamment à COOK/CUSACK, p. 9.

de porter un jugement rapide sur un état de fait sans devoir analyser chaque nouvelle situation dans toute sa complexité, avec toutes ses particularités. Les interactions sociales gagnent ainsi en prévisibilité, ce qui confère un sentiment de sécurité²³⁰.

La CEDEF vise uniquement l'élimination des stéréotypes *nocifs* (notamment ceux basés sur «l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe», art. 5 let a CEDEF) et proscrit le fait, pour l'Etat (p.ex. via ses lois ou tribunaux) ou des privés²³¹, de véhiculer des croyances erronées qui portent atteinte aux droits des femmes²³².

Par exemple, le préjugé selon lequel les femmes ne seraient «pas douées en mathématiques» fait obstacle à leur liberté de choisir une formation (art. 10 let. a et c CEDEF)²³³ puis un métier (art. 11 § 1 let. c CEDEF)²³⁴. Notons qu'il n'est pas nécessaire que les stéréotypes soient hostiles aux femmes pour être susceptibles de leur nuire²³⁵. Une conception à première vue valorisante («fées du logis») peut également contribuer à les enfermer dans un rôle, les empêchant ainsi de tracer leur trajectoire professionnelle de façon autonome²³⁶.

Autre exemple, le mythe selon lequel les travailleuses harcelées sexuellement vont tout de suite se défendre ou se plaindre auprès de leur hiérarchie²³⁷ peut entraver leur droit à un procès équitable²³⁸, comme illustré ci-après.

aa. La jurisprudence du Comité CEDEF (art. 5 CEDEF)

Dans l'affaire *Anna Belousa c. Kazakhstan*, l'auteure de la communication ne s'était plainte du harcèlement sexuel infligé par son directeur qu'après avoir perdu son emploi. Le Comité CEDEF déplore que ce fait ait été considéré par le tribunal municipal comme une circonstance rendant moins crédible les allé-

230 Voir CUSACK, p. 128 (*Stereotypes do perform important social functions. One such function is to maximize simplicity and predictability*). Voir aussi LÉGAL, p. 2; K/CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 N 15–16; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 17 avec les références.

231 Voir l'art. 2 let. e CEDEF.

232 Voir CUSACK, p. 128–129; K/CEDAW-WYTENBACH, Art. 5 N 17.

233 Sur la lutte contre les stéréotypes sexistes dans l'éducation, voir CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. Nu CEDAW/C/GC/36), §§ 25–27.

234 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 17, 43–44 avec les références. Voir aussi C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 34 qui relève que les rôles stéréotypés assignés aux femmes les encouragent à exercer une activité lucrative à temps partiel au détriment de leur carrière et de leur retraite.

235 Comme souligné par CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 8.

236 Voir CUSACK, p. 153.

237 A titre d'illustration, voir les «mythes et stéréotypes» invoqués dans l'affaire CEDEF, *M. S. c. Philippines* (Doc. NU CEDAW/C/58/D30/2011), § 3.2–3.5. En l'espèce, toutefois, le Comité a considéré que l'incidence de stéréotypes sexistes sur la décision judiciaire n'était pas établie (voir § 6.3–6.5 et l'opinion divergente de P. SCHULZ). Pour des illustrations tirées de la jurisprudence suisse, voir LEMPEN, thèse, p. 308–315.

238 Voir CEDEF, Rec. gén. n° 33/2015 (Doc. NU CEDAW/C/GC/33), § 51g: droit à un procès pénal équitable en cas de violences (bien que non explicitement prévu par l'art. 15 CEDEF, voir CUSACK, p. 133.).

gations de violences. Selon le Comité, en omettant «d'examiner de manière rapide, adéquate et efficace la plainte» pour harcèlement sexuel, «les institutions nationales ont raisonné sous l'influence de stéréotypes»²³⁹ (stéréotypes perpétués au demeurant par des actes de violences fondés sur le genre²⁴⁰, tels que ceux allégués en l'espèce). L'art. 5 let. a CEDEF oblige pourtant les Etats à prendre des mesures pour éliminer les stéréotypes «injustifiés», qui constituent à la fois une «cause»²⁴¹ et une «conséquence de la discrimination à l'égard des femmes»²⁴². En l'espèce, le Comité conclut que l'Etat partie a violé cette disposition²⁴³ et lui recommande de former le milieu judiciaire «afin que les préjugés stéréotypés ne pèsent pas sur la prise de décision»²⁴⁴.

La sensibilisation de l'ensemble du personnel judiciaire aux préjugés sexistes fait partie des mesures importantes recommandées par le Comité CEDEF afin d'améliorer l'accès des femmes à la justice²⁴⁵.

bb. La jurisprudence de la CourEDH (art. 5 CEDEF)

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu une violation du droit à un procès équitable (art. 6 CEDH), en combinaison avec l'interdiction de discriminer en raison du sexe (art. 14 CEDH) dans l'affaire opposant Mme *Schuler-Zraggen* à la Suisse. L'hypothèse selon laquelle les femmes cessent leur activité professionnelle lorsqu'elles deviennent mères avait en effet joué un rôle décisif dans la décision de suppression de la rente invalidité²⁴⁶. A l'époque, la CourEDH ne se référait pas à la notion de stéréotype de genre ni à la CEDEF. Il en va différemment de nos jours.

Dans un récent arrêt *Jurčić c. Croatie*, la CourEDH qualifie d'obstacle important à l'égalité entre femmes et hommes le présumé selon lequel une femme concluant un contrat de travail à un stade avancé de sa grossesse vise à abuser du système d'assurances sociales (présupposé entraînant une invalidation du contrat et donc une suppression du droit au salaire durant les absences

239 CEDEF, *Anna Belousa c. Kazakhstan* (Doc NU CEDAW/C/61/D45/2012), § 10.10.

240 CEDEF, Rec. gén. n° 35/2017 (Doc. Nu CEDAW/C/GC/35), § 10.

241 Sur les stéréotypes comme cause de la discrimination par algorithmes, voir KIM, p. 886–892; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, p. 465–469.

242 CEDEF, *Anna Belousa c. Kazakhstan* (Doc NU CEDAW/C/61/D45/2012), § 10.10. Sur le lien entre stéréotype et discrimination, y compris la violence fondée sur le genre: C/CEDEF-COTTIER, Art. 5 N 1, 20 et 39; HOLTMAAT, Art. 5 CEDAW, p. 144–145. Voir aussi CDESC, Obs. gén. n° 20/2009 (Doc. NU E/C.12/GC/20), § 20; Convention OIT n° 190, préambule § 13 (stéréotypes de genre comme facteur accroissant le risque de violence).

243 Ainsi que de l'art. 2 let e et 11 § 1 let. a et f CEDEF.

244 CEDEF, *Anna Belousa c. Kazakhstan* (Doc NU CEDAW/C/61/D45/2012), § 11 let. b (iv). Voir aussi CEDEF, *R.K.B. c. Turquie*, § 8.7–8.8, 8.10 let. b (ii), résumé par K/CEDAW-WYTTENBACH, Art. 5 N 45; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 54; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 59.

245 CEDEF, Rec. gén. n° 33/2015 (Doc. NU CEDAW/C/GC/33), § 26–35; K/CEDAW-SCHLÄPPI/KÜNZLI/STURM, Art. 2 N 54; C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 56; C/CEDEF-ROHMER, art. 15 N 71; KIENER, p. 70.

246 Arrêt CourEDH, *Schuler-Zraggen c. Suisse* du 23 juin 1993, req. n° 14518/89, § 67.

liées à la grossesse). Se fondant notamment les art. 5 et 11 CEDEF, la CourEDH se montre préoccupée par ce processus de «gender stereotyping»²⁴⁷.

L'art. 5 CEDEF avait déjà servi de référence dans l'affaire *Konstantin Markin c. Russie*, où la CourEDH avait indiqué que l'idée selon laquelle «ce sont plutôt les femmes qui s'occupent des enfants et plutôt les hommes qui travaillent pour gagner de l'argent» ne saurait justifier une différence de traitement²⁴⁸.

b. Stéréotypes nocifs pour les femmes et les hommes

Dans l'affaire susmentionnée *Markin c. Russie*, la CourEDH a jugé qu'une règle n'octroyant qu'aux femmes le droit de prendre un congé parental (à distinguer du congé maternité réservé à juste titre aux femmes pour des motifs biologiques) «a pour effet de perpétuer les stéréotypes liés au sexe et constitue un désavantage tant pour la carrière des femmes que pour la vie familiale des hommes»²⁴⁹.

Au niveau de l'Union européenne, la Directive 2019/1158 considère²⁵⁰:

«L'absence de congé de paternité et de congé parental rémunérés dans de nombreux États membres contribue à ce que peu de pères prennent un congé. Le déséquilibre entre hommes et femmes dans la conception des politiques en matière d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée accentue les stéréotypes liés au genre [...] L'un des objectifs des politiques en matière d'égalité de traitement devrait être de remédier au problème des stéréotypes concernant à la fois les emplois et les rôles des hommes et des femmes et les partenaires sociaux sont encouragés à jouer leur rôle fondamental qui est d'informer à la fois les travailleurs et les employeurs et de les sensibiliser à la lutte contre toute discrimination.»

La Directive souligne ainsi la nécessité de faire évoluer «les rôles des hommes et des femmes» puis rappelle l'importance du travail des partenaires sociaux, qui doivent non seulement sensibiliser aux stéréotypes, mais aussi veiller à ne pas les perpétuer lors de la négociation d'accords collectifs²⁵¹. A cet égard, il est intéressant de mentionner un récent arrêt de la CJUE jugeant qu'une Convention collective de travail ne saurait réserver aux femmes élevant seules

247 Arrêt CourEDH, *Jurčić c. Croatie* du 4 février 2021 (*non définitif*), req. n° 5411/15, § 32, 42, 82. L'arrêt (§ 44) se réfère aussi à l'art. 12 § 1 de la Convention d'Istanbul, dont la teneur est inspirée de l'art. 5 let. a CEDEF.

248 Arrêt CourEDH, *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, req. n° 300078/06, § 49, 127, 142–143. Voir aussi l'arrêt CourEDH, *B. c. Suisse* du 20 octobre 2020 (*demande de renvoi devant la Grande Chambre*), req. 78630/12, § 65, 75 (le concept du «mari pourvoyeur» ne peut plus justifier une différence entre veufs et veuves). Dans les deux cas, la Cour conclut à une violation de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH.

249 Arrêt CourEDH, *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, req. n° 300078/06, § 141, auquel se réfère C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 66.

250 Directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants et abrogeant la directive 2010/18/UE du Conseil, point 11.

251 WENCKEBACH, p. 4.

leur enfant le droit à un congé consécutif au congé légal de maternité qu'à «la condition que ce congé supplémentaire vise la protection des travailleuses au regard tant des conséquences de la grossesse que de leur condition de maternité»²⁵². A défaut, une telle règle perpétuerait l'idée que les femmes ont un rôle particulier à jouer dans l'éducation des enfants et s'avérerait directement discriminatoire à l'égard des hommes.

Quarante ans avant l'adoption de la directive européenne susmentionnée, les Etats ayant participé à l'élaboration de la CEDEF se déclaraient déjà «conscients que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme»²⁵³. Ainsi, le Comité CEDEF recommande aux Etats d'encourager les choix professionnels atypiques pour les femmes *et* les hommes en orientant ces derniers vers des professions «typiquement féminines»²⁵⁴. Le Comité se prononce aussi en faveur des mesures incitant les hommes à s'engager activement dans leur rôle de père²⁵⁵. Les art. 5 let. b et art. 11 § 2 let. c CEDEF soulignent «la responsabilité commune de l'homme et de la femme» dans l'éducation des enfants²⁵⁶. La mention du «rôle stéréotypé des hommes et des femmes», à l'art. 5 let. a CEDEF, encourage les Etats à s'interroger sur la façon dont la construction sociale des masculinités (parallèlement à la construction des féminités) favorise la hiérarchisation des genres et nuit finalement à l'ensemble de la société²⁵⁷.

*c. Stéréotypes liés à l'apparence physique et à l'expression de genre*²⁵⁸

Les stéréotypes de genre peuvent s'avérer particulièrement nocifs et entraîner une discrimination intersectionnelle²⁵⁹ lorsqu'ils se combinent à des préjugés relatifs à d'autres critères afférents à l'apparence physique, comme un handicap visible ou l'âge²⁶⁰. De même, les musulmanes qui apparaissent voilées sur leur lieu de travail, par exemple, sont confrontées à divers préjugés (subordination sexuelle, fondamentalisme, déficit d'intégration)²⁶¹ propres à encourager

252 Arrêt CJUE du 18 novembre 2020, Syndicat CFTC, aff. C-463/19, § 75.

253 CEDEF, préambule, § 14. Voir aussi K/CEDAW-WYTTENBACH, Art. 5 N 18.

254 Voir C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 25; CEDEF, Rec. gén. n° 36/2017 (Doc. NU CEDAW/C/GC/36), § 63 let. c.

255 Voir C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 25, 66; C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 98 avec les références.

256 Voir aussi l'art. 16 § 1 let. d CEDEF et *supra* B. II. 2. (du «sexe» au «genre»).

257 Dans ce sens: CUSACK, p. 136.

258 A savoir la manière dont une personne présente son genre, notamment par son habillement, sa coiffure, son maquillage, son langage corporel ou sa voix.

259 Voir C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 46; K/CEDAW-WYTTENBACH, Art. 5 N 37. Voir aussi *supra* B. II. 4.

260 L'art. 8 § 1 let. b CDPH requiert des Etats qu'ils combattent les stéréotypes «concernant les personnes handicapées, y compris ceux liés au sexe et à l'âge». Voir aussi CDPH, Obs. gén. n° 3/2016 (Doc. NU CRPD/C/GC/3), § 8, 17; CUSACK, p. 142.

261 Voir HERTIG RANDALL/KIBBOUA, p. 296–297.

l'adoption de règlements d'entreprise les obligeant à se dévoiler, sous peine de licenciement²⁶².

aa. Codes vestimentaires et idéaux de beauté

Qu'ils prohibent le port de signes religieux ou exigent la jupe comme uniforme (à l'instar de certaines compagnies d'aviation), les codes vestimentaires imposés au personnel en Europe ou en Amérique du Nord servent parfois à ancrer une norme de beauté féminine occidentale (jupe étroite, talons hauts, maquillage), auxquelles les travailleuses sont tenues de se conformer²⁶³.

Le temps et l'argent dépensés pour «performer» une représentation de la féminité²⁶⁴ et acquérir «le physique de l'emploi» s'avèrent considérables dans certains métiers²⁶⁵. Des études réalisées dans le secteur des services montrent que:

«le maquillage exigé des femmes travaillant respectivement en restauration et en coiffure nécessite du temps et de l'argent pour acquérir divers produits de beauté, à leurs frais, et au-delà de ce qu'elles pourraient utiliser à titre privé. Des consignes très précises sont formulées sur le type de produits (fond de teint, poudre) et les couleurs autorisées (rouge à lèvres, vernis à ongles, cheveux). S'ajoute à cela, dans la restauration, l'obligation de porter collants et chaussures à talons, ce qui finit par occasionner des dépenses considérables. Ce travail de l'apparence existe aussi chez les travailleurs, mais il prend moins de temps et leur coûte moins cher»²⁶⁶.

Alors que l'apparence physique peut, de façon générale, être source de discrimination dans l'emploi, les femmes sont sujettes à des attentes spécifiques, notamment eu égard à leur poids²⁶⁷ (qui se doit d'être idéal²⁶⁸, sous peine d'être traitée de «grosse»²⁶⁹ ou d'«anorexique»²⁷⁰). Diverses études relatives à l'impact de l'obésité sur la vie professionnelle montrent que ce facteur pénalise les

262 En témoignent les arrêts de la CJUE mentionnés *supra* B. III. 1.

263 HOLTZLEITHNER, Herausforderung, p. 316; HOLTZLEITHNER, Gender Equality, p. 21.

264 PARINI/LLOREN, p. 157 relèvent que «la féminité que doit [performer] une secrétaire diffère de celle d'une éducatrice de la petite enfance».

265 Voir LAMAMRA/HERTZ/MESSANT/ROUX, p. 11.

266 LAMAMRA/HERTZ/MESSANT/ROUX, p. 11.

267 Voir RHODE, p. 701–704, qui relève que la discrimination fondée sur l'apparence exacerbe les inégalités raciales et économiques. Les attentes relatives à l'apparence reflètent et renforcent les privilèges liés à la classe sociale.

268 Sur la discrimination des «*persons of non-ideal weight*» en droit de l'UE: HERVEY/TOBLER, p. 337–346.

269 RHODE, p. 702 cite p.ex. les commentaires formulés sur l'apparence d'HILARY CLINTON au temps où elle était *first lady*. Elle mentionne aussi les excuses présentées par BARACK OBAMA à KAMALA HARRIS pour avoir fait un commentaire sur sa beauté alors qu'il la présentait en public dans sa fonction (à l'époque) de procureure générale.

270 Qualificatif dont l'ancien président du Tribunal fédéral a récemment affublé une juge au Tribunal pénal fédéral, acte suivi d'excuses publiques (voir l'Avis des Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des Etats du 25 juin 2020 relatif au Rapport de la Commission administrative du Tribunal fédéral du 5 avril 2020, FF 2020 9125, chiffre 5).

femmes davantage que les hommes, les femmes en situation d'obésité se trouvant par exemple, plus souvent que les hommes en pareille circonstance, reléguées à des tâches en *back-office*, sans contact avec la clientèle²⁷¹ (aménagement préconisé au demeurant aussi pour les travailleuses refusant d'ôter leur hijab)²⁷².

bb. Transgression des normes de genre

Dans la célèbre affaire *Price Waterhouse c. Hopkins*²⁷³, Ann Hopkins avait démontré qu'un poste d'associée lui avait été refusé parce que ses collègues ne la considéraient pas assez féminine (eu égard à son tempérament, sa démarche, son langage, son habillement, sa coiffure et son absence de maquillage)²⁷⁴. A cette occasion, la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé qu'un refus de promotion basé sur des remarques reflétant des stéréotypes quant à la façon dont les femmes et les hommes doivent se comporter et s'habiller («*sex stereotyping*») constitue une discrimination en raison du sexe²⁷⁵, prohibée par le Titre VII du *Civil Rights Act*²⁷⁶.

Quelques années plus tard, lors de l'affaire *Onacle c. Sundower*, la Cour Suprême a considéré que le harcèlement entre personnes du même sexe (en l'occurrence les humiliations et les agressions sexuelles infligées par un groupe d'hommes, apparemment hétérosexuels, à un collègue, lui aussi hétérosexuel) tombe également sous le coup du Titre VII²⁷⁷. Ainsi, l'interdiction de discriminer sur la base du sexe dans le domaine de l'emploi vise non seulement les situations où une femme jugée trop masculine est mise à l'écart pour ce motif, mais aussi celles où un homme perçu comme «efféminé» est harcelé par ses collègues pour cette raison²⁷⁸. En pareille hypothèse, le harcèlement opère

271 BENNETT SHINALL, p. 106, 116–120. Voir aussi SCHIEK, Disability, p. 20 qui analyse sous l'angle du genre l'arrêt CJUE du 18 décembre 2014, FOA, aff. C-354/13 (licenciement d'un «assistant maternel» obèse, profession typiquement féminine, discrimination fondée sur le handicap).

272 Sur les aménagements stigmatisants en lien avec l'arrêt susmentionné (B. III. 1.) CJUE du 14 mars 2017, *Achbita c. G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, voir HERTIG RANDALL/KIBBOUA, p. 321; LEMPEN, Hijab, p. 59–61.

273 Affaire US Supreme Court du 1^{er} mai 1989, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228.

274 Afin d'améliorer les chances de promotion, un collègue avait conseillé: «Hopkins should [walk more femininely, talk more femininely, dress more femininely, wear make-up, have her hair styled, and wear jewelry]» (490 U.S. 228, 235).

275 490 U.S. 228, 237, 251.

276 Le Titre VII de la loi sur les droits civils (1964) est codifié dans le volume 42 du *United States Code* (42 U.S.C) au § 2000e à 2000e-17 (sec. 701 à 718).

277 Affaire US Supreme Court du 4 mars 1998, *Onacle v. Sundower Offshore Servs. Inc.*, 523 U.S. 75.

278 Voir GREENBERG, p. 46; SCHULTZ, p. 25–28. Dans l'arrêt du 15 juin 2020, *Boston v. County Clayton, Georgia*, 590 U.S., la Cour Suprême a jugé qu'un licenciement fondé sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre viole l'interdiction de discriminer fondée sur le sexe, ancrée au Titre VII du *Civil Rights Act*. Voir l'analyse *infra* C. III. 2.

comme une «technologie du sexisme»²⁷⁹, qui perpétue et renforce les normes de genre visant à féminiser les femmes et à masculiniser les hommes²⁸⁰.

La «pression à adopter (<performer>) le genre correspondant à son sexe»²⁸¹ touche de plein fouet les personnes trans*²⁸², souvent «étiquetées» sur leur lieu de travail en raison de leur expression de genre²⁸³. Les codes vestimentaires mentionnés plus haut en lien avec certaines professions posent des problèmes spécifiques pour ce groupe²⁸⁴. Le Comité CEDEF s'inquiète en particulier des violences auxquelles sont confrontées les femmes transgenres²⁸⁵. Diverses études montrent que les discriminations vécues par les personnes trans* sont directement liées au modèle binaire (femme ou homme) et aux stéréotypes de genre «qui favorisent une forme particulière de <masculinité> en rapport avec les hommes et une forme particulière de <féminité> en rapport avec les femmes»²⁸⁶.

d. *Stéréotypes de genre et orientation sexuelle*

Les stéréotypes de genre entraînent non seulement une vision binaire de l'identité (masculine ou féminine), mais aussi une conception hétéronormée de la société²⁸⁷. Comme l'expliquent PARINI et LLOREN:

«Les études sur les modalités de construction de ces deux pôles (masculin et féminin) ont montré que, très souvent, l'un se construit en rapport à l'autre. Être un vrai homme, un homme viril, signifie en grande partie ne pas être une femme (donc ne pas être efféminé) [...]. La féminité est, quant à elle, construite socialement comme une adéquation, soit à des canons de beauté et de désirabilité qui sont censés être ceux que les hommes préfèrent, soit aux images de la maternité. Dans tous les cas de figure, l'hétérosexualité (le désir affectif et sexuel pour une personne dite du sexe opposé) est l'une

279 Voir FRANKE, p. 762–772. TOBLER, *Limites*, p. 17–18 utilise l'expression «ingénierie sociale», notamment en lien avec l'art. 5 CEDEF.

280 Selon FRANKE, p. 696: «[...] sexual harassment is a kind of discrimination not because the conduct would not have been undertaken if the victim had been a different sex, not because it is sexual, and not because men do it to women, but precisely because it is a technology of sexism. That is, it perpetuates, enforces, and policies a set of gender norms that seek to feminize women and masculinize men».

281 PARINI/LLOREN, p. 160.

282 Terme incluant notamment «les hommes et les femmes qui ont un passé transsexuel et les personnes qui s'identifient en tant que transsexuels, transgenres, travestis, androgynes, polygenres, de genre fluide (genderqueer), sans genre, de genre variant ou de toute autre identité et expression de genre qui n'est ni masculine ni féminine de façon standard et qui expriment leur genre à travers leurs choix vestimentaires, leur présentation ou leurs modifications corporelles, y compris par le recours à diverses interventions chirurgicales» (AGIUS/TOLBER, p. 12). L'astérisque évoque cette pluralité d'identités trans*.

283 52% des personnes trans* ayant participé à l'étude suisse «Être LGBT au travail» signalent avoir été confrontées à un tel «étiquetage», voir PARINI, *LGBT*, p. 8.

284 Voir HOLZLEITHNER, *Gender Equality*, p. 21–22.

285 Voir CEDEF, *Rec. gén. n° 35/2017* (Doc. NU CEDAW/C/GC/35), § 12, 29c. et *supra* B. II. 4.

286 Voir AGIUS/TOLBER, p. 13.

287 Voir le projet de loi (PL 12843) du canton de Genève sur l'égalité et la lutte contre les violences et les discriminations liées au genre (LELVDG) (A 2 90), art. 3 let. p), exposé des motifs, p. 33.

des composantes majeures de la conformité aux normes de genre, car pour être «un vrai homme», il faut désirer des femmes et vice-versa»²⁸⁸.

En effet, les normes de «masculinité» prescrivent aux hommes une orientation hétérosexuelle pour être considérées comme de «vrais hommes»²⁸⁹. L'hostilité à l'égard des gays se nourrit par exemple de l'idée que ces derniers veulent «prendre des apparences <féminines> et endosser les rôles assignés aux femmes hétérosexuelles. De même, l'hostilité à l'égard des lesbiennes trouve sa source dans divers préjugés, notamment celui selon lequel ces femmes sont peu féminines (entre autres en raison des cheveux courts portés par certaines) et manquent d'instinct maternel²⁹⁰. Dès lors, si le genre et la sexualité peuvent être scindés sur le plan théorique, force est de constater que ces facteurs se construisent mutuellement et que l'analyse de l'un perd sa pertinence sans l'analyse de l'autre²⁹¹. Les discriminations à l'égard de personnes gays, lesbiennes ou bisexuelles prennent leurs racines dans les normes de genre et d'hétérosexualité²⁹².

Au sujet des plaintes pour discrimination aux Etats-Unis, GREENBERG explore une tendance des personnes employeuses et des tribunaux à amalgamer cinq concepts différents en présupant qu'un:

- «homme biologique (sexe) devrait avoir des traits masculins (genre), désirer des relations sexuelles avec les femmes (orientation sexuelle), se percevoir comme un homme (identité de genre) et correspondre à la norme du travailleur idéal, principal pourvoyeur de la famille (performance d'un rôle genré); alors qu'une
- femme biologique (sexe) devrait avoir des traits féminins (genre), désirer des relations sexuelles avec les hommes (orientation sexuelle), se percevoir comme une femme (identité de genre) et être peu susceptible de répondre aux exigences de son employeur en raison de ses responsabilités familiales (performance d'un rôle genré)»²⁹³.

Selon cette professeure, les travailleuses ou les travailleurs qui ne se conforment pas à ces attentes et sont de ce fait discriminés devraient être protégés par l'interdiction de discriminer en raison du sexe énoncée au Titre VII du *Civil Rights Act*²⁹⁴. Il s'agit de sensibiliser les tribunaux à la nécessité de protéger sur la base de ce texte toutes les personnes discriminées en raison de leur non-conformité aux normes de genre, notamment:

288 PARINI/LLOREN, p. 156.

289 BOURGUIGNON/BERENT/NEGRAOUI, p. 78–79 avec les références aux nombreuses études sur ce sujet.

290 BOURGUIGNON/BERENT/NEGRAOUI, p. 76 avec les références. Voir aussi HOLTMAAT, *Holistic*, p. 115.

291 Sur la «co-construction genre-sexualité», voir CLOSON/AGUIRRE-SÁNCHEZ-BEATO, p. 93 avec les références.

292 Voir BOURGUIGNON/BERENT/NEGRAOUI, p. 78; PARINI/LLOREN, p. 152; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 23.

293 GREENBERG, p. 42, traduction libre du texte original anglais.

294 GREENBERG, p. 48.

- les femmes écartées d’une promotion parce que la hiérarchie a présumé que leurs responsabilités familiales allaient interférer avec leur travail;
- les hommes qui se heurtent à un mur lorsqu’ils refusent d’assumer le rôle du père qui ne s’occupe pas de ses enfants pour se consacrer entièrement à sa carrière;
- les femmes et les hommes qui sont harcelés au travail, ou désavantagés d’une autre manière, parce qu’ils ne se conforment pas aux stéréotypes de genre sur la féminité ou la masculinité;
- les lesbiennes, gays et bisexuels qui sont harcelés au travail, ou désavantagés d’une autre manière, en raison de leur non-conformité à la norme sociale d’hétérosexualité;
- les personnes trans* qui sont harcelées au travail, ou désavantagées d’une autre manière, en raison de leur non-conformité aux normes sociales relatives à l’identité de genre²⁹⁵.

La nécessité d’une sensibilisation accrue à ces différentes formes de non-conformité aux normes de genre se fait sentir bien au-delà du milieu judiciaire états-unien, comme nous allons le voir à présent.

e. Stéréotypes de genre au sens large

La référence, à l’art 5 let. a CEDEF, au «rôle stéréotypé des hommes et des femmes» renforce paradoxalement ces deux catégories et se prête mal à une prise en compte, par le Comité CEDEF, des stéréotypes de genre dans leur globalité, y compris ceux affectant les individus qui ne se reconnaissent ni dans l’une, ni dans l’autre, comme les personnes transgenres ou intersexes²⁹⁶. Au cours des dernières années, le Comité CEDEF s’est certes intéressé à la situation des femmes transgenres et lesbiennes, mais seulement sous l’angle de la discrimination multiple²⁹⁷. Les facteurs «identité de genre» et «orientation sexuelle» sont énumérés parmi les «autres facteurs» de discrimination, qui viennent s’ajouter au critère «sexe»²⁹⁸.

Des voix s’élèvent pour critiquer cette approche. La doctrine récente, à laquelle nous nous rallions, interprète l’art. 5 CEDEF comme interdisant *tout* stéréotype de genre²⁹⁹, à savoir non seulement ceux qui placent les femmes dans

295 GREENBERG, p. 48. Voir aussi les différents scénarios de harcèlement présentés par ESKRIDGE, p. 156 (tous sont constitutifs d’une discrimination fondée sur le sexe selon la théorie de la non-conformité aux normes de genre, p. 162–163).

296 Voir CUSACK, p. 145.

297 Comme exposé *supra* B. II. 4.

298 Voir HOLMAAT/POST, p. 327; C/CEDEF-KLEBER, art. 1 N 29–30; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 24.

299 Voir HOLMAAT, p. 114–116; C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 26 et 28. Dans un sens favorable à une interprétation large de l’art. 5 CEDEF permettant de couvrir toutes les situations de non-conformité aux normes de genre: HOLMAAT/POST, p. 323 et 331; K/CEDAW-SCHLÄPPI/WYTTENBACH/ULRICH, Teil 1 N 31; K/CEDAW-WYTTENBACH, Art. 5 N 18 *in fine*; HOTZ, p. 14.

une position d'infériorité, mais aussi ceux «à l'encontre de toute personne ne disposant pas d'un corps masculin ou féminin considéré <normal>, de toute personne ne se conformant pas aux attentes relatives à une masculinité ou féminité <standard>, ainsi que de toute personne s'écartant de la norme de l'hétérosexualité»³⁰⁰. Une telle interprétation semble cohérente avec l'affirmation du Comité CEDEF, selon laquelle:

«Le principe de l'égalité entre hommes et femmes, ou de l'égalité de genre, contient l'idée intrinsèque que tous les êtres humains, quel que soit leur sexe, sont libres de faire valoir leurs aptitudes personnelles, d'avoir une carrière professionnelle et de faire leurs choix à l'abri des contraintes imposées par les stéréotypes, la conception rigide des rôles de l'homme et de la femme, et les préjugés»³⁰¹.

Lors de l'application de l'art. 5 CEDEF, les Etats doivent être conscients du fait que les stéréotypes de genre ne relèvent pas seulement de l'idéologie individuelle mais traversent les principales structures de la société, y compris le droit, et qu'il leur appartient d'agir au niveau structurel afin que chaque individu puisse choisir de façon autonome³⁰² sa manière de vivre son identité³⁰³.

4. Synthèse

Afin d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes, les Etats parties à la CEDEF sont tenus d'agir sur trois axes.

Premièrement, les Etats doivent prendre toutes les mesures appropriées pour prohiber la *discrimination directe ou indirecte* à l'égard des femmes, au niveau individuel ou structurel. La mention d'un «effet» discriminatoire à l'art. 1^{er} CEDEF, et dans la définition de la discrimination indirecte donnée par le Comité CEDEF, pose la question de savoir comment établir un tel effet³⁰⁴. L'*analyse chiffrée* consistant à examiner si une mesure, apparemment neutre (par exemple des prescriptions de taille à l'embauche ou des codes vestimentaires sur le lieu de travail), affecte en réalité un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, pose divers problèmes en pratique. En particulier, des difficultés surviennent lorsqu'il s'agit d'identifier les groupes à comparer, de chercher auprès d'une même entité employeuse les catégories d'individus nécessaires à la constitution des groupes envisagés, ou encore de démontrer un écart «considérable» entre les proportions de femmes et d'hommes au sein des groupes comparés (preuve pratiquement impossible à apporter lorsque le recrutement se fait à l'aide d'algorithmes, par exemple). La théorie de l'impact dis-

300 C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 26.

301 CEDEF, Rec. gén. n° 28/2010 (Doc. NU CEDAW/C/GC/28), § 22.

302 Voir HOLTMAAT, Art. 5 CEDAW, p. 145. Voir aussi: K/CEDAW-WYTTENBACH, Art. 5 N 60 (sur la tension entre lutte contre les stéréotypes et respect de la sphère privée).

303 Dans ce sens, HOLTMAAT/TOBLER, p. 409.

304 Voir *supra* B. III. 1. a.

proportionné sur un groupe, par rapport à un autre, se prête mal à la mise en évidence d'une discrimination multiple³⁰⁵. Ainsi, l'effet discriminatoire d'une mesure apparemment neutre doit aussi pouvoir être admis sur la base d'une *analyse qualitative*, qui permet de considérer la nature ou l'intensité de l'atteinte (indépendamment du nombre d'individus concernés au sein de l'entreprise) et non pas seulement sa fréquence³⁰⁶.

Deuxièmement, afin de remédier à la surreprésentation des hommes dans certaines professions et aux fonctions les plus influentes ou les mieux rémunérées, l'adoption de «*mesures temporaires spéciales*» destinées à différents groupes de femmes peut s'avérer indispensable. L'art. 4 CEDEF définit ces mesures comme un moyen d'accélérer la réalisation d'une véritable égalité et non comme un acte de discrimination. Sous l'angle de la CEDEF, la discrimination réside bien plutôt dans la non-adoption de telles règles et dans le maintien du *statu quo* en faveur du masculin. La nature temporaire de ces mesures permet d'éviter de renforcer, sur le long terme, l'image de la femme fragile vouée à être protégée. Les «*mesures temporaires spéciales*», telles que des quotas pour lutter contre la ségrégation verticale et horizontale du marché du travail, visent au contraire à faire évoluer la conception stéréotypée selon laquelle les femmes seraient moins aptes à diriger ou à exercer un métier dangereux³⁰⁷.

Le troisième axe consiste en effet à lutter contre la perpétuation des *stéréotypes préjudiciables* aux femmes, notamment ceux basés sur «l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe» au sens de l'art. 5 let. a CEDEF³⁰⁸. Le fait que cette disposition mentionne le «rôle stéréotypé des hommes et des femmes» encourage les Etats à s'interroger sur la façon dont la construction sociale des masculinités (parallèlement à la construction des féminités) favorise la hiérarchisation des genres et nuit finalement à l'ensemble de la société³⁰⁹. Dans cette optique, l'art. 5 CEDEF peut être interprété comme interdisant les stéréotypes de genre à l'encontre de toute personne ne se conformant pas aux attentes relatives à une masculinité ou féminité «standard»³¹⁰, par exemple:

- une travailleuse coiffée d'un hijab ou obèse, assignée à des tâches sans contact avec la clientèle en raison de sa non-conformité à la norme de beauté occidentale³¹¹;
- une candidate écartée d'une promotion eu égard à son tempérament, sa démarche, son langage et son habillement trop peu féminins³¹²;

305 Voir *supra* B. III. 1. a. aa. avec les références au droit de l'Union européenne.

306 Voir *supra* B. III. 1. a. ab. (au sujet de l'impact genré des clauses de neutralité religieuse sur les lieux de travail ou de formation).

307 Voir *supra* B. III. 2.

308 Voir *supra* B. III. 3. a.

309 Voir *supra* B. III. 3. b.

310 Voir C/CEDEF-COTTIER, art. 5 N 26 et *supra* III. 3. e.

311 Voir *supra* B. III. 3. ca. (au sujet des codes vestimentaires et des idéaux de beauté).

312 Voir *supra* B. III. 3. cb. avec les références à la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis.

- une personne transgenre stigmatisée sur son lieu de travail parce qu'elle n'adopte pas (ne performe pas) le genre correspondant à son sexe biologique³¹³;
- un homme considéré comme «efféminé» (en raison de sa corpulence fluette, de la façon dont il investit son rôle de père ou du fait qu'il est homosexuel) et harcelé pour cette raison par ses collègues³¹⁴.

En définitive, la CEDEF requiert des Etats qu'ils changent la société en profondeur de façon à créer plus de place pour la *diversité* et la *liberté* des femmes (et des hommes) de décider pour elles-mêmes (pour eux-mêmes) ce que cela signifie d'être une femme (ou un homme)³¹⁵.

C. La discrimination au sens de la loi sur l'égalité (LEg)

I. Généralités

La LEg «a pour but promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes» (art. 1^{er} LEg). A l'instar de la CEDEF, la loi ne se limite pas à garantir l'égalité formelle mais vise une véritable transformation sociale³¹⁶. Quels contours donner à l'interdiction de discriminer «à raison du sexe» figurant dans cette loi? La présente partie tente de répondre à cette question à la lumière des explications données plus haut au sujet de la CEDEF.

Rappelons que l'adoption de la LEg en mars 1995 a permis à la Suisse de ratifier la CEDEF deux ans plus tard, en mars 1997³¹⁷. Par ailleurs, la LEg a été élaborée afin de concrétiser le mandat législatif figurant à l'art. 8 al. 3 Cst. (2^{ème} phrase) et dans le but de faciliter la mise en œuvre du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale prévu par ce même alinéa (3^{ème} phrase)³¹⁸. Dès lors, avant de passer à l'analyse de la LEg, il convient de s'intéresser brièvement à son ancrage constitutionnel.

La partie précédente a mis en évidence la portée asymétrique de l'interdiction de discriminer au sens de l'art. 1^{er} CEDEF³¹⁹. Les travaux du Comité CEDEF montrent que le critère «sexe» est désormais interprété de façon à couvrir le genre³²⁰. Le Comité reconnaît l'existence de discriminations multiples,

313 Voir *supra* B. III. 3. cb. *in fine*.

314 Voir *supra* B. III. 3. cb. avec les références à la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis, ainsi que *supra* B. III. 3. d. sur le lien entre stéréotypes de genre et orientation sexuelle.

315 HOLTMAAT, Holistic, p. 96.

316 Dans ce sens, Message LEg, FF 1993 I 1163, 1207–1208.

317 Voir Message LEg, FF 1993 I 1163, 1206–1207.

318 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1177 ss.

319 Voir *supra* B. I.

320 Voir *supra* B. II. 2.

liées à la fois au genre et à d'autres facteurs³²¹. Depuis quelques années, il se préoccupe des violences à l'égard des femmes lesbiennes, bisexuelles, transgenres ou intersexuées, notamment³²². La CEDEF requiert des Etats parties qu'ils ne se limitent pas à interdire les discriminations directes et indirectes³²³ mais adoptent des mesures temporaires spéciales dans le but de rééquilibrer la façon dont les ressources sont réparties sur la base du genre³²⁴. Afin de traiter le problème des discriminations par ses racines, la CEDEF demande aux Etats de prendre les mesures appropriées pour lutter contre les stéréotypes de genre au niveaux individuel et structurel. La doctrine contemporaine précise que ces stéréotypes affectent tout individu ne se conformant pas aux attentes relatives à une féminité ou à une masculinité «standard»³²⁵ et souligne à cet égard l'imbrication des normes de genre et d'hétérosexualité³²⁶.

Les lignes qui suivent reviennent sur ces différents aspects au regard des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst. L'analyse de l'art. 8 Cst. ne prétend aucunement à l'exhaustivité eu égard à l'abondante littérature sur cette disposition et au fait que la présente contribution met surtout l'accent sur la CEDEF et la LEG.

II. Ancrage constitutionnel: art. 8 Cst.

Selon l'alinéa 2 de l'art. 8 Cst., nul ne doit subir de discrimination du fait, notamment, de son «sexe». L'alinéa 3 spécifie³²⁷ que «l'homme et la femme» sont égaux (1^{ère} phrase), confère au législateur le mandat de pourvoir à l'égalité de droit et de fait notamment dans le domaine du travail (2^{ème} phrase) et consacre le droit à un «salaire égal pour un travail de valeur égale» (3^{ème} phrase), droit directement invocable «aussi bien à l'encontre des autorités qu'entre particuliers»³²⁸.

1. Portée symétrique ou asymétrique

Il convient de distinguer la question de la portée (symétrique ou asymétrique) des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst., de celle de la titularité des droits qui y sont consacrés³²⁹. Alors que l'art. 1^{er} CEDEF ne se réfère qu'aux «femmes», les alinéas 2 («sexe») et 3 («homme et femme») de l'art. 8 Cst. sont rédigés de façon neutre (respectivement binaire) sous l'angle du genre, à l'instar de l'interdiction de discriminer prévue aux art. 2 et 3 du Pacte ONU I ou à l'art. 14

321 Voir *supra* B. II. 4.

322 Voir *supra* B. II. 4.

323 Voir *supra* B. III.

324 Voir *supra* B. III. 2.

325 Voir *supra* B. III. 3. e. et B. III. 4.

326 Voir *supra* B. III. 3. d.

327 Voir WALDMANN, *Neue Ansätze*, p. 11, auquel se réfère notamment l'ATF 140 I 201, c. 6.4.2.

328 Message LEG, FF 1993 I 1163, 1177.

329 BK/BV-WALDMANN, Art. 8 N 54 lie toutefois ces deux aspects.

CEDH. Dès lors, il semble généralement admis que *toute personne* est habilitée à se prévaloir de l'art. 8 al. 2 et 3 Cst.³³⁰.

L'admission d'une titularité générale des droits résultant des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst. n'empêche pas de considérer que ces dispositions sont surtout destinées à protéger les individus appartenant à un ou plusieurs groupes³³¹ traditionnellement discriminés, dont les femmes³³². Alors que la jurisprudence³³³ et la doctrine tendent à reconnaître une portée asymétrique à l'art. 8 al. 2 Cst.³³⁴, l'alinéa 3 est le plus souvent interprété comme protégeant autant les femmes que les hommes³³⁵. Une telle conception est critiquée par un courant doctrinal soulignant, à juste titre, qu'une interprétation de l'art. 8 Cst. conforme à la CEDEF commande d'appliquer les alinéas 2 et 3 de façon à protéger plus particulièrement les femmes³³⁶.

2. *Notion de «sexe»*

Depuis quelques années, le critère du «sexe» énoncé à l'art. 8 al. 2 Cst. est compris de façon à inclure le *genre, l'identité de genre et l'expression de genre* (notamment le comportement, l'apparence physique, l'habillement, la voix)³³⁷. En particulier, WALDMANN explique qu'un homme traité de façon différente en raison de caractéristiques (biologiques ou sociales) attribuées aux femmes (par exemple une voix aiguë ou un goût pour la couture ou la cuisine) est fondé à se prévaloir de l'interdiction de discriminer prévue à l'art. 8 al. 2 Cst.³³⁸

330 Voir notamment SGK/BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 47; CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 54–55, 111 avec les références. Partisans d'une portée asymétrique de l'art. 8 al. 3 Cst., MÜLLER/SCHEFER, p. 738 relèvent que les hommes sont aussi protégés par cette disposition, mais avec une moindre intensité. Voir toutefois MAHON, Art. 8 N 14b; OFK-BIAGGINI, Art. 8 N 14.

331 Sur la discrimination multiple sous l'angle de l'art. 8 Cst., voir KLEBER, p. 178 ss; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, p. 445 (art. 8 al. 2 Cst.) et CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 114 (art. 8 al. 3 Cst.).

332 Voir CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 55, 59; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1076–1077.

333 Voir p.ex. l'ATF 145 I 73, c. 5. 1: «Une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. est réalisée lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur».

334 Sur la portée asymétrique de l'art. 8 al. 2 Cst., voir en particulier MÜLLER/SCHEFER, p. 688 ss. Pour une présentation des différentes nuances doctrinales et jurisprudentielles, voir KLEBER, p. 54–59; DENG, p. 2–4.

335 Sur cette différence entre les alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst., voir MAHON, art. 8 N 13b et 16c; KLEBER, p. 175. Au sujet de l'art. 8 al. 3 Cst., voir surtout SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 101, qui se réfèrent notamment à l'ATF 131 II 361, évoqué *infra* C. IV. 2. b. en lien avec les mesures positives.

336 SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 101; K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 Umsetzung Schweiz N 33; MÜLLER/SCHEFER, p. 738 ss.

337 CR/Cst.-MARTENET N 71 (avec la référence aux «rôles» stéréotypés); WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 608–610.

338 WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 610 note 169. L'exemple inverse donné à la note 170 ne mentionne qu'une caractéristique biologique, à savoir le fait pour une femme d'avoir une barbe.

Alors que la doctrine s'accorde à dire que les personnes trans³³⁹ ou intersexes sont protégées par l'art. 8 al. 2 Cst.³⁴⁰, rares sont les écrits leur accordant aussi le bénéfice de l'art. 8 al. 3 Cst³⁴¹. Parmi eux, citons le nouveau commentaire romand de la Constitution fédérale, selon lequel «une femme transgenre dont le sexe biologique est masculin peut se prévaloir de l'égalité salariale (art. 8 al. 3, 3^{ème} phrase, Cst.) si elle est discriminée sur ce plan par rapport à un homme cisgenre^{342,343}.

En revanche, le Tribunal fédéral³⁴⁴ et la doctrine quasi unanime considèrent que le critère du sexe n'inclut pas l'*orientation sexuelle*, couvert par un autre critère énuméré à l'art. 8 al. 2, à savoir le mode de vie³⁴⁵. Dans le commentaire romand susmentionné, MARTENET note toutefois qu'un rattachement au critère du sexe au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. serait «aussi envisageable»³⁴⁶ et explore des pistes pour une prise en considération de l'orientation sexuelle sous l'angle de l'art. 8 al. 3 Cst³⁴⁷. Son analyse contemporaine de l'art. 8 Cst. fait référence à plusieurs reprises au projet de loi genevois relatif à l'égalité et la lutte contre les violences et les discriminations liées au genre³⁴⁸, dont l'article 5 interdit sur le même plan «toutes les formes de violence et de discrimination fondées sur le sexe, l'orientation affective et sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre ou liées à l'intersexuation».

3. Trois méthodes pour réaliser l'égalité

Au regard des art. 2, 5 et 11 CEDEF, notamment, le Tribunal fédéral explique:

«L'art. 8 al. 3 2^e phrase Cst. contient un mandat visant à réaménager les rapports sociaux par la suppression des stéréotypes et des structures discriminatoires existants [...]»³⁴⁹. Il n'est à cet effet pas suffisant d'interdire la discrimination des femmes (par ex. dans la vie professionnelle) par des particuliers [...]. Des mesures ciblées sont

339 Voir la définition donnée par AGIUS/TOBLE, p. 12, citée *supra* note 282.

340 Voir en particulier, WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, p. 608–609; CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 77–78. Voir aussi SCHEFER/MÜLLER, p. 737 qui exclut en revanche ces personnes du champ d'application de l'art. 8 al. 3 Cst.

341 Voir CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 78, 111, 113, 177, 120 et 124; HOTZ, p. 13.

342 A savoir une personne dont l'identité de genre correspond au sexe assigné à la naissance.

343 CR/Cst.-MARTENET, N 111. Voir aussi N 113.

344 ATF 145 II 153 = JdT 2020 I 22, c. 4.3.6. avec les références doctrinales. Pour un aperçu des critiques suscitées par cet arrêt, voir *infra* C. II. 3.

345 Voir notamment, BESSON, N 1481; AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1097; WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, p. 609–610; PARLI, *Vertragsfreiheit*, N 709; ZIEGLER/BUENO, N 48; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, p. 446 ainsi que SGK/BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 70, cité à tort selon nous à l'appui du recours ayant donné lieu à l'ATF 145 II 153 (voir c. 4.2); *contra* HOTZ, p. 12–13.

346 CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 86, note 29, qui renvoie à HOTZ, p. 12 ss.

347 Voir CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 112, avec les références doctrinales et jurisprudentielles.

348 Projet de loi sur l'égalité et la lutte contre les violences et les discriminations liées au genre (LELVDG) (A 2 90), déposé le 16 décembre 2020 (PL 12843).

349 Voir WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, p. 423 et 439 ss.

nécessaires afin de lutter contre les rôles stéréotypés, contre les modèles de comportements sociaux institutionnalisés et contre les discriminations qui en résultent, et amorcer une réorientation des mentalités»³⁵⁰.

Ainsi, à l'instar de l'art. 8 al. 2 Cst, l'art. 8 al. 3 Cst. exige la réalisation de l'égalité de fait via l'adoption de *mesures positives*³⁵¹ et la lutte contre la perpétuation des *stéréotypes nocifs*³⁵², en sus de l'interdiction des *discriminations directes* ou *indirectes*. La notion de discrimination indirecte semble toutefois être interprétée différemment sous l'angle des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst³⁵³. Selon le Tribunal fédéral, en effet:

«L'art. 8 al. 2 Cst. interdit non seulement la discrimination directe, mais également la discrimination indirecte. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une réglementation, sans désavantager directement un groupe déterminé, défavorise particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe. L'atteinte doit toutefois revêtir une importance significative, le principe de l'interdiction de la discrimination indirecte ne pouvant servir qu'à corriger les effets négatifs les plus flagrants d'une réglementation étatique [...]»³⁵⁴.

En lien avec l'art. 8 al. 3 Cst., le Tribunal se réfère de nos jours encore à la définition de la discrimination indirecte donnée au début des années 1990 par le Message relatif à la LEg³⁵⁵, qui à son tour renvoyait à la jurisprudence européenne des années 1980, dont nous avons vu qu'elle a depuis lors évolué³⁵⁶. Dès lors, dans le contexte de l'égalité entre femmes et hommes, on se trouve en présence d'une discrimination indirecte:

«lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement»³⁵⁷.

Ainsi, alors que l'existence d'une discrimination indirecte peut être admise par la jurisprudence relative à l'art. 8 al. 2 Cst. sur la base d'une analyse *qualitative*, axée sur le désavantage particulier pour les membres d'un groupe et l'intensité

350 ATF 137 I 305, c. 3.2 traduit au JdT 2012 I 47. Le Tribunal ajoute que les collectivités jouissent d'un grand pouvoir d'appréciation dans le choix des moyens. Sur ce mandat sociopolitique, voir SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 92, 96, 102.

351 Voir *infra* C. IV. 2. b (art. 3 al. 3 LEg).

352 Sur le lien entre mesures positives et lutte contre les stéréotypes sous l'angle de l'art. 8 al. 2 Cst., voir BK/BV-WALDMANN, Art. 8 N 94; MARTENET, Géométrie, N 877, 957.

353 Voir KLEBER, p. 157.

354 ATF 145 I 73, c. 5.1.

355 Voir p.ex. l'ATF 145 II 153, c. 4.3.4, avec la référence au Message (FF 1993 I 1163).

356 Sur la notion de discrimination indirecte en droit de l'UE et l'évolution vers une approche qualitative (et non plus seulement quantitative) consacrée par la Directive 2006/54/CE, voir *supra* B. III. 1. ab.

357 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1210.

de l'atteinte, la jurisprudence relative à l'art. 8 al. 3 Cst. reste attachée à une démonstration *quantitative* de l'impact disproportionné d'une mesure sur un groupe, par rapport à un autre. Pourtant, une conception *qualitative* de la discrimination indirecte dans le contexte de l'art. 8 al. 3 Cst. permettrait de se rapprocher du droit actuellement en vigueur au sein de l'UE³⁵⁸ et de sortir d'une simple logique de comparaison entre femmes et hommes, conformément à l'art. 1^{er} CEDEF³⁵⁹.

4. Articulation des alinéas 2 et 3 de l'art. 8 Cst.

En définitive, il semble que l'interdiction de discriminer fondée sur «le sexe» au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. soit interprétée de façon à protéger plus spécifiquement les individus qui en ont le plus besoin³⁶⁰, notamment les femmes et toute personne transgressant les normes de genre (comme les personnes trans* ou les hommes cisgenres s'adonnant à des activités dites «féminines»)³⁶¹. La discrimination indirecte au sens de cette disposition peut être admise sur la base d'une analyse qualitative, axée sur la gravité de l'atteinte à la dignité. Sous l'angle de l'art. 8 al. 3 Cst., en revanche, la démonstration de l'impact disproportionné sur un groupe, comparé à un autre, est généralement requise³⁶². En outre, l'art. 8 al. 3 Cst. demeure majoritairement interprété comme protégeant de façon symétrique «l'homme et la femme» au sens biologique³⁶³.

Au regard des explications données dans la partie précédente, force est de constater que la conception de la discrimination développée en lien avec l'art. 8 al. 2 Cst. s'avère davantage conforme à l'art. 1^{er} CEDEF que celle prévalant dans le cadre de l'art. 8 al. 3 Cst. Paradoxalement, en présence d'une discrimination à l'égard des femmes, la doctrine considère que seul l'art. 8 al. 3 Cst. s'applique au titre de *lex specialis*³⁶⁴. Une telle position paraît contredire l'avis selon lequel la notion de sexe figurant à l'art. 8 al. 2 Cst. pourrait aussi couvrir la non-conformité aux normes de genre³⁶⁵. Elle s'avère en outre insatisfaisante lorsqu'une femme est discriminée sur la base à la fois de son genre et d'un autre facteur énuméré à l'art. 8 al. 2 Cst³⁶⁶.

358 Voir EPINEY/DUTTWILER, p. 50–52; UBERSCHLAG, N 144–151.

359 Voir *supra* B. III. 1. a. et B. III. 4. Dans ce sens, TOBLER, p. 40 ss.

360 Voir *supra* C. II. 1.

361 Voir *supra* C. II. 2.

362 Voir *supra* C. II. 3.

363 Voir *supra* C. II. 1.

364 Voir notamment BK/BV-WALDMANN, Art. 8 N 71, 96; MÜLLER/SCHEFER, p. 737 (selon lesquels l'interdiction de discriminer en raison du sexe prévue à l'art. 8 al. 2 Cst. n'a de portée propre qu'en cas de discriminations à l'égard des personnes transgenres ou intersexes).

365 Voir *supra* C. II. 2, en particulier la référence faite par WALDMANN (Diskriminierungsbegriff, p. 610) aux hommes qui indiquent s'adonner à la couture ou à la cuisine pendant leurs loisirs.

366 Voir KLEBER, p. 178–180.

A juste titre, SCHLÄPPI et LOCHER appellent de leurs vœux une interprétation de l'art. 8 al. 3 Cst. qui explicite davantage le lien avec l'interdiction de la discrimination prévue à l'art. 8 al. 2 Cst. et interprète cette notion conformément à la CEDEF³⁶⁷.

III. Champ d'application de la LEg

1. *Rapports de travail salariés*

Alors que l'art. 11 CEDEF couvre l'emploi au sens large, y compris le travail réalisé dans le secteur informel³⁶⁸, l'interdiction de discriminer prévue par la LEg ne trouve application que dans le cadre de rapports de travail *salariés* et non en cas d'activité indépendante³⁶⁹. Dès lors, la LEg ne s'applique directement aux travailleuses et travailleurs dits «de plateforme» que lorsque leur relation avec la société propriétaire de l'application numérique est qualifiée de contrat de travail³⁷⁰.

Les rapports de travail salariés peuvent être soumis au droit privé ou relever de la fonction publique fédérale, cantonale ou communale (art. 2 LEg). Une nette majorité des arrêts rendus par le Tribunal fédéral en lien avec la LEg concerne des rapports soumis au droit public³⁷¹.

Lorsque la discrimination prend la forme d'un harcèlement sexuel, la question se pose de savoir si elle doit survenir sur le «lieu de travail» (art. 4 LEg)³⁷², ou s'il suffit qu'elle se produise à l'occasion «des rapports de travail» (art. 2 LEg) pour entrer dans le champ d'application de la loi. Les commentaires de la loi exposent qu'un harcèlement survenant hors de l'entreprise, pendant le temps libre, sur le chemin du travail ou au domicile privé tombe sous le coup de la LEg lorsqu'il entraîne une péjoration des conditions de travail, notamment parce que les actes émanent d'une ou un supérieur hiérarchique³⁷³. Rappelons que le fait de harceler sexuellement d'autres membres du personnel constitue une violation grave du devoir de fidélité (art. 321a CO), *a fortiori* lorsque les actes émanent d'une personne assumant des fonctions d'encadrement³⁷⁴ ou travaillant au service de l'Etat. Pour ces catégories du personnel, la portée du de-

367 K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 Umsetzung Schweiz, N 35.

368 Voir C/CEDEF-LEMPEN, art. 1 N 23 avec les références.

369 Voir K/GIG-FREIVOGL, Art. 2 N 22–23, qui n'exclut pas une application par analogie de la loi dans certains cas (p.ex. contrats innomés).

370 Au sens de l'art. 319 CO. Voir l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 17 novembre 2020, ATA/1151/2020 c. 9–13 (qualification du contrat avec une société de transport VTC). Sur la situation des personnes liées à la société *Uber*, voir notamment WYLER/HEIZER, p. 32–40.

371 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.15. Sur 81 arrêts rendus entre 2004 et 2019, 30 concernaient des rapports de droit privé (37%) et 51 des rapports de droit public (63%).

372 Voir *infra* C. IV. 5.

373 Voir K/GIG-KAUFMANN, Art. 4 N 64; C/LEg-LEMPEN, art. 4 N 20 avec les références.

374 Voir TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 3 et 4.3.2.1. Voir aussi WYLER/HEINZER, p. 117–118.

voir de fidélité peut s'étendre au-delà de la sphère professionnelle³⁷⁵. Au demeurant, la jurisprudence n'a pas encore clairement tranché la question de savoir si des actes survenus durant le temps libre sont couverts par l'art. 4 LEg³⁷⁶. Récemment, toutefois, le Tribunal fédéral a qualifié de harcèlement sexuel au sens de cette disposition le comportement d'un directeur qui importunait via des appels téléphoniques et des messages SMS une collaboratrice se trouvant chez elle en incapacité de travail³⁷⁷. Une telle jurisprudence, qui prend en considération l'effet des actes plutôt que le lieu où il se produisent, mérite d'être saluée eu égard au but de la LEg, à savoir la réalisation de l'égalité *de facto* (art. 1 LEg), ainsi qu'au vu des développements récents en droit international du travail.

En particulier, la Convention OIT n° 190, entrée en vigueur en juin 2021, inclut dans son champ d'application le harcèlement s'exerçant «à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail»:

a) sur le lieu de travail, y compris les espaces publics et les espaces privés lorsqu'ils servent de lieu de travail; b) sur les lieux où le travailleur est payé, prend ses pauses ou ses repas ou utilise des installations sanitaires, des salles d'eau ou des vestiaires; c) à l'occasion de déplacements, de voyages, de formations, d'événements ou d'activités sociales liés au travail; d) dans le cadre de communications liées au travail, y compris celles effectuées au moyen de technologies de l'information et de la communication; e) dans le logement fourni par l'employeur; f) pendant les trajets entre le domicile et le lieu de travail³⁷⁸.

A l'heure du télétravail et de l'utilisation accrue d'Internet, il paraît en effet pertinent de revoir la conception classique du «lieu de travail»³⁷⁹.

2. *Discrimination fondée sur le genre*

Le message du Conseil fédéral relatif à la LEg montre que cette loi, adoptée sur la base de la 2^{ème} phrase de l'art. 8 al. 3 Cst., vise principalement à améliorer «la situation des femmes dans le monde du travail»³⁸⁰. Pourtant, même les rares au-

375 Voir LEMPEN, Fidélité, p. 17–19 avec le résumé de trois arrêts (actes commis hors du lieu de travail à l'égard de collègues ou de subordonnées, rapports soumis au droit public, harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg).

376 Voir TF, 4A_251/2009 du 29 juin 2009, c. 2.2 (attouchements dans la voiture du chef, contexte professionnel ou privé, question non tranchée); TF, 4A_124/2017 du 31 janvier 2018, c. 4 (propos sexistes dans un bar à l'occasion d'un pot de départ), commenté par SATTIVA SPRING, Propos grossiers. Voir aussi LEMPEN, Fidélité p. 19–20.

377 TF, 4A_544/2018 du 29 août 2019. Voir DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 346 f.

378 Convention OIT (n° 190) concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, adoptée le 21 juin 2019, art. 3. La convention n'est pas (encore?) ratifiée par la Suisse. Voir à ce sujet les interpellations 20.4578 CAROBBIO et 20.4426 GROUPE DES VERTS.

379 Voir MEIER/PÄRGL/SEILER, p. 77 ss.

380 Voir Message LEg, FF 1993 I 1163, 1166 ss. Voir aussi K/GIG-KAUFMANN, Art. 1 N 1.

teurs à reconnaître une portée asymétrique à l’art. 8 al. 3 Cst.³⁸¹ jugent bon de préciser que la LEg s’applique dans la même mesure aux femmes et aux hommes³⁸². En réalité, alors que le principe constitutionnel d’égalité a d’abord été invoqué (avec succès) devant le Tribunal fédéral surtout par des hommes³⁸³, les actions judiciaires fondées sur la LEg sont pour l’essentiel intentées par des travailleuses³⁸⁴.

L’art. 3 al. 1 LEg interdit de discriminer les personnes salariées «à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale, ou s’agissant des femmes, leur grossesse».

A la lumière de l’art. 5 CEDEF³⁸⁵ et de la façon dont le critère «sexe» est interprété en lien avec l’art. 8 Cst.³⁸⁶, la doctrine s’accorde à dire que ce terme à l’art. 3 al. 1 LEg fait aussi référence au «genre»³⁸⁷. La référence à la «grossesse» combinée à celle de la «situation familiale» permet d’inclure dans le champ d’application de la LEg non seulement les discriminations à l’égard des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, mais aussi la mise à l’écart des mères d’enfants en bas âge, reflet d’une conception stéréotypée de la répartition des tâches entre parents³⁸⁸. Au travers des éléments «grossesse» et «situation familiale», la LEg interdit la discrimination multiple, fondée sur le sexe et sur l’âge, liée au fait d’être une femme en âge de procréer ou d’avoir de jeunes enfants³⁸⁹.

L’art. 3 LEg interdit les différences de traitement reposant sur des *stéréotypes de genre nocifs*³⁹⁰, notamment à l’embauche (la clientèle préférera être servie par une jolie femme)³⁹¹, lors de l’attribution des tâches ou d’une promotion (les collaboratrices sont moins disposées à assumer un surcroît de travail et manquent d’autorité naturelle)³⁹², dans l’aménagement des conditions de travail (une jeune mère doit baisser son taux d’occupation)³⁹³, au niveau de la rémunération (les qualités nécessaires à la garde d’enfants sont innées et n’ont pas à être considérées sur le plan salarial)³⁹⁴ ou de la résiliation des rapports de travail

381 Voir *supra* C. II. 1.

382 MÜLLER/SCHÉFER, p. 739.

383 Voir SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 101 avec les références aux ATF.

384 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.13: sur 81 arrêts du TF relatifs à la LEg, 6 (7,4%) ont été rendus suite à un recours intenté par un homme.

385 Voir *supra* B. II. 2.

386 Voir *supra* C. II. 2.

387 Voir notamment UBERSCHLAG, N 45; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 3 avec les références.

388 Voir PERRENOUD, Protection, p. 75–76.

389 Voir DUNAND/LEMPEN/PERDAEMS, N 209 *in fine*.

390 Sur cette notion, voir *supra* B. III. 3.

391 Voir UBERSCHLAG, N 105–107; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 18–19. Sur la prise en considération des souhaits de la clientèle, voir aussi *supra* B. III. 1. abb. (port du hijab).

392 Exemples cités dans le Message LEg, FF 1993 I 1163, 1175. Voir aussi K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 32–35; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 25.

393 Sur la contrainte au temps partiel, voir LEMPEN/MAJOR, p. 123–124.

394 Sur l’échelle de valeurs qui sous-tend les systèmes salariaux, voir C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 24, 45. Voir aussi Message LEg FF 1993 I 1163, 1211.

(les épouses dont le conjoint bénéficie d'un bon revenu peuvent renoncer à leur emploi)³⁹⁵. En outre, les propos sexistes contribuant à créer un climat de travail hostile sont prohibés par l'art. 4 LEg³⁹⁶.

La doctrine considère que le critère du «sexe» figurant à l'art. 8 al. 2 Cst. inclut la *transidentité*³⁹⁷. Il en va de même du terme «sexe» figurant à l'art. 3 al. 1 LEg³⁹⁸. Au cours des dernières années, les autorités de conciliation en matière de LEg ont traité diverses plaintes pour discriminations fondées sur l'identité ou l'expression de genre, notamment des cas de refus d'embauche ou de licenciements liés à la révélation d'un changement de genre, ou encore le harcèlement sexuel d'une femme transgenre, qualifiée de «*Schwein*»³⁹⁹. A notre connaissance, la LEg n'a encore jamais été invoquée devant un tribunal en lien avec une discrimination fondée l'identité de genre⁴⁰⁰.

3. Discrimination fondée sur l'orientation sexuelle?

En 2019, le Tribunal fédéral a répondu par la négative à la question de savoir si une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle à l'embauche constitue une discrimination *directe* au sens de l'art. 3 al. 1 LEg⁴⁰¹. Le Tribunal fonde notamment son analyse sur la doctrine relative à l'art. 8 al. 2 Cst., dont nous avons vu qu'elle rattache l'orientation sexuelle au «mode de vie» et non au «sexe»⁴⁰². Le «sexe» n'incluant pas l'homosexualité, le critère de l'orientation sexuelle peut tout au plus, à l'instar de l'état civil ou de la situation familiale, être *indirectement* discriminatoire au sens de l'art. 3 al. 1 LEg lorsque sa prise en considération nuit aux femmes par rapport aux hommes (ou inversement). L'arrêt se réfère au message relatif à la LEg, selon lequel une différence de traitement fondée sur les «préférences sexuelles» entre dans le champ d'application de cette disposition «dans la mesure où un tel critère est propre à désavantager une plus grande proportion de personne d'un sexe»⁴⁰³. Le Tribunal fédéral juge non convaincante l'opinion doctrinale, ici défendue, selon laquelle il convient de considérer que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est couverte par la LEg dès lors qu'elle est intrinsèquement liée à celle fondée sur la

395 Voir K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 19, 64; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 10, 35.

396 Voir ATF 126 III 395, c. 7b et *infra* C. IV. 5.

397 Voir ATF 145 II 153, c. 4.3.6 avec les références et *supra* C. II. 2.

398 Voir LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, p. 86–87; GROHSMAN, p. 34–37; UBERSCHLAG, N 41–44; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 17, avec les références à l'arrêt CJUE du 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall*, aff. C-13/94.

399 Voir les résumés sur <www.gleichstellungsgesetz.ch>, notamment ZH Fall 344, auxquels se réfèrent LEMPEN/SHEYBANI, p. 90–91.

400 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2017 (jurisprudence cantonale), ch. 4.16; LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021 (Tribunal fédéral), ch. 4.10.

401 ATF 145 II 153.

402 Voir ATF 145 II 153, c. 4.3.6, qui se réfère à la doctrine citée *supra* C. II. 2.

403 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1211, auquel se réfère l'ATF 145 II 153, c. 4.3.4.

non-conformité aux stéréotypes de genre⁴⁰⁴, comme l'attestent les recherches réalisées dans le champ de la psychologie sociale⁴⁰⁵. S'appuyant sur un autre courant doctrinal, le Tribunal fédéral reste attaché à la logique de comparaison chiffrée entre deux sexes biologiques et estime que le recourant doit être débouté, faute d'avoir établi une discrimination par rapport aux femmes homosexuelles⁴⁰⁶.

Dans le cas d'espèce, il semble que le candidat à l'embauche n'ait effectivement pas assez expliqué en quoi la discrimination dont il se plaignait revêtait un caractère généré. Sur ce point, nous partageons l'avis du Tribunal. En revanche, nous ne pouvons suivre l'argument selon lequel le soldat aurait dû montrer que l'armée écartait les candidatures des gays, alors qu'elle prenait en considération celles des lesbiennes⁴⁰⁷. Si on appliquait ce raisonnement à l'état de fait de l'arrêt *Onacle c. Sundower*⁴⁰⁸, cela signifierait que le harcèlement commis sur une plateforme pétrolière par un groupe d'hommes à l'égard d'un collègue qu'ils jugent «efféminé» cesserait d'être considéré comme une discrimination fondée sur le sexe dès le moment où le groupe s'en prendrait aussi à une collaboratrice aux allures masculines. L'efficacité de l'interdiction de discriminer sur la base du sexe en serait considérablement réduite.

L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 2019 a suscité plusieurs critiques. En substance, la doctrine regrette l'accent mis sur les travaux préparatoires, vieux d'un quart de siècle, et l'attachement à une conception biologique du critère «sexe», réduit à la seule question des inégalités entre «l'homme» et «la femme». Une occasion manquée de réinterpréter ces catégories binaires, devenues trop étroites, et d'intégrer les recherches menées dans d'autres disciplines sur le lien entre homophobie et stéréotypes de genre⁴⁰⁹.

Ajoutons que, même en restant fidèle à une conception traditionnelle de la discrimination fondée sur le sexe, le Tribunal fédéral aurait pu parvenir à un résultat opposé, à l'instar de la Cour Suprême des Etats-Unis dans un arrêt *Bostock v. County Clayton*⁴¹⁰ rendu peu après celui de notre Haute Cour:

«En effet, un employé homosexuel et une employée hétérosexuelle sont tous deux attirés par les hommes. Si l'employeuse de ces deux personnes décide de licencier

404 ATF 145 II 153, c. 4.4.1. qui se réfère à LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, p. 86 ss; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 4; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 17; STAUBER-MOSER/VOLODER, p. 122.

405 Voir la doctrine citée *supra* B. III. 3. d. (stéréotypes et orientation sexuelle).

406 ATF 145 II 153, c. 4.3.6, 4.4.2, 4.5, qui se réfèrent notamment à WYLER/HEINZER, p. 1111; UBERSCHLAG, N 37, 53; C/LEg-COSSALI SAUVAIN, art. 1, N 17–19; BAUR/ROSSINELLI, N 13.

407 Comme suggéré par le Tribunal administratif fédéral dans son arrêt A-1276/2017 du 7 août 2018, c. 3.

408 Affaire US Supreme Court du 4 mars 1998, *Onacle v. Sundower Offshore Servs. Inc.*, 523 U.S. 75. Voir *supra* B. III. 3. cb.

409 Voir STEFFANINI, p. 190–191; HOTZ, p. 10 ss; SATTIVA SPRING, Homosexuels, p. 11–12; GELSER, p. 1190; TSCHENTSCHER, p. 670–671.

410 Affaire US Supreme Court du 15 juin 2020, *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S.

uniquement l'employé au seul motif qu'il aime les hommes, elle discrimine ce dernier par rapport à l'employée et viole ainsi l'art. 3 LEg. En pareille hypothèse, en effet, la résiliation n'est pas motivée par le genre de la personne aimée mais directement par le genre de la personne employée»⁴¹¹.

Sur la base de ce raisonnement, l'arrêt *Bostock* retient qu'un licenciement fondé sur l'orientation sexuelle viole l'interdiction de discriminer sur la base du sexe («*on the basis of sex*») figurant au Titre VII du *Civil Rights Act* depuis 1964. Comme relevé par les commentaires de cette jurisprudence historique, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle peut ainsi être admise sur la base d'une comparaison avec une personne, réelle ou hypothétique, d'un autre «sexe» biologique, sans qu'il soit nécessaire de trancher le débat sur l'acception purement biologique ou non de cette catégorie⁴¹².

IV. Le concept de discrimination dans la jurisprudence LEg

1. Généralités

Dès l'instant où une personne présente sa candidature à un poste⁴¹³, la partie employeuse a l'interdiction de la discriminer «à raison du sexe» directement ou indirectement (art. 3 al. 1 LEg).

Rappelons que selon le Message relatif à la LEg, on se trouve en présence d'une discrimination *directe* lorsqu'une différence de traitement «se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes [la grossesse]⁴¹⁴ et qu'elle n'est pas justifiée objectivement»⁴¹⁵. Bien qu'elle présuppose l'existence de «deux sexes», cette définition n'exige aucune comparaison entre femmes et hommes, contrairement à celle de discrimination indirecte. Ainsi, le refus d'engager les mères de jeunes enfants constitue une discrimination directe «à raison du sexe» et de la «situation familiale» au sens de l'art. 3 al. 1 LEg, quand bien même les candidatures d'autres femmes, par hypothèse plus âgées, seraient retenues⁴¹⁶. L'élément déterminant

411 LEMPEN/SHEYBANI, p. 90. Voir aussi OGRABEK/SHEYBANI, p. 413, qui se réfèrent à l'arrêt *Bostock* mentionné à la note précédente.

412 Voir WEISS, p. 290. Voir aussi TURNER, p. 256 ss (qui explore la figure de la discrimination par association en lien avec l'orientation sexuelle) et BISOM RAPP, p. 6 (selon laquelle l'arrêt *Bostock*, bien que portant sur l'emploi, donnera lieu à une nouvelle lecture du droit antidiscriminatoire dans plusieurs autres domaines, comme l'éducation ou la santé).

413 Voir DUNAND, Interdiction, p. 42–45.

414 Voir K/GIG-FREIVOGEL, art. 3 N 18.

415 Message LEg, FF 1993 I 1163, 1210.

416 Voir UBERSCHLAG, N 55, 138; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 2, 21. Voir aussi US Supreme Court du 25 janvier 1971, *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S. 542 (refus d'engager une femme avec des enfants en âge préscolaire, discrimination fondée sur le sexe malgré le fait que le refus ait aussi été fondé sur la parentalité et qu'une autre femme ait été engagée).

n'est pas la comparaison avec une personne de sexe masculin mais le lien de causalité entre le refus d'embauche et la maternité⁴¹⁷.

En revanche, la discrimination est qualifiée d'*indirecte* «lorsque le critère utilisé pourrait s'appliquer à l'un ou l'autre sexe, mais qu'il a ou peut avoir pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans être justifié objectivement». On reconnaît ici la définition quantitative, inspirée de l'ancien droit de l'Union européenne, dont il a déjà été question plus haut⁴¹⁸.

L'interdiction de discriminer directement ou indirectement s'applique notamment à l'*embauche*, au niveau de la *rémunération* et lors de la *résiliation* des rapports de travail (art. 3 al. 2 LEg). En outre, la partie employeuse doit assurer des conditions de travail non discriminatoires, exemptes de *harcèlement sexuel* (art. 4 LEg). La présente section examine la façon dont les tribunaux conçoivent la discrimination «à raison du sexe» pour chacun de ces quatre aspects. L'accent est mis sur une sélection d'arrêts qui permet de faire le lien avec les explications données sur la notion de discrimination au sens de l'art. 1^{er} CEDEF.

2. *Embauche*

a. *Lutte contre les stéréotypes de genre*

En lien avec les art. 5 et 11 CEDEF, nous avons évoqué plus haut un arrêt *Jurčić c. Croatie*, à l'occasion duquel la CourEDH a considéré que le présupposé selon lequel une femme concluant un contrat de travail à un stade avancé de sa grossesse vise à abuser du système d'assurances sociales fait obstacle à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes⁴¹⁹. Dans le même esprit, le Tribunal fédéral a récemment souligné que le refus d'engager une femme au motif qu'elle va bientôt accoucher entraîne une discrimination à l'embauche au sens de l'art. 3 LEg⁴²⁰. Le fait de nier l'aptitude au placement⁴²¹ d'une femme enceinte, en invoquant la faible probabilité qu'un employeur engage une assurée sept semaines avant la naissance, revient à imputer à ce dernier une conduite discriminatoire et ne saurait dès lors servir de fondement à la décision de l'autorité⁴²².

417 Voir *supra* B. II. 2. les explications données en lien avec l'art. 11 § 2 CEDEF (visant à «prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de la maternité»).

418 Voir *supra* B. III. 1 ab. (CEDEF) et C. II. 3. (8 Cst.).

419 Arrêt CourEDH, *Jurčić c. Croatie* du 4 février 2021 (*non définitif*), req. n° 5411/15, § 32, 42, 82, mentionnée *supra* B. III. 3. ab (lutter contre les stéréotypes de genre).

420 ATF 146 V 210, c. 5.2., qui renvoie à K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 22, 24.

421 Art. 15 LACI (Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837.0).

422 ATF 146 V 210, c. 5.2.

Il est intéressant de mettre cet arrêt en lien avec une affaire tranchée deux ans auparavant par le Tribunal fédéral. Dans cet autre arrêt, les juges ont rejeté l'argument selon lequel la mention des absences liées à un congé maternité sur un certificat de travail devrait être biffée au motif que cette référence à la grossesse dissuaderait un futur employeur d'engager la salariée concernée⁴²³. Le Tribunal relève que l'expérience acquise au travers de la parentalité peut être considérée comme un avantage lors d'un recrutement. En même temps, il concède que la maternité, comme la paternité (quoique dans une moindre mesure vu la répartition traditionnelle des tâches entre parents) peut aussi faire craindre de fréquentes absences pour des raisons familiales et dès lors entraîner un désavantage concurrentiel. En l'espèce toutefois, la salariée n'avait pas établi en quoi la mention de la maternité sur son certificat allait affecter son avenir professionnel ou serait contraire à la LEg⁴²⁴.

Dans ces deux arrêts, il nous semble que le Tribunal fédéral tente de faire évoluer la conception selon laquelle une femme devenue mère n'est plus une travailleuse à part entière et refuse de considérer que les responsables du recrutement agissent sur la base de tels stéréotypes. Pourtant, les attitudes négatives relatives à l'activité professionnelle des mères d'enfants en âge préscolaire sont encore bien présentes en Suisse⁴²⁵. Les actions judiciaires pour refus d'embauche discriminatoire sont, quant à elles, rares. La plupart du temps, une discrimination directe est invoquée, parfois par un homme contestant une *mesure positive* au sens de l'art. 3 al. 3 LEg⁴²⁶.

b. Mesures temporaires spéciales, quotas

Dans un célèbre arrêt concernant l'Université de Fribourg, le Tribunal fédéral a jugé que les quotas rigides⁴²⁷ dans le secteur public doivent non seulement respecter le principe de proportionnalité, mais également reposer sur une base légale autre que l'art. 3 al. 3 LEg⁴²⁸. Parmi les nombreuses critiques suscitées par cette approche «frileuse»⁴²⁹, nous nous limitons à évoquer de façon superficielle celles relatives à l'absence de prise en considération du cadre interprétatif

423 ATF 144 II 345, c. 5.3.2. A l'appui de son propos, la travailleuse a fait (en vain) un parallèle avec le droit de mentir sur un projet de grossesse lors d'un entretien d'embauche. A ce sujet, voir notamment PERRENOUD, Protection, p. 80–84.

424 ATF 144 II 345, c. 5.3.3.

425 Les statistiques de l'OFS reproduites dans l'annexe I au 6^{ème} rapport du gouvernement suisse relatif à la mise en œuvre de la CEDEF, novembre 2020, p. 37 révèlent qu'en 2018, une proportion non négligeable d'hommes (36%) et de femmes (27%) pensent «qu'un enfant en âge préscolaire souffre si sa mère travaille».

426 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2017, ch. 4.18-4.20; DUNAND, Interdiction, p. 45–47.

427 Sur cette notion en lien avec l'art. 3 al. 3 LEg: K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 175; C/LEg-LEMPEN, art. 3 N 42.

428 ATF 131 II 361, c. 7.

429 Voir SATTIVA SPRING, Mesures positives, p. 301.

fourni par la CEDEF⁴³⁰. En particulier, au lieu de concevoir les quotas rigides comme un moyen de remédier au déséquilibre relatif à la représentation des femmes et des hommes au sein du corps professoral, conformément au principe d'égalité énoncé à la 1^{ère} phrase de l'art. 8 al. 3 Cst.⁴³¹, le Tribunal fédéral admet de façon restrictive la constitutionnalité des quotas «qui accordent la préférence aux femmes indépendamment de leurs qualifications, en raison du seul critère du sexe»⁴³². Le fait de mentionner la «préférence» accordée aux femmes, tout en opposant dans la même phrase les critères de la «qualification» et du «sexe», témoigne d'une conception des mesures positives étrangère à celle préconisée par le Comité CEDEF.

Alors que le Comité conçoit les «mesures temporaires spéciales» (art. 4 CEDEF) comme un instrument propre à faire évoluer le «rôle stéréotypé des hommes et des femmes» (art. 5 CEDEF)⁴³³, le Tribunal fédéral estime, dans un arrêt relatif à une procédure de nomination à l'Université de Genève, que «conférer une portée asymétrique à la plainte de l'art. 62B RALU/GE risque de stigmatiser les bénéficiaires de la mesure positive de l'art. 26A LU/GE⁴³⁴, laissant penser que celles-là sont nommées principalement en raison de leur sexe»⁴³⁵. Afin d'éviter cet «effet pervers», le Tribunal insiste sur la nécessité d'ouvrir «la voie de la plainte à toutes les personnes qui s'estiment directement touchées par une violation de la règle de préférence»⁴³⁶.

A notre connaissance, depuis ces arrêts, le Tribunal fédéral n'a rendu aucune autre jurisprudence concernant des mesures positives au sens de l'art. 3 al. 3 LEg. L'avenir nous dira si l'entrée en vigueur de la règle visant à assurer une représentation équilibrée des sexes dans les conseils d'administration et les directions des sociétés anonymes⁴³⁷ donnera lieu à une jurisprudence concernant le secteur privé.

430 Voir *supra* B. III. 2. (mesures temporaires spéciales).

431 L'exigence d'une base légale formelle découle du rattachement des mesures positives (et de l'égalité de fait) à la 2^{ème} phrase de l'art. 8 al. 3 Cst., rattachement contesté par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (invité à se déterminer) et par une importante doctrine, notamment: TOBLER, Quoten, p. 224- 228; SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 115; K/CEDAW-KÄGI-DIENER, Art. 4 Umsetzung Schweiz N 1-21 avec les références.

432 ATF 131 II 361, c. 5.3 qui se réfère à l'ATF 123 I 152.

433 Voir CEDEF, Rec. gén. n°25/2004 (Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8), § 38; C/CEDEF-HERTIG RANDALL, art 4 N 10, ainsi que les autres références mentionnées *supra* B. III. 2.

434 Actuellement, le quota souple selon lequel «à qualifications équivalentes, la préférence est donnée à la personne qui appartient au sexe sous-représenté» figure à l'art. 13 al. 3 LU (Loi sur l'université du 13 juin 2008, RS/GE C 1 30).

435 TF, 2P.277/2004, c. 4.3, qui se réfère à MARTENET, Géométrie, p. 434-435.

436 TF, 2P.277/2004, c. 4.3. Par la suite, le Tribunal fédéral a jugé que le refus d'engager le candidat était «motivé par des raisons étrangères à son appartenance au sexe sur-représenté, de sorte qu'il ne saurait se plaindre d'une discrimination à raison du sexe au sens de la LEg»: ATF 133 II 257, c. 4.2.

437 Art. 734f CO, RO 2020 4005; FF 2020 5409. Une avancée saluée par SATTIVA SPRING, Mesures positives, p. 300, malgré l'absence de sanctions en cas de non-respect des seuils de référence (30% dans les conseils d'administration et 20% dans les directions).

Selon le Comité CEDEF, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de mesures positives, ainsi que leur faible utilisation dans tous les secteurs en Suisse, «indiquent que les mesures temporaires spéciales ne sont pas clairement comprises, non plus que les raisons pour lesquelles elles sont appliquées, conformément au paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention et à la recommandation générale n° 25 du Comité»⁴³⁸. En particulier, le Comité déclare être «préoccupé par les faibles nombres de femmes professeurs dans les établissements universitaires et de femmes juges à tous les niveaux du système judiciaire»⁴³⁹.

3. Rémunération

a. La conception traditionnelle

Le droit constitutionnel à un salaire égal pour un travail de valeur égale (art. 8 al. 3, 3^{ème} phrase) trouve son expression dans l'interdiction de la discrimination salariale prévue par l'art. 3 LEg⁴⁴⁰. La mise en œuvre de ce droit donne lieu à une jurisprudence fédérale relativement abondante⁴⁴¹, qui reflète de façon évidente une compréhension binaire du «sexe». Par exemple, le Tribunal fédéral expose qu'une «discrimination de nature sexiste peut résulter dans la fixation du salaire d'une personne déterminée lorsqu'il est comparé à celui d'autres personnes du *sexe opposé* ayant une position semblable dans l'entreprise»⁴⁴². Selon le Tribunal, «la comparaison du salaire de la travailleuse avec la rémunération d'un seul collègue exerçant la même activité suffit à rendre la discrimination vraisemblable» et à renverser le fardeau de la preuve (art. 6 LEg)⁴⁴³. En pareille hypothèse, la partie employeuse ne saurait invoquer, comme motif justificatif, le fait que «l'employée se trouve sous-payée dans une mesure semblable par rapport à ses collègues aussi bien masculins que féminins». En effet, la LEg «ne s'oppose pas à des discriminations entre hommes ou entre femmes»⁴⁴⁴.

438 CEDEF, Obs. fin. Suisse n° 3/2009 (Doc. Nu CEDAW C/CHE/CO/3), § 23.

439 CEDEF, Obs. fin. Suisse n° 4–5/2016 (Doc. NU CEDAW/C/CHE/CO/4–5), § 20–21. La réponse de la Suisse à la liste de points et de questions établie en vue du sixième rapport périodique de la Suisse relatif à la mise en œuvre de la CEDEF (novembre 2020) renseigne sur les mesures temporaires spéciales à destination de groupes spécifiques, comme les femmes en situation de handicap (voir § 45 ss).

440 Voir SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 122; C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 2 (sur le plan matériel, l'art. 3 LEg «ne contient rien de plus» que le principe constitutionnel du salaire égal pour un travail de valeur égale, auquel la jurisprudence a conféré un effet horizontal direct).

441 Voir LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.23 (sur 81 arrêts rendus par le Tribunal fédéral entre 2004 et 2019, 55 traitent d'une discrimination salariale).

442 ATF 130 III 145, c. 4.2. avec les références.

443 TF, 4A_115/2011 du 28 avril 2011, c. 5.1, qui renvoie notamment à TF, 4A_449/2008 du 25 février 2009, c. 3.

444 ATF 136 II 393, c. 11.3.; ATF 127 III 207, c. 4.

b. *Au-delà de la seule comparaison femmes-hommes*

Eu égard à la jurisprudence susmentionnée, AUBRY GIRARDIN relève que «seules les discriminations salariales entre les sexes sont visées par l'article 3 LEg»⁴⁴⁵. Suivant cette logique, MARTENET est d'avis qu'une «femme transgenre dont le sexe biologique est masculin peut se prévaloir de l'égalité salariale (art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst.) si elle est discriminée sur ce plan par rapport à un homme cisgenre»⁴⁴⁶. Un raisonnement fondé sur la binarité se prêtant mal à appréhender la réalité, complexe, l'auteur fait un pas supplémentaire en présentant l'idée selon laquelle toute discrimination salariale *fondée sur l'identité de genre* est prohibée par la troisième phrase de l'art. 8 al. 3 Cst. Ainsi, «une personne s'identifiant comme non binaire, dont le sexe biologique et assigné à la naissance est féminin, peut se prévaloir de l'égalité salariale (art. 8 al. 3, 3^e phrase, Cst.) si elle est discriminée sur ce plan», non seulement par rapport à des hommes, mais aussi par rapport à des femmes cisgenres⁴⁴⁷. Comme déjà relevé⁴⁴⁸, le Tribunal fédéral n'a encore jamais dû se prononcer sur une plainte pour discrimination fondée sur la transidentité dans le domaine de l'emploi.

Notre Haute Cour n'a pas davantage eu l'occasion de préciser si une femme mariée, avec des enfants, serait fondée à se plaindre de discrimination salariale au sens de la LEg en comparant son salaire au revenu plus élevé touché par une autre collaboratrice au bénéficiaire du même cahier des charges et d'un profil équivalent⁴⁴⁹. Selon la conception classique décrite plus haut, la salariée aurait intérêt à se comparer aussi à un collègue homme, marié et père, effectuant le même travail en échange d'une rémunération plus élevée. En réalité, la question de savoir à qui se compare la travailleuse nous paraît secondaire par rapport à celle du lien de causalité. Au sujet des refus d'embauche signifiés aux mères d'enfants en bas-âge⁴⁵⁰, nous avons déjà expliqué que la démonstration d'une discrimination *fondée sur l'état civil ou la situation familiale* au sens de l'art. 3 al. 1 LEg requiert avant tout d'établir l'impact de ces critères dans le cas concret, eu égard aux stéréotypes selon lesquels «les femmes mariées sont moins productives que les femmes célibataires» et «les hommes mariés sont plus productifs que les hommes célibataires»⁴⁵¹.

Un récent arrêt du Tribunal fédéral⁴⁵² relatif à une plainte pour discrimination salariale *fondée sur la maternité*, laisse penser qu'une telle discrimination

445 C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 27 qui se réfère à un ATF 113 Ia 107, c. 4a., antérieur à la LEg. Voir aussi C/LEg-WYLER, art. 6 N 13b; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 98.

446 CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 111.

447 CR/Cst.-MARTENET, art. 8 N 113. Voir aussi *supra* C. II. 2.

448 Voir *supra* C. III. 2.

449 PÄRLI/OBERHAUSSER, N 116.

450 Voir *supra* C. III. 2. (discrimination fondée sur le genre).

451 Voir PÄRLI/OBERHAUSSER, N 119–120, avec les références à une étude zurichoise montrant l'impact négatif du mariage et de la maternité sur le salaire des femmes («*motherhood penalty*»).

452 TF, 8C_605/2016 du 9 octobre 2017.

pourrait être admise indépendamment d'une comparaison entre femmes et hommes. En l'espèce, le Tribunal a certes laissé ouverte la question de savoir si le fait de prendre en considération les absences liées à un congé maternité lors du calcul du nombre de mois non travaillés à partir duquel une évaluation des prestations – et donc une augmentation salariale – n'a pas lieu constitue une discrimination indirecte à l'égard des femmes. Toutefois, l'arrêt se réfère à la doctrine qui juge contraire à l'art. 3 LEg le fait d'accorder des augmentations de salaire sur la base des jours de présence du personnel en prenant en considération les absences liées à la grossesse et au congé de maternité⁴⁵³. Par ailleurs, mention est faite de l'art. 11 § 2 let. b CEDEF⁴⁵⁴, dont il résulte que le congé de maternité ne devrait avoir aucun effet négatif sur la rémunération⁴⁵⁵.

Les cas mentionnés jusqu'à présent portent sur la rémunération individuelle de personnes au bénéfice de rapports de travail soumis au droit privé ou public. Dans la fonction publique, une discrimination peut aussi résulter de la façon dont une *profession* dite typiquement féminine ou masculine est classée par rapport à profession typiquement attribuée au sexe opposé ou à une profession dite neutre⁴⁵⁶. Ainsi, alors que la jurisprudence relative aux discriminations salariales au sens de la LEg ne conçoit que des individus de sexe féminin ou masculin, elle envisage qu'un métier puisse être «neutre», ni féminin ni masculin, étant précisé que la nature sexospécifique, généralement établie sur la base de statistiques (spécificité dès 70%)⁴⁵⁷, peut se transformer au fil du temps⁴⁵⁸. La jurisprudence reconnaît donc la fluidité du genre des métiers, comme le montre l'exemple argovien de l'enseignement au primaire, profession récemment devenue féminine⁴⁵⁹.

En outre, la qualification d'un travail comme «masculin» n'empêche pas qu'il soit, en l'espèce, accompli en partie par des femmes (et inversement)⁴⁶⁰. Dès lors, il est tout à fait possible qu'un procès pour discrimination salariale fondé sur la LEg oppose des personnes du même sexe (p.ex. des policières et des infirmières). En revanche, le Tribunal fédéral explique que la comparaison ne saurait se faire entre deux professions féminines⁴⁶¹, sans préciser si deux

453 TF, 8C_605/2016 du 9 octobre 2017, c. 6.2, qui se réfère notamment à PERRENOUD, Protection, p. 87.

454 TF, 8C_605/2016 du 9 octobre 2017, c. 6.3 (notant au passage que certaines dispositions de la CEDEF sont considérées comme directement applicables).

455 C/CEDEF-LEMPEN, art. 11 N 93, qui renvoie aussi à l'art. 8 § 2 de la Convention OIT n° 183 du 7 février 2002 sur la protection de la maternité.

456 Parmi d'autres: C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 22.

457 La proportion se calcule sur la base du sexe biologique des individus. La question de l'intersexualité reste ouverte. Dans ce sens: PÄRLI/OBERHAUSSER, N 92.

458 Voir C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 30; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 104, qui se réfèrent notamment à l'ATF 125 II 530, c. 2b. Voir aussi: C/CEDEF-MARTENET, art. 2 N 76 (analyse dynamique).

459 ATF 141 II 411.

460 Voir K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 100.

461 P. ex.: TF, 8C_179/2020 du 12 novembre 2020, c. 3.2.

professions composées de plus de 70% de femmes, mais dont l'une serait bien plus féminine (la proportion de femmes s'élevant à 95%) que l'autre (ne comptant que 75% de femmes), pourraient être comparées afin d'établir une discrimination salariale au sens de la LEg⁴⁶².

c. Lutte contre les stéréotypes

L'identification d'une discrimination salariale présuppose un jugement de valeur⁴⁶³ sur l'équivalence des activités comparées. Lorsque la valeur égale ne saute pas aux yeux, les tribunaux doivent ordonner des expertises judiciaires⁴⁶⁴. La jurisprudence considère que plusieurs méthodes permettent d'évaluer correctement le travail. La LEg interdit uniquement le recours à des critères d'évaluation discriminatoires⁴⁶⁵ (p.ex. sous-évaluation du travail de *care* et des compétences relationnelles caractéristiques des professions typiquement féminines ou surpondération du critère de la force physique)⁴⁶⁶. De plus, les motifs invoqués pour justifier une différence salariale ne doivent pas reposer sur des stéréotypes nocifs⁴⁶⁷ au sens de l'art. 5 CEDEF⁴⁶⁸. Des critères sans influence sur la valeur du travail, comme l'état civil ou la situation familiale, ne devraient en principe pas fonder une différence de rémunération⁴⁶⁹.

4. Licenciement

Une récente analyse de la jurisprudence relative à la LEg révèle que les plaintes pour discrimination *directe* lors de la résiliation des rapports de travail, et surtout celles portant sur un *licenciement lié à la maternité*, figurent parmi les cas qui occupent le plus souvent les tribunaux cantonaux⁴⁷⁰. Tout comme en présence d'autres types de licenciement discriminatoire (art. 336 CO)⁴⁷¹, la travailleuse doit montrer que le motif réel de la résiliation réside dans la maternité et que le licenciement n'aurait pas été notifié sans cette circonstance⁴⁷². La LEg prévoit un allègement du fardeau de la preuve. Ainsi, lorsque la salariée par-

462 K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 101 semble l'admettre.

463 K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 114–115.

464 ATF 133 III 545, c. 4.2; ATF 130 III 145, c. 3.1.2.

465 Voir TF, 8C_179/2020 du 12 novembre 2020, c. 3.2; ATF 131 II 393, c. 6. et 7.5.1 («Es ist allgemein bekannt, dass gerade die weiblich dominierten Berufe im Pflegebereich lange unterbezahlt wurden»).

466 Voir SGK/BV- BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 126. Voir aussi C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 45 («échelle de valeurs traditionnelles pénalisant un sexe»).

467 Voir *supra* B. III. 3. a.

468 Dans ce sens: PÄRLI/OBERHAUSSER, N 54, 93 et 105.

469 C/LEg-AUBRY GIRARDIN, art. 3 N 36, 46; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 146–147 (sous réserve des allocations familiales, dont les éventuels effets genrés doivent toutefois aussi être analysés). Voir aussi SGK/BV-BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 128.

470 Voir LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, p. 82.

471 Voir *supra* B. II. 3.

472 Parmi d'autres: CS/CIT-DUNAND, art. 336 CO N 3, 7–8, 16–17.

vient à rendre vraisemblable le lien de causalité entre la résiliation et la maternité, le fardeau de la preuve est renversé et il incombe à la partie employeuse d'apporter la preuve que le licenciement repose sur des motifs objectifs (art. 6 LEg). En pratique, la preuve d'une discrimination demeure difficile à apporter malgré ce mécanisme en deux étapes⁴⁷³.

Par exemple, un licenciement notifié après un congé de maternité a été jugé objectivement justifié (réorganisation du service impliquant une réduction du personnel) dans une affaire tranchée par le Tribunal fédéral il y a une dizaine d'années⁴⁷⁴. L'arrêt est intéressant à mentionner car le Tribunal semble hésiter entre plusieurs figures de la discrimination directe lorsqu'il considère:

«Il n'est pas établi à cet égard que l'intimée aurait agi de manière discriminatoire en licenciant les mères de famille en priorité ou en donnant leur congé aux femmes plutôt qu'aux hommes»⁴⁷⁵.

La plupart du temps, toutefois, une comparaison avec un collègue homme n'est pas requise et il convient bien plutôt d'établir le lien de causalité⁴⁷⁶ entre le licenciement et la grossesse, comme exposé ci-dessus. Selon un récent arrêt, «constitue une discrimination directe le licenciement notifié à une travailleuse parce qu'elle est enceinte, parce qu'elle souhaite le devenir ou parce qu'elle est devenue mère»⁴⁷⁷. Dans son recours au Tribunal fédéral, la partie employeuse reprochait à l'instance cantonale de ne pas avoir pris en considération l'argument tiré des meilleures compétences de la personne engagée pour succéder à la salariée licenciée⁴⁷⁸. Selon le Tribunal fédéral:

«La recourante se méprend sur la preuve stricte à rapporter par l'employeur lorsque l'employée licenciée a rendu vraisemblable que le motif du congé résidait dans sa grossesse ou sa maternité. Il lui incombait de démontrer que la grossesse ou la maternité n'avait pas été un facteur déterminant dans sa décision de mettre un terme au contrat. [...] il ne suffisait pas à la recourante de démontrer que la nouvelle titulaire du poste était objectivement plus compétente que l'employée licenciée. Elle pouvait en revanche chercher à prouver qu'elle disposait d'un motif objectif pour résilier le contrat, à savoir les qualités insuffisantes de l'intimée pour le poste de responsable de la communication»⁴⁷⁹.

Ainsi, la travailleuse qui allègue un licenciement discriminatoire n'est pas tenue de comparer sa situation avec celle d'un collègue homme non licencié et la par-

473 Voir les statistiques présentées par LEMPEN/VOLODER, Aktuelle Entwicklungen, p. 83–84.

474 TF, 4A_395/2010 du 25 octobre 2010.

475 TF, 4A_395/2010 du 25 octobre 2010, 5.2.

476 Voir TF, 4A_507/2013 du 27 janvier 2014, c. 4; TF, 8C_469/2019 du 30 octobre 2019, c. 9.2. Dans les deux cas, l'existence d'un lien de causalité entre la résiliation et la grossesse a été nié.

477 TF, 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 3, qui se réfère à PERRENOUD, Protection, p. 89; WYLER/HEINZER, p. 1112; K/GIG-FREIVOGEL, Art. 3 N 65.

478 TF, 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.1.

479 TF, 4A_59/2019 du 12 mai 2020, c. 7.2.

tie employeuse ne saurait se défendre en comparant le profil de la personne licenciée avec celui de la personne engagée pour lui succéder.

5. *Harcèlement sexuel*

a. *Au-delà de la comparaison femmes-hommes: l'atteinte à la dignité*

L'art. 4 LEg définit le harcèlement sexuel comme un «comportement discriminatoire» portant «atteinte à la *dignité de la personne*». Pour une fois, la version française de la loi n'utilise pas le «masculin générique» et s'avère même plus inclusive que la version en allemand qui mentionne, de manière binaire, «*die Würde von Frauen und Männern*». Malgré la formulation du texte allemand, la jurisprudence montre qu'une atteinte à la dignité peut être admise sans comparaison entre femmes et hommes.

Par exemple, le Tribunal fédéral a jugé que l'attitude d'un chef du secteur hôtelier qui demandait à une apprentie sous sa responsabilité «de se mettre à quatre pattes», l'appelait «petite chérie» ou «petite cochonne» en cuisine, et lui administrait des bisous ou des caresses sur la joue, portait «clairement atteinte à la dignité» au sens de l'art. 4 LEg⁴⁸⁰. En l'espèce, le comportement conjugait des paroles et des actes. Un harcèlement sexuel peut aussi être uniquement verbal, comme l'illustrent deux autres arrêts relatifs au secteur de la gastronomie.

b. *Propos sexuels ou sur l'orientation sexuelle*

Dans un arrêt rendu il y a déjà vingt ans, le Tribunal fédéral a estimé que les propos tenus par un gérant de bistrot à l'égard d'une sommelière, régulièrement traitée de « salope, connasse, sale pute » devant la clientèle, ne pouvaient être ressentis par l'employée «que comme une atteinte grave à sa dignité de femme»⁴⁸¹.

Plus récemment, dans une affaire vaudoise, les juges ont qualifié de «grave» et «pénalement répréhensible» le fait, pour l'employé d'un tea-room, d'avoir traité sa cheffe de «conne» dans un lieu public, en plein service de midi. En l'espèce, le salarié avait proféré cette insulte en réaction à la divulgation de son orientation homosexuelle par sa supérieure⁴⁸². L'arrêt retient que le fait de formuler sur un ton ironique, dans un lieu public, un «commentaire sur les préférences sexuelles» d'un employé, peut être ressenti par ce dernier comme importun, quand bien même la remarque aurait été émise sur le ton de la plaisanterie. Dès lors il se justifiait de qualifier ces propos de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg⁴⁸³.

480 TF, 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 4.

481 TF, 4C.187/2000 du 6 avril 2001, c. 2.

482 Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 mai 2020 (P.318.038720-191437191), c. 5.4.2.

483 Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 6 mai 2020 (P.318.038720-191437191), c. 4.3, résumé sur <www.leg.ch/jurisprudence> VD 06.05.2020.

L'arrêt se réfère notamment à l'ATF 126 III 395 qui retenait, au titre de harcèlement sexuel, le fait pour un directeur d'avoir demandé à une employée si elle était lesbienne. A cette occasion, le Tribunal fédéral avait jugé pour la première fois que des remarques sexistes, contribuant à rendre l'environnement de travail hostile, entrent dans la définition du harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg⁴⁸⁴.

c. *Propos hostiles fondés sur le sexe, non sexuels stricto sensu*

A juste titre, le Tribunal fédéral relève que «le harcèlement sexuel sur le lieu de travail n'est pas forcément en rapport avec la sexualité»⁴⁸⁵. En effet, l'art. 4 LEg vise tout comportement discriminatoire, qu'il revête un «caractère sexuel» ou soit «fondé sur l'appartenance sexuelle» (à savoir sexiste, basé sur le genre)⁴⁸⁶.

Par exemple, la Cour d'appel civil du canton de Fribourg a admis la nature sexiste, au sens de l'art. 4 LEg, de la sentence «Ne soyez pas méchant avec les femmes ... La nature s'en charge au fur et à mesure que le temps passe» adressée par courriel à l'employée d'un évêché⁴⁸⁷. Bien que dépourvue de caractère sexuel *stricto sensu*, ce type de phrase véhicule en effet des stéréotypes liés au genre et à l'âge⁴⁸⁸, fondés sur «l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe» au sens de l'art. 5a CEDEF.

Un récent arrêt du Tribunal fédéral⁴⁸⁹ montre que les actes de *mobbing* fondés sur le genre entrent dans le champ d'application de l'art. 4 LEg⁴⁹⁰. L'affaire concernait une employée des Chemins de fer fédéraux, unique femme dans une équipe de vingt hommes, qui avait dû endurer les plaisanteries sexistes de ses collègues et leur remarques désobligeantes, notamment sur son apparence physique.

Il s'agissait de propos tels que:

«Si elle a réussi, c'est parce qu'elle a couché!»; «Pour moi, les femmes sont bio-logiquement faites pour fonder un foyer, s'occuper de la cuisine, de l'aspirateur et des devoirs ...»; «Moi, ma femme, il est exclu qu'elle conduise ma voiture!»; ou encore:

484 ATF 126 III 395, c. 7b/bb, qui se réfère au Message LEg, 1993 I 1163, 1219.

485 TF, 4A_544/2018 du 29 août 2019, c. 3.1 qui se réfère à K/GIG-KAUFAMNN, Art. 4 N20. Selon le Tribunal, en l'espèce, «peu importe que les messages échangés n'aient aucune connotation sexuelle, le contexte dans lequel les échanges se sont inscrits est suffisamment parlant».

486 Voir C/LEg-LEMPEN, art. 4 N 13–16.

487 Arrêt de la II^{ème} Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 4 décembre 2009 (102 2009-6), confirmé par TF, 4A_178/2010 du 14 mai 2010, c. 4 (comme les messages «se situaient à la limite inférieure de ce qui pouvait encore être considéré comme une discrimination à raison du sexe au sens de la LEg», il ne se justifiait toutefois pas d'allouer une indemnité sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg).

488 Voir *supra* B. III. 3. c. (stéréotypes liés à l'apparence physique).

489 TF, 8C_74/2019 du 21 octobre 2020.

490 A ce sujet: LEMPEN, Au-delà du *mobbing*, p. 157–159, qui se réfère à un arrêt du Tribunal administratif du canton de Zurich du 8 février 2006 omettant de considérer la nature genrée d'actes de *mobbing* dirigés contre une employée de la police municipale.

«Elle ferait mieux de retourner aligner les catalogues dans une agence de voyage plutôt que de nous faire chier dans notre caserne!»⁴⁹¹.

Sous réserve de la première, ces phrases véhiculent des stéréotypes hostiles aux femmes sans pour autant se référer à la sexualité. Le Tribunal administratif qualifie ces remarques de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg et condamne l'entité employeuse au versement d'une indemnité équivalant à un mois de salaire sur la base de l'art. 5 al. 3 LEg. En effet, «les CFF avaient quelque peu sous-estimé les problèmes relatifs à l'intégration dans un milieu typiquement masculin». L'entreprise avait certes déployé des efforts pour prévenir le harcèlement mais elle n'avait «pas pris toutes les mesures appropriées» en vue «de l'ouverture d'un bastion masculin à une femme»⁴⁹². Saisi d'un recours contre la quotité de cette indemnité, le Tribunal fédéral renvoie la cause à l'instance précédente afin qu'elle la fixe à nouveau eu égard à l'ensemble des circonstances et notamment au fait que «les remarques et plaisanteries sexistes peuvent avoir un impact important sur la victime selon leur durée et leur fréquence». En outre, le fait que les collègues n'aient pas eu l'intention de nuire ne saurait atténuer le caractère inadmissible de leurs actes⁴⁹³.

Un tel arrêt montre bien à quel point le harcèlement sexuel représente un moyen de perpétuer et renforcer les normes de genre visant à féminiser les femmes et à masculiniser les hommes, comme déjà exposé en lien avec l'arrêt *Onacle c. Sundower* relatif au harcèlement d'un homme par ses collègues hommes⁴⁹⁴. L'exploration de la jurisprudence suisse n'a pas permis de découvrir un cas de harcèlement entre personnes du même sexe. La doctrine estime qu'un tel comportement – par exemple le harcèlement visant à remettre à l'ordre un jeune apprenti qui refuserait de contribuer à l'affichage d'images pornographiques sur son lieu de travail – entre dans le champ d'application de la LEg⁴⁹⁵.

D. Conclusion

L'examen de la jurisprudence fédérale relative à la LEg montre que la *discrimination directe* est conçue différemment selon qu'elle prend la forme d'un refus d'embauche, d'inégalités salariales, d'un licenciement ou d'un harcèlement sexuel.

491 TF, 8C_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 3.2.1.

492 TF, 8C_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 3.2.1.-3.2.2.

493 TF, 8C_74/2019 du 21 octobre 2020, c. 3.3.4.

494 Affaire US Supreme Court du 4 mars 1998, *Onacle v. Sundower Offshore Servs. Inc.*, 523 U.S. 75. Voir *supra* B. III. 3. cb.

495 C/LEg-LEMPEN, art. 4 N 18; K/GIG-KAUFMANN, Art. 4 N 58–59; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, p. 610.

En effet, il semble que la vraisemblance d'une discrimination salariale ne puisse être admise que sur la base d'une comparaison avec au moins un individu du «sexe opposé» au sein de l'entité employeuse. Pareille démarche comparative présuppose que chaque personne puisse être clairement rattachée à une des deux catégories biologiques et se prête mal à la mise en évidence d'une discrimination salariale fondée sur l'identité de genre. De plus, l'exigence d'une comparaison entre femmes et hommes rend difficile la démonstration d'une discrimination salariale des femmes mariées avec des enfants en bas âge par rapport aux femmes célibataires et sans enfants à charge. Nous n'avons connaissance d'aucun cas où une discrimination salariale directement fondée sur l'état civil, la situation familiale ou la maternité aurait été reconnue.

En revanche, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que le refus d'engager une femme au motif qu'elle va bientôt accoucher constitue une discrimination à l'embauche fondée sur le sexe, quand bien même une autre candidature féminine serait retenue. De même, le Tribunal qualifie de discrimination directe au sens de l'art. 3 LEg le fait de licencier une travailleuse en raison de la maternité, quels que soient le genre et les qualifications de la personne lui succédant. Ainsi, dans le cadre de litiges relatifs à un refus d'embauche ou à la résiliation des rapports de travail, la jurisprudence parvient à s'extraire de la logique de comparaison entre femmes et hommes, conformément à la définition de la discrimination directe figurant dans le Message LEg, qui exige uniquement que la différence de traitement *se fonde sur* le sexe ou la grossesse et ne soit pas justifiée. Le lien de causalité peut être admis indépendamment d'une comparaison entre sexes.

Rappelons que si le premier paragraphe de l'art. 11 CEDEF demande aux Etats de prendre toutes les mesures propres à assurer aux femmes le droit au travail «sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme», le deuxième paragraphe quitte l'approche comparative et met l'accent sur la discrimination vécue par les femmes dans le monde du travail *en raison de* leur statut d'épouse ou de (potentielle) mère. De même, le Comité CEDEF a précisé que l'art. 1^{er} CEDEF interdit les actes de violences *fondés sur le genre*, tels que le harcèlement sexuel.

La jurisprudence fédérale en matière de harcèlement sexuel place l'atteinte à la dignité au cœur de l'analyse, indépendamment du nombre d'employées et d'employés confrontés aux actes. En effet, la définition figurant à l'art. 4 LEg ne présuppose aucune comparaison avec une personne d'un autre sexe, la question étant bien plutôt de savoir si on en trouve en présence d'un comportement importun, sexuel ou fondé sur le sexe.

La jurisprudence relative aux *discriminations indirectes* interdites par les art. 8 al. 3 Cst. et 3 LEg montre que l'effet discriminatoire d'une mesure neutre, à première vue, est établi uniquement sur la base d'une analyse quantitative consistant à comparer les proportions d'hommes et de femmes présentes au sein de deux ou plusieurs groupes constitués aux fins de la démonstration chif-

frée. L'approche qualitative mettant l'accent sur la particularité de l'impact plutôt que sur son caractère disproportionné au sein de l'entreprise est absente de la jurisprudence en matière de discrimination fondée sur le sexe. Dans le contexte de l'art. 8 al 2. Cst., en revanche, la jurisprudence paraît plus encline à considérer la nature ou l'intensité de l'atteinte et non plus seulement sa fréquence, conformément au droit de l'Union européenne actuellement en vigueur⁴⁹⁶.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a rendu aucun arrêt relatif à des mesures positives dans le domaine de l'emploi au cours de la dernière décennie. La jurisprudence en la matière est donc relativement ancienne et vaut à la Suisse d'être de nos jours encore critiquée par le Comité CEDEF pour son admission restrictive des quotas destinés à pallier la surreprésentation des hommes aux postes les mieux rémunérés ou les plus valorisés. A l'époque, plusieurs voix s'étaient élevées pour critiquer l'absence de prise en considération de la CEDEF par le Tribunal fédéral⁴⁹⁷.

De façon générale, les arrêts du Tribunal fédéral mentionnant la CEDEF dans le domaine de l'emploi se comptent sur les doigts d'une main⁴⁹⁸. Un arrêt non directement lié aux rapports de travail a précisé que le mandat figurant à la deuxième phrase de l'art. 8 al. 3 Cst., sur lequel se fonde la LEg, n'implique pas seulement l'interdiction des discriminations directes ou indirectes dans la vie professionnelle mais aussi, de façon plus fondamentale, la suppression des stéréotypes sous-jacents à ces discriminations, conformément à l'art. 5 CEDEF⁴⁹⁹.

La CourEDH se réfère à cette disposition dans sa jurisprudence récente⁵⁰⁰. Le souci de lutter contre les stéréotypes relatifs aux rôles féminins et masculins transparait aussi dans plusieurs arrêts rendus dernièrement par le Tribunal fédéral en matière de discrimination à l'embauche. En outre, il ressort de la jurisprudence en matière de discrimination salariale que l'équivalence des activités comparées ne saurait être établie sur la base d'une perception stéréotypée de la valeur des professions dites féminines, respectivement masculines, mais eu égard à des critères objectifs et non discriminatoires. Enfin, le Tribunal fédéral a précisé que le harcèlement sexuel n'est pas forcément lié à la sexualité et peut prendre la forme de propos sexistes véhiculant des stéréotypes de genre du type «les femmes sont biologiquement faites pour s'occuper de l'aspirateur»⁵⁰¹.

Au regard de l'art. 5 CEDEF, une telle évolution dans la compréhension de l'interdiction de discriminer «à raison du sexe» est réjouissante. Le fait d'inclure dans le champ d'application de la LEg non seulement les différences de

496 Voir *supra* B. III. 1. ab.

497 Voir *supra* C. IV. 2. b.

498 ATF 146 V 378; ATF 145 II 153; TF, 8C_605/2016 du 9 octobre 2017. Voir aussi SATTIVA SPRING, Impact, p. 143–145; LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.9.

499 ATF 137 I 305, c. 3.2.

500 Voir *supra* B. III. 3. ab.

501 Voir *supra* B. III. 2 et C. IV.

traitement injustifiées entre femmes et hommes, mais aussi les comportements nocifs fondés sur des stéréotypes de genre, permet d'interdire, au titre de harcèlement sexuel, un mobbing dirigé à l'encontre d'une personne transgressant les normes de genre, par exemple une femme intégrant un bastion professionnel masculin⁵⁰² ou un homme jugé «efféminé» par ses collègues⁵⁰³.

Encore faut-il être en mesure de prouver le stéréotype⁵⁰⁴ et de comprendre la façon dont les sciences sociales définissent les «normes de genre». A cet égard, il nous semble que des efforts doivent encore être fournis pour sensibiliser les juristes au phénomène de co-construction des normes de genre et d'hétérosexualité. L'hétérosexualité s'avère en effet être «une des composantes majeures de la conformité aux normes de genre, car pour être <un vrai homme>, il faut désirer des femmes et vice-versa»⁵⁰⁵. Alors que la jurisprudence tend à admettre que des remarques sur l'orientation sexuelle entrent dans la notion de harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 LEg, le Tribunal fédéral a récemment jugé qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne saurait être qualifiée de discrimination fondée sur le sexe au sens de l'art. 3 LEg, sous réserve de l'hypothèse où une lesbienne serait discriminée sur le plan professionnel par rapport aux gays (ou inversement) et pourrait dès lors se prévaloir d'une discrimination multiple, fondée à la fois sur le sexe et l'orientation sexuelle.

Depuis quelques années, le Comité CEDEF se préoccupe des violences fondées sur le genre auxquelles sont confrontées les femmes lesbiennes ou transgenres. De façon générale, le Comité souligne la nécessité de reconnaître les *formes multiples et croisées de discrimination* à l'égard des femmes⁵⁰⁶. La jurisprudence suisse peine encore à appréhender ce type de discrimination⁵⁰⁷, qui pourrait donner droit à des montants plus élevés qu'en cas de discrimination fondée sur un seul critère, étant précisé que les indemnités prévues par la LEg sont fixées «compte tenu de toutes les circonstances»⁵⁰⁸.

Malgré les attentes spécifiques liées à l'apparence physique des travailleuses, et notamment à leur poids⁵⁰⁹, nous n'avons identifié aucun cas de discrimination liée à la fois au genre et à l'obésité. Par ailleurs, contrairement à la CJUE⁵¹⁰, le Tribunal fédéral n'a jamais été saisi d'une plainte pour licenciement

502 Voir *Price Waterhouse c. Hopkins*, 490 U.S.228 résumé *supra* B. III. 3. cb et TF, 8C_74/2019 du 21 octobre 2020 résumé *supra* C. IV. 5. c.

503 Voir *Onacle v. Sundowner Offshore Servs. Inc.*, 523 U.S.75 résumé *supra* B. 3. III. cb. Voir aussi SCHULTZ, p. 25–28.

504 Sur cette notion, voir *supra* B. III. 3. a.

505 Voir la doctrine citée dans la section «stéréotypes de genre et orientation sexuelle» *supra* B. III. 3. d.

506 Voir *supra* B. II. 4.

507 Même constat: K/CEDAW-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1 Umsetzung Schweiz N 38 et 40; LEMPEN/VOLODER, Analyse 2021, ch. 4.22.

508 Art. 5 alinéas 2 et 3 LEg.

509 Au sujet du poids idéal attendu et de l'impact de l'obésité sur la vie professionnelle des femmes, voir *supra* B. III. 3. c.

510 Pour un aperçu des arrêts rendus par la CJUE, voir *supra* B. III. 1. a-b.

discriminatoire suite au refus de se conformer à un code vestimentaire interdisant le port du hijab sur le lieu de travail et n'a donc pas eu l'occasion d'analyser l'impact d'une telle directive sous l'angle du genre, de la religion et de l'origine ethnique. Enfin, l'exploration de la jurisprudence rendue en matière de LEg ne révèle aucun cas où une discrimination fondée à la fois sur le genre et sur un handicap aurait été invoquée, respectivement reconnue⁵¹¹. En particulier, nous n'avons identifié aucun cas où une travailleuse aurait fait valoir un *droit à des aménagements raisonnables* au sens de la CDPH⁵¹², notamment au niveau des horaires de travail, en raison à la fois d'une maternité et d'un handicap.

A notre connaissance, une *discrimination par association* n'a encore jamais été alléguée ou admise dans le cadre d'un procès fondé sur la LEg. Au niveau onusien, les Comités CEDEF, CDPH et CDESC accordent pourtant une place croissante à cette figure, connue en droit européen. Une discrimination fondée, par association, sur le handicap pourrait être invoquée par des personnes mises à l'écart ou harcelées dans le cadre professionnel en raison des soins qu'elles prodiguent au quotidien à leur enfant en situation de handicap⁵¹³.

Un recours accru aux concepts de discrimination multiple, par association et au droit à des aménagements raisonnables pour les proches aidants permettrait d'enrichir la jurisprudence fondée sur la LEg et d'accroître l'efficacité de cette loi.

Zusammenfassung

Der Beitrag zeigt Wege auf, wie die Diskriminierung «aufgrund des Geschlechts» (Art. 3 GIG) im Lichte des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) und der europäischen und amerikanischen Rechtsprechung überdacht werden kann. In der Schweiz wird eine *direkte* Diskriminierung «aufgrund des Geschlechts» meist auf der Grundlage eines Vergleiches zwischen Frauen und Männern bejaht. Ein solcher Vergleich setzt indessen voraus, dass jede Person einer dieser beiden Kategorien zugeteilt werden kann. Er ist deshalb nicht geeignet, Diskriminierungen aufgrund der Geschlechtsidentität oder zwischen Personen des gleichen Geschlechts (z. Bsp. wenn eine Frau im Vergleich zu einer anderen Frau aufgrund von Mutterschaft lohnmässig diskriminiert oder wenn ein Arbeiter von seinen männlichen Kollegen belästigt wird, da er nicht dem Stereotyp des starken Mannes entspricht) zu erkennen. Ob eine *indirekte* Diskriminierung vorliegt, wird gestützt auf eine quantitative Analyse entschieden, bei welcher die Anteile der von der Mass-

511 Voir *supra* B. II. 4.

512 Voir *supra* B. II. 6.

513 Voir *supra* B. II. 5.

nahme betroffenen Männer und Frauen miteinander verglichen werden, und eben nicht mittels eines qualitativen Ansatzes, der sich auf die Art oder die Intensität der Verletzungen konzentriert. Des Weiteren würden mehr Klagen, die sich auf *Mehrfachdiskriminierung*, auf *Diskriminierung durch Assoziierung* und auf den *Anspruch auf angemessene Vorkehrungen* für pflegende Angehörige berufen, zu einer breiteren Rechtsprechung zum GlG beitragen.

Résumé

La contribution esquisse des pistes pour repenser la discrimination «à raison du sexe» (art. 3 LEg) à la lumière de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et de la jurisprudence européenne ou états-unienne. En Suisse, la discrimination *directe* «à raison du sexe» est le plus souvent admise sur la base d'une comparaison entre femmes et hommes. Pareille démarche présuppose que chaque personne puisse être rattachée à une de ces deux catégories et se prête mal à la mise en évidence d'une discrimination fondée sur l'identité de genre ou entre personnes du même sexe (p.ex. lorsqu'une femme est discriminée sur le plan salarial, par rapport à une autre femme, en raison de la maternité ou lorsqu'un travailleur est harcelé par ses collègues masculins parce qu'il ne correspond pas au stéréotype de l'homme viril). L'existence d'une discrimination *indirecte* est retenue sur la base d'une analyse quantitative consistant à comparer les proportions d'hommes et de femmes affectés par la mesure, au détriment d'une approche qualitative mettant l'accent sur la nature ou l'intensité de l'atteinte. Par ailleurs, un recours accru aux concepts de *discrimination multiple*, *par association* et au *droit à des aménagements raisonnables* pour les proches aidants permettrait d'enrichir la jurisprudence fondée sur la LEg.

Abstract

In this article, ways to reconsider discrimination «on the basis of sex» (art. 3 GEA) are outlined in the light of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), and of European and US jurisprudence. In Switzerland, *direct* discrimination «on the basis of sex» is often concluded by virtue of a comparison between women and men. This approach assumes that every individual by default can be allocated to one of the two categories. Therefore, it is not suitable for detecting discrimination based on gender identity or between individuals of the same sex (for example when a woman is discriminated against with regard to another woman in terms

of pay because of maternity or when a worker is harassed by his male colleagues because he does not fit the stereotype of a virile man). *Indirect* discrimination is identified using a quantitative analysis which consists of a comparison of the proportion of men and women affected by the measure instead of taking a qualitative approach focusing on the nature or intensity of the offence. Furthermore, if there were more claims based on the notion of *multiple discrimination* and *discrimination by association*, and on the *right to reasonable accommodation* extended to family caregivers, jurisprudence based on the GEA would become more comprehensive.

Bibliographie

- AGIUS SILVAN/TOBLER CHRISTA, Les personnes trans et intersexuées. La discrimination fondée sur le sexe, l'identité de genre et l'expression de genre envers, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Luxembourg 2012.
- ALIDADI KATAYOUN, The «Integrative Function» of Labour Law in Ebb? Reasonable Accommodation for Religion or Belief and Company «Neutrality Policies» in Belgium, in: Blanpain/Hendrickx (édit.), Reasonable Accommodation in the Modern Workplace: potential and limits of the integrative logics of labour law, Alphen aan den Rijn 2016, p. 119 ss.
- AST FRÉDÉRIQUE/SPIELHAUS RIEM, Tackling Double Victimization of Muslim Women in Europe: An Intersectional Response, Mediterranean Journal of Human Rights Vol 16, 2012, p. 357 ss.
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Art. 3 LEg, in: Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, Genève 2011 (cité C/LEg).
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, 3^{ème} éd., Berne 2013.
- BAROCAS SOLON/SELBST ANDREW D., Big Data's Disparate Impact, California Law Review Vol. 104, 2016, p. 671 ss.
- BAUR FRANÇOIS E./ROSINNELLI MICHEL, Droit du travail et de la fonction publique, in: Ziegler/Montini/Copur (édit.), Droit LGBT, Bâle 2015, p. 513 ss.
- BENNETT SHINALL JENNIFER, Distaste or Disability? Evaluating the Legal Framework for Protecting Obese Workers, Berkeley Journal of Employment & Labor Law Vol. 37 n° 1, 2016, p. 101 ss.
- BESSON SAMANTHA, L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers: des fondements théoriques au droit privé suisse, thèse Fribourg 1999.

- BIAGGINI GIOVANNI, Art. 8 BV Rechtsgleichheit, in: Biaggini, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^{ème} éd., Zurich 2017, p. 145 ss (cité OFK).
- BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, Art. 8 Abs. 3, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich 2014, p. 236 ss (cité SGK/BV).
- BINDER ANDREA/LEMPEN KARINE, Allgemeine Kommentierung von Art. 11, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 759 ss (cité K/CEDAW).
- BISOM-RAPP SUSAN, The Landmark Bostock Decision: Sexual Orientation and Gender Identity Bias in Employment Constitute Sex Discrimination under Federal Law, *Comparative Labor Law and Policy Journal* n° 3664374, *Dépêche* n° 26, 2020.
- BOURGUIGNON DAVID/BERENT JACQUES/NEGRAOUI NADA, Les personnes LGB face à la stigmatisation, in: Faniko/Bourguignon/Sarrasin/Guimond (édit.), *Psychologie de la discrimination et des préjugés: de la théorie à la pratique*, Paris/Bruxelles 2018, p. 73 ss.
- BRIBOSIA EMMANUELLE/RINGELHEIM JULIE/RORIVE ISABELLE, Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law?, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol. 7, n° 2, 2010, p. 137 ss.
- BÜCHLER ANDREA/COTTIER MICHELLE, *Legal Gender Studies. Rechtliche Geschlechterstudien. Eine kommentierte Quellensammlung*, Zurich/Saint-Gall 2012.
- BURRI SUSANNE/SCHIEK DAGMAR, Multiple Discrimination in EU Law, Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?, *The European network of legal experts in the field of gender equality*, 2009.
- BÜTIKOFER SARAH/CARVIOLINI JULIE/HERMANN MICHAEL/KRÄHENBÜHL DAVID, Schweizer Familien in des Covid-19-pandemie, *Spezialauswertung des SRG-Corona-Monitors zu Familien- und Betreuungsstrukturen im Kontext der Krise*, Berne/Zurich 2020.
- CANDRIAN JÉRÔME, L'incidence des garanties du droit public matériel et procédural sur les rapports de travail du personnel de la Confédération, in: Bohnet/Dunand/Mahon (édit.), *Les procédures en droit du travail* 85, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 85 ss.

- CHARLESWORTH HILARY/CHINKIN CHRISTINE/WRIGHT SHELLEY, *Feminist Approaches to International Law*, *The American journal of international law* Vol. 85 (4), New York 1991, p. 613 ss.
- CHATTON GREGOR T., Art. 3 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 75 ss (cité C/CEDEF).
- CLOSON CAROLINE/AGUIRRE-SANCHEZ-BEATO SARA, Normes de genre et de sexualité dans la discrimination au travail: au-delà des catégories exclusives, in: Faniko/Bourguignon/Sarrasin/Guimond (édit.), *Psychologie de la discrimination et des préjugés: de la théorie à la pratique*, Paris/Bruxelles 2018, p. 91 ss.
- CONAGHAN JOANNE, Intersectionality and UK Equality Initiatives, *South African journal on human rights* Vol. 23 (2), Johannesburg 2007, p. 317 ss.
- COOK REBECCA J./CUSACK SIMONE, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia 2011.
- COSSALI SAUVAIN MONIQUE, art. 1 LEg, in: Aubert/Lempen (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, Genève 2011 (cité C/LEg).
- COTTIER MICHELLE, Art. 5 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 131 ss (cité C/CEDEF).
- CRENSHAW KIMBERLE, Demarginalizing the Intersection between Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum* 1989, p. 139 ss.
- CUSACK SUSANNE, The CEDAW as a legal framework for transnational discourses on gender stereotyping, in: Hellum/Aasen (édit.), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge 2013, p. 124 ss.
- DAVIDOV GUY/MUNDLAK GUY, Accommodating All? (Or: <Ask Not What You Can Do for the Labour Market; Ask What the Labour Market Can Do for You>), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 2016, p. 191 ss.
- DENGG ALEXANDRA, Symmetrisches oder asymmetrisches Diskriminierungsverständnis: Gefahr der Stereotypisierung benachteiligter Gruppen, *Jusletter* du 17 mai 2010.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Art. 336 CO, in: Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité CS/CIT).

- DUNAND JEAN-PHILIPPE, L'interdiction de la discrimination à l'embauche dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg), in: Dunand/Lempen/Mahon (édit.), Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, Genève/Zurich 2016, p. 35 ss (cité Interdiction).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/LEMPEN KARINE/PERDAEMS ELSA, Droit du travail, Bâle 2020.
- EPINEY ASTRID/DUTTWILER MICHAEL, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, ZBl 2004, p. 37 ss.
- ESKRIDGE WILLIAM N., Theories of Harassment «Because of Sex», in: MacKinnon/Siegel (édit.), Directions in Sexual Harassment Law, New Haven CT 2008, p. 155 ss.
- FRANKE KATHERINE M., What's Wrong with Sexual Harassment?, Stanford Law Review Vol. 49 (4), 1997, p. 691 ss.
- FERRI DELIA/LAWSON ANNA, Reasonable accomodation for disabled people in employment, A legal analysis of the situation in EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, Luxembourg 2016.
- FREIVOGEL ELISABETH, Art. 2, 3 GlG, in: Kaufmann/Steiger-Sackman (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^{ème} éd., Bâle 2009 (cité K/GlG).
- GEISER THOMAS, Rechtsprechungspanorama Arbeitsrecht, PJA 11/2019 p. 1186 ss.
- GREENBERG JULIE A., The Gender non-conformity theory: A Comprehensive Approach to Break Down the Maternal Wall and End Discrimination Against Gender Benders, Thomas Jefferson Law Review Vol. 26, 2003, p. 37 ss.
- GROHSMANN IRENE, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen: Teilstudie 3: LGBTI – Juristische Analyse, Berne 2015.
- HAUSAMMANN CHRISTINA/DE PIETRO JOSEFIN, Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen: Teilstudie 2: Geschlecht – Juristische Analyse, Berne 2015.
- HENSCH ANGLELA, Arbeitnehmer mit Familienpflichten, PJA 12/2016, p. 1631 ss.
- HERTIG RANDALL MAYA, Art. 4 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 91 ss (cité C/CEDEF).

- HERTIG RANDALL MAYA/KIBBOUA ZOHRA, Le port de signes et tenues religieuses dans l'emploi en droit européen: Un regard croisé sur la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union européenne, in: Epiney/Hehemann (édit.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017/Annuaire suisse de droit européen 2016/2017*, Zurich/Berne 2017, p. 291 ss.
- HERVEY TAMARA/TOBLER CHRISTA, Non-ideal Weight Discrimination in EU Law, in: Giegerich (édit.), *The European Union as Protector and Promoter of Equality*, 2020, p. 337 ss.
- HESS-KLEIN CAROLINE, Le cadre conventionnel et constitutionnel du droit de l'égalité des personnes handicapées, in: Bellanger/Tanquerel (édit.), *L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation*, Genève 2017, p. 9 ss.
- HOLTMAAT RIKKI, Art. 5 CEDAW, in: Freeman/Chinkin/Rudolf (édit.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford 2012 (cité Art. 5 CEDAW).
- HOLTMAAT RIKKI, The CEDAW: a holistic approach to women's equality and freedom, *Women's Human Rights*, Cambridge 2013, p. 95 ss (cité Holistic).
- HOLTMAAT RIKKI/POST PAUL, Enhancing LGBTI Rights by Changing the Interpretation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women?, *Nordic Journal of Human Rights* Vol. 33 (4), 2015, p. 319 ss.
- HOLTMAAT RIKKI/TOBLER CHRISTA, Cedaw and the European Union's Policy in the Field of Combating Gender Discrimination, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 4, 2005, p. 399 ss.
- HOLZLEITHNER ELISABETH, Genderngleichheit und Mehrfachdiskriminierung: Herausforderungen für das Europarecht, in: Arioli/Cottier *et al.* (édit.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht*, Zurich 2008, p. 305 ss (cité Herausforderungen).
- HOLZLEITHNER ELISABETH, Umsetzung von Art. 5 in Österreich, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach (édit.), *CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne/Vienne 2015, p. 439 ss (cité K/CEDAW).
- HOLZLEITHNER ELISABETH, Gender Equality and Physical Requirements in Employment, *European equality law review* n° 1, 2017, p. 13 ss (cité Gender Equality).
- HOTZ SANDRA, Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, *RSJ* 1/2020, p. 3 ss.

- KÄGI-DIENER REGULA, Allgemeine Kommentierung von Art 4, in: Schläppi/ Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 319 ss (cité K/CEDAW).
- KÄGI-DIENER REGULA, Umsetzung von Art. 4 in der Schweiz, in: Schläppi/ Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 345 ss (cité K/CEDAW Umsetzung Schweiz).
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz: Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene, 4^{ème} éd., Bâle 2019.
- KAUFMANN CLAUDIA, Art. 1, 4 GIG in: Kaufmann/Steiger-Sackman (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2^{ème} éd., Bâle 2009 (cité K/GLG).
- KIENER REGINA, Zugang zur Justiz, RDS 138/2019 II, p. 3 ss.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3^{ème} éd., Berne 2018.
- KIM PAULINE T., Data-driven discrimination at work, William and Mary law review Vol. 58 n° 3, 2017, p. 857 ss.
- KLEBER ELEONOR, La discrimination multiple: étude de droit international, suisse et européen, thèse Zurich 2015.
- KLEBER ELEONOR, Art. 1 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 23 ss (cité C/CEDEF).
- KNOP KAREN, Gender and Human Rights, Oxford 2004.
- KÜHLER ANNE/STERKI FABIENNE, Kopftuchverbot im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: verfassungsrechtliche Grenzen der unternehmerischen Freiheit, in: Stöckli/Kühler/Hafner/Pärli (édit.), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 111 ss.
- LAMAMRA NADIA/HERTZ ELLEN/MESSANT FRANÇOISE/ROUX PATRICIA, Discipliner les corps dans des métiers de production et de service, Nouvelles Questions Féministes 2019/2 Vol. 38, p. 6 ss.
- LANQUETIN MARIE-THÉRÈSE, Un autre droit pour les femmes?, in Laufer/Marry/Marunari (édit.), Le travail du genre: Les sciences sociales du travail à l'épreuve des différences de sexe, Paris 2003, p. 325 ss.
- LÉGAL JEAN-BAPTISTE, Effets non conscients des stéréotypes sur les comportements et les performances, 2018.

- LEMPEN KARINE, Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur: le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne, Genève/Zurich 2006 (cité thèse).
- LEMPEN KARINE, Au-delà du mobbing: le harcèlement sexuel comme outil de maintien du système de genre, in: Arioli/Cottier *et al.* (édit.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht, Zurich 2008, p. 149 ss (cité Au-delà du mobbing).
- LEMPEN KARINE, art. 3, 4 LEg, in: Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité C/LEg).
- LEMPEN KARINE, L'égalité des personnes handicapées en droit du travail: le droit suisse au regard du droit de l'Union européenne, in: Bellanger/Tanquerel (édit.), L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation, Genève 2017, p. 117 ss (cité Handicap).
- LEMPEN KARINE, Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement, in: Dunand/Mahon (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Genève 2017, p. 269 ss (cité Protection des données).
- LEMPEN KARINE, Art. 11 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 287 ss (cité C/CEDEF).
- LEMPEN KARINE, L'évolution de la protection contre les licenciements abusifs, PJA 1/2019, p. 78 ss (cité Licenciement).
- LEMPEN KARINE, Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique, RDS 1/2019, p. 11 ss (cité Fidélité).
- LEMPEN KARINE, Travail, genre et religion: le port du hijab en Europe, in: Stöckli/Kühler/Hafner/Pärli (édit.), Recht, Religion und Arbeitswelt, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 33 ss (cité Hijab).
- LEMPEN KARINE/MAJOR MARIE, Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail en Suisse. Vers un contrôle accru des personnes salariées sur le temps?, in: Dagron/Dupont/Lempen (édit.), L'OIT et le droit social en Suisse: 100 ans et après?, Genève/Lausanne 2019, p. 81 ss.
- LEMPEN KARINE/SHEYBANI ROXANE (édit.), La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux. Guide, Lausanne 2020.
- LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Analyse de la jurisprudence cantonale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2015), Genève 2017 (cité Analyse 2017).
- LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, RSJ 4/2018, p. 81 ss (cité Aktuelle Entwicklungen).

- LEMPEN KARINE/VOLODER ANER, *Analyse de la jurisprudence fédérale relative à la loi sur l'égalité entre femmes et hommes (2004–2019)*, Berne 2021 (cité Analyse 2021).
- LOENEN TITIA, *Accommodation of Religion and Sex Equality in the Workplace under the EU Equality Directives: A Double Bind for the European Court of Justice*, in: Alidadi/Foblets/Vrielink (édit.), *A Test of Faith?: Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace*, Farnham 2012, p. 103 ss.
- MACKINNON CATHARINE A., *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, Yale University Press, New Haven/London 1979 (cité Sexual Harassment).
- MACKINNON CATHARINE A., *Le féminisme irréductible: conférences sur la vie et le droit*, Paris 2005 (cité Discours).
- MAHLMANN MATTHIAS, *Wirtschafts- und Religionsfreiheit: Perspektiven des Europarechts*, in: Stöckli/Kühler/Hafner/Pärli (édit.), *Recht Religion und Arbeitswelt*, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 13 ss.
- MAHON PASCAL, *Art. 8*, in: Aubert/Mahon (édit.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril*, Zurich 2003, p. 72 ss.
- MARTENET VINCENT, *Géométrie de l'égalité*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité Géométrie).
- MARTENET VINCENT, *Art. 2 CEDEF*, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 47 ss (cité C/CEDEF).
- MARTENET VINCENT, *art. 8 Cst.*, in: Martenet/Dubey (édit.), *Constitution fédérale Commentaire Romand*, Bâle 2021 (cité CR/Cst.).
- MEIER ANNE/PÄRLI KURT/SEILER ZOÉ, *Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie*, Genève/Berne/Bâle 2018.
- MÜLLER BARBARA, *Innovation und Exzellenz Frauen in der Wissenschaft: Befruchtungsverfahren an den Universitäten im Fokus*, Berne 2008.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte*, 4^{ème} éd., Berne 2008.
- OGRABEK JACOPO/SHEYBANI ROXANE, *La loi fédérale sur l'égalité (LEg) devant les tribunaux*, *Revue de l'avocat* 2020, p. 408 ss.

- PARINI LORENA, *Le système de genre: introduction aux concepts et théories*, Zurich 2006.
- PARINI LORENA, «Être LGBT au travail»: Résultats d'une recherche en Suisse, 2014 (cité LGBT).
- PARINI LORENA/LLOREN ANOUK, Discriminations envers les homosexuel-le-s dans le monde du travail en Suisse, *Travail, genre et sociétés* 2017/2 n° 38, p. 151 ss.
- PÄRLI KURT, *Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis: völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berne 2009 (cité *Vertragsfreiheit*).
- PÄRLI KURT, Eltern im Arbeitsverhältnis, *FamPra.ch* 4/2016, p. 933 ss (cité *Eltern*).
- PÄRLI KURT, Religion im privaten Arbeitsverhältnis, in: Stöckli/Kühler/Hafner/Pärli (édit.), *Recht Religion und Arbeitswelt*, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 75 ss (cité *Religion*).
- PÄRLI KURT OBERHAUSSER CAMILL, Document de réflexion: analyse juridique du potentiel de discrimination des variables explicatives servant à mesurer l'égalité salariale entre femmes et hommes, Berne 2019.
- PERRENOUD STEPHANIE, La protection contre les discriminations fondées sur la maternité selon la LEG, in: Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996–2016: 20 ans d'application de la LEG*, Neuchâtel/Genève 2016, p. 73 ss (cité *Protection*).
- PERRENOUD STÉPHANIE, Durée du travail et discrimination, *PJA* 5/2017, p. 657 ss (cité *Durée du travail*).
- PERRENOUD STÉPHANIE, L'émergence d'une définition juridique des proches aidants en droit suisse, in: Cappellari (édit.), *Les proches aidants saisis par le droit*, Aix-en-Provence 2018, p. 35 ss (cité *Proches aidants*).
- PREVITALI ADRIANO, Quelques réflexions sur la discrimination multiple, in: Eigenmann/Poncet/Ziegler (édit.), *Mélanges en l'honneur de Claude Rouille*, Bâle 2016, p. 195 ss.
- RADAY FRANCES, Art. 11 CEDAW, in: Freeman/Chinkin/Rudolf (édit.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Oxford 2012.
- ROBIN-OLIVIER SOPHIE, Reasonable Accommodation for Religion, and Other Motives, in *French Labour Law: Testing the Possibility of a Legal Transplant*, in: Blanpain/Hendrickx (édit.), *Reasonable Accommodation in*

the Modern Workplace: potential and limits of the integrative logics of labour law, *Alphen aan den Rijn* 2016, p. 145 ss (cité Reasonable).

ROBIN-OLIVIER SOPHIE, Neutraliser la religion dans l'entreprise?, *RTDEur.* 7/2017 n° 2, p. 229 ss (cité Neutraliser).

RHODE DEBORAH L., Appearance as a Feminist Issue, *SMU Law Review* Vol. 69 n° 4, 2016, p. 697 ss.

ROHMER SANDRINE, art. 15 CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 415 ss (cité C/CEDEF).

RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, Art. 1 protocole facultatif CEDEF, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire*, Genève 2019, p. 625 ss (cité C/CEDEF).

RUDOLF BEATE (édit.), *Frauen und Völkerrecht. Zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht, Schriften zur Gleichstellung der Frau* Vol. 28, Baden-Baden 2006.

SATTIVA SPRING CHRISTINE, Egalité des sexes et mesures positives: la voie difficile de l'égalité effective, in: Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail – Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, Genève/Zurich 2016, p. 279 ss (cité Mesures positives).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, Propos grossiers et sexistes: l'inconfortable position de l'employeur – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_127/2017, *Newsletter DroitDuTravail.ch* avril 2018 (cité Propos grossiers).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, Le TF verrouille la porte d'entrée de la LEg aux homosexuels – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_594/2018, *Newsletter DroitDuTravail.ch* juillet 2019, p. 1 ss (cité Homosexuels).

SATTIVA SPRING CHRISTINE, L'impact du droit international sur le droit de l'égalité des sexes dans les relations de travail en Suisse, in: Dunand/Mahon (édit.), *Les aspects internationaux du droit du travail*, Genève 2019, p. 129 ss (cité Impact).

SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, *Behindertengleichstellungsrecht*, Berne 2014.

SCHIEK DAGMAR, Intersectionality and the Notion of Disability in EU Discrimination Law, *Common Market Law Review* Vol. 53 n° 1, 2015, p. 35 ss (cité Disability).

- SCHIEK DAGMAR, On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the European Court of Justice (ECJ): The ECJ rulings Parris (C-433/15), Achbita (C-157/15) and Bougnaoui (C-188/15) as a Bermuda Triangle?, *CETLS Online Paper Series Vol. 7 (3)*, 2018.
- SCHIESS RÜTIMANN PATRICIA M., Liechtenstein und die UNO-Frauenrechtskonvention CEDAW, *Swiss Review of International and European Law SRIEL 30*, Zurich 2020, p. 171 ss.
- SCHLÄPPI ERIKA/LOCHER RETO, Allgemeine Kommentierung von Art. 1, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach (édit.), *CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne/Vienne 2015, p. 143 ss (cité K/CEDAW).
- SCHLÄPPI ERIKA/LOCHER RETO, Umsetzung von Art. 1 in der Schweiz, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach (édit.), *CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne/Vienne 2015, p. 171 ss (cité K/CEDAW Umsetzung Schweiz).
- SCHLÄPPI ERIKA/KÜNZLI JÖRG/STURM EVELYNE, Art. 2 Allgemeine Kommentierung von Art. 2, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach (édit.), *CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne/Vienne 2015, p. 211 ss (cité K/CEDAW).
- SCHLÄPPI ERIKA/WYTENBACH JUDITH/ULRICH SILVIA, Das Übereinkommen, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach (édit.), *CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*, Berne/Vienne 2015, p. 1 ss (cité K/CEDAW).
- SCHULTZ VICKI, Open Statement on Sexual Harassment from Employment Discrimination Law Scholars, *Stanford Law Review Online Vol. 71*, 2018, p. 17 ss.
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 8 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar*, 3^{ème} éd., Zurich 2014, p. 206 ss (cité SGK/BV).
- SHARPSTON ELEANOR, Religion in the Workplace: When is Enforcing a Religious Ethos Acceptable? and When is Neutrality Discrimination?, in: Lenaerts/Bonichot/Kanninen/Naômé/Pohjankoski (édit.), *An Ever-Changing Union?: Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas*, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney 2019, p. 247 ss.
- STAUBER-MOSER SUSY/VOLODER ANER, Gleichstellungsgesetz wird es noch lange brauchen, in: Dunand/Lempen/Mahon (édit.), *Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt*, Genève/Zurich 2016, p. 119 ss.

- STEFFANINI FEDERICA, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit public publiée en 2019, 12. ATF 145 II 153–167 (5.4.2019/a; 8C_594/2018), RDAF I 2020, p. 186 ss.
- STURM EVELYNE/SCHLÄPPI ERIKA/KÜNZLI JÖRG, Art. 3 Allgemeine Kommentierung von Art. 3, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 281 ss (cité K/ CEDAW).
- TOBLER CHRISTA, Der Diskriminierungsbegriff und seine Auswirkungen auf die Gleichstellung von Mann und Frau, in: Epiney/Danckelmann (édit.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zurich 2004, p. 27 ss (cité Diskriminierungsbegriff).
- TOBLER CHRISTA, Quoten zum Dritten – gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigungen für Diskriminierungen: zur Entscheidung des Bundesgerichtes vom 14. März 2005 in der Rechtssache Tiziano Balmelli gegen Rekurskommission der Universität Freiburg im Üchtland, Recht 2005, p. 220 ss (cité Quoten).
- TOBLER CHRISTA, Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte, Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination, Luxembourg 2009 (cité Limites).
- TOBLER CHRISTA, Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law. A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 74 (3), 2014, p. 521 ss.
- TSCHENTSCHER AXEL, II. Rechtsgleichheit und Willkürverbot, in: Tschannen/Lienhard/Sprecher/Tschentscher/Zeller, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019 (1/2), ZBJV 10/2019, p. 668 ss.
- TURNER RONALD, Title VII and the Unenvisaged Case: Is Anti-LGBTQ Discrimination Unlawful Sex Discrimination, Indiana Law Journal Vol 95 n° 1 article 6, 2020, p. 227 ss.
- ÜBERSCHLAG JAKOB, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GIG): unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, thèse Zurich 2009.
- VENTEGODT LIISBERG MARIA, Disability and employment: a contemporary disability human rights approach applied to Danish, Swedish and EU law and policy, Cambridge 2011.

- VON ARNAULD ANDREAS, Feministische Theorien und Völkerrecht, in Rudolf *et al.* (édit.), *Frauen und Völkerrecht: zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht* Vol. 13, Baden-Baden 2006, p. 13 ss.
- WACHTER SANDRA/MITTELSTADT BRENT/RUSSEL CHRIS, *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI*, 3 mars 2020.
- WADDINGTON LISA, *Reasonable Accommodation: Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?*, NTM/NJCM-Bulletin Vol. 36 (2), 2011, p. 186 ss.
- WADDINGTON LISA/BRODERICK ANDREA, *Combating disability discrimination and realising equality: A comparison of the UN CRPD and EU equality and non-discrimination law*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Luxembourg 2018.
- WALDMANN BERNHARD, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz: unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits*, Berne 2003 (cité *Diskriminierungsverbot*).
- WALDMANN BERNHARD, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV: neue Ansätze für die Dogmatik der Rechtsgleichheit?*, in: Epiney/von Dancenkermann (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE*, Zurich 2004, p. 1 ss (cité *Neue Ansätze*).
- WALDMANN BERNHARD, *Art. 8 BV*, in: Waldmann/Belser/Epiney (édit.), *Bundesverfassung Basler Kommentar*, Bâle 2015 (cité *BK/BV*).
- WEISS MARLEY S., *Sexual Orientation and Gender Identity Encompassed within Prohibition against Employment Discrimination Because of Sex: Bostock v. Clayton County*, *International Labour Rights Case Law* Vol. 6 n° 3, 2020, p. 288 ss.
- WENCKEBACH JOHANNA, *Mutterschutz, Sorgearbeit von Vätern und Antidiskriminierungsrecht – was Tarifvertragsparteien und Betriebsräte gegen Stereotype und für Gleichstellung tun können (C-463/19 – Syndicat CFTC)*, HSI Report zum europäischen Arbeits – und Sozialrecht 4/2020, p. 4 ss.
- WILDHABER ISABELLE/LOHNMANN MELINDA FLORINA/KASPER GABRIEL, *Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz*, RDS 1/2019, p. 459 ss.

- WILSON BARBARA/PATRY LOUISE, Art. 10 CEDEF, in: Hertig Randall/Hotellier/Lempen (édit.), CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif. Commentaire, Genève 2019, p. 251 ss (cité C/CEDEF).
- WITZIG AURÉLIEN, Les aidants en droit du travail suisse, in: Cappellari (édit.), Les proches aidants saisis par le droit: regards franco-suisse, Aix-en-Provence 2018, p. 123 ss.
- WYLER RÉMY, art. 6 LEg, in: Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité C/LEg).
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4^{ème} éd., Berne 2019.
- WYTTENBACH JUDITH, Art. 5 CEDAW, in: Schläppi/Ulrich/Wyittenbach (édit.), CEDAW, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, Berne/Vienne 2015, p. 385 ss (cité K/CEDAW).
- ZIEGLER ANDREAS R./BUENO N., La protection constitutionnelle des gays et lesbiennes, in: Ziegler/Montini/Copur (édit.), Droit LGBT droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse: partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 2^{ème} éd., Bâle 2015, p. 35 ss.

Rapports et autres sources

- AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE ET CONSEIL DE L'EUROPE, Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, Luxembourg 2018 (cité Agence FRA).
- COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Déclaration sur la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) et les droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2020/1, du 17 avril 2020.
- COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Guidance Note on CEDAW and COVID-19, INT_CEDAW_STA_9156_E, du 2 juin 2020.
- OIT, COMMISSION MONDIALE SUR L'AVENIR DU TRAVAIL DE L'OIT, Travailler pour bâtir un avenir meilleur, Genève 2019.
- OIT, Note de synthèse sur les politiques, Répondre à la crise du COVID-19: réaliser l'égalité de genre pour améliorer l'avenir des femmes au travail, du 11 mai 2020.

Recommandations et observations générales des comités onusiens

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 16: Droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels (Article 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/2005/4, du 11 août 2005.

Observation générale n° 20: La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels (art. 2, par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/20, du 2 juillet 2009.

Observation générale n° 23: sur le droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), E/C.12/GC/23, du 27 avril 2016.

COMITÉ DES DROITS DES PERSONNES HANDICAPÉES, Observation générale n° 3 sur les femmes et les filles handicapées, CRPD/C/GC/3, du 25 novembre 2016.

Observation générale n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination, CRPD/C/GC/6, du 26 avril 2018.

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 12: Violence contre les femmes, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 1989.

Recommandation générale n° 18: Les femmes handicapées, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 1991.

Recommandation générale n° 19: Violence à l'égard des femmes, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), du 30 janvier 1992.

Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales, HRI/GEN/1/Rev.8, 18 août 2004.

Recommandation générale n° 26 concernant les travailleuses migrantes, CEDAW/C/2009/WP.1/R, du 5 décembre 2008.

Recommandation générale n° 27 sur les femmes âgées et la protection de leurs droits d'êtres humains, CEDAW/C/GC/27, du 16 décembre 2010.

Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/GC/28, du 16 décembre 2010.

Repenser la discrimination «à raison du sexe» au sens de la LEg

Recommandation générale n° 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie, CEDAW/C/GC/32, du 14 décembre 2014.

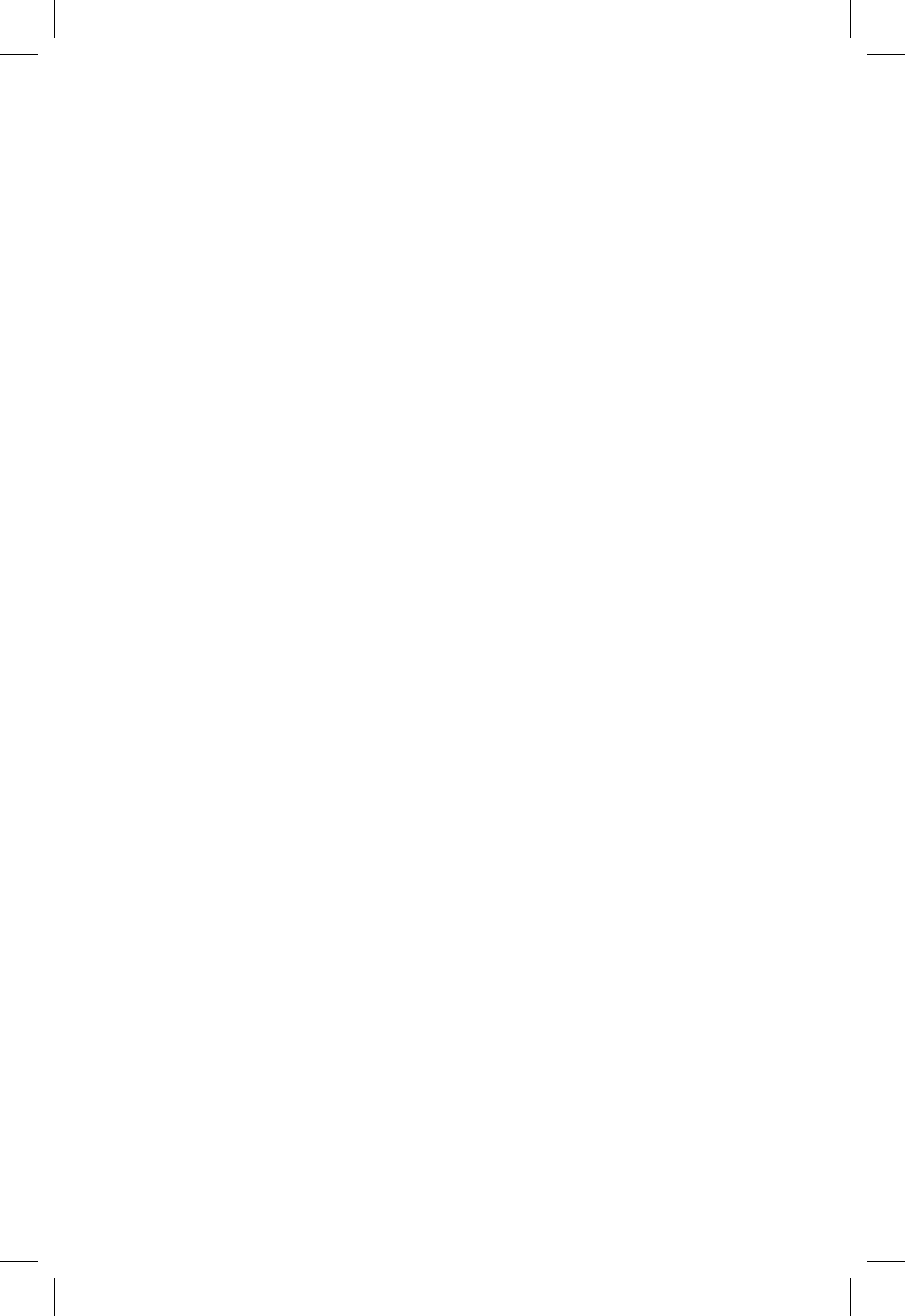
Recommandation générale n° 33 sur l'accès des femmes à la justice, CEDAW/C/GC/33, du 3 août 2015.

Recommandation générale n° 35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale n° 19, CEDAW/C/GC/35, du 26 juillet 2017.

Recommandation générale n° 36 sur le droit des filles et des femmes à l'éducation, CEDAW/C/GC/36, du 27 novembre 2017.

Recommandation générale n° 37 sur les aspects de la réduction des risques de catastrophe et des changements climatiques ayant trait à la problématique femmes-hommes, CEDAW/C/GC/37, du 13 février 2018.

Recommandation générale n° 38 sur la traite des femmes et des filles dans le contexte des migrations internationales, CEDAW/C/GC/38, du 20 novembre 2020.



Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie

CHRISTA TOBLER*

Ich widme diesen Beitrag zwei für mich besonders wichtigen Frauen: meiner viel zu früh verstorbenen Mutter, Ruth Tobler-Pulfer (1933–1991), der das Frauenstimmrecht ein Herzensanliegen war, und meiner Patin Heidi Wüger (1930), die ihr Stimmrecht wegen einer altersbedingten Behinderung nicht mehr ausüben kann.

* Prof. Dr. Christa Tobler, Professorin für das Recht der Europäischen Union an den Europainstituten der Universitäten Basel (Schweiz) und Leiden (Niederlande). – Für Hilfe mit der Beschaffung von Material bin ich vielen Menschen zu Dank verpflichtet. Für inhaltliche Hinweise und kritische Bemerkungen danke ich insb. der Historikerin Dr. Noëmi Crain Merz (Universität Basel), der Politologin Prof. Dr. Stefanie Bailer (Universität Basel), der Germanistin Susanna Schaad (Winterthur), den Juristinnen Prof. Dr. Véronique Boillet (Universität Lausanne), Dr. Patrizia Cattaneo Beretta (Lugano), Dr. Caroline Hess-Klein (Universität Basel), Prof. Dr. Helen Keller (Universität Zürich) und Morgane Ventura (Universität Genf) sowie dem Historiker und Juristen Prof. Dr. Lorenz Langer (Universität Zürich).



Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	281
B.	Völkerrechtlicher Kontext, insb. für das Frauenstimmrecht	282
	I. Überblick	282
	II. UNO-Konventionen	283
	1. UNO-Pakt II	283
	2. CEDAW	284
	III. Die Menschenrechtskonvention des Europarats	285
	IV. Relevanz für die Schweiz	286
C.	Zur Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz	287
	I. Überblick	287
	II. Internationaler Vergleich	287
	III. Föderalistischer Rahmen	289
	IV. Gemeinden, Kantone und Bund im Wechselschritt	290
	V. Appenzeller Fallstudien zum Kampf um die Rechtssprache	293
	1. Wege zum Frauenstimmrecht	293
	2. Ausserrhoden: politische Entscheide	294
	3. Innerrhoden: der Appenzeller Stimmrechtsentscheid des Bundesgerichts	295
	a. Entwicklung vor dem Bundesgerichtsentscheid	295
	b. Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer im Appenzeller Stimmrechtsfall	295
	c. Die zentrale Auslegungsfrage	296
	d. Auslegung der Art. 4 Abs. 2 und 74 Abs. 4 der Bundesverfassung	297
	e. Befund und Lösung des praktischen Problems	298
	f. Spätere Entwicklung des Innerrhoder Verfassungstexts	300
	g. Rezeption im Schrifttum: ausgewählte Stimmen	301
	VI. Rechtssprache und Geschlecht	302
	1. Genderlinguistik und Diskussion zum Sprachgebrauch	302
	2. Von «Landleuten», «Personen» und «Menschen» – und der «Living Tree Doctrine»	304
	3. Von «Schweizern» und «Schweizerinnen» – und einer integrativen Rechtssprache	308
	a. Historische Auslegung und Rechtspraxis	308
	b. Neue Auslegung ausserhalb des Stimmrechts	310
	c. Politische Rechte: vom generischen Maskulinum zu Paarbegriffen	313
	d. Sind die heutigen Formulierungen auf der Höhe der Zeit?	314
	VII. Vom Recht zur Realität – «50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung»	317
	1. Die aktuelle Situation in der Schweiz	317
	2. Fördermassnahmen (insb. Quotenregelungen)	318
	3. Notwendige Neuausrichtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	323
D.	Weitere Bereiche: der schweizerische Rechtsrahmen zum Stimmrecht	325
	I. Überblick	325
	II. Politische Rechte im föderalistischen Rahmen	325
	III. Begrenzt Stimmrecht – und die Rechtsgleichheit?	326
E.	Stimmrecht von Menschen mit Behinderung	327
	I. Vorreiterrolle des Kantons Genf	327
	II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz	329
	1. Teilweiser Ausschluss von Stimmrecht	329

2. Ausübung des Stimmrechts	330
III. Völkerrechtlicher Kontext	331
1. UNO-Pakt II	331
a. Politische Rechte nach Art. 25	331
b. Ein Anwendungsfall aus den Niederlanden	332
2. Die Behindertenrechtskonvention	334
a. Diskriminierungsverbot	334
b. Vom medizinischen zum sozialen Modell	335
c. Zugänglichkeit, angemessene Vorkehrungen und universelles Design	336
d. Unterstützte Entscheidungsfindung	338
e. Politische Rechte gemäss Art. 29 BRK: Überblick	339
f. Stimmrecht ohne Einschränkungen	340
g. Unterstützung zur Ausübung des Stimmrechts	344
h. Mehrfachdiskriminierung	346
IV. Sieben Jahre BRK in der Schweiz und weder volle rechtliche noch tatsächliche Gleichstellung	347
F. Stimmrecht von Jugendlichen	349
I. Völkerrechtlicher Kontext	349
II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz	351
III. Gleichstellung oder Demokratie?	352
IV. Auf dem Weg zum Stimmrechtsalter 16	356
G. Stimmrecht von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz	357
I. Völkerrechtlicher Kontext	357
II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz	358
III. Gleichstellung oder Demokratie?	360
1. Argumente gegen die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit	360
2. Die Frage der Gleichstellung	361
IV. Exkurs: das Recht der Europäischen Union und seine Relevanz für die Schweiz	362
1. Kommunales Wahlrecht gemäss EU-Recht	362
2. Relevanz für die Schweiz	364
H. Stimmrecht von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland	366
I. Völkerrechtlicher Kontext	366
II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz	367
III. Die Frage der Gleichstellung	368
IV. Exkurs: das Recht der Europäischen Union und seine Relevanz für die Schweiz	370
I. Schlussbemerkungen	371

A. Einleitung

Im Jahr 2021 jährt sich die Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts¹ (in der Folge dem allgemeinen Schweizer Sprachgebrauch entsprechend kurz «Frauenstimmrecht») auf der Ebene des Schweizer Bundesstaats zum fünfzigsten Mal. Das Jubiläumsjahr ist von zahlreichen Aktivitäten geprägt. Der Verein CH2021 hat hierzu eine informative Aktionslandkarte geschaffen.² Universitäten bieten besondere Lehrveranstaltungen an, so z.B. Basel das Seminar «Der Weg zum Frauenstimmrecht in der Schweiz»³ und die Ringvorlesung ««Aus Gründen der Gerechtigkeit»: 50 Jahre Frauenstimmrecht in der Schweiz – und die unfertige Geschichte der Gleichheit».⁴ Von Seiten der Bundesverwaltung liegt unter dem Titel «50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung» seit dem Frühjahr 2020 diverses Informations- und Studienmaterial vor⁵ (wobei mit diesen Titeln auch zugleich die heutige Problematik angesprochen ist). Zahlreiche neue Publikationen beleuchten die Thematik aus unterschiedlichen fachlichen Perspektiven.⁶

Viele dieser Arbeiten haben das Verfassen des vorliegenden Beitrags in wertvoller Weise erleichtert. Der Beitrag widmet sich auf Einladung des

- 1 HAEFLIGER erwähnt, dass vorgeschlagen wurde, den Frauen zuerst nur das Stimm-, nicht aber das Wahlrecht zu gewähren, was aber nicht umgesetzt wurde. Das Stimm- und Wahlrecht der Frauen gehörte immer zusammen; ARTHUR HAEFLIGER, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung*, Bern 1985, S. 28 und 31.
- 2 Siehe <<https://ch2021.ch/verein/>>. Präsidentin des Vereins ist ZITA KÜNG, eine langjährige Aktivistin in Sachen Gleichstellung.
- 3 Historisch-philosophische Fakultät, Herbstsemester 2020, Lehrveranstaltung 58777–01 von NOËMI CRAIN MERZ, <<https://vorlesungsverzeichnis.unibas.ch/de/semester-planung?id=251906>>.
- 4 Ringvorlesung, Frühjahrssemester 2021, Lehrveranstaltung 60773–01 von CAROLINE ARNI, <<https://vorlesungsverzeichnis.unibas.ch/de/home?id=257183>>.
- 5 Medienmitteilung des Bundesrats vom 30. April 2020, 50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78958.html>>. Der Bundesrat informiert hier über drei Präsentationen, zwei Postkartenserien und ein online-Lernmodul.
- 6 Darunter z.B. ISABEL ROHNER und IRÈNE SCHÄPPI (Hrsg.), *50 Jahre Frauenstimmrecht. 25 Frauen über Demokratie, Macht und Gleichberechtigung*, Zürich 2020; WERNER SEITZ, *Auf die Wartebank geschoben. Der Kampf um die politische Gleichstellung der Frauen in der Schweiz seit 1900*, Zürich 2020; DENISE SCHMID (Hrsg.), *Jeder Frau ihre Stimme. 50 Jahre Schweizer Frauengeschichte 1971–2021*, Baden/Zürich 2020 (mit eindrucklichem Bildmaterial); RITA JOST, HEIDI KRONENBERG und NORA RYSER (Hrsg.), *Gruss aus der Küche. Texte zum Frauenstimmrecht*, Zürich 2020. Im Beitrag von LORENZ LANGER zum Demokratiericht der Schweiz gilt ein Schwerpunkt dem «Geschlecht des corps politique», LORENZ LANGER, *Zwischen republikanischer Selbstbestimmung und demokratischer Legitimation: Der schweizerische corps politique*, in: Glaser/Langer (Hrsg.), *Das Parlamentswahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie*, Zürich/St. Gallen 2020, S. 57–85, S. 66 ff. – Praktisch zugleich mit dem hier vorliegenden Beitrag entstand zudem im Auftrag des Feministischen Rechtsinstituts eine Studie: BRIGITTE STUDER und JUDITH WYTENBACH, *Frauenstimmrecht. Historische und rechtliche Entwicklungen 1848–1971*, Zürich 2021 (im Erscheinen begriffen). Sie trägt u.a. juristisch-historische Quellen (einschl. Literatur) zum Frauenstimmrecht zusammen und analysiert sie.

Schweizer Juristenvereins dem Thema der Gleichstellung im Zusammenhang mit den politischen Rechten. LANGER⁷ spricht vom (Stimm- und) Wahlrecht «als ohne Diskriminierung gewährtem Individualrecht», weist aber zugleich auf zentrale Kriterien hin, die bei der Bestimmung des «corps politique» lange angewendet wurden und auch heute teilweise noch angewendet werden: Geschlecht, Bürgerrecht, aber auch Alter und Aufenthaltsort (bzw. Wohnort). Darauf fokussiert denn auch der vorliegende Beitrag, welcher zusätzlich Behinderungen einbezieht. Ein besonderes Augenmerk liegt auf der Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz. Dazu liegt bereits eine umfangreiche Literatur vor. Der vorliegende Beitrag setzt sich zum Ziel, die Thematik aus einem Blickwinkel zu beleuchten, der in der klassischen juristischen Literatur nicht im Vordergrund steht, nämlich jenem von «Rechtssprache und Geschlecht». Der Kampf um das Frauenstimmrecht hatte in der Schweiz wesentlich mit der Verwendung und der Auslegung von Rechtsbegriffen zu tun, welche an das Geschlecht gekoppelt wurden. Hier stellen sich aus der Gleichstellungsperspektive interessante Fragen, welche über ein binäres Geschlechterverständnis hinausführen und auch für andere Bereiche relevant sind.

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut: Einer knappen Übersicht zum Völkerrecht über die Rechtsgleichheit mit Bezug auf politische Rechte, insb. für Frauen (unten B.) folgen Ausführungen zur Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz (C.). Sodann wird vor dem Hintergrund des heutigen allgemeinen Schweizer Rechtsrahmens zum Stimmrecht (D.) spezifisch auf das Stimmrecht von Personen mit Behinderung (E.), von Jugendlichen (F.), von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz (G.) sowie von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland (H.) eingegangen. Das Manuskript für den Beitrag wurde im März 2021 abgeschlossen.

B. Völkerrechtlicher Kontext, insb. für das Frauenstimmrecht

I. Überblick

Aus völkerrechtlicher Sicht erscheint heute unverstänlich, dass den Frauen das Stimmrecht verweigert werden könnte, ist es doch in verschiedenen internationalen Rechtsinstrumenten fest verankert: auf der globalen Ebene im Recht der Vereinten Nationen («United Nations», in der Schweiz meist mit UNO – von «United Nations Organization» – bezeichnet) und auf der regionalen, europäischen Ebene im Recht des Europarats.⁸ Im Folgenden wird der heutige Rechtsstand des Völkerrechts zum Stimmrecht kurz umrissen, insb. im Kontext der

7 LANGER (Fn. 6), S. 57 f. sowie 65.

8 In der Literatur wird z.T. auch das Argument vertreten, das allgemeine, diskriminierungsfreie Stimmrecht sei Teil des Völkergewohnheitsrechts; RICHARD J. WILSON, *The Right to Universal, Equal and Nondiscriminatory Suffrage as a Norm of Customary International Law: Protecting*

Rechtsgleichheit und des Geschlechtes.⁹ Ausführungen zu den Kriterien Behinderung, Alter und Staatsangehörigkeit bzw. Wohnsitz folgen später (siehe unten ab dem Teil E.).

II. UNO-Konventionen

1. UNO-Pakt II

Nach Art. 25 des UNO-Paktes II von 1966¹⁰ besteht ein allgemeiner, menschenrechtlicher Anspruch auf diskriminierungsfreie politische Partizipation der Staatsangehörigen eines Vertragsstaats. Art. 25 lautet (in der inoffiziellen, von der Schweiz verwendeten, deutschen Übersetzung):

«Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen

- a) an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen;
- b) bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äusserung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden;
- c) unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern seines Landes Zugang zu haben.»

Buchstabe b nennt ausdrücklich nur *Wahlen*. Das hier verbrieftete Recht geht aber darüber hinaus und umfasst auch das *Stimmrecht* bei Abstimmungen.¹¹ Der gleichheitsrechtliche Charakter der Bestimmung ergibt sich aus der Formulierung «ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen». Dazu gehört ausdrücklich auch das Geschlecht. Art. 2 Abs. 1 lautet:

«Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehen-

the Prisoner's Right to Vote, in: Ewald/Rottinghaus (Hrsg.), *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*, Cambridge 2009, S. 109–135.

- 9 Allgemein zu Recht und Geschlecht ANDREA BÜCHLER und MICHELLE COTTIER, *Legal Gender Studies: Rechtliche Geschlechterstudien. Eine kommentierte Quellensammlung*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 201 ff., sowie ELISABETH GREIF/SILVIA ULRICH, *Legal Gender Studies und Antidiskriminierungsrecht*, Linz 2017, S. 60 ff. Für einen Überblick über den internationalen Menschenrechtsschutz und Rechtsgleichheit siehe KURT PÄRLI, Teil 2: Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), *Diskriminierungsrecht. Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Bern 2013, S. 37–50, S. 37 ff. Spezifisch zu den Menschenrechten von Frauen DORIS KÖNIG, *Frauenrechte sind Menschenrechte ... und doch anders? – Die UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW)*, in: Rudolf (Hrsg.), *Frauen und Völkerrecht. Zur Einwirkung von Frauenrechten und Fraueninteressen auf das Völkerrecht*, Baden-Baden 2006, S. 81–98.
- 10 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2.
- 11 Vgl. CCRP, General Comment No. 25, (The Right to Participate in Public Affairs) Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service (Art. 25), CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 12. Juli 1996, Rz. 10 («right to vote at elections and referenda»).

den Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten.»

Dort, wo in der praktischen Umsetzung Missstände bestehen, empfiehlt der UNO-Menschenrechtsausschuss regelmässig Fördermassnahmen, so auch mit Blick auf die Untervertretung von Frauen in der Politik.¹²

2. CEDAW

Für einzelne Diskriminierungskriterien bestehen zudem spezifische Vorgaben. Im Zusammenhang mit dem Frauenstimmrecht ist das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW, von «Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women») von 1979 relevant.¹³ Es hat einen breit gefassten Anwendungsbereich und enthält weit reichende Bestimmungen (wobei allerdings Vorbehalte und Erklärungen der Vertragsstaaten die Wirkung des Übereinkommens erheblich einschränken können). Die CEDAW ist, insofern atypisch für internationales Recht, asymmetrisch auf den Schutz von Frauen ausgerichtet. Art. 1 definiert die Diskriminierung der Frau als

«jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Zivilstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.»

Der staatsbürgerliche Bereich ist hier ausdrücklich als relevanten Beispielbereich erwähnt. Zudem bestimmt Art. 7 CEDAW:

«Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im politischen und öffentlichen Leben ihres Landes und gewährleisten insbesondere allen Frauen in gleicher Weise wie den Männern

- a) das Stimmrecht bei allen Wahlen und Volksabstimmungen sowie das passive Wahlrecht für alle öffentlich gewählten Gremien;
- b) das Recht auf Mitwirkung an der Ausarbeitung der Regierungspolitik und deren Durchführung sowie auf Bekleidung öffentlicher Ämter und auf Wahrnehmung aller öffentlichen Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit;

12 Dazu PAUL M. TAYLOR, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights*, Cambridge 2020, Art. 25: Right to Participate in Public Affairs, Electoral Rights and Access to Public Service, S. 703.

13 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, für die Schweiz SR 0.108. Die frühere «Convention on the Political Rights of Women» (193 U.N.T.S. 135, 20. Dezember 1952) entfaltete wenig Wirkung. Ein weiteres Vorläuferinstrument war die «Declaration on the Elimination of Discrimination against Women».

- c) das Recht auf Mitarbeit in nichtstaatlichen Organisationen und Vereinigungen, die sich mit dem öffentlichen und politischen Leben ihres Landes befassen.»

Hier sind sowohl Wahlen als auch Abstimmungen explizit genannt. Die CEDAW verlangt aber weder ein bestimmtes politische System noch eine bestimmtes Wahlverfahren.¹⁴ Angesichts der mangelhaften Umsetzung von Art. 7 CEDAW empfiehlt der CEDAW-Ausschuss¹⁵ nachdrücklich den Einsatz von zeitweiligen Sondermassnahmen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 CEDAW (dazu auch unten C. VII.3.).

III. Die Menschenrechtskonvention des Europarats

Im Gegensatz zu den erwähnten globalen Instrumenten äussert sich die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)¹⁶ nicht zum Stimmrecht. Zwar sah der Entwurf eine entsprechende Bestimmung vor, die aber wegen des Widerstands u.a. des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Nordirland nicht übernommen wurde. Stattdessen ist die politische Demokratie in der Präambel erwähnt, sozusagen als Vorbedingung für die Beteiligung von Staaten an der Konvention.¹⁷ Das individuelle Stimm- und Wahlrecht wurde etwas später in der Gestalt von Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1¹⁸ unter dem Titel «Recht auf freie Wahlen» garantiert:

«Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche die freie Äusserung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten.»

Vom Wortlaut her geht es hier lediglich um die Verpflichtung der Vertragsstaaten, regelmässig freie und geheime Wahlen unter gewissen Bedingungen abzu-

14 SARAH WITTKOPP, Art. 7, in: Freeman/Chinkin/Rudolf (Hrsg.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford 2012, S. 202. Zu Art. 7 CEDAW weiter IRÈNE SCHMIDLIN, *Article 7 CEDAW*, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen, *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif*, Zürich 2019, sowie KATHRIN ARIOLI, Art. 7. A. Allgemeine Kommentierung von Art. 7, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach, *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau. Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich*, Zürich 2015.

15 CEDAW, *General Recommendation No. 23: Political and Public Life*, U.N. Doc. A/52/38, 1997. Zu den zeitweiligen Fördermassnahmen siehe Rz. 15.

16 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

17 So AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, *The construction of the right to free elections by the European Court of Human Rights*, *Cambridge International Law Journal*, Vol.7 (2018) No.2, S. 225–240, S. 226.

18 Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952, *Sammlung der Europäischen Verträge – Nr. 9*, <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006377b>.

halten. Gemäss RUIZ ROBLEDO¹⁹ war dies eine bewusste Entscheidung. Entsprechend wurde die Bestimmung über längere Zeit so verstanden, dass sie keine individuellen Rechte umfasste. Dies änderte sich ab Mitte der 1970er Jahre, bestätigt durch die Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshof (EMGR) in der zweiten Hälfte der 1980er Jahre.²⁰ Damit wandelte sich die Bestimmung von einer allgemein gehaltenen Verpflichtung der Staaten zu einem echten subjektiven Individualrecht, das die Staaten schliesslich akzeptierten.²¹ Die Verpflichtung der Vertragsstaaten ist von einem weiten Ermessensspielraum gekennzeichnet, der gewisse Beschränkungen des Stimmrechts zulässt.²² Zu Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMK liegt ein Rechtsprechungsführer des EGMR vor.²³

IV. Relevanz für die Schweiz

In der Schweiz fand die Diskussion um die Einführung des Frauenstimmrechts lange ohne den erwähnten völkerrechtlichen Rahmen statt. Entweder bestanden diese Instrumente noch gar nicht oder aber sie galten (noch) nicht für die Schweiz.²⁴ So war die Schweiz anfangs der 1970er Jahre der UNO noch nicht beigetreten; dies erfolgte erst 2002. Den UNO-Pakt II unterzeichnete sie mit gewissen Vorbehalten aber bereits 1992 (Ratifikation im selben Jahr). Der CEDAW trat die Schweiz 1987 bei, wobei die Ratifikation erst 1997 erfolgte. Auch zum Europarat gehörte die Schweiz nicht von Anfang an. Sie wurde erst 1963 Mitglied, und zwar ohne zugleich die EMRK zu unterzeichnen; diese gilt in der Schweiz erst seit 1974. Ein wichtiger Grund für das Abseitsstehen lag im fehlenden Frauenstimmrecht und der darin liegenden Diskriminierung der

19 Für das Folgende RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 227 ff.

20 Ständige Rechtsprechung seit EGMR, Urteil vom 2. März 1987, *Mathieu-Mohin und Clerfayt gegen Belgien*, Nr. 9267/81; jüngst EGMR, Urteil vom 22. Dezember 2020, *Demirtaş gegen Türkei*, Nr. 14305/17.

21 RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 228, verbindet das Vorgehen des Gerichtshofs mit dem Dichterwort «jurists interpret laws more freely than poets do reality». Laut ihm stammt es von Goethe. Tatsächlich lässt es sich eher auf das Theaterstück von JEAN GIRAUDOUX «La guerre de Troie n'aura pas lieu» (1935) zurückführen: «Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.» Goethe scheint nichts in dieser Art gesagt zu haben. Der Irrtum könnte mit der bekannten Tatsache zu tun haben, dass Goethe Jurist war; dazu etwa der elegant geschriebene Beitrag von GERHARD SIMSON, Goethe als Rechtsanwalt, *Deutsche Rechts-Zeitschrift* 1949, S. 338–342.

22 Hierzu z.B. RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 229 ff., sowie KAREN REID, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 6. Aufl., London 2019, Rz. 48–006.

23 European Court of Human Rights, Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights: Right to free elections, Strassburg 2020, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_Protocol_1_ENG.pdf>.

24 Zum ausserpolitischen Kontext der Entwicklung in der Schweiz HELEN KELLER, *Rezeption des Völkerrechts*, Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/Hongkong/London/Mailand/Paris/Tokio 2003, S. 299 ff.

Schweizer Frauen.²⁵ Ende der 1960er Jahre plante der Bundesrat die Unterzeichnung der EMRK zuerst unter Ausschluss des Frauenstimmrechts, kam aber nach Protesten aus der Bevölkerung wieder davon ab. In einem Bericht von 1968 erwähnte er das Zusatzprotokoll Nr. 1,²⁶ dem die Schweiz allerdings auch später nicht beiträt.²⁷ Letztlich führte diese Diskussion aber dazu, dass der Bundesrat das Frauenstimmrecht auf der Bundesebene schliesslich doch anstrebte. Damit lässt sich mit dem Historiker MAISSEN die Kurzformel verwenden, dass die Schweizer Frauen ihr Stimmrecht der EMRK verdanken²⁸ – zumindest auf der Bundesebene und indirekt.

C. Zur Einführung des Frauenstimmrechts in der Schweiz

I. Überblick

Der folgende Teil wendet sich nach einem internationalen Vergleich (unten II.) dem schweizerischen föderalistischen Rahmen (unten III.) und der Einführung des Frauenstimmrechts in diesem Rahmen (unten IV.) zu. Dem folgen Appenzeller Fallstudien zum Kampf um die Rechtssprache (unten V.) und Ausführungen zum Thema «Rechtssprache und Geschlecht» (unten VI.). Am Schluss geht es um die aktuelle Situation in der Schweiz und den Handlungsbedarf (unten VII.).

II. Internationaler Vergleich

Im internationalen Vergleich wurde in der Schweiz zwar das Männerstimmrecht früh,²⁹ das Frauenstimmrecht aber erst spät eingeführt.³⁰ Laut HAL-

25 Dazu ANDREAS KLEY und MARTIN SIGRIST, Der Beitritt der Schweiz zur EMRK – Vorbereitung und Umsetzung des Beitritts vor und nach 1974, in: Jaag/Kaufmann (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Zürich 2015, S. 17–52, S. 35.

26 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9. Dezember 1968, BBl 1968 I 1057, S. 1128.

27 Zu diesem letzteren Punkt auch LANGER (Fn. 6), S. 71, weiter etwa GEROLD STEINMANN, Art. 35 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 32.

28 THOMAS MAISSEN, Die Frauen verdanken ihr Stimmrecht der EMRK, NZZ vom 6. Dezember 2014, <<https://www.nzz.ch/meinung/kolumnen/die-frauen-verdanken-ih-stimmrecht-der-emrk-1.18439566>>.

29 STEFAN G. SCHMID, Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Band I Grundlagen, Zürich 2020, 287–316, S. 308 ff., mit weiteren Literaturhinweisen zur Schweizer Verfassungsgeschichte. Weiter auch TOMAS POLEDNA, Stimm- und Wahlrecht (Version vom 2.2.2021), Historisches Lexikon der Schweiz, <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/026453/2021-02-02/>>.

30 Wie BAUDENBACHER bereits im Rahmen eines früheren Juristentags festgehalten hat, war die Schweiz in Sachen Gleichstellung der Frauen generell «an extreme latecomer»; CARL BAUDENBACHER, Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 131 (2012) II Heft 2, S. 419–673, S. 478.

LER³¹ führten dieselben historischen Voraussetzungen, welche der Schweiz das Privileg einräumten, die erste dauerhafte Republik in Europa zu begründen, in letzter Konsequenz zur um Jahrzehnte verspäteten Einführung des integralen Stimmrechts der Schweizer Staatsangehörigen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Feststellung von LANGER,³² dass der Bundesrat noch Mitte des 20. Jahrhunderts einen Vergleich mit dem Ausland mit dem Hinweis auf «besondere Gesichtspunkte» und grundsätzliche Unterschiede zwischen der Schweiz und anderen Staaten ablehnte. Faktisch argumentierte er also mit dem «Sonderfall Schweiz» (der Politologe SEITZ spricht vom «gleichstellungspolitischen Sonderfall»).³³ Heute dürfte unbestritten sein, dass sich die Schweiz trotz einer Reihe von länderspezifischen Besonderheiten (wie der Tatsache, dass es hier anders als in den meisten anderen Ländern zugleich um das *Stimm-* und das *Wahlrecht* ging) dem Vergleich mit anderen Staaten stellen muss.

Den Anfang mit der Einführung des Frauenstimm- bzw. Wahlrechts auf der nationalen Ebene machten Neuseeland in 1893, Finnland in 1906 und Norwegen in 1913³⁴ (Australien, das in diesem Zusammenhang oft erwähnt wird, verdient dies nicht, weil dort im Jahr 1902 nur weisse Frauen stimmberechtigt wurden, was bis in die 1960er Jahre hinein so blieb).³⁵ Von den grossen Nachbarländern der Schweiz waren Deutschland³⁶ und Österreich am frühesten (beide 1918).³⁷ Sogar die damals noch sehr konservativen Niederlande entschieden sich bereits 1919 für das «vrouwenkiesrecht».³⁸ Konnten diese Länder kürzlich das hundertjährige Bestehen des Frauenstimmrechts feiern,³⁹ so vermag die Schweiz lediglich auf die Hälfte dieser Zeitspanne zurückzublicken⁴⁰ –

-
- 31 GRET HALLER, Was hat der EU-Beitritt mit dem Frauenstimmrecht zu tun?, in: Notter/Weber/Heinemann/Baumgartner (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, S. 111–120, S. 115.
- 32 LANGER (Fn. 6), S. 67.
- 33 WERNER SEITZ, Männerbündlerische Kultur. Warum die Schweizerinnen so lange warten mussten, bis sie wählen durften, NZZ vom 24. November 2020; sowie SEITZ (Fn. 6), S. 88.
- 34 Vgl. die Encyclopaedia Britannica unter dem Stichwort «Women's suffrage», <<https://www.britannica.com/topic/woman-suffrage>>.
- 35 Siehe National library of Australia, Women's Suffrage, <<https://www.nla.gov.au/digital-classroom/year-10-11-12/Feminism/womens-suffrage>>: Stimmrecht nur für «non-Indigenous women».
- 36 Dazu ISABEL ROHNER und REBECCA BEERHEIDE (Hrsg.), 100 Jahre Frauenwahlrecht. Ziel erreicht! Und weiter? Rossdorf 2017.
- 37 Dazu BLAUSTRUMPF AHOI!, «Sie meinen es politisch». 100 Jahre Frauenstimmrecht in Österreich: Geschlechterdemokratie als gesellschaftspolitische Herausforderung, Wien 2019.
- 38 Siehe aus wissenschaftlicher Sicht insb. die Themennummer der Zeitschrift Historica: 100 jaar vrouwenkiesrecht, 42 (2019) 2 Historica. tijdschrift voor gendertgeschiedenis, sowie die Informationen von atria, Kennisinstituut voor Emancipatie en Vrouwengeschiedenis, 100 jaar vrouwenkiesrecht, <<https://atria.nl/tag/100-jaar-vrouwenkiesrecht/>>.
- 39 Für einen Vergleich der Entwicklung in den Ländern der Europäischen Union (prä-Brexit) siehe BLANCA RUIZ RODRIGUEZ und RUTH RUBIO-MARÍN, The Struggle for Female Suffrage in Europe: Voting to Become Citizens, Leiden 2012.
- 40 Deutschland blickt im Jahr 2021 auf ein anderes, geschlechterrelevantes 50-Jahrjubiläum zurück, nämlich die Abschaffung der amtlichen Anrede «Fräulein» am 16. Februar 1971; hierzu: Vor 50 Jahren: Die Anrede «Fräulein» wurde abgeschafft, Deutschlandfunk 16. Februar 2021,

50 Jahre Frauenstimmrecht zudem nach 100 Jahren Kampf, wie das Bundesparlament festgehalten hat.⁴¹ Im Jahr 1950 schrieb der Schweizerische Bund für Frauenstimmrecht auf einem Plakat: «In ganz Europa haben die Frauen das Wahlrecht, nur nicht in der Schweiz – Schweizerfrauen, verlangt eure politischen Rechte – Schweizermänner, gebt den Frauen das Stimm- und Wahlrecht». Das Plakat zeigt gelb die Europakarte mit der Schweiz als einzige, schwarz («Politische Rechtslosigkeit») eingefärbte Insel.⁴² Ganz richtig war dies allerdings nicht: Das Frauenstimmrecht fehlte auch noch in San Marino (wo es 1959 eingeführt wurde), Monaco (1962), Andorra (1970), Portugal (1974) und Liechtenstein (1984). Überall auf der Welt besteht es erst seit 2015; dieses Jahr markiert die Einführung des Frauenstimmrechts in Saudi-Arabien.⁴³

III. Föderalistischer Rahmen

Die in der Schweiz geltende Regelung des Stimmrechts zeichnet sich durch ihren föderalistischen Charakter aus. Zwar enthält die heutige Bundesverfassung in Art. 34 BV⁴⁴ eine allgemeine Garantie der politischen Rechte. Die Ausübung dieser Rechte, also die Art und Weise ihrer Wahrnehmung bzw. die formalen Aspekte,⁴⁵ wird jedoch gemäss Art. 39 Abs. 1 BV auf verschiedenen Ebenen geregelt, nämlich vom Bund in eidgenössischen Angelegenheiten und von den Kantonen in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten. Die föderale Struktur des Schweizer Staatssystems prägte auch die Geschichte der Einführung des Frauenstimmrechts.⁴⁶ VOEGELI bemerkt zum rechtlichen Ausgangspunkt:⁴⁷

<https://www.deutschlandfunk.de/vor-50-jahren-die-anrede-fraeulein-wurde-abgeschafft.871.de.html?dram:article_id=492561>. Die Schweiz brauchte auch dafür länger. Vorreiter war der Kanton St. Gallen im Jahr 1972, allerdings unter Beibehaltung der Möglichkeit, dass Frauen amtlich weiter als «Fräulein» angesprochen zu werden wünschten; dazu: Aus Fräulein werden Frauen, NZZ vom 7. Mai 1972.

41 Bundesversammlung, Frauenstimmrecht in der Schweiz: 100 Jahre Kampf, <<https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/politfrauen/eroberung-der-gleichberechtigung/frauenstimmrecht>>.

42 Verfügbar unter <<https://www.emuseum.ch/objects/122709>>.

43 Dazu etwa HUMAN RIGHTS WATCH, Saudi Arabia: Landmark Elections for Women, 11. Dezember 2015, <<https://www.hrw.org/news/2015/12/11/saudi-arabia-landmark-elections-women>>.

44 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV), SR 101.

45 PIERRE TSCHANNEN, Art. 39, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.). Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Rz. 5.

46 Zum Föderalismusprinzip als Gleichstellungshindernis in der vergleichsweise frühen bundesgerichtlichen Rechtsprechung MANUEL ARROYO, Praxis des Bundesgerichts zur Gleichberechtigung von Mann und Frau (1848–1981). Eine rechtshistorische Analyse mit besonderer Berücksichtigung der Auseinandersetzungen um die politische Gleichstellung der Frau in der Schweiz, Basel 2001, S. 73 ff. Vgl. weiter – aus politologischer Sicht – THANH-HUYEN BALLMER-CAO, Fédéralisme et représentation des femmes en Suisse, in: Vatter/Varone/Sager (Hrsg.), Demokratie als Leidenschaft. Planung, Entscheidung und Vollzug in der Schweizerischen Demokratie, Bern 2009, S. 303–313.

47 YVONNE VOEGELI, Frauenstimmrecht (Version vom 26.1.2021), Historisches Lexikon der Schweiz, <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/010380/2021-01-26/>>.

«Obschon die helvetische Verfassung von 1798, die liberalen Kantonsverfassungen des 19. Jahrhunderts sowie die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 die Frauen nicht wörtlich von den politischen Rechten ausschlossen, blieb ihre Mitbestimmung (Stimm- und Wahlrecht) ausser Betracht. Die ab 1798 auch in der Schweiz geltenden Prinzipien Freiheit und Gleichheit fanden nur auf Männer Anwendung.»

Die Literatur zeichnet die langjährigen Bemühungen von Teilen der Zivilgesellschaft (darunter insb. Bildungs-, Berufs-, Stimmrechts- und Frauenvereine) zur Einführung des Frauenstimmrechts ebenso wie die rechtlichen Schritte in diese Richtung nach.⁴⁸ Sie zeigt, dass Gemeinden, Kantone und der Bund im Wechselschritt und nur langsam vorankamen. Als die Schweiz im Jahr 1971 das allgemeine Erwachsenenstimmrecht (bzw. den Einschluss des Frauenstimmrechts in die bereits für Männer bestehende Regelung) auf der Bundesebene einführt, kannten einzelne Kantone und Gemeinden das Frauenstimmrecht bereits. Umgekehrt sollten andere diesen Schritt erst viel später tun, und zudem nicht immer freiwillig. Insofern wirkte sich die föderale Struktur der Schweiz sowohl hinderlich als auch förderlich aus. Es ist in diesem Rahmen ein Glück, dass dem in der politischen Diskussion offenbar z.T. vertretenen Argument nicht gefolgt wurde, der Föderalismus verlange, dass das Postulat der politischen Gleichberechtigung der Frau zuerst in den Gemeinden und Kantonen verwirklicht werde, bevor es auch auf Bundesebene in Frage komme.⁴⁹

IV. Gemeinden, Kantone und Bund im Wechselschritt

Auf der kantonalen Ebene fielen ab 1919 diverse Abstimmungen zum (partiellen oder integralen)⁵⁰ Frauenstimmrecht vorerst negativ aus.⁵¹ Schliesslich waren es

48 Für eine Übersicht siehe: Der lange Weg zum Frauenstimmrecht – oder: In der Direkten Demokratie dauert's etwas länger, <http://demokratie.geschichte-schweiz.ch/chronologie-frauenstimmrecht-schweiz.html> und in der Literatur neben den in Fn. 6 bereits erwähnten neueren Werken statt vieler VÖGELI (Fn. 47); MARIE BOEHLEN, Eine kleine Geschichte des Frauenstimmrechts in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 1955; SUSANNA WOODTLI, Gleichberechtigung: der Kampf um die politischen Rechte der Frau in der Schweiz, Frauenfeld 1983; LOTTI RUCKSTUHL (unter Mitarbeit von LYDIA BENZ-BURGER), Frauen sprengen Fesseln: Hindernislauf zum Frauenstimmrecht in der Schweiz, Bonstetten 1986; RENATE WEGMÜLLER, «Die Frau gehört ins Haus»: Frauenstimmrecht und seine Hindernisse in der Schweiz und im Kanton Bern – zugleich ein Beitrag zu Art. 4 Abs. 2 BV, Bern 2000; THOMAS ERNST WANGER, Vom Frauenstudium zum Frauenwahlrecht in der Schweiz und in Liechtenstein, Schriften des Vereins für Geschichte des Bodensees und seiner Umgebung; H. 122 (2004), S. 117–157; ELISABETH JORIS und RENATE WEGMÜLLER (Hrsg.), «Stimmen, wählen und gewählt zu werden sei hinfort unsere Devise und unser Ziel»: kurze Geschichte des Frauenstimmrechts in Quellen, Wettingen 2011.

49 HAEFLIGER (Fn. 1), S. 29.

50 Dazu z.B. SEITZ (Fn. 6), S. 70 ff.

51 Ein Hinweis zu einem interessanten Spezialfall: 1919 markiert zugleich das Jahr, in welchem der Tessin für die «patriziati» (Bürgergemeinden der Landbesitzenden) das Familienstimmrecht einführt. Dieses konnte gemäss der «Legge Patriziali» auch von einer Frau ausgeübt werden; dazu Verballi del Gran Consiglio, seduta del 27 febbraio 1919, sowie VÖGELI (Fn. 47).

einige kreative Schweizer Gemeinden, die erste praktische Schritte machten, darunter am wohl Bekanntesten Niederdorf (Basel-Landschaft) und Unterbäch (Wallis):⁵² 1957 liessen sie die Frauen an der Schweizer Volksabstimmung über die Einführung eines obligatorischen Zivildienstes für Schweizer Frauen⁵³ teilnehmen. Im Fall von Unterbäch erfolgte dies gegen den Widerstand von Bund und Kanton; der Gemeinderat berief sich auf die Gemeindeautonomie.⁵⁴ Niederdorf handelte entgegen der Empfehlung des Regierungsrats.⁵⁵ Die Teilnahme der Frauen an diesen Abstimmungen blieb allerdings rein symbolisch, nämlich mit blosser Konsultativstimme in Niederdorf bzw. ohne die Stimmen der Frauen mitzuzählen in Unterbäch.⁵⁶ Dennoch unterstreicht eine Teilnehmerin in einem Dokumentarfilm den Wert der Geschehnisse, welche nach ihrem Empfinden zu einem neuen Selbstwertgefühl der Frauen führten.⁵⁷

Schon früher waren auf Bundesebene parlamentarische Vorstösse eingereicht und an den Bundesrat überwiesen, von diesem aber jahrzehntelang nicht an die Hand genommen worden. Erst 1957 legte der Bundesrat einen Abstimmungsentwurf zur Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene vor. Die Vorlage wurde in der Volksabstimmung vom 1. Februar 1959 mit 66,9% Nein-Stimmen abgelehnt.⁵⁸ KÜNG spricht von einem Schlag ins Gesicht und einer Entwürdigung der Frauen.⁵⁹ Von den Kantonen stimmten nur gerade drei zu, nämlich Waadt, Genf und Neuenburg. Anschliessend waren es eben diese, welche mit gutem Beispiel vorangingen: Waadt und Neuenburg führten das Frauenstimmrecht 1959 und Genf 1960 ein. Ihnen folgten als weitere vergleichsweise «frühe» Kantone Basel-Stadt 1966 und Basel-Landschaft in Teilschritten zwischen 1966 und 1970,⁶⁰ sowie der Tessin 1968 bzw. 1969 und

52 Weitere Gemeinden waren Lugano, Martigny-Bourg und Sierre; siehe NOËMI CRAIN MERZ, ISABEL KOELLREUTER und FRANZISKA SCHÜRCH, *Wissenschaftliches Beiheft zu «Ab ins Bundeshaus! 50 Jahr Frauenstimmrecht. Das Schweizer Leiterlispiel*, Zürich 2020, S. 10f.; ELISABETH JORIS, List, Ironie und Kampfeslust. Die Kompromisslosigkeit unverheirateter Fraustimmrechtlerinnen, in: Jost/Kronenberg/Ryser (Fn. 6), S. 20–27, S. 24 ff.

53 Die Vorlage wurde abgelehnt; CHRISTIAN BOLLIGER, *Zivildienst: Ohne politische Rechte keine Dienstpflicht für die Frauen*, in: Linder/Bolliger/Rielle (Hrsg.): *Handbuch der eidgenössischen Volksabstimmungen 1848–2007*, Bern 2010, S. 256–257.

54 Dazu ROMAN WEISSEN, *Unterbäch – «Rütli der Schweizer Frau»*, in: *Verein für das Walliser Jahrbuch* (Hrsg.), *Walliser Jahrbuch*, Visp 2018, S. 38–41.

55 Ein Pionier beim Frauenstimmrecht. Heute vor 55 Jahren durften die Niederdorferinnen erstmals an die Urne, *Basler Zeitung* vom 3. März 2012.

56 Der Politologe SEITZ (Fn. 6), S. 112, spricht von «Probeabstimmungen».

57 Dokumentarfilm: *Niederdorf: Vergessenes «Rütli des «Frauenstimmrechts»* (2012), <<https://www.youtube.com/watch?v=aiL8qVL1sWU&context=C462cdcdADvjVQa1PpcFNGuEjuvI0fvMffArPQsflo70ZUbusZvuA=>>.

58 Volksabstimmung vom 01.02.1959, <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/19590201/index.html>>.

59 ZITA KÜNG, «Den Männern zuliebe ein frauliches JA», in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 117–122, S. 117.

60 Zum Kanton Basel-Landschaft siehe <<https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/direktionen/finanz-und-kirchendirektion/gleichstellung-bl/recht-und-politik/kantonales-recht/50-jahre-frauenstimmrecht-bl>>.

Zürich 1970.⁶¹ SEITZ⁶² bezeichnet diese sieben Kantone als gleichstellungspolitische Pioniere oder Beschleuniger; ihnen standen die gleichstellungspolitischen Nachzügler oder Bremsler gegenüber.

Auf der Bundesebene kam es am 7. Februar 1971 zu einer zweiten Abstimmung über das Frauenstimmrecht. Nach einem emotional geführten Abstimmungskampf⁶³ sagten 65,7% der Stimmbeteiligten sowie eine klare Mehrheit der Kantone Ja (ablehnend: die beiden Appenzell, Glarus, Obwalden, Schwyz, St. Gallen, Thurgau und Uri).⁶⁴ Neu führte Art. 74 Abs. 1 aBV «Schweizer und Schweizerinnen» als stimmberechtigte Personen auf.⁶⁵

Im modernen Schweizer Bundesstaatsrecht ist mit Bezug auf das gleiche Stimmrecht für alle politisch mündigen Schweizer Staatsangehörigen von der «absoluten Gleichbehandlung» die Rede.⁶⁶ Nach der Volksabstimmung von 1971 galt aber für die Ebenen des föderalen Systems unterhalb des Bundes noch Art. 74 Abs. 4 aBV: Danach blieb das kantonale Recht für Abstimmungen und Wahlen der Kantone und Gemeinden vorbehalten. Dies blieb auch nach der Einführung des Geschlechtergleichheitsartikels von Art. 4 Abs. 2 aBV im Jahr 1981 so, weil der Bundesrat in seinem Gegenvorschlag zur relevanten Initiative darauf verzichtet hatte, diesen Vorbehalt zu streichen.⁶⁷ Als Folge davon führten die Kantone, welche das Frauenstimmrecht nicht schon vor der Abstimmung von 1971 kannten, dieses zu unterschiedlichen Zeitpunkten ein. Das

61 Diese Geschichte wurde anlässlich von Jubiläen z.T. auch wissenschaftlich aufgearbeitet; z.B. GEORG KREIS (Hrsg.), Das Basler Frauenstimmrecht. Der lange Weg zur politischen Gleichberechtigung von 1966, Beiträge zur Basler Geschichte, Basel 2016.

62 SEITZ (Fn. 6), S. 151 f.

63 Zum gesellschaftlichen Kontext siehe den Spielfilm «Die göttliche Ordnung» von PETRA VOLPE von 2017; dazu PETRA VOLPE, Die Geschichte der Frauen muss erzählt werden!, in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 53–64. Der Bundesrat schrieb in der Botschaft zur Einführung des Frauenstimm- und Wahlrechts vom 22. Februar 1957 (BBl 1957 7338, S. 769), die Bibel bezeichne es «als die gottgewollte Ordnung, dass der Mann [...] im Staate allein die Herrschaft führt». Dem fügte er bei, die betr. Bibelstellen seien nach protestantischer Auffassung zeitbedingt, wogegen die katholische Kirche daran festhalte (vgl. dagegen heute etwa HILDEGARD SCHERER, Frauenstimmrecht und Frauenordination aus biblischer Sicht, 10. Februar 2021, <<https://www.kath.ch/newsd/frauenstimmrecht-und-frauenordination-aus-biblischer-sicht/>>). Persönlich halte ich die biblische Erzählung von Mahlah, Noah, Hoglah, Milkah und Thirza für richtungsweisend: Ihr Vater war gestorben, und das Erbe sollte gemäss den geltenden Gesetzen an die männlichen Verwandten gehen. Die Schwestern beklagten sich bei Moses, der die Sache vor Gott brachte (mit dem er praktischerweise direkt reden konnte). Gott sagte: «Die Töchter [...] haben recht geredet. Du musst ihnen vererbaren Grundbesitz bei den Brüdern ihres Vaters geben, also den Erbbesitz ihres Vaters auf sie übertragen.» (4. Mose 27, 7; Einheitsübersetzung). Menschliche Instanzen und Gott liessen sich herausfordern; das Recht wurde angepasst.

64 Volksabstimmung vom 07.02.1971, BBl 1971 I 485.

65 Für den Abstimmungstext von 1971 siehe BBl 1970 II 989.

66 ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, HELEN KELLER und DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Auflage, Zürich 2020, Rz. 752.

67 Dazu «Kein Zwang zum Frauenstimmrecht», Die Staatsbürgerin: Zeitschrift für politische Frauenbestrebungen, 1981, S. 9.

Schlusslicht bildeten mit grossem Abstand die beiden Appenzeller Kantone. Auf sie soll im Folgenden näher eingegangen werden, weil sie sich als Fallstudien zum hier besonders interessierenden Thema «Rechtssprache und Geschlecht» eignen.

V. Appenzeller Fallstudien zum Kampf um die Rechtssprache

1. Wege zum Frauenstimmrecht

Als AUER im Jahr 1989 den nicht nur sachlich, sondern nach seiner Analyse auch bundesrechtlich unhaltbaren Zustand in den beiden Appenzeller Kantonen kritisierte, nannte er als die «eleganteste und die für die Bundesbehörde wohl angenehmste Lösung [...] die formelle Anerkennung des Männer- und Frauenstimmrechts durch den kantonalen Verfassungsgeber, d.h. durch die Landsgemeinden der betroffenen Kantone». Als weitere Möglichkeiten erwähnte er den Rückzug der Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch das Bundesparlament, die Streichung von Art. 74 Abs. 4 aBV sowie die staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht. Letztere betrachtete er als das «bei näherem Zusehen zur Zeit wohl geeignetste Rechtsmittel, um dem verfassungswidrigen Zustand in Appenzell ein rasches und relativ schmerzloses Ende zu bereiten».⁶⁸ In Appenzell Ausserrhoden erwies sich ein solcher Schritt jedoch als unnötig, weil dieser Kanton den ersten, «elegantesten» Weg wählte und die Kantonsverfassung änderte. Anders verlief die Entwicklung in Appenzell Innerrhoden, wo eine staatsrechtliche Beschwerde Abhilfe schaffte – wenn auch auf andere Weise, als sich dies AUER vorgestellt hatte. In beiden Fällen spielte die Rechtssprache eine entscheidende Rolle.

Die folgende Darstellung der Entwicklung stützt sich in den Details wesentlich auf den Beitrag von MOCK über den langen Weg der Appenzellerinnen zur politischen Gleichberechtigung von 1999,⁶⁹ auf die Arbeit von SEITZ zum Kampf um die politische Gleichstellung der Frauen in der Schweiz von 2020⁷⁰ sowie auf das Appenzellische Jahrbuch 2020,⁷¹ welches die neuzeitlichen Verfassungen der beiden Appenzeller Kantone als Schwerpunkt gewählt hat. MOCK hält fest, dass es letztlich die Aufnahme von Art. 4 Abs. 2 aBV in die Bundesverfassung war, welche den Appenzellerinnen das Stimmrecht brachte:

68 ANDREAS AUER, Die Bundesverfassung und das Frauenstimmrecht in Appenzell, ZSR N.F. Band 108, Halbband 1 (1989), S. 142–161, S. 158. Zu den verschiedenen Lösungsvarianten ab S. 155 ff.

69 VRENI MOCK, Aus eigener Kraft? Der lange Weg der Appenzellerinnen zur politischen Gleichberechtigung' in: Bräuniger (Hrsg.), FrauenLeben Appenzell: Beiträge zur Geschichte der Frauen im Appenzellerland, 19. und 20. Jahrhundert, Herisau 1999, S. 340–374.

70 SEITZ (Fn. 6), S. 147 ff.

71 APPENZELLISCHE GEMEINNÜTZIGE GESELLSCHAFT (Redaktion: Heidi Eisenhut/Hanspeter Spörrli), Appenzellische Jahrbücher, Heft 147, Herisau 2020, 14 ff.

«In Ausserrhoden wirkte der Artikel als «Tempomacher», in Innerrhoden war er die Grundlage für das Urteil des Bundesgerichts.»⁷²

2. *Ausserrhoden: politische Entscheide*

Im Kanton Appenzell Ausserrhoden wurde das Frauenstimmrecht zwar schon vergleichsweise früh in kirchlichen Angelegenheiten eingeführt, nämlich im Jahr 1954. In Angelegenheiten der politischen Gemeinden wurde es jedoch von der Landsgemeinde noch im Jahr 1970 abgelehnt und erst 1972 gutgeheissen, zugleich aber für die kantonale Ebene abgelehnt. Danach bestimmte Art. 19 der Ausserrhoder Kantonsverfassung von 1908 (aKV) für das Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten: «Frauen sind in gleicher Weise stimmberechtigt wie die Männer.»⁷³

Für die kantonale Ebene erwähnte die Verfassung die Stimmberechtigung der «im Kanton wohnhaften Kantonsbürger» bzw. der «Gemeindebürger» und der «Schweizerbürger», was unverändert nur auf Männer bezogen wurde. Weitere Vorlagen vor der Landsgemeinde zum Frauenstimmrecht auch auf der kantonalen Ebene wurden 1976, 1979 sowie 1984⁷⁴ abgelehnt. 1983 beschrift die «Interessengemeinschaft für die politische Gleichberechtigung der Frauen in Appenzell A.Rh.» den von AUER erwähnten dritten Weg, indem sie beim Bundesparlament eine Petition zur Streichung von Art. 74 Abs. 4 aBV einreichte. Die Petition wurde vom Parlament lediglich zur Kenntnis genommen; eine Überweisung an den Bundesrat erfolgte nicht. Auf eine Stimmrechtsbeschwerde trat das Bundesgericht 1988 aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht ein (BGE 114 Ia 263).⁷⁵

Zugunsten des auch kantonalen, und damit allgemeinen Frauenstimmrechts entschied schliesslich ein knappes (vom Landammann ohne Umschweife erklärtes) Handmehr an der Ausserrhoder Landsgemeinde von 30. April 1989. Hierdurch erhielt Art. 19 Abs. 1 aKV die folgende Fassung: «Die Stimmberechtigung beginnt für Männer und Frauen mit dem zurückgelegten 20. Altersjahr.» Heute bestimmt Art. 50 der Ausserrhoder Kantonsverfassung von 1995:⁷⁶ «Das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten steht allen Schweizerbürgern und Schweizerbürgerinnen zu, die im Kanton wohnen und das 18. Altersjahr zu-

72 MOCK (Fn. 69), S. 352 f.

73 Verfügbar unter <http://www.verfassungen.ch/appenzell/ar-verf08-i.htm>.

74 1984 ging es um eine Volksinitiative, wonach Frauen und Männer gemeinsam über das Frauenstimmrecht abstimmen sollten; dazu SEITZ (Fn. 6), S. 148.

75 Zu diesem Fall ARROYO (Fn. 46), S. 62, Fn. 250.

76 Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995, SR 131.224.1. Zur Entwicklung URSULA BUTZ, Die Appenzell Ausserrhoder Kantonsverfassungen seit der Mediation, in: Appenzellische Gemeinnützige Gesellschaft (Fn. 71), S. 42–49. Zur Verfassung von 1995 vor dem Hintergrund des Frauenstimmrechts siehe im selben Band das Interview mit DORLE VALLENDER: «Verfassungen definieren Grundrechte, die für den Einzelnen wichtig sind», S. 51–58, S. 53.

rückgelegt haben.» Ein Verfahren zur Gesamtrevision der Auserrhoder Kantonsverfassung ist im Gange.⁷⁷

3. *Innerrhoden: der Appenzeller Stimmrechtsentscheid des Bundesgerichts*

a. *Entwicklung vor dem Bundesgerichtsentscheid*

1969 lehnte die Landsgemeinde von Appenzell Innerrhoden das Frauenstimmrecht in kirchlichen und Schulangelegenheiten ab. Eine im Nachgang durchgeführte Umfrage bei ergab, dass auch eine – wenngleich kleine – Mehrheit von Frauen dagegen war.⁷⁸ 1970 erfolgte eine weitere Ablehnung, 1971 dann aber doch die Gutheissung. MOCK weist darauf hin, dass es um Bereiche ging, welche thematisch zur traditionellen Sphäre der Frau gehörten und zudem – wie in der öffentlichen Diskussion geltend gemacht wurde – mit dem politischen Stimmrecht nicht das Geringste zu tun hätten: «Politik im eigentlichen Sinn war das also nicht».⁷⁹

Was das politische Frauenstimmrecht in Gemeinden und Kanton anbelangt, so lehnte es die Landsgemeinde trotz Unterstützung der entsprechenden Initiativen durch die Standeskommission und den Grossen Rat 1973, 1982 und 1990 ab.⁸⁰ Diese letzte Ablehnung führte zur Einreichung einer von 1185 Männern (rund einem Drittel der Stimmberechtigten) unterzeichneten Initiative zur Einführung des Frauenstimmrechts, deren Annahme der Innerrhoder Grosse Rat am 26. November 1990 für die nächste Landsgemeinde einstimmig und dringend empfahl. Der Vorstoss wurde jedoch nur einen Tag später als Folge des Appenzeller Stimmrechtsentscheids des Bundesgerichts gegenstandslos. Die folgenden Ausführungen umreissen vorab die Eckpunkte dieses wichtigen Entscheids. Anschliessend soll speziell auf die Thematik von Rechtssprache und Geschlecht eingegangen werden.

b. *Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer im Appenzeller Stimmrechtsfall*

Im Appenzeller Stimmrechtsentscheid musste sich das Bundesgericht mit drei Beschwerden befassen. Zunächst erhob THERESA ROHNER (in gewissen Quel-

77 BUTZ (Fn. 76), S. 42; im selben Band ROGER NOBS, Der aktuelle Verfassungsprozess in Appenzell Auserrhoden, S. 65–72.

78 Zur Ablehnung des Frauenstimmrechts durch Frauen NOËMI CRAIN MERZ, Women against Women in the Debates about Female Suffrage. Case Studies Within Britain, Italy, Spain and Switzerland, in: Ros Velasco (Hrsg.), *Feminism: Past, Present and Future Perspectives*, New York 2017, S. 149–173.

79 MOCK (Fn. 69), S. 351.

80 Zur letztgenannten Landsgemeinde vgl. den Dokumentarfilm «Männer im Ring» von ERICH LANGJAHR aus dem Jahr 1990. Für Informationen aus Appenzell Innerrhoden zum weiteren Verlauf der Geschehnisse siehe <<https://www.ai.ch/land-und-leute/geschichte/1990-einfuehrung-des-frauenstimmrechtes>>.

len auch als THERESIA ROHNER bezeichnet)⁸¹ als Einzelperson staatsrechtliche Beschwerde gegen ihre Nichtzulassung zur Innerrhoder Landsgemeinde von 1989. Das Bundesgericht hatte die Sache zunächst sistiert, um den Ausgang der Landsgemeinde von 1990 abzuwarten. Als dort das Frauenstimmrecht in Kanton und politischen Gemeinden erneut abgelehnt wurde, nahm es den Fall wieder auf, trat jedoch auf die Beschwerde nicht ein (BGE 116 Ia 359, *Rohner und andere*, E. 2).

Weiter hatten eine Gruppe in Appenzell Innerrhoden wohnhafter Frauen – darunter wiederum auch THERESA/THERESIA ROHNER – und Männer Stimmrechtsbeschwerden gegen den Innerrhoder Landsgemeindebeschluss von 1990 eingereicht, mit dem die Einführung des Frauenstimmrechts abgelehnt wurde. Die Frauen verlangten, der Beschluss sei aufzuheben, weil die Verweigerung ihres Stimmrechts gegen die in Art. 4 Abs. 2 aBV gewährleistete Gleichberechtigung von Mann und Frau verstosse. Das Bundesgericht bejahte die Beschwerdelegitimation (BGE 116 Ia 359 E. 3a). Die Männer argumentierten, ohne das Frauenstimmrecht sei die Landsgemeinde als Organ der Stimmberechtigten inskünftig nicht richtig zusammengesetzt. Auch hier bejahte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation (BGE 116 Ia 359 E. 3b).

c. Die zentrale Auslegungsfrage

Rechtlicher Ausgangspunkt für den Appenzeller Stimmrechtsentscheid des Bundesgerichts war die Innerrhoder Kantonsverfassung von 1872.⁸² Sie garantierte erstmals schriftlich gewisse Grundrechte, unterschied sich laut FREFEL⁸³ aber von ihrem Gesamtcharakter her deutlich von der Ausserrhoder Verfassung: War Letztere in der 1876 erneuerten Form von einem naturrechtlichen, individualistisch-industriellen Geist inspiriert, so versuchte Erstere modernes Verfassungsdenken mit den herkömmlichen staatsrechtlichen Gewohnheiten des Kantons in Einklang zu bringen. Art. 16 Abs. 1 der Innerrhoder Verfassung über das Stimmrecht lautete damals wie folgt:

«An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften Landleute sowie die übrigen Schweizer stimmberechtigt, sofern sie das 20. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind.»

Gemäss der ständigen kantonalen Praxis zu dieser Bestimmung wurden die Begriffe der «Landleute» und der «Schweizer» nur auf die Männer bezogen. In dieser Auslegung sah man sich nicht zuletzt durch Abs. 4 der genannten Be-

81 Zu THERESA bzw. THERESIA ROHNER siehe JURISTINNEN SCHWEIZ (Hrsg.), 40 Frauen, die bewegen – 40 Jahre Frauen in Bewegung, Bern 2011, S. 55 f., sowie ISABEL ROHNER, Von Demokratie und Ravioli oder: Warum die Appenzellerinnen dann doch irgendwann wählen durften, in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 239–243.

82 In früheren Versionen verfügbar unter <http://www.verfassungen.ch/appenzell/ai-verf72-i.htm>.

83 SANDRO FREFEL, Entstehung und Entwicklung der Innerrhoder Kantonsverfassung von 1872, in: Appenzellische Gemeinnützige Gesellschaft (Fn. 71), S. 14–27, S. 18.

stimmung bestätigt, wonach seit 1971 die Kirch- und Schulgemeinden berechtigt waren, den Frauen das Stimm- und Wahlrecht zu erteilen. Mit anderen Worten: Eine systematische Auslegung bestätigte das enge Verständnis des ersten Absatzes.

Vor dem Bundesgericht stellte sich die Frage, ob dies mit dem späteren, die Gleichstellung von Mann und Frau ausdrücklich verankernden Bundesverfassungsrecht vereinbar war. Das Bundesgericht musste sich dazu äussern, ob Appenzell Innerrhoden trotz Art. 4 Abs. 2 aBV gestützt auf Art. 74 Abs. 4 aBV noch immer die Freiheit beanspruchen konnte, den Frauen in Kanton und Gemeinden das Stimmrecht vorzuenthalten. Zur Frage seiner Kognition bemerkte das Bundesgericht, dass Art. 16 aKV von den eidgenössischen Räten zu einem Zeitpunkt gewährleistet worden war, zu welchem Art. 4 Abs. 2 aBV noch nicht bestand. Dieser konnte daher bei der Gewährleistung nicht berücksichtigt werden. Das Bundesgericht schloss daraus, dass die Vereinbarkeit von Art. 16 aKV, wie er von der kantonalen Praxis verstanden wurde, mit dem späteren Verfassungsrecht von ihm nicht nur geprüft werden konnte, sondern nun auch geprüft werden musste (BGE 116 Ia 359 E. 4b).⁸⁴

d. Auslegung der Art. 4 Abs. 2 und 74 Abs. 4 der Bundesverfassung

Im Folgenden wandte sich das Bundesgericht der Auslegung der Art. 4 Abs. 2 und 74 Abs. 4 aBV sowie ihrem gegenseitigen Verhältnis zu (BGE 116 Ia 359 E. 5 und 6). Zu Art. 4 Abs. 2 aBV verwies es auf frühere Rechtsprechung, wonach Mann und Frau grundsätzlich in allen Rechts- und Lebensbereichen sowie auf allen staatlichen Ebenen gleich zu behandeln seien; Ausnahmen seien nur dort zulässig, wo geschlechtsbegründete biologische oder funktionelle Unterschiede eine Gleichbehandlung schlechthin ausschlossen (BGE 116 Ia 359 E. 6b).

Im Zusammenhang mit Art. 74 Abs. 4 aBV folgte das Bundesgericht u.a. AUER, der argumentiert hatte, Art. 74 Abs. 4 aBV schliesse die politische Gleichberechtigung der Frauen nicht aus, so dass insofern kein Widerspruch zu Art. 4 Abs. 2 aBV bestehe. Laut dem Bundesgericht betonte Art. 74 Abs. 4 aBV in Übereinstimmung mit dem Grundsatz von Art. 3 aBV den Respekt vor der kantonalen Organisationsautonomie, behielt aber «auch dann seine Berechtigung, wenn Mann und Frau hinsichtlich der Ausübung der politischen Rechte gleichzustellen sind. Zu denken ist etwa an die Festlegung des Stimmrechtsalters oder die Gewährung des Stimmrechts an ausländische Bürger mit Wohn-

84 Die Frage der Übereinstimmung mit der Bundesverfassung hatte sich in Appenzell Innerrhoden bereits im 19. Jahrhundert einmal gestellt, damals noch mit Bezug auf die Verfassung von 1829, welche wichtige liberale Grundprinzipien wie die Rechtsgleichheit nicht garantierte. Als die Revision jener Verfassung stockte, wandten sich gewisse Kreise an den Bund und verlangten, dass ein eidgenössischer Kommissär den Innerrhoder Verfassungszustand überprüfen solle. National- und Ständerat forderten darauf, die Kantonsverfassung sei mit Bundesrecht in Übereinstimmung zu bringen; dazu FREFEL (Fn. 83), S. 15 ff.

sitz im Kanton – Fragen, welche die Kantone weiterhin eigenständig regeln können.» (BGE 116 Ia 359 E. 6c; siehe auch E. 9b).

Im Folgenden verneinte das Bundesgericht die Qualifizierung von Art. 74 Abs. 4 aBV als echten Vorbehalt gegenüber dem Gleichstellungsgebot von Art. 4 Abs. 2 aBV (BGE 116 Ia 359 E. 7–9). Dabei berücksichtigte es auch den Wandel der in der wissenschaftlichen Literatur vertretenen Auffassungen, welche vom Verständnis eines echten Vorbehalts zunehmend abrückten. Besonders Augenmerk richtete das Bundesgericht dabei auf die Beiträge von zwei Autoren, die sich «am gründlichsten» mit der Materie befasst hatten, nämlich AUER und BERENSTEIN⁸⁵ – beides Autoren, auf welche sich die Beschwerdeführerinnen und -führer im Appenzeller Stimmrechtsentscheid «mit Nachdruck» beriefen (BGE 116 Ia 359 E. 8c). Das Bundesgericht erwähnte dabei auch BERENSTEINS Argument, wonach die Missachtung der Gleichberechtigung seit der Verankerung von Art. 4 Abs. 2 aBV in der Bundesverfassung auch gegen die Verpflichtung der Kantone nach Art. 6 aBV verstosse, die politischen Rechte nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen zu sichern und die Annahme der Verfassung durch das Volk und dessen Revidierbarkeit auf Verlangen der absoluten Mehrheit der Bürger vorzusehen. Diese Bestimmung habe durch Art. 4 Abs. 2 aBV einen neuen Inhalt bekommen und könne heute nur noch so verstanden werden, dass das Stimm- und Wahlrecht sowohl auf kantonaler als auch auf eidgenössischer Ebene allen Bürgern – Männern und Frauen – zugestanden werden müsse. Der Ausschluss der Frauen sei daher weder mit Art. 4 noch mit Art. 6 aBV vereinbar. Vor diesem Hintergrund billigte das Bundesgericht Art. 74 Abs. 4 aBV nur den Charakter eines unechten Vorbehalts zugunsten der Kantone zu – wobei sich der eigentliche Vorbehalt bereits aus der Garantie der Souveränität der Kantone in Art. 3 aBV ergebe. Die Funktion von Art. 74 Abs. 4 aBV war gemäss dieser Sichtweise lediglich klarzustellen, dass die Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene nicht automatisch eine Anerkennung solcher Rechte auch auf kantonaler Ebene zur Folge hatte (BGE 116 Ia 359 E. 9a).

e. Befund und Lösung des praktischen Problems

Insgesamt verneinte das Bundesgericht die ihm vorliegende Frage gestützt auf die Auslegung des nun geltenden Bundesverfassungsrechts: Appenzell Innerrhoden konnte nicht mehr gestützt auf Art. 74 Abs. 4 aBV die Freiheit beanspruchen, den Frauen in Kanton und Gemeinden das Stimmrecht vorzuenthalten. Vielmehr versties Art. 16 aKV in dem bisher gehandhabten kantonalen Verfassungsverständnis gegen Art. 4 Abs. 2 und damit auch gegen Art. 6 Abs. 2

85 ALEXANDRE BERENSTEIN, *L'égalité entre les sexes en matière de droits politiques*, in: Cagianut/Geiger/Hangartner/Höhn (Hrsg.): *Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts*. Festschrift für Otto K. Kaufmann zum 75. Geburtstag, Bern/Stuttgart 1989, S. 159–168.

aBV. Offen liess das Bundesgericht dagegen, ob auch Art. 4 Abs. 1 aBV verletzt war (BGE 116 Ia 359 E. 10a).

Als AUER⁸⁶ in seinem Beitrag die staatsrechtliche Beschwerde als das zu jener Zeit wohl geeignetste Rechtsmittel zur Behebung des Zustandes in den beiden Appenzell bezeichnete, fügte er einen wichtigen Vorbehalt hinzu, nämlich den grundsätzlich nur kassatorischen Charakter dieses Rechtsbehelfs. Nach AUERS Einschätzung müsste sich das Bundesgericht darauf beschränken, den letztinstanzlichen, kantonalen Rechtsmittelentscheid aufzuheben und so den kantonalen Verfassungsbestimmungen die Anwendung zu versagen. Anschliessend wäre ein positiver Entscheid der Landsgemeinde vonnöten. Immerhin müsste eine solche Revision rasch an die Hand genommen werden müssen, da sonst laut AUER jede künftige Wahl und jeder Landsgemeindebeschluss auf Beschwerde hin wegen Verletzung von Art. 4 Abs. 2 aBV aufgehoben werden müsste.

Im Appenzeller Stimmrechtsentscheid wählte das Bundesgericht einen anderen und insgesamt einfacheren Weg, indem es schlicht die Innerrhoder Kantonsverfassung bundesverfassungskonform auslegte. Gemäss dem Bundesgericht hinderte der in Art. 4 Abs. 2 aBV enthaltene Auftrag an den Gesetzgeber, für die Gleichstellung von Mann und Frau zu sorgen, die Gerichte nicht daran, Ungleichheiten in Gesetzen anlässlich einer gerichtlichen Kontrolle soweit möglich selbst zu beseitigen. Das Bundesgericht hebt eine angefochtene Vorschrift «nur dann auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist» (BGE 116 Ia 359 E. 10c). Es gilt der Primat der verfassungskonformen Auslegung.

Bereits in seinen Ausführungen zur Auslegung des allgemeinen Gleichheitssatzes hatte das Bundesgericht festgehalten, dass sich das Verständnis einer Norm im Laufe der Zeit ändern kann (BGE 116 Ia 359 E. 5c, mit Hinweis auf BGE 103 Ia 517 E. 2 – dazu unten C.VI.3.b.). Diese Erkenntnis wandte es nun auch im Appenzeller Stimmrechtsfall an (BGE 116 Ia 359 E. 10c). Wie erwähnt, nannte Art. 16 aKV als Stimmberechtigte die im Kanton wohnhaften «Landleute sowie die übrigen Schweizer», sofern sie das 20. Altersjahr vollendet hatten und im Stimmregister eingetragen waren. Zum Begriff der «Schweizer» bemerkte das Bundesgericht, es stehe ausser Zweifel, dass dazu «nach heutigem Verfassungsverständnis Schweizer und Schweizerinnen gehören». Zum Begriff der «Landleute» hielt es fest, er könne im Lichte von Art. 4 Abs. 2 aBV so verstanden werden, dass er sowohl Bürger als auch Bürgerinnen einschliesse, umfasse doch die Bezeichnung «Leute» im gewöhnlichen Sprachgebrauch Männer und Frauen. Laut Bundesgericht führte Art. 4 Abs. 2 aBV «zu einer neuen, dem Wortlaut nicht widersprechenden Auslegung von Art. 16 Abs. 1 aKV, die mit dem Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter übereinstimmt» (BGE 116 Ia 359 E. 10c).

86 AUER (Fn. 68), S. 160 f.

Da Art. 16 Abs. 1 aKV bei verfassungskonformer Auslegung sowohl auf Männer als auch auf Frauen anwendbar war, brauchte das Bundesgericht schliesslich nur noch festzustellen, dass den Frauen in Appenzell Innerrhoden unmittelbar vom Zeitpunkt der Eröffnung seiner Entscheidung an für die Zukunft die politischen Rechte zustanden (BGE 116 Ia 359 E. 10d). Was das Bundesgericht dabei allerdings ausklammerte, war die Rolle des 4. Absatzes im Gefüge von Art. 16 der Innerrhoder Kantonsverfassung (dazu oben C.V.3.c.). WEBER-DÜRLER⁸⁷ bemerkt hierzu, dass das systematische Element eigentlich gegen die gewählte Auslegung sprach und dass das Bundesgericht mit seiner Entscheidung Art. 16 Abs. 4 aKV faktisch für bedeutungslos erklärte.

f. Spätere Entwicklung des Innerrhoder Verfassungstexts

Nachdem der Appenzeller Stimmrechtsentscheid ergangen war, bestand Art. 16 der Innerrhoder Kantonsverfassung von seinem Wortlaut her zunächst unverändert weiter, einschliesslich des vierten Absatzes, der weiterhin als einziger Teil ausdrücklich die Frauen erwähnte:

«1 An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften Landleute sowie die übrigen Schweizer stimmberechtigt, sofern sie das 20. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind.

2 Vom Stimmrecht ist ausgeschlossen, wer wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche (Art. 369 ZGB) entmündigt wurde.

3 In Gemeindeangelegenheiten üben die Stimmberechtigten ihre Rechte am politischen Wohnsitz aus.

4 Die Kirch- und Schulgemeinden sind berechtigt, den Frauen das Stimm- und Wahlrecht zu erteilen.»

Allerdings mussten die Begriffe der «Landleute» und der «Schweizer» im ersten Absatz jetzt so ausgelegt werden, dass sie neben Männern auch Frauen umfassten. Der Wortlaut der Bestimmung wurde 1992 durch Beschluss der Landsgemeinde geändert. Der vierte Absatz fiel weg,⁸⁸ und der erste wurde umformuliert. In dieser Fassung lautet er heute:⁸⁹

«An Landsgemeinden und an Gemeindeversammlungen sind alle im Kanton wohnhaften Schweizerbürgerinnen und Schweizerbürger stimmberechtigt, sofern sie das 18. Altersjahr vollendet haben und im Stimmregister eingetragen sind.»

87 BEATRICE WEBER-DÜRLER, Grenzen des Rechtsschutzes bei der Gleichberechtigung, in: Klett/Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Frau und Mann als rechtspolitischer Auftrag = L'égalité entre hommes et femmes – un mandat politique pour le législateur: Festschrift für Margrith Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt am Main 1993, S. 337–354, S. 347.

88 Wobei 2017 sozusagen Art. 1 bis an seine Stelle trat: «Die Kirchgemeinden können das Stimm- und Wahlrecht für ausländische Gemeindemitglieder mit Niederlassungsbewilligung einführen.»

89 Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I.Rh. vom 24. Wintermonat 1872, SR 131.224.2.

Mit ihrem Ursprungsdatum vom 24. Wintermonat (November) 1872 ist die Appenzeller Innerrhoder Kantonsverfassung heute die älteste kantonale Verfassung der Schweiz. Inzwischen hat der Prozess für ihre Gesamtrevision begonnen.⁹⁰

g. *Rezeption im Schrifttum: ausgewählte Stimmen*

Wie sehr sich im Laufe der Zeit die Auffassungen geändert haben, zeigen die juristischen Kommentare zum Appenzeller Stimmrechtsentscheid. Wurde der Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht über lange Zeit als selbstverständlich und mit dem allgemeinen Gleichheitssatz ohne weiteres vereinbar betrachtet, so äusserten sich HANGARTNER und KLEY im Jahr 2000 vor dem Hintergrund des Bundesgerichtsentscheides gerade umgekehrt.⁹¹

«Nach heutigem Verständnis ist die Gleichberechtigung von Mann und Frau eine derartige Selbstverständlichkeit, dass das Frauenstimmrecht bei zeitgemässer Verfassungsauslegung bereits im allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV verankert ist. Eine andere Auslegung wäre nach heutigen Wertvorstellungen willkürlich.»

Anfang der 1990er Jahre wurde in der schweizerischen Literatur aber z.T. deutliche Kritik am Bundesgericht geäussert. Grundsätzlich kritisch äusserte sich SANDOZ. Sie warf dem Bundesgericht u.a. vor, es untergrabe mit seiner Entscheidung das horizontale Gewaltenteilungsprinzip zwischen Bundesparlament und Bundesgericht ebenso wie das Föderalismusprinzip, indem es die langjährige und durch das Stimmvolk bestätigte Auslegung der Kantonsverfassung durch seine eigene politische Meinung ersetzt habe («Les juristes respectueux de la procédure y perdent leur latin.»).⁹² BIAGGINI erachtete das Urteil zwar als im Ergebnis sehr erfreulich, hielt aber die Begründung trotz ihrer Ausführlichkeit letztlich für ungenügend, insb. mit Blick auf die «Methodenehrlichkeit». Weiter erachtete er die Vorgehensweise des Bundesgerichts für problematisch, darunter – hier von besonderem Interesse – u.a. die «Verkehrung des kantonalen Sprachgebrauchs betreffend die Begriffe «Landleute» und «Schweizer» in sein Gegenteil».⁹³

Im selben Band wie Sandoz schrieb WEBER-DÜRLER⁹⁴ zwar von einem «sehr kühnen Entscheid [...], der sich über eine Reihe von möglichen juristi-

90 FREFEL (Fn. 83), S. 26.

91 YVO HANGARTNER und ANDREAS KLEY, Die demokratischen Rechte und Bund und Kantonen in der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 43 Rz. 92.

92 SUZETTE SANDOZ, L'inapplicable article 4 al. 2 de la constitution fédérale, in: Klett/Yersin (Fn. 87), S. 312 ff. sowie 116 (Zitat).

93 GIOVANNI BIAGGINI, Die Einführung des Frauenstimmrechts im Kanton Appenzell I.Rh. kraft bundesgerichtlicher Verfassungsinterpretation. Anmerkungen zur höchstrichterlichen Methode der Verfassungsauslegung im Urteil des Bundesgerichts vom 27. November 1990 (BGE 116 Ia 359 ff. = EuGRZ 191 95 ff.), recht 1992, S. 65–76, S. 74.

94 WEBER-DÜRLER (Fn. 87), S. 347 f.

schen Bedenken hinwegsetzt, um einem unter dem Aspekt der Gleichberechtigung von Mann und Frau unhaltbaren Zustand ein Ende zu setzen». Diese Autorin betonte aber den veränderten rechtlichen Kontext und verwies auf den «glücklichen Umstand», dass Art. 4 Abs. 2 aBV erst nach der Gewährleistung der Kantonsverfassung durch die Bundesversammlung in Kraft getreten sei: Er bewirkte, dass das Bundesgericht überhaupt auf die Beschwerde eintreten und die Kantonsverfassung überprüfen konnte. WEBER-DÜRLER nennt die Auslegung durch das Bundesgericht zwar «eher überraschend, da eine relativ junge Vorschrift (in einer hochpolitischen Frage!) entgegen dem klaren Willen des Gesetzgebers umgedeutet wurde», spricht aber gleichzeitig von einer mutigen geltungszeitlichen Betrachtung. Auch gemäss ARROYO⁹⁵ verdient es der Appenzeller Stimmrechtsentscheid, «als mutiges Bekenntnis des Bundesgerichts zur Gleichberechtigung von Mann und Frau gewertet und honoriert zu werden». Nach diesem Autor implizieren zwar die früheren, ablehnenden Entscheide, dass sich das Bundesgericht mit Rücksicht auf Föderalismus und Gewaltenteilung für unzuständig erachtete, das Frauenstimmrecht auf dem Weg der Rechtsprechung einzuführen (wobei u.a. auch die damals noch stark eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit eine Rolle spielte). Zur Zeit des Appenzeller Stimmrechtsentscheids hatte sich aber der rechtliche Kontext geändert und erlaubte der nun bestehende Art. 4 Abs. 2 aBV eine andere Gangart. Gemäss ARROYO übersieht die Kritik von SANDOZ diesen wichtigen Kontext. Der Autor weist auch darauf hin, dass der Appenzeller Stimmrechtsentscheid einstimmig erging, obwohl die Lehre mehrheitlich noch immer der Meinung war, die Kantone seien gestützt auf Art. 74 Abs. 4 aBV mit Bezug auf das Frauenstimmrecht nach wie vor autonom. Schliesslich spricht auch BIGLER-EGGENBERGER⁹⁶ – die erste schweizerische Bundesrichterin – von einer «angesichts des klaren Wortlauts von Art. 74 Abs. 4 aBV an sich gewagten, aber m.E. zutreffenden» zutreffenden verfassungskonformen Auslegung.

VI. Rechtssprache und Geschlecht

1. *Genderlinguistik und Diskussion zum Sprachgebrauch*

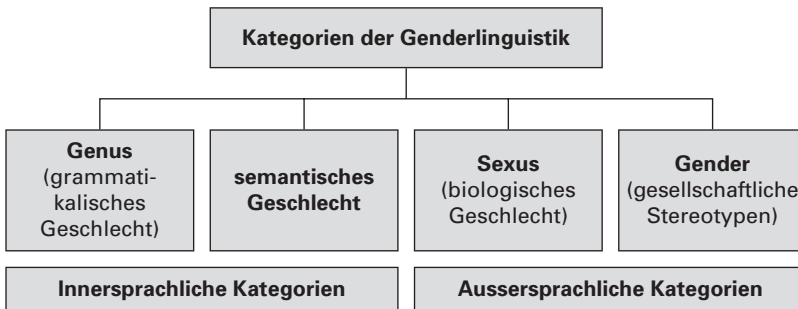
Im Folgenden soll der Appenzeller Stimmrechtsentscheid in den Kontext einer spezifischen Betrachtungsweise gestellt werden: Wie die obigen Ausführungen zeigen, geht es in der Frage des Frauenstimmrechts im Allgemeinen und im Appenzeller Stimmrechtsentscheid im Besonderen zentral um die Thematik von Rechtssprache und Geschlecht, konkret anhand der Begriffe der «Schweizer» und «Landleute». An dieser Stelle sei nochmals an die Feststellung von

95 ARROYO (Fn. 46), S. 78 ff. sowie 91 f.

96 MARGRIT BIGLER-EGGENBERGER, *Justitias Waage – wagemutige Justitia? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Frau und Mann*, Basel/Genf/München 2003, S. 96, Rz. 189.

VOEGELI erinnert, wonach die ab 1798 auch in der Schweiz geltenden Prinzipien der Freiheit und Gleichheit zunächst nur auf Männer Anwendung fanden, obwohl die Verfassungen des 19. Jahrhunderts die Frauen nicht wörtlich von den politischen Rechten ausschlossen.⁹⁷ Der Grund für diese Haltung lag in der Auslegung der fraglichen Bestimmungen. So wurde vor dem Bundesgerichtsentscheid in der Innerrhoder Rechtspraxis nicht nur der in Art. 16 aKV erscheinende Begriff der «Schweizer», sondern auch jener der «Landleute» nur auf Männer bezogen, obwohl der letztere Begriff im Gegensatz zum Ersteren sprachlich neutral ist.

In der Genderlinguistik werden heute vier Ebenen unterschieden, um über den sprachlichen Ausdruck von Geschlechterordnungen und ihre Hierarchien zu sprechen: 1) Genus bzw. das grammatikalische Geschlecht von Worten (ausgedrückt durch den Artikel «der», «die» oder «das») und 2) das semantische Geschlecht (nur für Personen und manche Tiergattungen, z.B. Frau, Mann) als innersprachliche Kategorien sowie 3) Sexus bzw. das biologische Geschlecht von Lebewesen und 4) Gender, also gesellschaftliche Stereotypen als aussersprachliche Kategorien.⁹⁸



(Eigene Darstellung)

Für sich genommen hat das Genus eines Wortes keine geschlechtliche Bedeutung, so insb. für Gegenstände, aber auch für Personen in Fällen wie «der Mensch», «die Person», «das Mitglied» und «die Landleute». Insofern sind Genus und Sexus voneinander zu unterscheiden. Gleichzeitig stehen sie aber in

97 BIGLER-EGGENBERGER geht sogar so weit zu argumentieren, der allgemeine Wortlaut von Art. 4 aBV habe annehmen lassen, Frauen seien von dieser Bestimmung miterfasst; BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 6, Rz. 10.

98 GABRIELE DIEWALD und ANJA STEINBAUER, Handbuch geschlechtergerechte Sprache. Wie Sie angemessen und verständlich gendern, Berlin 2020, S. 50 ff. sowie S. 69 ff. Dieses Werk referiert regelmässig auf HELGA KOTTHOFF und DAMARIS NÜBLING (unter Mitarbeit von CLAUDIA SCHMIDT), Genderlinguistik. Eine Einführung in Sprache, Gespräch und Geschlecht, Tübingen 2018, weshalb dieses letztere Werk vorliegend nicht auch noch separat zitiert wird.

einer engen Wechselbeziehung, bei der stereotype Vorstellungen eine Rolle spielen.⁹⁹

Laut den Linguistinnen DIEWALD und STEINHAEUER¹⁰⁰ stellt die Verwendung des generischen Maskulinums bzw. maskuliner Sprachformen den zentralen Punkt der Debatte um geschlechtergerechte Sprache dar. Dies betrifft Worte, welche grammatikalisch in der männlichen *und* weiblichen Form bestehen und insofern verschiedene biologische Geschlechter bezeichnen («Schweizer», «Schweizerinnen»). Gleichzeitig wird der grammatikalisch männliche Begriff umfassend verwendet («Schweizer» für Schweizer *und* Schweizerinnen; vgl. auch «Schweizer Juristenverein», «Schweizer Juristentag»). Laut dem Duden fehlt dem generischen Maskulin die Eindeutigkeit; stattdessen sollen geschlechtergerechte Alternativen verwendet werden.¹⁰¹

Die Meinungen zu dieser und anderen sprachlichen Fragen zur Geschlechtergleichstellung sind geteilt und führen zu lebhaften Debatten von Fachleuten bis in die Tageszeitungen hinein. Während die einen mit Argumenten wie Gleichheit, Gerechtigkeit und Demokratie für eine sensible Sprache eintreten («Geschlechtergerechte Sprache ist demokratische Pflicht»),¹⁰² richten sich andere mit Klagen über falsche Korrektheit und zunehmende Komplexität der Sprache dagegen («Sexualisierung bzw. Sexierung der Grammatik»).¹⁰³

2. Von «Landleuten», «Personen» und «Menschen» – und der «Living Tree Doctrine»

Vor dem Appenzeller Stimmrechtsentscheid wurde der in Art. 16 der Innerrhoder Kantonsverfassung erscheinende Begriff der «Landleute» nur auf die Männer bezogen. Für dieses Vorgehen der einseitigen Auslegung eines sprachlich neutralen Begriffs im Sinne nur eines biologischen Geschlechts gibt es einen berühmten Vorgängerfall aus Kanada, der ebenfalls die politischen Rechte betrifft. Er soll vorliegend dazu dienen, den Appenzeller Stimmrechtsentscheid aus einer etwas anderen juristischen Perspektive zu beleuchten.

Der Fall betraf die Wählbarkeit von Frauen in den Senat (eine der beiden Kammern des Parlaments). Laut Art. 24 des «British North America Act 1867» konnten nur «qualified persons» vom Gouverneur in den Senat berufen werden, wobei sich die Qualifikation auf das Alter (mindestens 30 Jahre), das Vermögen (Wert von mindestens \$ 4 000) und den Wohnsitz (in der relevanten

99 GABRIELE DIEWALD und DAMARIS NÜBLING, Genus und Sexus: Es ist kompliziert, NZZ vom 17. Dezember 2020.

100 Hierfür und für das Folgende DIEWALD/STEINBAUER (Fn. 98), S. 20 ff. sowie S. 81 ff.

101 Duden, Geschlechtergerechter Sprachgebrauch, <<https://www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/Geschlechtergerechter-Sprachgebrauch>>.

102 Z.B. HENNING LOBIN und DAMARIS NÜBLIN, Geschlechtergerechte Sprache ist demokratische Pflicht. Tief in der Sprache lebt die alte Geschlechterordnung fort, Süddeutsche Zeitung vom 7. Juni 2018.

103 Z.B. EWA TRUTKOWSKI, Vom Gendern zu politischen Rändern, NZZ vom 22. Juli 2020.

Provinz) bezog.¹⁰⁴ In der Praxis wurde der Begriff «persons» nur auf Männer bezogen, so dass Frauen nicht Senatorinnen werden konnten. Eine dagegen gerichtete Kampagne von fünf Frauen (den «Famous Five») führte dazu, dass der Justizminister dem «Supreme Court» die Frage vorlegte, ob der Begriff «persons» auch weibliche Personen umfasse.¹⁰⁵ Der «Supreme Court» akzeptierte zwar, dass dies im normalen Sprachgebrauch der Fall war, entschied aber zugleich, dass dies im vorliegenden Zusammenhang wegen der Situation zur Entstehungszeit der Norm nicht anwendbar sei. Eine andere Auslegung wäre nur dann möglich, wenn das Gesetz Frauen ausdrücklich erwähnt und mithin klar gestellt hätte, dass mit «persons» auch Frauen gemeint seien. Die «Famous Five» gelangten daraufhin an das «Judicial Committee des Privy Council of England», der damals höchsten, für Kanada zuständigen gerichtlichen Instanz. Dieses entschied in ihrem Sinne: Das Wort «persons» umfasste auch Frauen, die damit für den Senat wählbar waren.¹⁰⁶ In der jüngeren Vergangenheit wurden die «Famous Five» für ihren Einsatz mit einer kanadischen Banknote mit der Aufschrift «Women Are Persons!» geehrt.¹⁰⁷

Das Urteil des «Privy Council» in der *Persons Decision* verfasste LORD SANKEY, dessen Ausführungen zum rechtlichen Inhalt des Begriffes «persons» in der folgenden Aussage gipfelt: «The word «person» [...] may include members of both sexes, and to those who ask why the word should include females, the obvious answer is why should it not.» Zur rechtlichen Begründung hier einige wenige Hinweise: LORD SANKEY begann seine Überlegungen mit der Feststellung, der Ausschluss der Frauen von allen öffentlichen Ämtern sei ein Relikt aus barbarischeren Zeiten. Dem folgt ein mehrseitiger geschichtlicher Abriss zur Stellung der Frau mit Blick auf öffentliche Ämter, von Tacitus bis zum (damals) modernen kanadischen Recht. Zur Frage einer an der Entstehungszeit orientierten Auslegung des Gesetzes, wie sie vom «Supreme Court»

104 Dies betrifft das passive Wahlrecht. Das aktive Wahlrecht stand gemäss Art. 41 ausdrücklich nur Männern zu («every male British subject aged twenty-one years or upwards being a householder shall have a vote»). Im Gegensatz dazu hatte der «Constitutional Act 1791» dieses Recht «persons» mit einem gewissen Vermögen gewährt. 1792 konnten in Lower Canada auch Frauen wählen, wenn sie genügend Vermögen besaßen. Später wurde dies – beeinflusst durch eine ähnliche Entwicklung im Vereinigten Königreich – geändert und das Wahlrecht explizit auf Männer beschränkt; dazu Timeline. Women's Suffrage, The Canadian Encyclopedia, <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/timeline/womens-suffrage>> sowie für das Vereinigte Königreich <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/houseofcommons/reformacts/overview/reformact1832/>>.

105 Canadian Supreme Court, *Edwards v. A. G. of Canada*, [1928] SCR 276.

106 Privy Council of England, *Edwards v. A. G. of Canada*, [1930] AC 124, S. 10. Vgl. hierzu TABITHA MARSHALL und DAVID A. CRUICKSHANK, Persons Case, The Canadian Encyclopedia, online 6. Februar 2006, letztmals geändert 6. November 2020, <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/persons-case>>.

107 Das Motiv wurde in einer späteren Version der Banknote durch einen Eisbrecher ersetzt; siehe ALISTAIR REIGN, CDN: A Bank NOTE-able Woman – Merna Forster Gives Women A Face, Blog 4. Juli 2016, <<https://alistairreignblog.com/2016/07/04/cdn-a-bank-note-able-woman-merna-forster-gives-women-a-face/>>.

vertreten worden war, bemerkte LORD SANKEY, Gewohnheiten neigten dazu, sich zu Traditionen zu verfestigen, die stärker als das Gesetz seien und unangefochten blieben, lange nachdem der Grund für sie verschwunden sei. Die Berufung auf die Geschichte sei daher in der vorliegenden Frage nicht stichhaltig. Statt einer historischen Auslegung vertrat er einen dynamischeren Ansatz, der im folgenden, berühmt gewordenen Abschnitt zum Ausdruck kommt:¹⁰⁸

«[T]heir Lordships [gemeint sind die Richter des Privy Council] do not think it right to apply rigidly to Canada of to-day the decisions and the reasonings therefor which commended themselves, probably rightly, to those who had to apply the law in different circumstances, in different centuries to countries in different stages of development. [...] The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.»

Aufgrund dieser letzteren Aussage gilt die *Persons Decision* gemeinhin als der Ausgangspunkt für die Entwicklung der sog. «Living Tree Doctrine».¹⁰⁹ Danach ist das Recht ein lebendiger Organismus, der sich weiterentwickeln und dabei auch gesellschaftliche Entwicklungen berücksichtigen soll. In den Worten des kanadischen «Supreme Court» in der *Same-Sex Marriage*-Entscheidung aus dem Jahr 2004, welche den Rechtsbegriff der Ehe betraf: «[O]ur Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life.»¹¹⁰

Im modernen Rechtsdiskurs der Schweiz findet derselbe Gedanke Anwendung bei der Einführung der «Ehe für alle» auf der Gesetzesstufe, ohne Änderung der Bundesverfassung. Im politischen Prozess wurde z.T. argumentiert, es sei eine Änderung von Art. 14 BV erforderlich, weil diese Bestimmung trotz ihres neutralen Wortlauts («Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet.») traditionell nur die heterosexuelle Ehe meine und auch heute noch so zu verstehen sei.¹¹¹ Im Bundesparlament setzte sich demgegenüber die Auffassung durch, dass eine Verfassungsänderung nicht erforderlich sei – was impliziert, dass Art. 14 BV inhaltlich offen verstanden wird, so dass er sowohl die generell als auch die gleichgeschlechtliche Ehe umfasst.

In der *Same-Sex Marriage*-Entscheidung kontrastierte der kanadische «Supreme Court» dieses dynamische Grundprinzip der kanadischen Verfassungsauslegung mit dem Ansatz des «eingefrorenen Begriffs» («frozen concept»),

108 Idem, S. 9.

109 Relativierend zur Bedeutung der Entscheidung für die heutige Theorie ARTHUR HONICKMAN, The original «Living tree», blogpost vom 21. August 2018, Advocates for the Law, <<http://www.ruleoflaw.ca/the-original-living-tree/>>. Zur *Living Tree Doctrine* in einem breiteren Kontext etwa LEONARDO PIERDOMINICI, The Canadian Living Tree Doctrine as a Comparative Model of Evolutionary Constitutional Interpretation, *Perspectives on Federalism* 9(3) 2017, E-85–E-105.

110 Canadian Supreme Court, *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 SCR 698, E. 22.

111 Siehe dazu Bundesamt für Justiz, *Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit*, 7. Juli 2016, S. 2 ff.

welcher auf einer historischen, unveränderlichen Auslegung beharrt. Letztlich spiegelt sich derselbe Gedanke auch im Appenzeller Stimmrechtsentscheid, wenn das Bundesgericht schreibt (BGE 116 Ia 359 E. 5c):

«Dabei ist zu beachten, dass sich der Sinn einer Norm ändern kann [...]. Der Richter muss sich bemühen, eine Norm in einer Weise anzuwenden, die den gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen möglichst entspricht. Er wird daher oft dazu kommen, eine hergebrachte Auslegung aufzugeben, die zur Zeit der Entstehung des Gesetzes zweifellos gerechtfertigt war, sich aber angesichts der Änderung der Verhältnisse oder auch nur wegen der Entwicklung der Anschauungen nicht mehr halten lässt [...].»

Allerdings kann aus der Sicht der Geschlechtergleichheit nicht gesagt werden, der Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht sei jemals «*zweifellos gerechtfertigt*» gewesen (Bundesgericht) oder auch nur «*vermutlich zu Recht*» als richtig empfunden worden (LORD SANKEY). Vielmehr widerspiegelt dieser alte Ansatz schlicht die subjektive Auffassung des zu jener Zeit herrschenden Teils der Bevölkerung, ohne damit etwas über ihre objektive Berechtigung auszusagen. Aus menschenrechtlicher Sicht war der Ausschluss der Frauen von den politischen Rechten schon immer unakzeptabel und stellte eine wenn auch nicht rechtliche, so doch faktische Diskriminierung dar.¹¹² Die Philosophin MAIHOFFER¹¹³ spricht von historischem Unrecht, und der Historiker KREIS¹¹⁴ wirft die Frage nach einer Entschuldigung für dieses Unrecht auf.

Mit den Menschenrechten ist auch der Begriff des «Menschen» erwähnt, der mit Bezug auf die Frauen lange kontrovers diskutiert wurde.¹¹⁵ Im Zusammenhang mit dem Frauenstimmrecht in Appenzell Innerrhoden berichtet MOCK unter dem Titel «Sind Frauen auch Menschen?» die folgende Anekdote, welche die menschenrechtliche Dimension der Stimmrechtsfrage implizit verneint:¹¹⁶

112 Zur faktischen Diskriminierung bereits CHRISTA TOBLER, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen/Oxford 2005, S. 64 ff. Weiter auch ganz am Ende des vorliegenden Beitrags (I. Schlussbemerkungen).

113 ANDREA MAIHOFFER, «Die Geschichte des Frauenstimmrechts – Verdrängtes Unrecht?», in: Rohner/Schäppi (Hrsg.), *50 Jahre Frauenstimmrecht. 25 Frauen über Demokratie, Macht und Gleichberechtigung*, Zürich 2020, S. 19–30, S. 27 ff., sowie dieselbe, *Die Verweigerung des Frauenstimmrechts – zur Bedeutung der Einsicht in historisches Unrecht*, CH2021 Blog 19. Februar 2021, <<https://ch2021.ch/die-verweigerung-des-frauenstimmrechts/>>.

114 GEORG KREIS, *Sorry für das späte Frauenstimmrecht*, CH2021 Blog 22. Januar 2021, <<https://ch2021.ch/sorry-fuer-das-spaete-frauenstimmrecht/>>.

115 Vgl. etwa aus dem 16. Jahrhundert die (anonyme, z.T. VALENS ACIDALIUS zugeschriebene) «*disputatio nova contra mulieres, qua probatur eas homines non esse*» (Neue Disputation gegen Frauen, durch die bewiesen wird, dass sie keine Menschen sind) mit der Gegenschrift von SIMON GEDIK «*defensio sexus muliebris*» (Verteidigung des weiblichen Geschlechts); zum Kontext GISELA BOCK/MARGARETE ZIMMERMANN, *Die Querelle des Femmes in Europa. Eine begriffs- und forschungsgeschichtliche Einführung*, in: Bock/Zimmermann (Hrsg.), *Die europäische Querelle des Femmes. Geschlechterdebatten seit dem 15. Jahrhundert, Querelles. Jahrbuch für Frauenforschung* 1997, Stuttgart/Weimar 1997, S. 9–38.

116 Mock (Fn. 69), S. 341.

«Was redet ihr immer von «Menschenrecht», soll ein Mann an einem Diskussionsabend entnervt ausgerufen haben, «das ist doch nicht logisch. Wenn es ein Menschenrecht wäre, dann hätten sie es ja schon. Menschen sind sie ja schliesslich.» Dies passt zur gängigen Argumentation im Kontext der französischen Revolution, wo die Menschenrechte – «droits de l’homme» – nur auf Männer bezogen wurde, obwohl es sich in der französischen Sprache bei «homme» auch um das Wort für «Mensch» handelt.¹¹⁷ In Zürich fragte dagegen der Radikale JOHANN JAKOB LEUTHY, Herausgeber der Zeitschrift «Das Recht der Weiber», im Jahr 1833 rhetorisch: «Hat der Mensch das Recht frei zu seyn? Sind die Weiber auch Menschen? Haben sie daher ein gleiches Recht frei zu seyn?» Die korrekte Antwort schien ihm offensichtlich: «Wer nur die ersten Anfangsgründe des Denkens aufgefasst hat, wird sicher den richtigen Schluss folgern.»¹¹⁸

3. Von «Schweizern» und «Schweizerinnen» – und einer integrativen Rechtssprache

a. Historische Auslegung und Rechtspraxis

Im Appenzeller Stimmrechtsentscheid ging es neben dem sprachlich neutralen Begriff der «Landleute» auch um jenen der «Schweizer». Gleich wie in den Beispielen der «Landleute» und «persons» bestand auch hier die Tradition, den Begriff im Sinne nur eines Geschlechts auszulegen. Bemühungen, diese Praxis im Interesse der Frauen zu ändern blieben lange ohne Erfolg.¹¹⁹

Als 1923 gefordert wurde, der Begriff «Schweizer» in Art. 74 aBV über das Stimmrecht in eidgenössischen Angelegenheiten sei auf die Frauen auszuweiten, lehnte das Bundesgericht dies im unveröffentlichten Entscheid *Lehmann*¹²⁰ mit der folgenden Begründung ab:

«Artikel 74 der Bundesverfassung [...] erklärt in allgemeinen jeden «Schweizer», der das 20. Altersjahr zurückgelegt hat, als stimmberechtigt. Mit dieser Bezeichnung [...] sind nur die Schweizerbürger männlichen Geschlechts gemeint. Die Frauen waren nach uraltem Gewohnheits- oder Gesetzesrecht bis in die neuere Zeit hinein allgemein

117 Vgl. den berühmten Gegenentwurf zur «Déclaration des droits de l’homme et du citoyen»: OLYMPE DE GOUGES, *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne et ’autres textes. Préface de GENEVIÈVE FRAISSE*, Paris: 2021; dazu BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 59 ff.

118 Hierzu CLAUDIA MÄDER, Im Umgang mit den Frauen haben die frühen Liberalen ihre eigenen Ideale verraten, NZZ vom 22. Februar 2019, sowie ausführlicher CLAUDIA MÄDER, «Sind die Weiber auch Menschen?» Eine kleine Geschichte der Schweizer Frauen, NZZ Geschichte Nr. 4, Zürich 2016.

119 Zum «Interpretationsweg» siehe insb. BEATRIX MESMER, Verfassungsrevision oder Interpretationsweg? in: Schweizerischer Verband für Frauenrechte (Hrsg.), *Der Kampf um gleiche Rechte*, Basel 2009, S. 88–100; weiter ARROYO (Fn. 46), S. 54 ff.

120 *Lehmann gegen Bern*, unveröffentlichter BGE vom 14. September 1923, zitiert im Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 2. Februar 1951 über das für die Einführung des Frauenstimmrechtes einzuschlagende Verfahren, BBl 1951 I 314, S. 348.

von der politischen Stimmberechtigung ausgeschlossen; die Beseitigung dieses Ausschlusses bedeutet daher die Aufhebung eines tief eingewurzelten Rechtszustandes, die nur durch eine unzweifelhaft zu diesem Zwecke erlassene Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung vor sich gehen und nicht einfach aus einer bestehenden Vorschrift herausgelesen werden kann, bei deren Aufstellung niemand eine derartige Änderung im Auge hatte. Auch der Umstand, dass bis jetzt die Frauen nie zu eidgenössischen Wahlen oder Abstimmungen zugelassen worden sind, zeigt klar, dass die Vorschrift des Artikels 74 der Bundesverfassung die Stimmberechtigung auf die Männer beschränkt. Hat aber Artikel 74 der Bundesverfassung diesen Sinn, so kann ein Stimmrecht der Frauen in eidgenössischen Angelegenheiten auch nicht aus Artikel 4 oder einer andern Bestimmung der Bundesverfassung abgeleitet werden.»

Gleich äusserte sich das Bundesgericht offenbar 1928 in der ebenfalls unveröffentlichten Entscheidung *Unger*¹²¹ mit Bezug auf den Begriff «Stimmbürger». Was seine Argumentation anbelangt, so ist deutlich, dass hier – ungefähr zur selben Zeit wie die ungleich fortschrittlichere *Persons Decision* aus Kanada – der Ansatz der eingefrorenen Begriffe zur Anwendung gelangte (dazu oben C.VI.2.): Frauen waren ursprünglich mit Begriffen wie «Schweizer» oder «Stimmbürger» nicht mitgemeint, und das sollte auch so bleiben. BÜCHLER/COTTIER¹²² qualifizieren den alten Schweizer Bundesstaat denn auch als Männerbund und zeigen anhand von historischen Quellen, wie der Staat als männlich definiert und damit der Ausschluss der Frauen legitimiert wurde. SEITZ¹²³ attestiert der «ausgeprägt männerbündlerischen politischen Kultur, die sich in der Schweiz ab dem 18. Jahrhundert herausbildete», eine prägende Rolle für die verspätete Einführung des Frauenstimmrechts. Mit Bezug auf das Stimmrecht sollte sich die Auslegung der erwähnten Begriffe letztlich erst mit dem Appenzeller Stimmrechtsentscheid ändern, wo das Bundesgericht genau dasjenige Vorgehen wählte, welches es im Entscheid *Lehmann* im Einklang mit der älteren Schweizer Literatur noch so dezidiert abgelehnt hatte,¹²⁴ nämlich den Einschluss der Frauen durch Auslegung.

Auch im BGE 83 I 181 (*Quinche*) aus dem Jahr 1957 ging es um den Begriff «Schweizer» bzw. «suisses», diesmal in der Waadtländer Kantonsverfassung. Das Bundesgericht stützte die historische, einseitig nur auf Männer ausgerich-

121 *Unger gegen Genf*, unveröffentlichter BGE vom 21. September 1928, erwähnt in Zürcher Frauenbefragung 1955. Die Meinung der Frauen in der Stadt Zürich zur Einführung des Frauenstimmrechtes, Zürcher Statistische Nachrichten 1955, 121–184, S. 175. ARROYO (Fn. 46), S. 59 ff., nennt zwei weitere unveröffentlichte Entscheide, nämlich *Heinzelmann* (1963) und *Kammacher* (1965), wo es aber offenbar nicht vorrangig um die Auslegung der vorliegend interessierenden Begriffe ging.

122 BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 80 ff.

123 SEITZ (Fn. 6), S. 234; siehe auch 23 ff.

124 Laut ARROYO (Fn. 46), S. 84 ff. erachtete die Lehre lange praktisch einstimmig einzig den Weg über eine Verfassungsrevision als rechtlich zulässig. Ein anderes Vorgehen wurde als Hintertüren- und Hintertreppenpolitik bezeichnet.

tete Auslegung mit dem Argument, etwas anderes wäre zur Entstehungszeit der Kantonsverfassung gar nicht möglich gewesen (BGE 83 I 181 E. 5):

«Or il ne peut faire de doute pour personne qu'à l'époque où ces différentes dispositions constitutionnelles ont été adoptées, les termes de «Suisse», «Vaudois» ou «Confédérés» visaient les hommes, à l'exclusion des femmes. Le constituant n'a pu avoir à ce sujet une idée différente, car en 1845, 1861 ou 1885 la question de savoir s'il fallait accorder les droits politiques aux femmes ne se posait pas en pratique, même si quelques esprits en avance sur leur époque l'avaient soulevée comme un problème de doctrine. Il allait de soi, en effet, que seuls les hommes pouvaient revêtir la qualité de citoyen actif.»

Das Bundesgericht fügte hinzu, dass sich eine andere Auslegung auch deshalb verbiete, weil im Jahr 1950 in einer Volksabstimmung eine Verfassungsänderung zugunsten eines Frauenstimmrechts in bestimmten Fragen abgelehnt worden war. Es sei deshalb nicht willkürlich, den Begriff «suisse» nur auf die Männer zu beziehen.

In derselben Rechtssache war weiter die Frage zu beurteilen, ob ein kantonaler Ausschluss der Frauen vom Stimmrecht mit der Bundesverfassung vereinbar sei. Das Bundesgericht liess dies offen mit der Begründung, es überprüfe die Vereinbarkeit einer kantonalen Verfassung mit der Bundesverfassung nicht, weil dies ja bereits bei der Gewährleistung durch die Bundesversammlung erfolgt sei. Im Übrigen argumentierte es, mit einer Aufhebung der kantonalen Ausschlussentscheidung würde es faktisch die Waadtländer Kantonsverfassung ändern (BGE 83 I 181 E. 6):

«En effet, les recourantes demandent au Tribunal fédéral d'annuler non pas l'art. 23 Cst. vaud., mais la décision qui leur refuse l'exercice des droits politiques. Si le Tribunal fédéral leur donnait raison, il modifierait en fait l'art. 23 Cst. vaud. et en ferait une disposition nouvelle. Par cette voie, les recourantes éluderaient les règles auxquelles la révision de la constitution est soumise. Elles échapperaient notamment au vote populaire et empêcheraient ainsi le canton d'obtenir la garantie fédérale, puisque celle-ci est soumise en particulier à la condition que les dispositions nouvelles aient été acceptées par le peuple. Il est clair que le Tribunal fédéral ne saurait prêter la main à pareille tentative.»

Auch dazu sollte der Appenzeller Stimmrechtsentscheid später eine Praxisänderung darstellen: Dort wurde durch die Vorgehensweise des Bundesgerichts eine (weitere) Volksabstimmung ebenso wie eine Gewährleistung durch die Bundesverfassung für die neu verstandene Bestimmung vermieden.

b. Neue Auslegung ausserhalb des Stimmrechts

In anderen Bereichen als dem Stimmrecht bahnte sich ein Wandel der Anschauungen zur Rechtsgleichheit bzw. zur Auslegung des Wortes «Schweizer» schon sehr viel früher an – eine Tatsache, auf die das Bundesgericht im Appenzeller Stimmrechtsentscheid als Argumentationshilfe auch für die politischen Rechte

rekurrieren sollte. Nach der hier vertretenen Auffassung zeigt im Grunde bereits der erste Entscheid zur Rechtsgleichheit aus dem Jahr 1880, *Jäggi*, dass es das Bundesgericht nicht *prinzipiell* ausschloss, Frauen in den Begriff «Schweizer» einzubeziehen. Es legte nämlich Art. 4 aBV über die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne der offen formulierten sog. aristotelischen Formel aus, wonach die Gerechtigkeit erfordert, dass Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit behandelt wird¹²⁵ (BGE 6 I 171 E. 1):

«Bedeutung und Tragweite des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetze in letzterer Richtung nun bestimmt und beschränkt sich dadurch, daß dasselbe ein Postulat staatlicher Gerechtigkeit ist. Als solches ist dieser Grundsatz einerseits keineswegs auf das Verbot der in Art. 4, Abs. 2 speziell bezeichneten Vorrechte beschränkt, sondern ist er, wie auch aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 4 [...] und aus der bisherigen bundesrechtlichen Praxis hervorgeht, als allgemeines, die gesammte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip aufzufassen [...], andererseits dagegen liegt in demselben selbstverständlich nicht die, nicht nur unzumutbare, sondern auch ungerechte und völlig undurchführbare Anforderung, daß der Gesetzgeber alle Bürger ohne Unterschied schlechthin einer und derselben Rechtsregel unterstelle. Vielmehr ist ohne weiteres klar, daß, unbeschadet des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetze, die natürlichen Verschiedenheiten, welche zwischen den einzelnen Staatsangehörigen mit Rücksicht auf Alter, Geschlecht, Beruf und sonstige Lebensverhältnisse bestehen, auch in zahlreichen rechtlichen Verschiedenheiten zum Ausdrucke gelangen können und müssen [...]. Nicht jede rechtliche Verschiedenheit ist also eine Ungleichheit vor dem Gesetze. Dagegen kann auch nicht daran festgehalten werden, daß der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze nur unter der Voraussetzung absolut gleicher faktischer Verhältnisse gelte. Denn, dahin ausgelegt, wäre derselbe gegenüber allen Ausnahmegesetzen, welche sich nicht auf bestimmte Individuen, sondern auf ganze Klassen von Bürgern beziehen, gänzlich illusorisch, da es natürlich an einem unterscheidenden tatsächlichen Merkmale, vermöge dessen die durch ein Gesetz betroffene Klasse sich von den übrigen Bürgern unterscheidet, niemals fehlen kann, so daß denn, in schneidendem Widerspruche mit dem verfassungsmäßigen Prinzipie, die willkürlichen Ausnahmegesetze zu Gunsten oder Ungunsten einzelner Personenklassen als zulässig betrachtet werden müßten. Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze fordert vielmehr gleiche Behandlung der Bürger nicht nur unter der Voraussetzung absolut gleicher tatsächlicher Verhältnisse, sondern es verlangt Gleichheit der Behandlung unter der Voraussetzung der Gleichheit aller erheblichen tatsächlichen Verhältnisse.»

Entscheidend für die Auslegung von Art. 4 aBV war somit, ob erhebliche Verschiedenheiten der Tatbestände vorlagen, welche je nach dem Bereich zu einer rechtlich zulässigen Gleich- oder zu einer Ungleichbehandlung führen konnten.

125 Aristoteles. Band 6: Nikomachische Ethik, übersetzt, eingeleitet und kommentiert von DOROTHEA FREDE, Erster Halbband: Übersetzung und Einleitung, Berlin/Boston 2020, S. 83 f. (Buch V, Kapitel 6, 1131a10–24), sowie Zweiter Halbband: Kommentar, S. 600 ff. Zum aristotelischen Gleichheitsbegriff, seiner Bedeutung für die Rechtsethik und die Anwendung in der Rechtspraxis TILMAN ALTWICKER, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Heidelberg/Dordrecht/London/New York 2011, S. 459 ff. ALTWICKER spricht vom «Aristoteles-Prinzip»; S. 13.

In der Entscheidung *Kempin-Spyri* aus dem Jahr 1887 bekräftigte das Bundesgericht die Auslegung, wonach Art. 4 nur jene Ungleichheiten verbot, «welche, nach anerkannten Grundprinzipien der Rechts- und Staatsordnung, als innerlich unbegründet, durch keine erhebliche Verschiedenheit der Thatbestände gerechtfertigt erscheinen». Dem Bundesgericht erschien nun allerdings «nach der jedenfalls zur Zeit noch zweifellos herrschenden Rechtsanschauung die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht der Bethätigung im öffentlichen Leben, als eine der innern Begründung keineswegs entbehrende» (BGE 13 I 1 E. 2). BÜCHLER/COTTIER bemerken hierzu, dass am Ende des 19. Jahrhunderts die Ungleichbehandlung der Frauen mit Bezug auf die Betätigung im öffentlichen Leben – im Fall *Kempin-Spyri* die Tätigkeit als Rechtsanwältin – noch als selbstverständlich galt.¹²⁶

Das Bundesgericht schloss dabei allerdings nicht aus, dass sich die herrschende Rechtsauffassung in der Zukunft ändern könnte – was in sprachlicher Hinsicht zugleich den Einbezug der Frauen in den Rechtsbegriff der «Schweizer» bedeuten würde.¹²⁷ KEMPIN-SPYRI sprach denn auch von «Schweizerbürgern weiblichen Geschlechtes» (BGE 13 I 1, unter B.); sie wollte also das Wort «Schweizer» zugunsten der Frauen im Sinne eines generischen Maskulinums verstanden haben.

Ein Wandel in der Einschätzung zu den rechtlich relevanten Unterschieden zwischen den Geschlechtern zeigte sich Anfang des 20. Jahrhunderts. BIGLER-EGGENBERGER¹²⁸ nennt als die ersten relevanten Bundesgerichtsentscheide *Bammert* aus dem Jahr 1914 (BGE 40 I 1), gefolgt von *König* von 1921 (BGE 47 I 150) und *Roeder* von 1923 (BGE 49 I 14). Sie alle bezogen sich auf das Wirtschaftsleben, wo laut Bundesgericht inzwischen die Sitten und die Gesetze, die sie widerspiegelten, die Gleichheit der Geschlechter hergestellt hatten. Das Bundesgericht kontrastierte dies in der Entscheidung *Roeder* aber ausdrücklich mit den politischen Rechten, welche den Frauen in der Schweiz immer noch weitgehend verwehrt waren. Dies wurde später im selben Jahr in den Entscheidungen *Lehmann* und *Unger* bestätigt.

Zur Begründung seiner Aussage im Appenzeller Stimmrechtsentscheid, wonach sich die Bedeutung eines Rechtsbegriffes im Laufe der Zeit ändern kann, verwies das Bundesgericht insb. auf die Entscheidung *Loup* von 1977 (BGE 103 Ia 517). Es handelte sich um den ersten Lohngleichheitsprozess vor Bundesgericht, zur Besoldung der Primarlehrkräfte im Kanton Neuenburg: Lehrerinnen verdienten pro Jahr 1800 CHF weniger als Lehrer, was das Bundesgericht als eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Rechtsgleichheit einstufte. Zum Inhalt des Begriffs «Schweizer» schrieb es, es ergebe sich bereits

126 BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 97.

127 So auch BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 9, Rz. 19.

128 Idem, S. 11 ff., Rz. 24 ff.

aus früherer Rechtsprechung, dass der Wortlaut der Rechtsgleichheitsgarantie in Art. 4 aBV zu eng sei: Nicht nur Schweizer fielen darunter, sondern auch ausländische Staatsangehörige. Zudem seien auch schweizerische und ausländische Frauen erfasst; jedes menschliche Wesen könne sich auf die Rechtsgleichheit berufen (BGE 103 Ia 517 E. 2):

«Il est généralement admis que la teneur de l'art. 4 Cst., prescrivant que «tous les Suisses» sont égaux devant la loi, a une portée trop restrictive. La garantie de cette égalité concerne également les étrangers (ATF 93 I 3 consid. 1a et jurisprudence citée); elle vaut donc aussi non seulement pour les Suissesses, mais pour les femmes en général. Tout être humain est en droit de se prévaloir de l'égalité devant la loi. [...] [C]e principe de l'égalité des hommes et des femmes devant la loi est clairement reconnu [...]»

Daraus ergibt sich nicht nur, dass Frauen Menschen sind, sondern auch, dass der Begriff «Schweizer» im Sinne von Männern *und* Frauen zu verstehen war. Mit anderen Worten fasste das Bundesgericht diesen Begriff hier als generisches Maskulinum auf – wie dies schon von KEMPIN-SPYRI und nach ihr von zahlreichen anderen vertreten worden war. In der wissenschaftlichen Literatur verweist MÜLLER¹²⁹ für seine Feststellung, dass Art. 4 aBV schon vor seiner Revision die Gleichberechtigung der Geschlechter garantierte, auf BGE 103 Ia 517.

c. Politische Rechte: vom generischen Maskulinum zu Paarbegriffen

Im Appenzeller Stimmrechtsentscheid übertrug das Bundesgericht die Auffassung des grammatikalisch männlichen Begriffs «Schweizer» als generisches Maskulinum schliesslich auch auf den Bereich der politischen Rechte. Wie bereits erwähnt, erblickt BIAGGINI darin eine Verkehrung des kantonalen Sprachgebrauchs in sein Gegenteil.¹³⁰ Im Fall des Frauenstimmrechts ebenso wie in anderen, im letzten Abschnitt angesprochenen Bereichen, wo diese Strategie erfolgreich angewendet wurde, handelte es sich mit Blick auf das zu erreichende Ziel um eine nützliche Argumentation. In ihrem Standardwerk über «Das Deutsche als Männersprache» weist die Linguistin *Luise Pusch* allerdings darauf hin, dass es beim expliziten Einbezug einer Gruppe in der Sprache um «Wahrgenommenwerden, Beachtetwerden, Identifiziertwerden und Gemeintsein» geht.¹³¹ Aus diesem Grund kritisiert sie das generische Maskulinum:¹³² «Mitgemeint reicht eben nicht. Frauen wollen in Texten angesprochen sein, ja, sie müssen es sogar, sonst vermittelt uns das Schriftstück oder die Rede eine falsche Information. Das ist das Drama des generischen Maskulinums.»

129 GEORG MÜLLER, Art. 4, in: Koller/Eichenberger/Müller/Rhinow/Schindler (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich 1987–1996, Rz. 133.

130 BIAGGINI (Fn. 93), S. 74.

131 LUISE F. PUSCH, *Das Deutsche als Männersprache*, Frankfurt am Main 1984, S. 23.

132 Zitiert nach ERIKA BACHFRAU, Luise F. Pusch, <<https://feministische-fakultaet.org/luise-f-pusch/>>.

Die Kantonsverfassung des Kantons Appenzell Innerrhoden ist für die politischen Rechte inzwischen vom generischen Maskulinum abgerückt und verwendet in Art. 16 Abs. 1 stattdessen den Paarbegriff der «Schweizerbürgerinnen und Schweizerbürger». Auch die Bundesverfassung nennt in Art. 136 Abs. 1 BV «Schweizerinnen und Schweizer». Diese explizite Doppelnennung lässt sich mit dem historischen Kontext des Frauenstimmrechts erklären. Zugleich zeigt sich darin aber auch, dass – jedenfalls in diesem Zusammenhang – die Verwendung von Paarbegriffen heute als sachgerechter empfunden wird als jene des generischen Maskulinums. In der Literatur wird im Zusammenhang mit der Nachführung der Bundesverfassung die Verwendung von Paarbegriffen und geschlechtsneutralen Formulierungen erwähnt¹³³ und als gebührenden Tribut auch auf sprachlicher Ebene an die langjährigen Gleichberechtigungsbemühungen bezeichnet.¹³⁴

Wie der vorliegende Beitrag zeigt, ist die Verwendung des generischen Maskulinums aber in Gesetzen wie auch in internationalen Abkommen noch immer sehr verbreitet (z.B. in Art. 25 UNO-Pakt II: «Jeder Staatsbürger hat das Recht ...»).

d. Sind die heutigen Formulierungen auf der Höhe der Zeit?

Insgesamt ist mit Bezug auf die Rechtssprache und politische Rechte eine Entwicklung vom *grammatikalischen* Maskulinum, das zugleich als *biologisches* Maskulinum aufgefasst wurde (alte Verfassungstexte), hin zu einem Verständnis derselben Begriffe im Sinne eines *generischen* Maskulinums (Auslegung im Appenzeller Stimmrechtsentscheid) und schliesslich zu *sprachlichen Paarbegriffen* (neuere Verfassungstexte) zu beobachten. Derweil bleibt die Diskussion um die Verwendung einer geschlechtersensiblen Rechtssprache aktuell. Aus der Sicht jener, welche sie als wichtig erachten, ging es vorerst darum, «Frauen nicht zu diskriminieren bzw. zu ignorieren», so URSULA BRUNNER im Jahr 1993.¹³⁵ Auf der internationalen Ebene weist auch der CEDAW-Ausschuss auf die Wichtigkeit einer geschlechtsneutralen Sprache hin.¹³⁶

Heute wird aber z.T. auch eine darüber hinaus gehende Betrachtungsweise vertreten. Zur Illustration seien zwei Beispiele aus der neueren Rechtsliteratur der Schweiz erwähnt. Sie zeigen zugleich, dass Uneinigkeit über die adäquaten

133 So in aller Kürze von DIETER BIEDERMANN, Was bringt die neue Bundesverfassung?, AJP 1999, S. 743–747, S. 744.

134 So JULIA SZEMERÉDY, Verfassungsauslegung als methodologisches Grundproblem, in: Gächter/Bertschi (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2000, S. 33–48, S. 42.

135 URSULA BRUNNER, Die Frau in der Gesetzessprache – illustriert anhand neuerer umweltrechtlicher Erlasse, in: Klett/Yersin (Fn. 87), S. 43–58, S. 45.

136 Gemäss dem CEDAW-Ausschuss hat die Schweiz diesbezüglich einigen Nachholbedarf; siehe CEAW Committee: Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland, 2016, <<https://www.refworld.org/docid/583872184.html>>, S. 6.

Mittel herrscht. Das erste Beispiel ist TOBIAS JAAG,¹³⁷ der in einem Festschriftbeitrag über die juristische Schriftstellerei Folgendes ausführt:

«Geschlechtsneutrale Formulierungen sind heute weitgehend Standard, obwohl dies oft zu komplizierten und schwer lesbaren Konstruktionen führt. Soweit keine geschlechtsneutralen Begriffe wie Lehrpersonen zur Verfügung stehen, sind Doppelbezeichnungen mit der weiblichen und männlichen Form wie Professorinnen und Professoren vorzuziehen. [...] Verpönt sind zu Recht Schreibweisen mit grossem I wie StudentInnen oder mit * wie Dozent*innen.»

Hier geht es somit im Ansatz um das als berechtigt anerkannte Anliegen, *Frauen* in der Rechtssprache nicht zu ignorieren, sondern explizit sichtbar zu machen – ein Anliegen, das im Übrigen auch in der Rechtspraxis aufgenommen worden ist, wo es u.a. zu Leitlinien von Verwaltungen und Parlamenten geführt hat, basierend auf dem Gedanken, dass «eine Gesellschaft, die die Gleichstellung von Frauen und Männern zum Ziel hat, auch eine gleichstellungsgerechte Rechtssprache erfordert».¹³⁸ Diesem Ansatz liegt ein binäres Geschlechterdenken zugrunde. Eine andere Auffassung zeigt sich im zweiten Beispiel, nämlich TAREQ NAGUIB, KURT PÄRLI, EYLEM COPUR und MELANIE STUDER. Sie legen in der Einleitung ihres Handbuchs zum Diskriminierungsrecht dar, warum sie den sog. *Gender_Gap* verwenden:¹³⁹

«Der _ markiert einen Platz, den unsere Sprache nicht zulässt. Er repräsentiert all diejenigen, die entweder von einer zweigeschlechtlichen Ordnung ausgeschlossen wer-

137 TOBIAS JAAG, Juristische Schriftstellerei in a nutshell, in: Schnyder/Weber/Reich/Grolimund (Hrsg.), Wissensvermittlung und Recht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Werner Stocker, Zürich 2020, 173–190, S. 184.

138 So die Landesregierung Nordrhein-Westfalen, Gleichstellung von Frau und Mann in der Rechtssprache Hinweise, Anwendungsmöglichkeiten und Beispiele, Düsseldorf 2008, <https://www.lzg.nrw.de/_php/login/dl.php?u=/_media/pdf/service/Leitfaden_Gleichstellung_Sprache_NRW.pdf>, S. 2. Für die Schweiz siehe: Schweizerische Bundeskanzlei, in Zusammenarbeit mit der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Geschlechtergerechte Sprache. Leitfaden zum geschlechtergerechten Formulieren im Deutschen, 2. vollständig überarbeitete Aufl., Bern 2009, <<https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/sprachen/hilfsmittel-textredaktion/leitfaden-zum-geschlechtergerechten-formulieren.html>>. Zu den frühen Ansätzen in dieser Richtung in Bund und Kantonen BRUNNER (Fn. 135), S. 47 f., weiter auch EVA EIDENBENZ, Vom Amtsfrau bis Zimmerin. Wörterbuch für eine geschlechtergerechte Sprache, Zürich: KoS (Koordinationsstelle «Geschlechtergerechte Sprache» der Schweizerischen Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten) 1998. – Das Europäische Parlament veröffentlicht seit 2008 einen Leitfaden zur genderneutralen Sprache; heute: EUROPEAN PARLIAMENT, Gender-Neutral Language in the European Parliament, 2018, <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/151780/GNL_Guidelines_EN.pdf>. Zur Sprachpolitik im Europarat und in der Europäischen Union STEFANIA CAVAGNOLI, Introduzione. Lingua di genere e linguaggio legislativo in Europa, in: Cavagnoli/Mori (Hrsg.), Gender in legislative languages: from EU to national law in English, French, German, Italian and Spanish, Berlin 2019, S. 13–37, S. 17 ff.

139 NAGUIB/PÄRLI/COPUR/STUDER (Fn. 9), S. 1 (Einleitung). Das Zitat an Anfang stammt vom Philosophen STEFFEN KITTY HERMANN, Queer(e) Gestalten. Praktiken der Derealisierung von Geschlecht, in: Haschemi Yekani/Michaelis (Hrsg.), Queer durch die Geisteswissenschaften – Perspektiven von der Queer Theory, Berlin 2005, S. 53–72, S. 64.

den oder aber nicht Teil von ihr sein wollen. Mit Hilfe des _ sollen all jene Subjekte wieder in die Sprache eingeschrieben werden, die gewaltsam von ihr verleugnet werden.> Während das in der Regel verwendete Binnen-I die Gleichberechtigung von Frauen und Männern anstrebt, verweist der Zwischenraum des Gender_Gap auf diejenigen Menschen, die nicht in das binäre Frau/Mann-Schema hineinpassen, wie insbesondere Trans* und Intersexuelle [...].»

Dieses weiter gefasste Verständnis von Geschlecht findet inzwischen ebenfalls in offiziellen Dokumenten Ausdruck.¹⁴⁰

Betrachtet man die oben zitierten, modernen Verfassungsbestimmungen zum Stimmrecht in diesem Kontext, so ist offensichtlich, dass den dort verwendeten Paarbegriffen ein binäres Verständnis des (biologischen) Geschlechts zugrunde liegen: hier Frauen, dort Männer. Dies mag zwar historisch erklärbar sein und zudem den heute geltenden rechtlichen Kategorien in der Schweiz entsprechen, wird aber der Lebensrealität nicht gerecht.¹⁴¹ Das Geschlecht gilt heute als ein komplexes Phänomen, bei dem biologische Faktoren ebenso mitspielen wie die individuell empfundene Identität und die soziale Konstruktion (gender). Es geht über eine binäre Einteilung in Mann und Frau hinaus¹⁴² und wird besser als Fluidum¹⁴³ oder Kontinuum¹⁴⁴ verstanden, das auch andere

140 So z.B. in der Europäischen Union durch die Verwendung des Begriffs «trans*» in der Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020–2025, COM(2020) 698 final. Die Abkürzung LBGTIQ steht für das Englische «lesbian, gay, bisexual, trans, non-binary, intersex and queer» (lesbische, schwule, bisexuelle, trans, nichtbinäre, intersexuelle und queere Personen). Der dem Begriff «trans» beigefügt Stern weist auf die Vielfalt dieser Gruppe hin; dazu auch der Bericht der EU-Grundrechteagentur, *Leben als Trans* in der EU. Vergleichende Datenanalyse aus der EU-LGBT-Erhebung*, Wien 2015, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_de.pdf>, S. 2.

141 Zur Kritik an der binären bzw. bipolaren Geschlechterordnung bereits ANDREA BÜCHLER und MICHELLE COTTIER, *Transsexualität und Recht. Oder: Das falsche Geschlecht. Ueber die Inkongruenz biologischer, sozialer und rechtlicher Geschlechterkategorisierungen*, *La pratique du droit de la famille* 3(1) 2002, S. 20–47; weiter BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 20 ff., sowie zur Konstruktion von Geschlecht durch Recht S. 297 ff. und zu Transgender-Identitäten S. 394 ff. Im grösseren Rahmen auch STEFAN TIMMERMANN/MAIKA BÖHM (Hrsg.), *Sexuelle und geschlechtliche Vielfalt. Interdisziplinäre Perspektiven aus Wissenschaft und Praxis*, Weinheim 2020.

142 So weist die Weltgesundheitsorganisation z.B. auf zahlreiche Varianten des genetischen oder chromosomalen Geschlechts hin; World Health Organisation, *Gender and Genetics. Genetic components of Sex and Gender*, <<https://www.who.int/genomics/gender/en/index1.html>>.

143 Gemäss dem belgischen Urologen PIET HOEBEKE dürften sich über 25% der Bevölkerung zwischen den beiden Polen ansiedeln; so die Aussage in der Kolumne *Het genderfluidum en de seksuele voorkeur op de schop*, *Artsenkrant* 29. August 2018, <<https://www.artsenkrant.com/ac-tueel/het-genderfluidum-en-de-seksuele-voorkeur-op-de-schop/article-column-34215.html>>. Vgl. auch das populärwissenschaftliche Buch dieses Autors, *Gender in de Blender. Ontdek jouw seksuele identiteit*, Gent 2020.

144 So im EU-rechtlichen Kontext Generalanwalt TESAURO in einem die Entlassung einer transsexuellen Person betreffenden Fall; Rs. C-13/94 *P gegen S und Cornwall County Council*, Schlussanträge, ECLI:EU:C:1995:444, E. 17.

Gruppen umfasst, darunter insb. biologisch intergeschlechtliche,¹⁴⁵ aber auch nach eigenem Empfinden non-binäre Personen.

Für das Recht bedeutet dies zugleich, dass Bestimmungen wie Art. 136 Abs. 1 BV, Art. 50 KVAR und Art. 16 Abs. 1 KVAI zu eng sind, weil sie einen Teil der Bevölkerung sprachlich ignorieren. Umfassender, sachgerechter und zugleich eleganter wäre nach der hier vertretenen Auffassung eine Formulierung wie «Schweizer Staatsangehörige» – eine Formulierung zudem, welche ohne darstellerische Hilfsmittel wie Unterstrich, Genderstern oder Binnen-I auskommt.¹⁴⁶ Gerade dort, wo – wie in den beiden Appenzeller Kantonen – an Verfassungsrevisionen gearbeitet wird, sollte dieser Gedanke aufgenommen werden. Hier bietet sich die Gelegenheit, auf der Höhe der Zeit und zugleich anderen Schweizer Verfassungen voraus zu sein.

VII. Vom Recht zur Realität – «50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung»

I. Die aktuelle Situation in der Schweiz

Heute gelten die politischen Rechte der Frauen im Schweizer Recht als Selbstverständlichkeit. Eine andere Frage ist allerdings, wie die politische Realität aussieht. Wie JORIS¹⁴⁷ bemerkt, garantiert die formalrechtliche Gleichstellung nicht automatisch auch die faktische Gleichstellung. Auf der Ebene des internationalen Rechts führt der CEDAW-Ausschuss denn auch Folgendes zur praktischen Umsetzung der politischen Rechte für Frauen aus:¹⁴⁸

«No political system has conferred on women both the right to and the benefit of full and equal participation. While democratic systems have improved women's opportunities for involvement in political life, the many economic, social and cultural barriers they continue to face have seriously limited their participation. Even historically stable democracies have failed to integrate fully and equally the opinions and interests of the female half of the population. Societies in which women are excluded from public life and decision-making cannot be described as democratic. The concept of democracy will have real and dynamic meaning and lasting effect only when political decision-making is shared by women and men and takes equal account of the interests of both.»

In der Schweiz wurde diese Problematik bereits vor 20 Jahren anlässlich eines interdisziplinären Symposiums zum 150jährigen Bestehen des Schweizeri-

145 Anders als in der römischen wurde in der alten griechischen Kultur die biologische Intergeschlechtlichkeit positiv bewertet; dazu der Schauspieler und Autor STEPHEN FRY, *Mythos. The Greek Mythos Retold*, London 2018, S. 155 f.

146 Bei einer entsprechenden Anpassung sollte in den Materialien der Grund für die Änderung ausdrücklich angegeben werden. – Zu Strategien des geschlechtergerechten Formulierens DIEWALD/STEINBAUER (Fn. 98), S. 117 ff.

147 ELISABETH JORIS, Gleichstellung (Version vom 4.2.2021), *Historisches Lexikon der Schweiz*, <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/016499/2021-02-04/>>.

148 CEDAW, General Recommendation No. 23 (Fn. 15).

schen Bundesstaates besprochen, wo die Forderung nach einer «materialen» statt einer nur formellen Demokratie¹⁴⁹ auch und gerade für die Schweiz vertreten wurde.¹⁵⁰ Die Zahlen des Bundesamtes für Statistik über die Frauenrepräsentation in den politischen Institutionen¹⁵¹ belegen, dass sich die Situation seither nicht grundlegend verbessert hat: Frauen sind gemessen an ihrem Bevölkerungsanteil in politischen Entscheidungspositionen insgesamt noch immer stark untervertreten. Nur für den Bundesrat und den Nationalrat zeigt die Statistik Frauenvertretungen von leicht über 40%; überall sonst bewegen sich die für die Schweiz zusammengenommenen Zahlen auf deutlich tieferem Niveau.¹⁵²

Die Statistiken zeigen weiter, dass sich die Zahlen nicht so entwickelt haben, wie dies zur Zeit des sog. *Solothurner Quotenentscheids* des Bundesgerichts (dazu im nächsten Abschnitt) der Solothurner Regierungsrat und das Bundesgericht erwarteten: Sie gingen davon aus, dass sich der Wahlerfolg der Frauen kontinuierlich fortsetzen und zu einer Annäherung der Sitzzahlen der Geschlechter im Parlament führen werde. Das Bundesgericht entschied, dass deshalb rechtliche Massnahmen wie eine Quotenregelung nicht erforderlich seien. Diese Erwartungen haben sich nicht erfüllt. Der ernüchternde Titel einer Medienmitteilung des Bundesrats zum Jubiläumsjahr 2021 belegt diese Einsicht: «50 Jahre Frauenstimmrecht und noch keine tatsächliche Gleichstellung».¹⁵³

2. Fördermassnahmen (insb. Quotenregelungen)

Wie PEZZINI¹⁵⁴ zu Recht festhält, bilden die heutigen Zahlen zum Geschlechterunterschied in der politischen Repräsentation ein rechtliches Problem mit Verfassungsrang ab, das den Grundsatz der tatsächlichen Gleichstellung in

149 Hierzu die Philosophin und Germanistin BIRGIT CHRISTENSEN, *Gerechtigkeit trotz Differenz: Zielsetzungen einer materialen Demokratie*, in: Christensen (Hrsg.), *Demokratie und Geschlecht/Démocratie et sexes*, Interdisziplinäres Symposium zum 150jährigen Jubiläum des Schweizerischen Bundesstaates/Nationales Forschungsprogramm 35: *Frauen in Recht und Gesellschaft*, Zürich 1999, S. 15–32, sowie im selben Band die Juristin SUSANNE BAER, *Verfassung und Geschlecht. Anmerkungen zu einem geschlechtssensiblen deliberativen Konstitutionalismus*, S. 101–123.

150 CHRISTA TOBLER, *Verfassung und Geschlecht: 20 Jahre bloss formelle Demokratie in der Schweiz?*, in: Christensen (Fn. 149), S. 125–144.

151 Bundesamt für Statistik, *Frauen und Wahlen*, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/wahlen/frauen.html>>. Zur Entwicklung KATHIN ARIOLI, Art. 7. B. Umsetzung von Art. 7 in der Schweiz, in: Schläppi/Ulrich/Wyttenbach (Fn. 14).

152 Das Ergebnis der Wahlen für die Stadt-Berner Regierung vom November 2020 gehört zu den Ausnahm; dazu: *Frauenanteil im Stadtparlament: fast 70 Prozent*, *Der Bund* vom 30. November 2020 (aktualisiert), <<https://www.derbund.ch/rot-gruen-verteidigt-auch-im-stadtparlament-seine-mehrheit-284850999035>>.

153 Medienmitteilung des Bundesrats (Fn. 5).

154 BARBARA PEZZINI, «Genere» et rappresentanza politica, in: Pezzini (Hrsg.), *Genere e diritto. Come il genere costruisce il diritto e il diritto costruisce il genere*, Bergamo 2012, S. 87–111, S. 90 (im Kontext Italiens).

Frage stellt. In der Schweiz ist – gleich wie anderswo – versucht worden, dem anhaltenden Missstand durch gezielte Frauenförderung abzuhelpfen, u.a. in der Form von Quotenregelungen.¹⁵⁵ Die Soziologinnen HUGHES und PAXTON und die Politologin KROOK¹⁵⁶ stellten 2017 fest, dass Wahlquoten zugunsten von Frauen in über 130 Ländern in allen Weltregionen bestehen. Sie bezeichnen Quoten als eine der wichtigsten gesellschaftspolitischen Entwicklungen der letzten 30 Jahre sowie als ein wirksames, wenn auch umstrittenes Werkzeug, um Frauen zu jenen Entscheidungspositionen zu verhelfen, die gegenüber einem gleichberechtigten Einbezug der Frauen am widerstandsfähigsten sind.¹⁵⁷

BIGLER-EGGENBERGER¹⁵⁸ bemerkt mit Bezug auf die Schweiz, dass Quoten in der politischen Praxis eine wichtige Rolle spielen, wenn es um regionale, sprachliche und politische Minderheiten geht. Der Versuch, sie auch mit Blick auf die politische Repräsentation der Geschlechter zu nutzen, ist dagegen wiederholt auf politischen und rechtlichen Widerstand gestossen.¹⁵⁹ So scheiterten anfangs der 1990er Jahre Versuche, im Bundesparlament eine Geschlechterquote einzuführen.¹⁶⁰ Im Jahr 2000 wurde die Volksinitiative «Für eine gerechte Vertretung der Frauen in den Bundesbehörden» an der Urne verworfen.¹⁶¹ In jüngerer Zeit hatten politische Vorstösse mit Blick auf eine angemessene Vertretung der Geschlechter in Organen des Bundes insgesamt wenig Erfolg.¹⁶²

155 Grundsätzlich zu dieser Thematik im schweizerischen und internationalen Kontext ANNE PETERS und STEFAN SUTER, *Representation, Discrimination, and Democracy: A Legal Assessment of Gender Quotas in Politics*, in: MacClain/Grossmann (Hrsg.), *Gender Equality. Dimensions of Women's Equal Citizenship*, Cambridge 2009, S. 174–200.

156 MELANIE M. HUGHES, PAMELA PAXTON und MONA LENA KROOK, *Gender Quotas for Legislatures and Corporate Boards*, *Annual Review of Sociology* 43 (2017) S. 331–352. Der Artikel bietet eine internationale und interdisziplinäre (nicht rechtliche) Literaturübersicht über Studien zum Thema Frauenquoten und enthält deshalb zahlreiche Literaturhinweise.

157 Idem, S. 332. Speziell zu Studien über die Wirksamkeit von Wahlquoten siehe S. 340 ff.

158 BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 254, Rz. 493.

159 Zum Ganzen auch BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 120 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

160 Dazu das Fact Sheet 2.3.: *Politische Partizipation: Frauen in politischen Ämtern und Positionen*, <<https://www.ekf.admin.ch/ekf/de/home/themen/buengerliche-und-politische-rechte/politische-rechte.html>>, unter «Politisch Frauenrechte in der Schweiz». Hierzu und zum Folgenden siehe auch: *année politique suisse, Bestrebungen für Frauenquoten in Politischen Ämtern 1990–2000*, <<https://anneepolitique.swiss/dossiers/528-bestrebungen-fur-frauenquoten-in-politischen-amtern-1990-2000>>.

161 Siehe dazu <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis235.html>>. Hierzu NICOLE GYSIN, *Angst vor Frauenquoten? Die Geschichte der Quoteninitiative 1993–2000*, Wettingen 2007. Siehe weiter auch den interessanten Beitrag von WERNER SEITZ, *Umsetzungsmodelle zur Eidgenössischen «Quoten-Initiative»*, *Frauenfragen* 23(1) 2000, S. 10–18.

162 Interpellation 10.3087 von NR JOSIANE AUBERT «Bundesverwaltung, Vertretung von Frauen und Männern und sprachlichen Minderheiten», 10. März 2010, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20103087>> (abgeschrieben, weil nicht in zwei Jahren abschliessend im Rat behandelt), weiter die Parlamentarische Initiative 17.430 von NR SIBEL ARSLAN «Ausgeglichenere Vertretung der Geschlechter im Parlament», 17. März 2017, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=43389>> (keine Folge durch den Nationalrat); die Parlamentarische Initiative

Auf der kantonalen Ebene wurden zwei politische Initiativen vom Bundesgericht entweder ganz (BGE 123 I 152, *Solothurner Quotenentscheid*) oder teilweise (BGE 125 I 21, *Urner Quotenentscheid*) für ungültig erklärt. Es handelte sich in beiden Fällen um geschlechtsneutral formulierte Regelungen, die aber angesichts der tatsächlichen Verhältnisse durch sog. Ergebnisquoten klar auf eine Förderung von Frauen abzielten. In seinen Entscheiden stützte sich das Bundesgericht wesentlich auf ein Verständnis von Art. 4 Abs. 2 Satz 2 aBV (Auftrag an den Gesetzgeber, für die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung zu sorgen) im Sinne der blossen Chancengleichheit statt der Ergebnisgleichheit.¹⁶³ Dies wurde im Schrifttum verschiedentlich kritisiert.¹⁶⁴ Zwar fiel der *Urner* im Vergleich zum *Solothurner Quotenentscheid* weniger apodiktisch aus: Danach können – ausser bei direkten Volkswahlen – gewisse Quoten zulässig sein, selbst wenn sie ergebnisorientiert sind.¹⁶⁵ BIGLER-EGGENBERGER¹⁶⁶ bemerkt aber zu Recht, dass das Bundesgericht den Einsatz von Frauenquoten im politischen Bereich stark einschränkt.

17.484 von SR RAPHAËL COMTE «Für eine angemessene Vertretung der Geschlechter in den Bundesbehörden», 29. September 2017, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170484>> (Folge gegeben durch den Nationalrat, nicht aber den Ständerat) sowie die Parlamentarische Initiative 19.460 «Endlich Anreize für eine ausgewogene Vertretung der Geschlechter auf Wahllisten» von NR JÜRIG GROSSEN, 20. Juni 2019, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190460>> (keine Folge durch den Nationalrat).

- 163 BGE 123 I 152 E. 5b bzw. 125 I 21 E. 3d/aa. Die von mir für eine Praxisänderung vorgebrachten Gründe bezeichnete das Bundesgericht als nicht zwingend (BGE 125 I 21 E. 3d/bb). Ich hatte argumentiert, Art. 4 Abs. 2 Satz 1 BV lasse Raum für eine differenzierende Behandlung der Geschlechter durch Frauenquoten; siehe CHRISTA TOBLER, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung *Kalanke*, in: Arioli (Hrsg.), *Frauenförderung durch Quoten*, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 49–134; später auch: *Frauenförderung durch Quoten und Rechtsgleichheit der Geschlechter*. Oder: «Es ist zum Besten der Gesellschaft, wenn die Wertauffassungen der Frauen und ihr Gerechtigkeitsinn Teil der Politik werden», recht 1998, S. 100–115; Lohnnachforderungen und Quoten: Zwei wichtige Bundesgerichtsentscheide zur Rechtsgleichheit der Geschlechter. BGE 125 I 14 und 125 I 21, recht 1999, S. 144–155, sowie Quoten zum Dritten: Gesetzliche Grundlagen für Frauenförderungsmassnahmen und Entschädigungen für Diskriminierungen. Zur Entscheidung des Bundesgerichtes vom 14. März 2005 in der Rechtssache Tiziano Balmelli gegen Rekurskommission der Universität Freiburg im Üechtland, recht 2005, S. 220–232. – In der neuen Literatur vertritt auch FREI die Auffassung, dass Quoten keine Ausnahme vom Rechtsprinzip der Geschlechtergleichheit, sondern vielmehr einen notwendigen Aspekt ebendieses Prinzips darstellen; NULA FREI, Gleichheits- und Repräsentationsverständnisse im verfassungsrechtlichen Diskurs um «Frauenquoten», ZSR 2020, S. 173–195, S. 186 ff.
- 164 Siehe dazu die im *Solothurner Quotenentscheid* erwähnte Literatur; BGE 125 I 21 E. 3c. Später argumentierte BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 255, Rz. 495 ff., das Bundesgericht verkehre mit seiner Auslegung Sinn und Zweck von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 aBV in ihr Gegenteil. Zu dieser Thematik auch BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 127 ff.
- 165 Zu den vergleichsweise positiven Aspekten TOBLER, *Lohnnachforderungen und Quoten* (Fn. 163), S. 148 ff.
- 166 BIGLER-EGGENBERGER (Fn. 96), S. 259, Rz. 503.

In der wissenschaftlichen Literatur sind Alternativen zu den sog. starren Wahlquoten (d.h. die Vorgabe eines verbindlichen Mindestanteils an Geschlechtern bei der Zuteilung der Mandate) vorgeschlagen worden. POLEDNA¹⁶⁷ listet u.a. Folgendes auf:

- staatliche Informationen über die Untervertretung von Frauen
- staatliche Empfehlungen an Parteien zur Einführung freiwilliger Geschlechterquoten für Wahllisten und Parteiorgane
- finanzielle oder anderweitige Unterstützung der Wahlwerbung von Kandidatinnen
- Quotierung der Medienpräsenz von Kandidaten und Kandidatinnen im Vorfeld der Wahlen
- Nominationsquoten mit oder ohne Platzierungsvorschrift (Listenquoten)¹⁶⁸
- Nachrückungsregeln zugunsten des untervertretenen Geschlechts
- verbindliche Rotationsregeln zu Lasten des übervertretenen Geschlechts.

JAROSCH¹⁶⁹ macht ausserdem den Bezug zwischen Parteienförderung und Frauenförderung. Nach der hier vertretenen Einschätzung sind solche Massnahmen sinnvoll und nützlich, reichen aber angesichts der Ursachen der bestehenden Missstände nicht aus, um diese zu beseitigen. In seinen an die Schweiz gerichteten Empfehlungen von 2016 führt der CEDAW-Ausschuss¹⁷⁰ aus:

«Structural barriers and gender bias with regard to the realization of women's engagement in political and public life continue to exclude women from decision-making positions in both elected and appointed positions in public office, political parties, the judiciary, academic institutions and public broadcasting corporations».

In dieser Situation sind vielfältige Anstrengungen nötig, die zudem nicht nur auf die bessere Vertretung von Frauen in politischen Positionen zielen, sondern auch die politische Partizipation von Frauen und den Karriereverlauf von Politikerinnen einbeziehen müssen. Für die letzteren zwei Punkte zeigt die politologische Forschung negative Gender-Effekte (z.B. LINDER und LUTZ/SELB betr. die Partizipation¹⁷¹ und CLAESSEN/BAILER/ZWINKELS betr. Karrierever-

167 TOMAS POLEDNA, Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, S. 135–185, in: Arioli (Fn. 163), S. 157 f.

168 In der neuen Literatur spricht sich MARTENET zugunsten der Verfassungsmässigkeit von annähernd paritätisch ausgestalteten Listenquoten aus. Er weist darauf hin, dass *gänzlich* paritätische Quoten (50% Frauen, 50% Männer) zu einer Diskriminierung der intersexuellen und möglicherweise auch der nicht-binären Menschen führen würden; VINCENT MARTENET, Quotas de liste – avis de droit (avec complément), Lausanne 2020, S. 8. Siehe in Zukunft auch die Kommentierung von Art. 8 BV in VINCENT MARTENET/JACQUES DUBEY, Constitution fédérale. Commentaire romand, Basel 2021 (im Erscheinen begriffen).

169 MONIKA JAROSCH, Frauenquoten in Österreich. Grundlagen und Diskussion, Innsbruck/Wien/München/Bozen 2001, S. 169 f.

170 CEDAW Committee, Concluding observations (Fn. 136), S. 10.

171 WOLF LINDER (unter Mitarbeit von ROLF WIRZ), Direkte Demokratie, in: Knöpfel/Papadopoulos/Sciari/Vatter/Häusermann (Hrsg.), Handbuch der Schweizer Politik, 6. Auflage, Zürich

läufe).¹⁷² Ein Bericht aus dem Vereinigten Königreich nennt drei Ebenen, auf denen gezielte Förderung notwendig ist, nämlich: «Attracting women», «Getting Women Elected (Selection and Election)» und «Supporting Women (Recruitment, Retention and Progression)».¹⁷³

In seinen jüngsten Äusserungen zur Umsetzung der CEDAW in der Schweiz vom November 2020 verweist der Bundesrat auf die Anstrengungen der Schweiz und nennt als zeitweilige Sondermassnahmen gemäss Art. 4 Abs. 1 CEDAW u.a. die folgenden Quotenregelungen:¹⁷⁴

- Die erfolgreiche Geschlechterquote von 30% für die ausserparlamentarischen Kommissionen gemäss Art. 8c der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung.¹⁷⁵
- Die Zielquote von 30% für die Vertretung beider Geschlechter für die Regelung obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes, die sich als erfolgreich erwiesen habe (diese Regelung ist inzwischen erneuert worden und sieht mit Bezug auf das Geschlecht neu eine Zielquote von 40% vor).¹⁷⁶

Weiter erwähnt der Bundesrat kantonale Anstrengungen zur Förderung der Vertretung der Frauen in politischen Ämtern und Entscheidungspositionen.¹⁷⁷ Die Bundesgerichtsrechtsprechung zu Quotenregelungen, welche laut dem CEDAW-Ausschuss im Lichte der völkerrechtlichen Verpflichtungen der

2017, S. 145–167, S. 157 f. sowie im selben Band GEORG LUTZ und PETER SELB, Wahlen, S. 465–496, S. 482; anders dagegen ebenfalls im selben Band für Abstimmungen PASCAL SCIARINI und ANKE TRESCH, *Votations populaires*, S. 497–524, S. 509. Zur Ausübung des Wahlrechts auch CLOÉ JANS, *Wie nehmen Frauen ihr aktives und passives Wahlrecht wahr?*, in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 165–172.

172 CLINT CLAESSEN, STEFANIE BAILER und TOMAS TURNER-ZWINKELS, *The winners of legislative mandate: An analysis of post-parliamentary career positions in Germany and the Netherlands*, *European Journal of Political Research* 2020, 1–21. Siehe weiter zur Situation in politischen Parteien (hier Jugendparteien) STEFANIE BAILER und TAMAKI OHMURA, *Power-seeking, Networking, and Competition: on the reasons why women do not rise in parties*, *European Journal of Political Research* 2021 (im Erscheinen begriffen).

173 SUE MAGUIRE, *Barriers to Women Entering Parliament and Local Government*, IPR (Institute for Policy Research) Report, October 2018, Bath 2018, S. 37 ff.

174 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW): Antworten der Schweiz auf die Fragen in der List of Issues im Hinblick auf den Sechsten periodischen Bericht, November 2020, verfügbar unter <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dokumentation/publikationen-allgemein/publikationen-internationales.html#1811525279>, Rz. 48 ff. Siehe auch Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. November 2020: UNO-Frauenrechtskonvention: Die Schweiz ist auf Kurs, Herausforderungen bleiben, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81327.html>.

175 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV) vom 25. November 1998, SR 172.010.150.

176 Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. November 2020: Vorgaben für die Vertretung von Sprachen und Geschlechtern im obersten Leitungsorgan der bundesnahen Unternehmen, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81341.html>.

177 CEDAW, Antworten der Schweiz (Fn. 174), Rz. 98 ff.

Schweiz korrigiert werden muss, spricht der Bundesrat – wohl wegen der gerichtlichen Unabhängigkeit – nicht an.

3. *Notwendige Neuausrichtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*

Das Bundesgericht anerkennt, dass der zweite Satz von Art. 8 Abs. 3 BV einen aktiven Sozialgestaltungsauftrag statuiert, der durch die Bestimmungen der CEDAW konkretisiert und ergänzt wird. Die daraus fließenden Verpflichtungen sind für alle staatlichen Ebenen verbindlich (BGE 137 I 305 E. 3.1).¹⁷⁸ In der neuen Literatur hat FREI überzeugende Argumente vorgelegt, warum angesichts des anhaltenden Problems aus verfassungsrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht mit Blick auf Geschlechterquoten eine andere als die von Bundesgericht bisher vertretene Auslegung von Art. 8 BV angemessen wäre. Dabei verweist die Autorin auch auf die völkerrechtlichen Vorgaben der CEDAW.¹⁷⁹ Der CEDAW-Ausschuss hat in seinen Empfehlungen zur Schweiz wiederholt auf die Problematik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hingewiesen. Im Jahr 2016¹⁸⁰ empfahl er der Schweiz (bzw. dem Bundesgericht, das allein die entsprechenden Schritte unternehmen könnte):

«[To] Review the decision by the Federal Court and adopt proactive measures, including temporary special measures in accordance with article 4 (1) of the Convention and the Committee's general recommendation No. 25 (2004), to address the structural obstacles to the achievement of substantive equality of women and men in political and public life.»

Im Bericht von 2009 war der Ausschuss zum Schluss gelangt, dass das Bundesgericht das Konzept der zeitweiligen Sondermassnahmen gemäss Art. 4 Abs. 1 CEDAW sowie die Gründe für ihre Anwendung nicht wirklich verstanden hat¹⁸¹ (Hervorhebung durch die Verfasserin):

«The Committee notes that the Supreme Court has determined on the basis of the Federal Constitution that affirmative measures aimed at establishing equality are accept-

178 Siehe zu diesem Urteil auch Vierter/Fünfter Bericht der Schweiz über die Umsetzung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Dezember 2014, verfügbar unter <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dokumentation/publikationen-allgemein/publikationen-internationales.html#1811525279>, Rz. 15, sowie Eidgenössische Kommission für Frauenfragen, CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis. Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren. Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis. Ein Online-Tool der EKF, erste elektronische Veröffentlichung 2012, aktualisiert 1. Januar 2019, <https://www.ekf.admin.ch/ekf/de/home/dokumentation/cedaw-leitfaden-fuer-die-rechtspraxis.html>, Teil 5 S. 2 f., mit Literaturhinweisen.

179 FREI (Fn. 163), S. 186. Dazu auch schon REGULA KÄGI-DIENER, Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben, insbesondere in der Quotenfrage, Aktuelle Juristische Praxis, 2006, S. 1451–1463.

180 CEDAW, Concluding observations (Fn. 136), S. 10.

181 CEDAW, Forty-fourth session 20 July-7 August 2009, CEDAW/C/CHE/CO/3, Rz. 23; deutsch bei BÜCHLER/COTTIER (Fn. 9), S. 221 ff.

able in principle. The Committee notes with concern, however, that recent decisions of the Federal Supreme Court against the use of such measures and their limited application in all sectors indicate a *lack of clear understanding* of temporary special measures, as well as reasons for their application, in line with article 4, paragraph 1, of the Convention and the Committee's general recommendation 25.»

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass das erklärte Ziel von zeitweiligen Sondermassnahmen die Erreichung der De-facto-Gleichstellung im Sinne einer «transformativen Gleichstellung» (HERTIG RANDALL)¹⁸² ist. In der Allgemeinen Empfehlung Nr. 25 zu Art. 4 Abs. 1 CEDAW¹⁸³ führt der Ausschuss deshalb aus, dass er zeitweilige Sondermassnahmen nicht etwa als Ausnahme vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung sieht:

«The Committee views the application of these measures not as an exception to the norm of non-discrimination, but rather as an emphasis that temporary special measures are part of a necessary strategy by States parties directed towards the achievement of de facto or substantive equality of women with men in the enjoyment of their human rights and fundamental freedoms.»

Die Literatur plädiert mit überzeugenden Gründen dafür, dass die CEDAW im Fall von Missständen letztlich eine *Verpflichtung* zur Ergreifung von zeitweiligen Sondermassnahmen statuiert.¹⁸⁴ Solche Massnahmen müssen im grösseren Kontext der Verpflichtung der Signatarstaaten zur Beseitigung jeglicher Diskriminierung von Frauen gesehen werden – eine Verpflichtung, die auch für die Schweiz gilt und ernst genommen werden muss. Das Ziel bleibt – in den Worten von FUCHS¹⁸⁵ – «eine aktive und inklusive Staatsbürgerschaft zur Umsetzung und permanenten Bestätigung demokratischer Rechtsstaatlichkeit».

182 MAYA HERTIG RANDALL, Article 4 CEDAW, in: Hertig Randall/Hottelier/Lempen, CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Zürich 2019, Rz. 9.

183 CEDAW, General Recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures), 2004, <https://www.refworld.org/docid/453882a7e0.html>, Rz. 18.

184 So SCHÖPP-SCHILLING bereits im Rahmen der Vorarbeiten für die Allgemeine Empfehlung Nr. 25; HANNA BEATE SCHÖPP-SCHILLING, Reflections on a general recommendation on Article 4(1) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, in: Boerefijn/Coomans/Goldschmidt/Holtmaat/Wolleswinkel (Hrsg.), Temporary Special Measures. Accelerating *de facto* Equality of Women under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Antwerpen 2003, S. 15–33, S. 28. – Zu Art. 4 lag damals lediglich eine knappe Allgemeine Empfehlung des CEDAW-Ausschusses aus dem Jahr 1988 vor, die den Signatarstaaten den vermehrten Einsatz von zeitweiligen Fördermassnahmen empfahl (CEDAW, General Recommendation No. 5: Temporary Special Measures, 1988). Das hier erwähnte Buch dokumentiert die Vorarbeiten zur späteren, spezifischen Empfehlung. – Im gleichen Sinne auch REGULA KÄGI-DIENER, Art. 4. A. Allgemeine Kommentierung von Art. 4, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach (Fn. 14), Rz. 21 ff.

185 GESINE FUCHS, Wege zu einem frauenfreundlichen demokratischen Rechtsstaat, in: Arioli/Cottier/Farahmand/Küng (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2008, S. 57–75, S. 61.

D. Weitere Bereiche: der schweizerische Rechtsrahmen zum Stimmrecht

I. Überblick

Das heute in der Schweiz geltende Recht sieht mit Bezug auf drei Kriterien Einschränkungen zum Stimmrecht vor: die Staatsangehörigkeit, das Alter und bestimmte Behinderungen. Im Folgenden geht es deshalb um die politischen Rechte von Personen mit Behinderung (unten E.), von Jugendlichen (unten F.) und von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz (unten G.) sowie von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland (unten H.), jeweils unter Einbezug des völkerrechtlichen Kontexts. Vorab folgen einige knappe Hinweise zum föderalistischen Rahmen (unten II.) und zur Begrenzung des Stimmrechts nach der Bundesverfassung (unten III.).

II. Politische Rechte im föderalistischen Rahmen

Art. 34 Abs. 1 BV enthält eine allgemeine, für den gesamten Staat geltende Garantie der politischen Rechte: «Die politischen Rechte sind gewährleistet.» Nach Abs. 2 schützt diese Garantie die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe. Art. 34 BV hat Grundsatzcharakter und umfasst die Gesamtheit der direktdemokratischen, politischen Mitwirkungsrechte.¹⁸⁶

Die Ausübung der politischen Rechte wird gemäss Art. 39 Abs. 1 BV auf unterschiedlichen Ebenen geregelt, nämlich vom Bund in eidgenössischen Angelegenheiten und von den Kantonen in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten. In der früheren Verfassung entsprach Art. 74 Abs. 4 aBV von seiner systematischen Stellung her dem heutigen Art. 39 Abs. 1 BV. Die alte Bestimmung erlaubte den Kantonen faktisch bis zum Appenzeller Stimmrechtsentscheid die Beschränkung des Stimmrechts auf die Männer (dazu oben C.IV.). Wie KLEY¹⁸⁷ bemerkt, ist die heutige Bestimmung enger formuliert und betrifft lediglich die *Ausübung* und nicht mehr die *Gewährung* der politischen Rechte. Die Einzelheiten über die Stimmrechtsausübung in eidgenössischen Angelegenheiten sind im Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR)¹⁸⁸ und in der Verordnung über die politischen Rechte (VPR)¹⁸⁹ geregelt.

Sowohl für die Bundes- als auch für die kantonale Ebene hält Art. 39 Abs. 2 BV fest, dass die politischen Rechte am (schweizerischen) Wohnsitz ausgeübt werden, wobei Bund und Kantone Ausnahmen vorsehen können. Gemäss Abs. 3 derselben Bestimmung darf niemand die politischen Rechte in mehr als

186 STEINMANN (Fn. 27), Rz. 5.

187 ANDREAS KLEY, Art. 39 BV, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Fn. 27), Rz. 6.

188 Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR), SR 161.1.

189 Verordnung vom 23. Mai 1978 über die politischen Rechte (VPR), SR 161.11.

einem Kanton ausüben. Nach Abs. 4 können die Kantone vorsehen, dass Neuzugezogene das Stimmrecht in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten erst nach einer Wartefrist von höchstens drei Monaten nach der Niederlassung ausüben dürfen.

III. Begrenztes Stimmrecht – und die Rechtsgleichheit?

Für die Bundesebene bestimmt Art. 136 Abs. 1 BV, dass die politischen Rechte in Bundessachen «allen Schweizerinnen und Schweizern zustehen, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und die nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind». Die so definierten Personen sollen alle die gleichen politischen Rechte und Pflichten haben. Nach Abs. 2 können sie an Nationalratswahlen und Abstimmungen des Bundes teilnehmen sowie Volksinitiativen und Referenden in Bundesangelegenheiten ergreifen und unterzeichnen. Auf der kantonalen und kommunalen Ebene ist es im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundes den Kantonen überlassen, wie sie das Stimmrecht ausgestalten, sofern sie den Anforderungen der Allgemeinheit und Gleichheit des Stimmrechts genügen.¹⁹⁰ Die Kantone können mit Bezug auf Staatsangehörigkeit bzw. Wohnsitz, Behinderung und Alter eigene Regelungen vorsehen.

Die Zulassung zu den politischen Rechten ist somit beschränkt, wobei je nach der Regelungsebene Unterschiede bestehen können. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich zudem, dass der Anspruch auf Zulassung (dazu z.B. BGE 1C_243/2011 E. 2.1) umgekehrt einen Anspruch auf Ausschluss der Nichtstimmberechtigten impliziert (BGE 109 Ia 41 E. 3a). Dies zeigt, wie wichtig die rechtlichen Zulassungs- bzw. Ausschlusskriterien sind. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich dabei insbesondere die Frage, wie die heute geltenden Kriterien mit dem Gebot der Rechtsgleichheit vereinbar sind. In der Literatur wird ausdrücklich auf den Zusammenhang zwischen der allgemeinen Garantie der politischen Rechte und der Rechtsgleichheit hingewiesen. So betont STEINMANN,¹⁹¹ dem Gleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot kämen für die politischen Rechte «auch historisch gesehen» besondere Bedeutung zu. Daraus folge für Wahlen auch ohne Bezugnahme auf entsprechende Verfassungsbestimmungen die Wahlrechtsgleichheit. Die hier gestellte Frage geht aber darüber hinaus und bezieht sich auch auf die in Art. 8 Abs. 1 BV genannten Diskriminierungsgründe, darunter ausdrücklich die «körperliche, geistige oder psychische Behinderung» und das «Alter».¹⁹²

190 So KLEY, Art. 39 (Fn. 187), Rz. 6.

191 STEINMANN (Fn. 27), Rz. 7.

192 Für Behinderungen besteht zudem nach Abs. 4 ein Gesetzgebungsauftrag für Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen. Anders als für das Geschlecht (Abs. 3) ist hier von «Gleichstellung» nicht die Rede; dazu etwa BEATRICE LUGINBÜHL, Zur Gleichstellung der Behinderten in der Schweiz, in: Gächter/Bertschi (Fn. 134), S. 99–116, S. 105 ff.

Die Frage muss zudem im Kontext der völkerrechtlichen Vorgaben gesehen werden. Diese sind am deutlichsten für das Stimmrecht von Menschen mit Behinderung: Hier besteht ein völkerrechtlicher Gleichstellungsauftrag, weshalb diese Thematik im Folgenden am Anfang steht.

E. Stimmrecht von Menschen mit Behinderung

I. Vorreiterrolle des Kantons Genf

Am 29. November 2020 stimmte der Kanton Genf über eine Verfassungsänderung mit dem Titel «Loi constitutionnelle modifiant la constitution de la République et canton de Genève (Cst-GE) (Mise en œuvre de l'article 29 de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées – CDPH (12211)» ab. Im Abstimmungsbüchlein war die folgende Zusammenfassung zu lesen:¹⁹³

«La constitution genevoise prévoit que les droits politiques en matière cantonale et communale des personnes durablement incapables de discernement peuvent être suspendus par décision d'une autorité judiciaire (art. 48, al. 4, de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 [Cst-GE; rs/GE A 2 00]). Les droits politiques comprennent le droit d'élire, de voter, de signer des initiatives et des demandes de référendum, ainsi que le droit d'éligibilité. La loi constitutionnelle 12211 propose d'abroger l'article 48, alinéa 4 Cst-GE, à savoir qu'une personne durablement incapable de discernement ne pourra plus voir ses droits politiques suspendus. Elle prévoit en outre que, à son entrée en vigueur, les personnes privées de leurs droits politiques les recouvrent immédiatement.»

Die Initiative wurde mit grosser Mehrheit (ca. 75 % der abgegebenen Stimmen) angenommen, was in der Öffentlichkeit vielfach kommentiert wurde. Hierzu zwei Beispiele, zuerst aus der Medienlandschaft eine Meldung von swissinfo:¹⁹⁴

«Le canton de Genève met fin à une discrimination envers les personnes en situation de handicap psychique ou mental: celles-ci pourront désormais participer aux votations et aux élections. Le reste de la Suisse continue toutefois de priver ces personnes de leurs droits politiques, en violation du droit international.»

193 Brochure cantonale, Votation cantonale 29 novembre 2020, <<https://www.ge.ch/votations/2020/1129/doc/Brochure-cantonale.pdf>>, S. 8.

194 swissinfo, À Genève, les handicapés ne seront plus privés de vote, 29 novembre 2020, <https://www.swissinfo.ch/fre/votation-cantonale-gen%C3%A8ve_%C3%A0-gen%C3%A8ve-les-handicap%C3%A9s-ne-seront-plus-priv%C3%A9s-de-vote/46192142>.

Weiter der Kommentar von Inclusion Handicap, dem Dachverband der Behindertenorganisationen in der Schweiz,¹⁹⁵ der die Vorreiterrolle des Kantons Genf betont und zugleich auf Defizite in anderen Teilen der Schweiz hinweist:

«Au niveau fédéral et dans quasiment tous les cantons, les personnes sous curatelle de portée générale sont automatiquement exclues du droit de vote et d'éligibilité, une disposition qui concerne surtout les citoyennes et citoyens avec un handicap mental ou psychique. La législation actuelle prive d'office ces personnes des droits démocratiques. Cela n'est pas acceptable. [...] Genève était l'un des rares cantons qui disposait déjà d'une réglementation plus différenciée. Cependant, le parlement cantonal de Genève a souhaité désormais se conformer pleinement aux exigences de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (CDPH). [...] Inclusion Handicap exige maintenant que les modifications nécessaires du droit soient également effectuées au niveau fédéral.»

Als Folge der Abstimmung enthält die Genfer Kantonsverfassung¹⁹⁶ die frühere Einschränkung des Stimmrechts von «personnes durablement incapables de discernement» nach Art. 48 Abs. 4 nicht mehr. In seiner neuen Fassung lautet Art. 48 wie folgt:

«¹ Sont titulaires des droits politiques sur le plan cantonal les personnes de nationalité suisse âgées de 18 ans révolus domiciliées dans le canton, ainsi que les personnes domiciliées à l'étranger qui exercent leurs droits politiques fédéraux dans le canton.

² Sont titulaires des droits politiques sur le plan communal les personnes de nationalité suisse âgées de 18 ans révolus domiciliées dans la commune.

³ Sont titulaires du droit d'élire, de voter et de signer des initiatives et des demandes de référendum sur le plan communal les personnes de nationalité étrangère âgées de 18 ans révolus qui ont leur domicile légal en Suisse depuis huit ans au moins.»

Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 228 Abs. 3 lebt das Stimmrecht der von der früheren Regelung betroffenen Personen sofort wieder auf, also ohne amtlichen Akt, wie er vor der Verfassungsnovelle von 2020 für den Entzug des Stimmrechts erforderlich war.

Es war das ausdrückliche Ziel der Genfer Verfassungsänderung, das kantonale Recht mit dem Völkerrecht in Übereinstimmung zu bringen. TANQUEREL – der sich insb. zusammen mit dem Politiker CYRIL MIZRAHI über Jahre hinweg intensiv für die Revision eingesetzt hatte – spricht vom ersten Schweizer Kanton, in welchem sich das Stimmvolk über die vollständige Gleichstellung von Menschen mit Behinderung mit Blick auf die politischen Rechte aussprechen konnte, um so auf der kantonalen Ebene ein wirklich allgemeines Stimmrecht einzuführen.¹⁹⁷

195 Inclusion Handicap, Droit de vote et d'éligibilité pour toutes et tous: le canton de Genève précurseur, 30 novembre 2020, <https://www.inclusion-handicap.ch/fr/actualite/actualite_0/2021/droit-de-vote-et-drelegibilite-pour-toutes-et-tous-le-canton-de-geneve-precurseur-488.html>.

196 Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012, SR 131.234.

197 THIERRY TANQUEREL, Art. 136 al. 1: droits politiques, in: Weerts/Rosset-Favre/Guy-Ecabert/Be-noît/Flückiger (Hrsg.), Révision imaginaire de la Constitution fédérale. Mélanges en hommage

II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz

1. Teilweiser Ausschluss von Stimmrecht

Art. 136 Abs. 1 BV schliesst Personen, die «wegen Geisteskrankheit oder Geisteschwäche entmündigt sind», vom Stimmrecht auf der Bundesebene aus.¹⁹⁸ Gemäss KLEY¹⁹⁹ handelt es sich um einen pejorativen Ausdruck, der nun in Art. 2 BPR vermieden wird. Gemäss dieser Bestimmung gilt die Beschränkung für Personen, die «wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden».²⁰⁰ Wie AUBERT²⁰¹ bemerkt, handelt es sich um den einzigen heute noch verbleibenden Ausschlussgrund von den politischen Rechten.

Laut der Botschaft zur BV²⁰² ist in den in Art. 136 Abs. 1 BV genannten Fällen davon auszugehen, dass das erforderliche Minimum an politischer Urteilsfähigkeit für die Ausübung des Stimmrechts nicht gegeben ist. TSCHANNEN²⁰³ spricht von einer «rechtlich unwiderlegbaren, wenn auch faktisch anfechtbaren Vermutung, dass solchen Personen selbst die mindeste politische Urteilsfähigkeit fehlt». SCHEFER/HESS-KLEIN²⁰⁴ kritisieren die Anknüpfung an das Erwachsenenschutzrecht und plädieren für eine verfassungskonforme Auslegung des BPR. Sie argumentieren – ähnlich wie TSCHANNEN –, dass nicht in allen Fällen, wo jemand zentrale Angelegenheiten des eigenen Lebens nicht regeln kann, auch die Urteilsfähigkeit für politische Rechte fehlt. Vielmehr könnte in Einzelfällen jemand in der Lage sein, Bedeutung und Tragweise der Ausübung der politischen Rechte «einigermassen einzuschätzen». Die politischen Rechte sollten deshalb gemäss SCHEFER/HESS-KLEIN nur dann entzogen werden, wenn die betroffene Person spezifisch mit Bezug auf die Wahrnehmung dieser Rechte dauernd urteilsunfähig ist.

au prof. Luzius Mader, Basel 2018, S. 244–247, S. 247 (erstes Zitat) sowie 244 (zweites Zitat). – Zur Geschichte des Schweizer Behindertengleichstellungsrechts CAROLINE HESS-KLEIN, *Le cadre conventionnel et constitutionnel du droit de l'égalité des personnes handicapées*, in: Belanger/Tanquerel (Hrsg.), *L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation*, Genf 2017, S. 9–99, S. 13 ff.

198 BIAGGINI weist darauf hin, dass Bevormundungen aus anderen Gründen für den Ausschluss keine Folgen haben sollten; GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2., überarbeitete Auflage 2017, Zürich 2017, Art. 136, Rz. 4.

199 ANDREAS KLEY, Art. 136, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Fn. 27), Rz. 8.

200 Gleich auch Art. 17 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandsschweizergesetz, ASG), SR 195.1.

201 JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Art. 136, in: Aubert/Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 5.

202 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, S. 359.

203 PIERRE TSCHANNEN, Art. 136 (Fn. 45), Rz. 10.

204 MARKUS SCHEFER und CAROLINE HESS-KLEIN, *Behindertengleichstellungsrecht*, Bern 2014, S. 514 f. sowie 508.

Auf der kantonalen Ebene ist Genf bisher der einzige Kanton, in dem alle Menschen mit Behinderung das Stimmrecht besitzen. Die übrigen kantonalen Regelungen sind unterschiedlich. Die meisten Kantonsverfassungen statuieren zwar im Grundsatz die Rechtsgleichheit für Menschen mit Behinderung,²⁰⁵ alle ausser Genf übernehmen aber in der Folge den im Bundesrecht erwähnten Ausschlussgrund mit Bezug auf die politischen Rechte.²⁰⁶

2. *Ausübung des Stimmrechts*

Das BPR enthält zwei Bestimmungen über die Ausübung des Stimmrechts mit Blick auf Menschen mit Behinderung. Zum einen sieht Art. 5 Abs. 6 vor, dass schreibunfähige Stimmberechtigte den Stimm- oder Wahlzettel durch eine andere stimmberechtigte Person ihrer Wahl nach ihren Anweisungen ausfüllen lassen können. Zum andern müssen die Kantone gemäss Art. 6 dafür sorgen, dass auch stimmen kann, wer wegen Invalidität oder aus einem anderen Grund dauernd unfähig ist, die für die Stimmabgabe nötigen Handlungen selbst vorzunehmen.

SCHEFER/HESS-KLEIN²⁰⁷ argumentieren, dass Wahlen und Abstimmungen nach Bundesrecht eine von jedermann beanspruchbare Dienstleistung des Gemeinwesens nach Art. 3 lit. e des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG)²⁰⁸ darstellen. In der Botschaft zum BehiG werden die politischen Rechte im Zusammenhang mit dieser Bestimmung allerdings nicht erwähnt.²⁰⁹ Auch die Verordnung über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung²¹⁰ nennt in ihrem 5. Abschnitt über Dienstleistungen des Bundes die politischen Rechte nicht. Gemäss SCHEFER/HESS-KLEIN ist jedoch der Begriff der Dienstleistung in Art. 3 BehiG vage und wenig gefestigt und lässt insofern Raum für eine Auslegung, welche Wahlen und Abstimmungen einbezieht.²¹¹ Sollte das BehiG im vorliegenden Zusammenhang tatsächlich anwendbar sein, dann gelten auf der Bundesebene die Bestimmungen dieses Gesetzes über die Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung. So haben die Behörden ge-

205 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 9, erwähnen als besonders weit gehendes Beispiel die Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005, SR 131.222.1. Gemäss ihrem § 8 Abs. 3 ist die Inanspruchnahme von Einrichtungen und Leistungen, die für die Öffentlichkeit bestimmt sind, soweit wirtschaftlich zumutbar, für Menschen mit Behinderungen gewährleistet. Dieser Bestimmung kommt horizontale Wirkung zu.

206 Für Beispiele siehe TANQUEREL (Fn. 197), S. 247.

207 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 508 ff.

208 Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG), SR 151.3.

209 Botschaft zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen vom 11. Dezember 2000, BBl 2001 1715, S. 1778 f.

210 Behindertengleichstellungsverordnung (BehiV) vom 19. November 2003, SR 151.31.

211 So die Auskunft von Kollege MARKUS SCHEFER mir gegenüber auf Nachfrage hin.

mäss Art. 14 BehiG im Verkehr mit der Bevölkerung Rücksicht auf die besonderen Anliegen der Sprach-, Hör- oder Sehbehinderten zu nehmen.

III. Völkerrechtlicher Kontext

1. UNO-Pakt II

a. Politische Rechte nach Art. 25

Auf der global-völkerrechtlichen Ebene bestehen Bestimmungen über die politischen Rechte von Menschen mit Behinderung sowohl im UNO-Pakt II als auch in der modernsten aller Spezialkonventionen, nämlich der Behindertenrechtskonvention (BRK) von 2006.²¹² Letztere ist im Vergleich zur Ersteren deutlich spezifischer (dazu unten E. III.2.).

Art. 25 UNO-Pakt II gewährt das Stimm- und Wahlrecht «ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen». Behinderungen sind in Art. 2 nicht ausdrücklich erwähnt. Allerdings ist die dortige Aufzählung von Merkmalen nicht abschliessend, wie sich aus der Formulierung «wie insbesondere» ergibt. Behinderungen werden hier dazu gezählt.²¹³ Zudem wird der Begriff der «unangemessenen Einschränkungen» in Art. 25 UNO-Pakt II u.a. auf Behinderungen bezogen.²¹⁴ TAYLOR²¹⁵ weist im Zusammenhang mit der Entstehungsgeschichte dieses Elements darauf hin, dass Minderjährige und Geisteskranke (*«minors and lunatics»*) früher oft gesetzlich von den politischen Rechten ausgeschlossen waren. SCHABAS²¹⁶ bemerkt, dass die Verweigerung des Stimmrechts für Geisteskranke historische Einstellungen widerspiegelt, die nicht dem modernen Denken entsprechen. In seinem *General Comment No. 25* aus dem Jahr 1996²¹⁷ stellt auch der UNO-Menschenrechtsausschuss einen Zusammenhang zwischen den «unangemessenen Einschränkungen» und den Kriterien des Alters und (bestimmten) Behinderungen her:

«Any conditions which apply to the exercise of the rights protected by article 25 should be based on objective and reasonable criteria. For example, it may be reasonable to require a higher age for election or appointment to particular offices than for exercising the right to vote, which should be available to every adult citizen. The exercise of these rights by citizens may not be suspended or excluded except on grounds

212 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, SR 0.109.

213 WILLIAM A. SCHABAS, U.N. International Covenant on Civil and Political Rights. Nowak's CCPR Commentary, 3. Überarbeitete Aufl., Kehl 2019, Art. 2 CCPR, Rz. 51, weiter etwa SCHERFER/HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 5.

214 Ein weiteres, hier nicht behandeltes Beispiel betrifft die Einschränkung der politischen Rechte von Gefangenen; vgl. immerhin die Hinweise zur EMRK unten E. III.2.f.

215 TAYLOR (Fn. 12), S. 697.

216 SCHABAS (Fn. 213), Art. 25 CCPR, Rz. 39.

217 CCRP, General Comment No. 25 (Fn. 11), Rz. 4.

which are established by law and which are objective and reasonable. For example, established mental incapacity may be a ground for denying a person the right to vote or to hold office.»

Für Behinderungen bedeutet dies im Umkehrschluss, dass sie insofern nicht einen Grund für den Ausschluss von den politischen Rechten darstellen dürfen, als sie nicht zur Unzurechnungsfähigkeit führen. Eine Beschränkung des Stimmrechts wegen Unzurechnungsfähigkeit trifft insb. Menschen mit bestimmten geistigen Behinderungen. Sie steht im Widerspruch mit der jüngeren und in dieser Hinsicht expliziteren BRK, welche heute den «globalen und normativen Standard» zur politischen Partizipation von Menschen mit Behinderung darstellt²¹⁸ (dazu unten E. III.2.). In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass der General Comment No. 25 zu einer Zeit formuliert wurde, als noch das heute als überholt geltende, medizinische Verständnis von Behinderung vorherrschend war (dazu unten E. III.2.b.).²¹⁹ Dieses ist seither auch auf der rechtlichen Ebene zunehmend durch ein soziales Modell ersetzt worden, was auch zu einer moderneren Auslegung von Art. 25 UNO-Pakt II führen sollte. Damit würden auch störende Widersprüche zwischen den beiden UNO-Konventionen ausgeräumt. In einem Themenbericht von 2011 zur BRK regte die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte denn auch an, den Text des *General Comment No. 25* von 1996 anzupassen:²²⁰

«Article 25 [...] should be interpreted and applied taking into account the developments in the areas of human rights of persons with disabilities. In the light of these developments, the Human Rights Committee should consider reviewing its general comment No. 25 (1996) on the right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service, so as to reflect the progressive evolution of international human rights law in this field.»

b. *Ein Anwendungsfall aus den Niederlanden*

Wie ein illustratives Beispiel aus den Niederlanden zeigt, hat dort Art. 25 UNO-Pakt II trotz seiner durch den UNO-Menschenrechtsausschuss definierten Grenzen zu Veränderungen des nationalen Rechts geführt. Der Fall ist auch darum interessant, weil die damalige niederländische Regelung zum Wahlrecht von Menschen mit Behinderung bis zu einem gewissen Grad der heutigen Schweizer Regelung ähnlich war. Art. 54 der niederländischen Verfassung in der Fassung von 1983 schloss Personen vom Wahlrecht aus, die wegen einer

218 LISA WADDINGTON und ANDREA BRODERICK, Political participation of persons with disabilities in the EU, in: Ferri/Broderick (Hrsg.), *Research Handbook on EU Disability Law*, Cheltenham/Northampton 2020, S. 89–104, S. 91.

219 COOMARA PYANEANDEE, *International disability law: a practical approach to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, London 2019, S. 112.

220 Thematic study by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on participation in political and public life by persons with disabilities, (A/HRC/19/36), 2011, <<https://undocs.org/en/A/HRC/19/36>>, Rz. 71.

geistigen Störung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung unfähig waren, Rechtshandlungen vorzunehmen. Dieselbe Regelung fand sich auch im Wahlgesetz. Später unterschied das niederländische Recht zwischen verschiedenen Fällen: Ausgeschlossen blieben unter Vormundschaft gestellte Personen (niederländisch: «curatele»), nicht aber Personen, für die jemand anderes mit Bezug auf Finanzentscheidungen (wie den Kauf eines Autos) rechtskräftig handelte («bewind») oder die mit Bezug auf bestimmte materielle Entscheidungen (wie die Gesundheitsversorgung) beraten wurden («mentorschap»).

Der hier interessierende Entscheid²²¹ betraf das fehlende Wahlrecht einer unter Vormundschaft stehenden Person. Die Abteilung für Verwaltungsrechtsprechung des niederländischen «Raad van State» (Staatsrat; dieses Organ hat auch andere als rechtsprechende Funktionen) hatte zu beurteilen, ob dies eine Verletzung von Art. 25 UNO-Pakt II darstellte (die BRK bestand damals noch nicht). Der Staatsrat hielt vorab fest, dass der erwähnten Bestimmung nach der niederländischen Rechtsprechung «self-executing» Wirkung zukommt, so dass sich eine Einzelperson vor Gericht darauf berufen kann. Inhaltlich entschied er, dass der kategorische Ausschluss von unter Vormundschaft gestellten Personen vom Wahlrecht *im Allgemeinen* nicht gegen Art. 25 UNO-Pakt II verstieß. Er konnte aber im *Einzelfall* unangemessen sein, weil beim Entscheid über die Vormundschaft nicht geprüft wurde, ob die psychische Störung so beschaffen war, dass zugleich ein Ausschluss vom Wahlrecht angemessen war. Das Wahlrecht liess keinen Raum für differenzierende Lösungen.

Laut dem Staatsrat war aber die Feststellung problematischer Fälle sowie die Frage, wie ein Konflikt mit Art. 25 UNO-Pakt II beseitigt werden könne, nicht Aufgabe eines Gerichts, sondern lag in der Kompetenz des Verfassungs- bzw. des Gesetzgebers. Die Entscheidung wurde zum Anstoss für eine Verfassungsänderung, die allerdings erst im Jahr 2008 erfolgte, als in den Niederlanden auch die BRK galt. Gemäss einer Besprechung implizierte die Entscheidung die Möglichkeit der Gerichte, einer unter Vormundschaft gestellten Person abweichend von der gesetzlichen Regel das Wahlrecht zuzugestehen, was Autorin oder Autor als nicht praktikabel erachteten.²²² Die Verfassungsrevision wählte demgegenüber einen einfacheren Weg, nämlich die gänzliche Abschaffung der Einschränkung. Die Botschaft zur Vorlage bemerkt hierzu (eigene Übersetzung):²²³

221 Nederlandse Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak, Rechtssache 200300512/1, uitspraak van 29 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AM5435, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inzien_document?id=ECLI:NL:RVS:2003:AM5435>, E. 2.6.

222 L. V., Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 29 oktober 2003, AB 2003/463, met noot, Rz. 5.

223 Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot het vervallen van de bepaling over het uitsluiten van wilsonbekwamen van het kiesrecht, Memorie van toelichting, kamerstuk 30471 nr. 3, 09-03-2006, <<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-30471-3.html>>, Punkt 2.2.2.

«Ein wichtiges Argument für die Aufhebung des Ausschlusses [...] vom Wahlrecht ist die von der Regierung zunehmend geteilte Auffassung, dass die Tatsache, dass eine Person aufgrund einer psychischen Störung unter Vormundschaft gestellt wurde, nicht bedeutet, dass sie in keiner Weise in der Lage ist, ihre Interessen zu vertreten.»

Heute nennt Art. 54 der niederländischen Verfassung²²⁴ an Voraussetzungen für das Wahlrecht die niederländische Staatsangehörigkeit und das Alter sowie als Ausschlussgrund die Verurteilung zu bestimmten Freiheitsstrafen, wenn dies mit der Aberkennung des Wahlrechts verbunden wird. Das Wahlgesetz wurde entsprechend geändert,²²⁵ so dass seither in den Niederlanden ein in dieser Hinsicht umfassendes Wahlrecht im Sinne der BRK gilt.

2. Die Behindertenrechtskonvention

a. Diskriminierungsverbot

Gleich wie für das Geschlecht besteht neben dem UNO-Pakt II auch für Behinderungen eine Spezialkonvention, nämlich die Behindertenrechtskonvention (BRK). Ebenfalls gleich wie die CEDAW nennt auch sie in ihrer Definition der Diskriminierung in Art. 2 den politischen Bereich:

«[...] bedeutet «Diskriminierung aufgrund von Behinderung» jede Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung aufgrund von Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass das auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennen, Geniessen oder Ausüben aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. Sie umfasst alle Formen der Diskriminierung, einschliesslich der Versagung angemessener Vorkehrungen; [...]»

In der Schweiz steht die BRK seit dem 15. Mai 2014 in Kraft. Es handelt sich damit um ein vergleichsweise junges Völkerrechtsinstrument,²²⁶ dessen Umsetzung noch unvollständig ist. Im Folgenden soll deshalb zum besseren Verständ-

224 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, Stb. 2019, 33; deutsch Übersetzung verfügbar unter <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/02/28/grondwet-voor-het-ko-ninkrijk-der-nederlanden-2018> (dritte Vertaling).

225 Zum heute geltenden niederländischen Recht mit Bezug auf das Stimmrecht für Menschen mit Behinderungen und seine praktische Umsetzung J. L. HOEGEN DIJKHOF, *Stemrecht in het echt. Onderzoek naar de toegankelijkheid van verkiezingen voor mensen met een beperking*, Handicap & Recht Nov. 2017 nr. 2, S. 47–52, sowie TOM THEUNS, *A Comparative Study on the Right to Vote for Convicted Prisoners, Disabled Persons, Foreigners and Citizens Living Abroad*, ETHOS-Bericht 2020, https://ethos-europe.eu/sites/default/files/docs/d3.4_combined_complete.pdf, S. 26.

226 Ein Schweizer Kommentar zur BRK ist in Arbeit und soll 2022 erscheinen: KURT PÄRLI, HARDY LANDOLT, TAREK NAGUIB, EYLEM DEMIR und MARTINA FILIPPO, *Stämpfli-Handkommentar Uno-Behindertenrechtskonvention*, Bern (erwartet für 2022). Für weitere Kommentarliteratur siehe die folgenden Fussnoten.

nis zuerst der allgemeine Ansatz der BRK umrissen werden, bevor auf die spezifische Regelung über die politischen Rechte eingegangen wird.

b. Vom medizinischen zum sozialen Modell

Wesentlich für das Verständnis der BRK als Ganzes ebenso wie ihrer Regelung zum Stimmrecht ist der weit gefasste Begriff der Behinderung, welcher der Konvention zugrunde liegt. Ähnlich wie im Diskurs über die Gleichstellung der Geschlechter²²⁷ gilt auch hier, dass eine Behinderung mehr ist als eine biologische Gegebenheit, nämlich zugleich oder sogar vornehmlich ein soziales Konstrukt mit nachteiligen Folgen für die Betroffenen. In der Literatur wird auf den Gegensatz zwischen dem «individuell-medizinischen Modell» und dem «sozial-kontextuellen Modell» hingewiesen. So umschreibt etwa TRAU-
STADÓTTIR²²⁸ das Kernelement des sozialen Modells nordischer Prägung als «a person-environment mismatch or a «poor fit» between the individual's capabilities and the demands of the broader social environment».

In der Literatur wird insb. aus der Umschreibung der Behinderung in der BRK gemeinhin abgeleitet, dass die Konvention auf einem sozialen Modell beruht (wobei es dazu allerdings auch kritische Stimmen gibt).²²⁹ Gemäss der Präambel der BRK entsteht Behinderung «aus der Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren [...], die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern». Diese Umschreibung geht letztlich auf die Definition durch die Weltgesundheitsorganisation in der «International Classification of Functioning, Disability and Health» (ICF) in der Version von 2001 zurück:²³⁰

«Disability is an umbrella term for impairments, activity limitations and participation restrictions. It denotes the negative aspects of the interaction between an individual (with a health condition) and that individual's contextual factors (environmental and personal factors).».

227 Zu dieser Parallele BARBARA PHILLIPS, NICOLE EMMENEGGER, BRUNO TREZZINI und MARY KEOGH, Raising Awareness about Awareness: Insights from the Feminist Movement on Interpreting Article 8 of the CRPD, in: O'Mahoney/Quinn (Hrsg.), Disability law and policy: an analysis of the UN Convention, Dublin 2017, S. 33–43, S. 34.

228 RANNVEIG TRAU-
STADÓTTIR, Disability Studies, the Social Model and Legal Developments, in: Mjöll Amardóttir/Quinn (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian perspectives, Leiden 2009, 3–16, S. 13.

229 So sprechen PHILLIPS, EMMENEGGER, TREZZINI und KEOGH (Fn. 227), S. 34 f., von der «somewhat simplistic idea that «people are disabled by society»». Siehe weiter auch etwa KATERINA KAZOU, Analysing the Definition of Disability in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: is it really based on a «Social Model» approach?, International Journal of Mental Health and Capacity Law 2017 (23), S. 25–48.

230 World Health Organization, International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF), Genf: WHO 2001, S. 213. Zur ICF siehe <<https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health>>. Zur Terminologie: WHO, Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health, Genf 2002.

c. *Zugänglichkeit, angemessene Vorkehrungen und universelles Design*

Die Erkenntnis, dass viele Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung aus dem Zusammenwirken der behinderungsbedingten Beeinträchtigung mit externen Umweltfaktoren entstehen, führt zur Einsicht, dass auf der Seite der Umwelt aktive Massnahmen erforderlich sind, welche den Benachteiligungen entgegenwirken. Dabei muss unterschieden werden zwischen auf die Allgemeinheit gerichtete Massnahmen (Zugänglichkeit) und solchen, die konkrete Fälle betreffen (angemessene Vorkehrungen).²³¹ Hinzu kommt das sog. universelle Design.

Zuerst zur *Zugänglichkeit*: Art. 9 BRK verpflichtet die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen zu treffen, um für Menschen mit Behinderung den gleichberechtigten Zugang u.a. zur physischen Umwelt sowie Information und Kommunikation, einschliesslich Informations- und Kommunikationstechnologien und -systemen, zu gewährleisten. Im Gegensatz zu den angemessenen Vorkehrungen sind solche Massnahmen auf Gruppen bezogen bzw. allgemeiner Natur und gelten grundsätzlich bedingungslos. Die Verpflichtung sie zu ergreifen besteht zudem «ex ante», also unabhängig von der Einforderung in einem konkreten Fall.²³²

Weiter zu den *angemessenen Vorkehrungen*: Gemäss Art. 5 Abs. 3 BRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, zur Förderung der Gleichberechtigung und zur Beseitigung von Diskriminierung alle geeigneten Schritte zu unternehmen, um die Bereitstellung «angemessener Vorkehrungen» zu gewährleisten.²³³ Laut der Definition in Art. 2 BRK handelt es sich um

«notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten geniessen oder ausüben können».

231 Die Wichtigkeit der Unterscheidung betont MORGANE VENTURA, *Interdiction de la discrimination, droit d'accès et aménagements raisonnables: le point sur les droits des personnes de handicap en Suisse*, 30 SRIEL (2020), S. 681–702.

232 CRPD, General comment No. 2 (2014) Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2, 11. April 2014, Rz. 25 f., sowie in der Literatur z.B. VENTURA (Fn. 231), S. 687 ff., und HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 35.

233 Zur Terminologie: Gemäss der französischsprachigen Autorin VENTURA (Fn. 231), S. 687, ist es sinnvoll, den Begriff des «aménagements raisonnables» von jenem des «accommodement raisonnable» zu unterscheiden. Ersterer zielt im französischsprachigen Kontext spezifisch auf Behinderungen; letzterer kann auch in einem anderen und grösseren Kontext verwendet werden. – Allerdings verwendet die englische Version der BRK selber beide Begriffe für dasselbe (englisch: «reasonable accommodation»). Gleiches gilt für Art. 5 der EU-Richtlinie 2000/78 (englisch: «reasonable accommodation», französisch: «aménagements raisonnables», deutsch: «angemessene Vorkehrungen»); Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16. Im vorliegenden Beitrag werden die Begriffe synonym verwendet.

Gemäss dieser Definition sind angemessene Vorkehrungen «in einem bestimmten Fall» erforderlich (also «ex nunc», wenn sich ihre Erforderlichkeit zeigt) und stehen unter der Bedingung, dass sie angemessen sind.²³⁴ Der Begriff ist heute typisch für das Behindertengleichstellungsrecht, wird aber auch in anderem Kontext diskutiert, z.B. mit Blick auf Religion²³⁵ und Alter.²³⁶

Von den positiven Massnahmen²³⁷ unterscheiden sich angemessene Vorkehrungen insb. dadurch, dass sie nicht zeitlich befristet sind.²³⁸ Ausserdem wird die Unterlassung von positiven Massnahmen in verschiedenen Rechtsordnungen nicht ausdrücklich als eine Form von Diskriminierung oder eine Verletzung der Rechtsgleichheit bezeichnet – obwohl dies inhaltlich betrachtet durchaus der Fall sein kann (dazu oben C.VII.2. und 3.). Dagegen hält Art. 2 BRK ausdrücklich fest, dass die Versagung angemessener Vorkehrungen eine Form von Diskriminierung darstellt. Darin zeigt sich zugleich, dass die solchen Massnahmen inhärente Ungleichbehandlung zugunsten von Menschen mit Behinderung für sich selber nicht etwa als diskriminierend betrachtet werden darf, im Gegenteil: Ihre Unterlassung ist diskriminierend.²³⁹

Schliesslich zum *universellen Design*: Die bisher erwähnten Massnahmen müssen vor dem breiteren Hintergrund des «universellen Designs» gesehen werden. Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. f BRK gehört es zu den allgemeinen Verpflichtungen der Vertragsstaaten,

«Forschung und Entwicklung für Güter, Dienstleistungen, Geräte und Einrichtungen in universellem Design, wie in Artikel 2 definiert, die den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen mit möglichst geringem Anpassungs- und Kosten-

234 VENTURA (Fn. 231), S. 386.

235 Siehe etwa VENTURA (Fn. 231), S. 687, sowie ELISABETH GRIFFITHS, The «reasonable accommodation» of religion: Is this a better way of advancing equality in cases of religious discrimination?, *International Journal of Discrimination and the Law* 2016 Vol. 16(2–3) 161–176.

236 Z.B. REFIA KAYA, Reasonable Accommodation for Age, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* XXXIII No. 1 February 2020, S. 115–143. Dieser Aufsatz geht ebenfalls auf die Religion ein.

237 Im Kontext von Art. 29 BRK wird die Verpflichtung zur Ergreifung von positiven Massnahmen aus dem ersten Teil der Bestimmung abgeleitet («Die Vertragsstaaten garantieren Menschen mit Behinderungen die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu geniessen [...]»); dazu z.B. ILZE GROBELAAR DU PLESSIS und JEHOSEPHAT NJAU, Art. 29 CRPD: Participation in Political and Public Life, in: Bantekas/Ashley Stein/Anastasiou (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford 2018, S. 843.

238 MÜLLER spricht von zeitlich nicht begrenzten Fördermassnahmen, die darum besonders angebracht sind, weil «die Gefahr der Absonderung nicht nur Ergebnis sozialer Konstruktion ist, sondern auch biologischer Besonderheiten»; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: *Berner Tage für die juristische Praxis – BTJP* 1999, Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 103–129, S. 123.

239 Die Thematik wird oft im Kontext der «Rechtfertigung» von Ungleichbehandlungen diskutiert; siehe etwa VALENTIN AICHELE und NINA ALTHOFF, «Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention», in: Welke (Hrsg.), *UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen*, Berlin 2012, S. 104–118, S. 105.

aufwand gerecht werden, zu betreiben oder zu fördern, ihre Verfügbarkeit und Nutzung zu fördern und sich bei der Entwicklung von Normen und Richtlinien für universelles Design einzusetzen».

Art. 2 BRK definiert universelles Design als «ein Design von Produkten, Umfeldern, Programmen und Dienstleistungen in der Weise, dass sie von allen Menschen möglichst weitgehend ohne eine Anpassung oder ein spezielles Design genutzt werden können».²⁴⁰ Seine Anwendung soll die Gesellschaft für alle zugänglich machen – nicht nur, aber auch für Menschen mit Behinderung. Vorkehrungen im konkreten Fall sollen erst dann ergriffen werden, wenn ein universelles Design einem Anliegen nicht Rechnung zu tragen vermag.²⁴¹

d. Unterstützte Entscheidungsfindung

Nach Art. 12 Abs. 1 BRK haben Menschen mit Behinderung das Recht, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden. Gemäss Abs. 2 geniessen sie in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Menschen Rechts- und Handlungsfähigkeit. Wesentlich ist dabei nach Abs. 3, dass die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen treffen, «um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen». Nach Abs. 4 müssen zudem geeignete und wirksame Sicherungen zur Verhinderung von Missbräuchen vorgesehen werden. Dabei müssen die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden.

Der BRK-Ausschuss spricht von der «unterstützten Entscheidungsfindung, welche die Autonomie, den Willen und die Präferenzen der Person respektieren», und kontrastiert dies mit der stellvertretenden Entscheidungsfindung, wie sie z.B. für die Vormundschaft (bzw. heute in der Schweiz die umfassende Beistandschaft) typisch ist. Der BRK-Ausschuss bezieht die unterstützte Entscheidungsfindung ausdrücklich auch auf die politischen Rechte:²⁴²

«A supported decision-making regime comprises various support options which give primacy to a person's will and preferences and respect human rights norms. It should provide protection for all rights, including those related to autonomy (right to legal capacity, right to equal recognition before the law, right to choose where to live, etc.) and rights related to freedom from abuse and ill-treatment (right to life, right to physical integrity, etc.). Furthermore, systems of supported decision-making should not over-regulate the lives of persons with disabilities. While supported decision-making regimes can take many forms, they should all incorporate certain key provisions to ensure compliance with article 12 of the Convention, including the following: [...]

240 Im Schrifttum aus interdisziplinärer Perspektive z.B. INGER MARIE LID, *Universal Design and disability: an interdisciplinary perspective*, *Disability and Rehabilitation* 2014:36(16), S. 1344–1349.

241 CRPD, General comment No. 2 (Fn. 232), Rz. 15 f.

242 CRPD, General comment No. 1 (2014): Article 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1, 11. April 2014, Rz. 29.

(f) Support in decision-making must not be used as justification for limiting other fundamental rights of persons with disabilities, especially the right to vote, the right to marry, or establish a civil partnership, and found a family, reproductive rights, parental rights, the right to give consent for intimate relationships and medical treatment, and the right to liberty; [...].»

In der Literatur wird der Ausschuss für seine Auslegung von Art. 12 BRK und insb. für die absolute Priorisierung von Willen und Präferenzen von Menschen mit Behinderung z.T. stark kritisiert, auch aus medizinischer Sicht, und es wird darauf hingewiesen, dass seine diesbezügliche Auffassung innerhalb der UNO nicht allgemein geteilt wird.²⁴³ Der EGMR hat sich in gewissen Punkten von der Auffassung des BRK-Ausschusses distanziert.²⁴⁴ Laut SERIES und NILSSON²⁴⁵ ist die Passage über «Rechte, Willen und Präferenzen» in Art. 12 Abs. 4 BRK zum Schauplatz eines hermeneutischen Kampfes geworden. Sie kritisieren ihrerseits, dass «Risse» («cracks») in der Bestimmung ausgenutzt werden, um aufgrund einiger scheinbar schwieriger Fälle vom Paradigma der universellen Rechtsfähigkeit abrücken zu können.

e. Politische Rechte gemäss Art. 29 BRK: Überblick

Innerhalb des soeben umrissenen allgemeinen Systems der BRK statuiert Art. 29 das Recht auf Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben. Er garantiert das Stimmrecht von Menschen mit Behinderung sowie den Anspruch auf tatsächlichen Genuss dieses Rechtes und verlangt mit Blick auf seine Ausübung ein aktives Tätigwerden der Vertragsstaaten.²⁴⁶ Art. 29 BRK ist im Vergleich zur entsprechenden Bestimmung der CEDAW (siehe oben B.II.2.) ausführlicher formuliert:

«Die Vertragsstaaten garantieren Menschen mit Behinderungen die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu geniessen, und verpflichten sich:

- a) sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksam und umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können, sei es unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter oder Vertreterinnen, was auch

243 GEORGE SZMUKLER, «Capacity», «best interests», «will and preferences» and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *World Psychiatry* 2019, 18, S. 34–41, S. 35 ff., mit weiteren, auch juristischen Hinweisen. Die Debatte betrifft insb. die Auffassung des BRK-Ausschusses, dass jegliche unfreiwillige Internierung und Behandlung von Menschen mit psychischen Behinderungen gemäss Art. 12 der BRK verboten sei. Siehe auch PAUL S. APPELBAUM, *Saving the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities – from itself*, *World Psychiatry* 2019, 18, S. 1–2.

244 EGMR, Urteil vom 31. Januar 2019, *Rooman gegen Belgien*, Nr. 18052/11, E. 205, zur Inhaftierung von Menschen mit Beeinträchtigungen und Art. 14 BRK (Freiheit und Sicherheit der Person).

245 LUCY SERIES und ANNA NILSSON, Art. 12 CRPD: Equal Recognition before the Law, in: Bantekas/Stein/Anastasiou (Fn. 237), S. 339–382, S. 369.

246 Zu diesem umfassenden Charakter GROBELAAR DU PLESSIS/NJAU (Fn. 237), S. 843.

das Recht und die Möglichkeit einschliesst, zu wählen und gewählt zu werden; unter anderem:

- i) stellen sie sicher, dass die Wahlverfahren, -einrichtungen und -materialien geeignet, zugänglich und leicht zu verstehen und zu handhaben sind,
 - ii) schützen sie das Recht von Menschen mit Behinderungen, bei Wahlen und Volksabstimmungen in geheimer Abstimmung ohne Einschüchterung ihre Stimme abzugeben, bei Wahlen zu kandidieren, ein Amt wirksam innezuhaben und alle öffentlichen Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit wahrzunehmen, indem sie gegebenenfalls die Nutzung unterstützender und neuer Technologien erleichtern,
 - iii) garantieren sie die freie Willensäußerung von Menschen mit Behinderungen als Wähler und Wählerinnen und erlauben zu diesem Zweck im Bedarfsfall auf Wunsch, dass sie sich bei der Stimmabgabe durch eine Person ihrer Wahl unterstützen lassen;
- b) aktiv ein Umfeld zu fördern, in dem Menschen mit Behinderungen ohne Diskriminierung und gleichberechtigt mit anderen wirksam und umfassend an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten mitwirken können, und ihre Mitwirkung an den öffentlichen Angelegenheiten zu begünstigen, unter anderem:
- i) die Mitarbeit in nichtstaatlichen Organisationen und Vereinigungen, die sich mit dem öffentlichen und politischen Leben ihres Landes befassen, und an den Tätigkeiten und der Verwaltung politischer Parteien,
 - ii) die Bildung von Organisationen von Menschen mit Behinderungen, die sie auf internationaler, nationaler, regionaler und lokaler Ebene vertreten, und den Beitritt zu solchen Organisationen.»

Angesichts seines breit gefächerten Inhaltes führt Art. 29 BRK zu zahlreichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten, die in Achtungs- und Schutzverpflichtungen, aber auch aktive Leistungsverpflichtungen eingeteilt werden können.²⁴⁷ Im Folgenden soll auf zwei spezifische Aspekte näher eingegangen werden, welche aus der Sicht der berechtigten Personen zentral sind, nämlich einerseits die Gewährung des Stimmrechts bzw. der vielerorts noch praktizierte Ausschluss von diesem Recht und andererseits die für die Ausübung des Rechts notwendigen Bedingungen im Fall von Menschen mit Behinderung.

f. Stimmrecht ohne Einschränkungen

Art. 29 BRK statuiert ein vollumfängliches Stimmrecht für alle Menschen mit Behinderungen, welcher Art diese auch seien. Wie in der Literatur vielfach hervorgehoben wird, sieht der Text keinerlei Einschränkungen vor: «Article 29 [...] unequivocally prohibits exclusionary practices on the basis of dis-

247 PETER TRENK-HINTERBERGER, Art. 29 Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben, in: Markus/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis: Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2013, S. 300–309, Rz. 3.

ability».²⁴⁸ Auch die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte betont diesen Aspekt und verweist dabei auf Art. 12 BRK (dazu oben E. III.2.d.):²⁴⁹

«The Convention on the Rights of Persons with Disabilities heralds a new era for the political participation of persons with disabilities. Article 29 requires States parties to guarantee to persons with disabilities political rights and the opportunity to enjoy them on an equal basis with others. This provision does not foresee any reasonable restriction, nor does it allow any exception. Article 12, which recognizes that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life, also does not provide for any exception to the principle, and only requires States parties to take appropriate measures «to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity». It can be concluded that in accordance with the Convention, exclusion or restriction of political rights of persons with disabilities on the basis of disability may constitute «discrimination on the basis of disability» within the meaning of article 2 of the Convention and is contrary to the Convention.»

GROBELAAR DU PLESSIS/NJAU²⁵⁰ nennen in diesem Zusammenhang den Fall *Bujdosó*,²⁵¹ der dem BRK-Ausschuss vorgelegt wurde. Er betraf den automatischen Ausschluss vom Stimmrecht von bevormundeten Personen nach dem damaligen ungarischen Recht, ohne ihrer individuellen Situation Rechnung zu tragen. Als Drittpartei intervenierte das «Harvard Law School Project on Disability» (HPOD). Es argumentierte, nach der BRK dürften keine Menschen, auch nicht die Schwerstbehinderten, aufgrund ihrer Behinderung entrechtet werden. Einschränkungen des Stimmrechts beruhten auf dem empirisch nicht begründeten Stereotyp, wonach alle Menschen mit Behinderung unfähig sind.²⁵² Auch eine individualisierte Beurteilung der Stimmfähigkeit stelle eine Verletzung von Art. 29 BRK dar – entgegen der allgemeinen Auffassung, es sei zulässig, die Integrität des politischen Systems vor Personen zu schützen, die nicht in der Lage sind eine gültige politische Meinung zu formulieren. Der BRK-Ausschuss schloss sich dieser Argumentation an und verwies auf die Verbindung zwischen Art. 29 und 12 BRK. Zu Art. 29 BRK hielt er fest:²⁵³

248 So statt vieler JANOS FIALA-BUTORA, MICHAEL ASHLEY STEIN und JANET E. LORD, *The Democratic Life of the Union: Toward Equal Voting Participation for Europeans with Disabilities*, *Harvard International Law Journal* 55 (2014), S. 71–104, S. 84.

249 Thematic study on participation in political and public life by persons with disabilities (Fn. 220), Rz. 68 f.

250 GROBELAAR DU PLESSIS/NJAU (Fn. 237), S. 860 (siehe zum absoluten Charakter von Art. 29 BRK auch S. 845).

251 CRPD Committee, *Zsolt Bujdosó and five others v Hungary*, CRPD/C/10/D/4/2011, Views adopted by the Committee at its tenth session (2–13 September 2013).

252 Betr. Stereotypen vgl. auch PERLIN zum «*sanism*», also Diskriminierungen wegen einer psychischen Eigenschaft oder eines Geisteszustands; MICHAEL L. PERLIN, *International Human Rights and Mental Disability Law. When the Silenced Are Heard*, Oxford 2012, S. 34.

253 *Zsolt Bujdosó*, Rz. 9.4.

«Article 29 does not foresee any reasonable restriction, nor does it allow any exception for any group of persons with disabilities. Therefore, an exclusion of the right to vote on the basis of a perceived, or actual psychosocial or intellectual disability, including a restriction pursuant to an individualized assessment, constitutes discrimination on the basis of disability, within the meaning of article 2 of the Convention.»

Danach verstösst der Ausschluss vom Stimmrecht wegen einer Behinderung gegen Art. 29 BRK, und zwar selbst dann, wenn er auf einer individualisierten Beurteilung des Urteilsvermögens beruht.

Zur Begründung für diese umfassende Auslegung, welche vielerorts – darunter auch in der Schweiz – noch auf Widerstand stösst, werden in der Literatur mehrere Argumente vorgebracht. So weist PYANEANDEE²⁵⁴ auf die eminente subjektive Bedeutung des Stimmrechts für Menschen mit Behinderung hin: «Through voting, persons with disabilities assert their individual autonomy.» In einer Vorlesung an der Universität Basel argumentierte TANQUEREL mit der Verhältnismässigkeit.²⁵⁵ In dieser Sicht handelt es sich nicht nur um eine sehr schwerwiegende Einschränkung der Rechte der Betroffenen mit stigmatisierendem Charakter, sondern ist die Gefahr eines unzulässigen Entzugs grösser als jene einer Gewährung des Stimmrechts. Zudem erachtet TANQUEREL Kriterien des Zivilrechts (hier: des Erwachsenenschutzrechts) als ungeeignet, wenn es um die politischen Rechte geht. Zur Missbrauchsgefahr verweist er auf ein unbegründetes a priori Misstrauen gegenüber betreuenden Angehörigen sowie Hilfs- und Pflegepersonal. Ausserdem stelle sich das Problem des Missbrauchs oder zumindest der Beeinflussung bei der Stimmabgabe grundsätzlich für alle Menschen in Abhängigkeitsverhältnissen; zu ihrer Bekämpfung müssten die Betrügenden und nicht die Opfer bestraft werden.²⁵⁶ Aus praktischer Sicht verweist MARGOT-CATTIN, Schweizer Experte an der UNO-Konferenz von 2015–2016 über die Rechte von Behinderten, auf das normale Risiko der direkten Demokratie: Auch urteilsfähige Personen sind oft nicht in der Lage, sich eine rationale Meinung über politische Vorlagen zu bilden, dürfen aber trotzdem abstimmen: «Es ist deshalb nicht einzusehen, warum jemand kein Stimmrecht haben soll, der wegen einer intellektuellen Beeinträchtigung Mühe hat, sich ein Urteil zu bilden.»²⁵⁷

254 PYANEANDEE (Fn. 219), S. 112.

255 THIERRY TANQUEREL, Die politischen Rechte der Menschen mit Behinderungen, Online-Vortragsreihe zum Behindertengleichstellungsrecht, Universität Basel/Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen/Inclusion Handicap, 27. Oktober 2020, <https://behindertenrecht.ius.unibas.ch/wp-content/uploads/2020/11/2020-10-27_Thierry_Tangerel_deutsch.pdf>.

256 Ähnliche Argumente finden sich im Schrifttum z.B. bei TREVOR RYAN/ANDREW HENDERSON und WENDY BONYTHON, Voting with an Unsound Mind: A Comparative Study of the Voting Rights of Persons with Mental Disabilities, 39(3) University of New South Wales Law Journal (2016), S. 1038–1071, S. 1045 ff.

257 Zitiert nach: Abstimmen trotz geistiger Behinderung. Tages-Anzeiger vom 6. Februar 2017, <<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/abstimmen-trotz-geistiger-behinderung/story/26873439>>.

In der Literatur wird durchaus anerkannt, dass ein kleiner Prozentsatz von Menschen mit Behinderung auch mit Unterstützung (dazu im nächsten Abschnitt) faktisch nicht in der Lage sein wird, das Stimmrecht auszuüben, etwa wenn sie im Koma liegen oder an einem sehr fortgeschrittenen Stadium der Demenz leiden. Gemäss FIALA-BUTORA/STEIN/LORD darf diese Tatsache aber aus einem ganz praktischen Grund nicht als Basis für einen allgemeinen Ausschluss vom Stimmrecht dienen: «There is no objective cut-off point based on diagnosis or IQ score below which all persons could be safely declared to lack the capacity to vote. [...] Lack of capacity to vote is thus individual, but in some cases it nevertheless exists.»²⁵⁸ Einen Ausschluss vom Stimmrecht lehnen FIALA-BUTORA/STEIN/LORD aber auch in diesen letzteren Fällen als unverhältnismässig ab. In ihrer Sicht ist es objektiv besser, die betroffene kleine Gruppe im Rahmen eines umfassenden Stimmrechts in Kauf zu nehmen und ihr Stimmrecht brach liegen zu lassen («Those who cannot vote do not vote.»).

FIALA-BUTORA/STEIN/LORD treten ausdrücklich der anders lautenden EGMR-Rechtsprechung entgegen. Sie kritisieren die vom Gerichtshof in *Kiss gegen Ungarn*²⁵⁹ formulierten Kriterien für eine Einschränkung des Stimmrechts als «empirically unsupported and over-inclusive».²⁶⁰ *Kiss gegen Ungarn* betraf den Ausschluss von Stimmrecht einer manisch-depressiven Person, welche deswegen unter Teilvormundschaft stand. Laut dem EGMR – der u.a. die Art. 12 und 29 BRK als relevantes Recht bezeichnet – ist gemäss Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK legitim sicherzustellen, dass nur Personen, die in der Lage sind, die Folgen ihrer Entscheidungen abzuschätzen und bewusste und vernünftige Entscheidungen zu treffen, an öffentlichen Angelegenheiten teilnehmen. Es ist Sache des Gesetzgebers, über das Verfahren zur Beurteilung der politischen Entscheidungsfähigkeit geistig behinderter Menschen zu entscheiden. Ein *genereller* Entzug des Stimmrechts allein auf der Grundlage einer geistigen Behinderung, die eine Teilvormundschaft erforderlich macht, ist unverhältnismässig. BUYSE²⁶¹ weist auf die Parallele zur EGMR-Rechtsprechung über das Stimmrecht von verurteilten Gefangenen hin: Auch dort ist der allgemeine, automatische und unterschiedslose Stimmrechtsentzug unzulässig, kann aber eine Beschränkung je nach der Schwere der Tat zulässig sein (wobei im Fall der Gefangenen auch das Sanktionselement eine Rolle spielt).²⁶²

258 Hierfür und für das Folgende FIALA-BUTORA/STEIN/LORD (Fn. 248), S. 89 ff.

259 EGMR, Urteil vom 20. Mai 2010, *Kiss gegen Ungarn*, Nr. 38832/06, E. 36 ff. Siehe auch Urteil vom 21. Oktober 2014, *Harmati gegen Ungarn*, Nr. 63012/10; Urteil vom 2. Februar 2021, *Strøbye und Rosenlind gegen Dänemark*, Nr. 25802/18 und 27338/18, sowie Urteil vom 11. Mai 2021, *Caamaño Valle gegen Spanien*, Nr. 43564/17.

260 FIALA-BUTORA/STEIN/LORD (Fn. 248), S. 74.

261 ANTOINE BUYSE, Judgment on Voting Rights for the Mentally Disabled, ECHR BLOG of 20 May 2010, <<https://www.echrblog.com/2010/05/judgment-on-voting-rights-for-mentally.html?m=1>>.

262 EGMR, Urteil vom 6. Oktober 2005, *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 74025/01, E. 63 ff. In der Literatur statt vieler BERNADETTE RAINEY, ELIZABETH WICKS und CLARE OVEY, Jacobs,

Der Ansatz des EGMR entspricht dem «Code of Good Practice in Electoral Matters» der Venedig-Kommission,²⁶³ geht aber deutlich weniger weit als jener des BRK-Ausschusses.²⁶⁴ Hier besteht deshalb ein rechtliches Spannungsfeld, innerhalb dessen die Vertragsstaaten ihre Regeln unterschiedlich ausgestalten.

g. Unterstützung zur Ausübung des Stimmrechts

Art. 29 BRK verpflichtet die Vertragsstaaten zur Ergreifung von unterstützenden Massnahmen mit Blick auf die Ausübung des Stimmrechts von Menschen mit Behinderung. Die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte²⁶⁵ bemerkt hierzu:

«Article 29 (a) (iii) requires States parties to adopt appropriate measures to allow persons with disabilities who cannot exercise their right to vote independently to be assisted in voting by a person of their own choice. In their replies, States have provided several examples of the assistance that persons with disabilities can obtain in order to exercise their right to vote. In particular, they listed a number of alternative ways of voting, such as postal voting or voting at special polling stations, that have been developed and implemented to facilitate the political participation of persons with disabilities. The appropriateness of these measures should always be assessed against the general obligation to include persons with disabilities in all aspects of society and to promote their independence, autonomy and dignity. Alternative ways of voting should only be used in cases where it is not possible, or it is extremely difficult, for persons with disabilities to vote in polling stations, like everyone else. General reliance on voting assistance and alternative voting as a way to ensure the political participation of persons with disabilities would not be consistent with the general obligations undertaken by States parties under articles 4 and 29 of the Convention.»

Bei der Umsetzung der rechtlichen Vorgaben ist es sinnvoll, wenn sich die Vertragsstaaten an der guten Praxis anderer Staaten orientieren. Die UNO-Hochkommissarin für Menschenrechte²⁶⁶ nennt Beispiele. Eine weitere Quelle praktischer Hinweise bietet das Handbuch der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) über die Teilnahme von Menschen mit Be-

White and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 7. Aufl., Oxford 2017, S. 604 ff.; TAYLOR (Fn. 12), S. 704 und 714; RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 234 f., sowie in der neuesten Literatur ERGUL CELIKSOY, *Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights in Prisoners' Right to Vote Cases*, *Human Rights Law Review* 2020, 20, S. 555–581, S. 258 ff. Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll Nr. 1 nicht unterzeichnet.

263 Venice Commission, *Code of Good Practice in Electoral Matters*, Strassburg 2018, CDL-AD (2002) 023rev2-cor, S. 14.

264 Der EMGR entscheidet im Vergleich zum BRK-Ausschuss generell zurückhaltender, so z.B. im Urteil vom 23. März 2017, *A.-M. V. gegen Finnland*, Nr. 53251/13 (zur Rolle von Willen und die Präferenzen von Menschen mit einer geistigen Behinderung) und im Urteil vom 18. Juli 2019, *Glaisen gegen Schweiz*, Nr. 40477/13 (zur Zugänglichkeit eines Kinos für einen Rollstuhlfahrer). Vgl. auch oben, Fn. 244, zur Entscheidung *Rooman gegen Belgien*.

265 Thematic study on participation in political and public life by persons with disabilities (Fn. 220), Rz. 73 f.

266 Idem, Rz. 53–57.

hinderung an Wahlen. Es bespricht in seinem praktischen Teil Massnahmen für verschiedene zeitliche Phasen und Aspekte eines Wahlverfahrens. Zu Recht schreibt die OSZE:²⁶⁷ «Election observers have an important role to play in monitoring legal, structural and practical barriers that can lead to exclusion, and the extent to which persons with disabilities are participating in elections as voters, candidates, election officials and in other roles.» Zur Ermittlung des praktischen Handlungsbedarfs können die Indikatoren nützlich sein, welche die EU-Grundrechteagentur mit Blick auf die politische Partizipation von Menschen mit Behinderung formuliert hat.²⁶⁸

In der Praxis liegt die Herausforderung darin, dass unterschiedliche Arten von Behinderungen unterschiedliche Massnahmen erfordern. So weisen SCHEFER/HESS-KLEIN²⁶⁹ z.B. auf die Nützlichkeit von e-voting insb. für Personen mit einer Seh- oder Mobilitätsbehinderung hin.²⁷⁰ Eine niederländische Untersuchung²⁷¹ ist zum Schluss gelangt, dass sich dort staatliche Massnahmen v.a. auf physische Behinderungen richten und das Augenmerk zusätzlich auf die geistigen Behinderungen gelegt werden sollte. Nicht selten sind die geltenden Regelungen recht eng. So nennt z.B. § 9 des Baselstädtischen Wahlgesetzes²⁷² nur körperliche Behinderungen und dann nur im Zusammenhang mit der Stimmabgabe durch Dritte. Für Menschen mit geistiger Behinderung erwähnt die niederländische Studie den ausdrücklichen Wunsch der Betroffenen nach aktiver Hilfe beim Abstimmen, z.B. im Stimmlokal. In diesem Zusammenhang, aber auch mit Blick auf andere Behinderungen, ist es wichtig, das Personal im Stimmlokal gut vorzubereiten und zu instruieren. Weiter können für Menschen mit geistiger Behinderung Informationen in leichter Sprache²⁷³ entscheidend sein – was im Übrigen auch für viele Menschen ohne Behinderung hilfreich wäre.²⁷⁴

267 OSCE (Organization for Security and Co-operation in Europe)/Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Handbook on Observing and Promoting the Electoral Participation of Persons with Disabilities, Warschau 2017, S. 11.

268 European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), The Right to Political Participation for Persons with Disabilities: Human Rights Indicators, Luxemburg 2014.

269 SCHEFER/HESS-KLEIN (Fn. 204), S. 510 f. Dazu auch HOEGEN DIJKHOF (Fn. 225), S. 50, im Zusammenhang mit einer Untersuchung in den Niederlanden.

270 Zum e-voting siehe unten H.III.

271 HOEGEN DIJKHOF (Fn. 225), S. 48 ff.

272 Kanton Basel-Stadt, Gesetz über Wahlen und Abstimmungen (Wahlgesetz) vom 21. April 1994, SG 132.100.

273 Vgl. dazu auch unten E.IV.

274 Laut Eidgenössische Wahlen 2019: Wahlanleitung in Leichter Sprache (<https://www.wahlanleitung-leichte-sprache.ch/>) verstehen fast 20% der Wählerinnen und Wähler nicht oder nicht richtig, was sie lesen.

h. Mehrfachdiskriminierung

Schliesslich sei das Problem der Mehrfachdiskriminierung erwähnt. Es geht darauf zurück, dass Menschen mehrfache Identitäten aufweisen, z.B. mit Bezug auf Behinderung, Geschlecht, sexuelle Orientierung und Religion, und darum auch mehrfach benachteiligt werden können. In den Worten des BRK-Ausschusses:²⁷⁵

«[I]ndividuals do not experience discrimination as members of a homogenous group but rather, as individuals with multidimensional layers of identities, statuses and life circumstances. It means acknowledging the lived realities and experiences of heightened disadvantage of individuals caused by multiple and intersecting forms of discrimination, which requires targeted measures with respect to disaggregated data collection, consultation, policymaking, enforceability of non-discrimination and provision of effective remedies.»

Art. 6 BRK weist auf die besondere Situation von Frauen und Mädchen mit Behinderungen hin:²⁷⁶

«(1) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass Frauen und Mädchen mit Behinderungen mehrfacher Diskriminierung ausgesetzt sind, und ergreifen in dieser Hinsicht Massnahmen, um zu gewährleisten, dass sie alle Menschenrechte und Grundfreiheiten voll und gleichberechtigt geniessen können.

(2) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen zur Sicherung der vollen Entfaltung, der Förderung und der Stärkung der Autonomie der Frauen, um zu garantieren, dass sie die in diesem Übereinkommen genannten Menschenrechte und Grundfreiheiten ausüben und geniessen können.»

«Mehrfachdiskriminierung» ist ein Oberbegriff für verschiedene Phänomene, darunter insb. das additive Zusammentreffen von mehr als einem Diskriminierungsgrund (kumulative Diskriminierung) sowie der Schnittpunkt von zwei oder mehr Gründen (intersektionelle Diskriminierung).²⁷⁷ Die BRK präzisiert nicht, was in Art. 6 genau gemeint ist. Aus den Aussagen des BRK-Ausschusses kann aber wohl abgeleitet werden, dass die Bestimmung umfassend ver-

275 CRPD, General Comment No.3 (2016), Women and girls with disabilities, CRPD/C/GC/3, 26. August 2016, Rz. 16.

276 Hierzu z.B. MINOU BANAFSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung in der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Ulrike Lembke (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht, Baden-Baden 2014, S. 77–100, S. 81 ff.

277 Im Schweizer Schrifttum insb. ELEONOR KLEBER, La discrimination multiple: étude de droit international, suisse et européen, Genf 2015, S. 28–43. KLEBER bevorzugt für die intersektionelle Diskriminierung Begriffe wie «entrecroisée» oder «combinée». Im internationalen Schrifttum statt vieler SANDRA FREDMAN, Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford 2011, S. 139 ff.; weiter etwa MARIA VITTORIA ONUFRIO, Intersectional discrimination in the European legal systems: Toward a common solution? International Journal of Discrimination and the Law 2014, Vol. 14 (2), S. 126–140, sowie SIMONE PHILIPP, ISABELLA MEIER, VERONIKA APOSTOLOVSKI, KLAUS STARL und KARIN MARIN SCHMIDLECHNER (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis, Baden-Baden 2014.

standen werden soll.²⁷⁸ In der Praxis und v.a. vor Gericht können sich schwierige Fragen stellen, z.B. zum anzuwendenden Prüfprogramm.²⁷⁹ Hier eröffnen sich – um mit ULRICH²⁸⁰ zu sprechen – neue Auslegungshorizonte.

Das Problem der Mehrfachdiskriminierung stellt sich auch im Kontext der politischen Rechte. So sind Frauen und Mädchen mit Behinderung in öffentlichen Entscheidungsprozessen überproportional unterrepräsentiert.²⁸¹ Allerdings beschränkt sich Art. 6 BRK zur Abhilfe auf allgemein formulierte Pflichten der Vertragsstaaten. Gemäss dem BRK-Ausschuss umfasst dies aber auch die Einführung von rechtlichen Bestimmungen über die Mehrfachdiskriminierung.²⁸²

IV. Sieben Jahre BRK in der Schweiz und weder volle rechtliche noch tatsächliche Gleichstellung

Die BRK gilt in der Schweiz seit dem 15. Mai 2014 und ist damit hier ein junges menschenrechtliches Instrument. Die in der Konvention statuierten Rechte und Pflichten sind weitreichend und betreffen nicht nur die Gewährung des Stimmrechts, sondern auch seinen wirksamen Genuss ebenso wie die umfassende Teilhabe am politischen und öffentlichen Leben. Gemäss Art. 29 BRK schliesst dies ausdrücklich auch das Recht und die Möglichkeit ein, gewählt zu werden. Wie die OSZE²⁸³ festhält, bestehen in der politischen Praxis vielerorts grosse Defizite, welche sich u.a. in einer markanten Untervertretung von Menschen mit Behinderung in politischen Instanzen ausdrücken.

Dies gilt auch für Schweiz. Das fundamentalste Defizit zeigt sich im fehlenden Stimmrecht von Menschen unter umfassender Beistandschaft (darunter überproportional Menschen mit geistiger oder psychischer Beeinträchtigung) fast überall in der Schweiz. Allerdings steht die Schweiz damit nicht allein da. So nannte die EU-Grundrechteagentur in einem Bericht aus dem Jahr 2013 nur eine sehr begrenzte Anzahl von europäischen Staaten, die den Ansatz des «Nicht-Ausschlusses» von bzw. des vollen Einbezugs von Menschen mit Be-

278 CRPD, General Comment No. 3 (Fn. 275), z.B. Rz. 2. Hierzu ROXANNE MYKTITIUK und ENA CHADHA, Art. 6 CRPD: Women with Disabilities, in: Bantekas/Stein/Anastasiou (Fn. 237), S. 184.

279 So fragt MERCAT-BRUNS, ob allenfalls das Verbot der indirekten Diskriminierung Möglichkeiten bietet, mit den praktischen Schwierigkeiten der intersektionellen Diskriminierung umzugehen; MARIE MERCAT-BRUNS, Multiple discrimination and intersectionality: issues of equality and liberty, *International social science journal*, 2017-03, Vol. 67 (223–224), S. 43–54, S. 54.

280 SILVIA ULRICH, Zur Mehrdimensionalität der Gleichheitsgarantien, in: Ulrich/Greif/Neuwirth (Hrsg.), *Kritisches Rechtsdenken I. Von der feministischen Rechtsgeschichte zu Legal Gender Studies*, Linz 2020, S. 129–156, S. 148.

281 CRPD, General Comment No. 3 (Fn. 275), Rz. 60.

282 *Idem*, Rz. 18.

283 OSCE (Fn. 267), S. 11.

hinderungen in das Stimmrecht gewählt haben.²⁸⁴ Ausserhalb Europas wird in der Literatur Japan als ein Beispiel für ein Land mit umfassenden politischen Rechten genannt.²⁸⁵ Ähnlich wie in den Niederlanden spielte übrigens auch hier ein Gerichtsentcheid, *Takumi Nagoya*,²⁸⁶ eine wichtige Rolle in der Rechtsentwicklung (wobei das Gericht den Entzug des Wahlrechts einer Frau mit Down-Syndrom als verfassungswidrig einstufte, ohne auch auf das Völkerrecht abzustellen).

Im Schattenbericht zum ersten BRK-Staatenbericht der Schweiz bemerkt Inclusion Handicap, dass an die Stelle des Ausschlusses von Menschen mit geistiger Behinderung vom Stimmrecht besser das Angebot einer Unterstützung im Bedarfsfall treten würde.²⁸⁷ Hierfür könnten u.a. Informationen in leichter Sprache hilfreich sein. Der Bundesrat verweist in seiner Beantwortung einer Motion von Nationalrätin REGULA RYTZ²⁸⁸ auf den Bericht «Behindertenpolitik» von 2018.²⁸⁹ Hier hatte er Massnahmen zur Förderung einer barrierefreien Kommunikation beschlossen, um so u.a. den Anforderungen des BehiG und der BRK Rechnung zu tragen. Zugleich hiess der Bundesrat die Einsetzung einer interdepartementalen Arbeitsgruppe zur Behindertenpolitik gut. Zu ihrem Mandat gehört es auch, einen Umgang mit der leichten Sprache zu entwickeln. Gewisse Informationen liegen schon jetzt in leichter Sprache vor.²⁹⁰ Sinnvoll wären auch Nachrichtensendungen in einfacher Sprache, wie beispielsweise der

284 FRA, The right to political participation (Fn. 268), S. 19 f. Vgl. auch THEUNS (Fn. 225), S. 21 ff.

285 RYAN/HENDERSON/BONYTHON (Fn. 256), S. 1047 ff. Der Artikel vergleicht die Rechtslage in Australien mit jener in Japan.

286 Bezirksgerichts Tokyo, *Takumi Nagoya* (2013), 45 Jissen Seinenkouken 92, 102. Dazu Inclusion International, Deprivation of voting rights found unconstitutional in Japan, 14. März 2013, <<https://inclusion-international.org/deprivation-of-voting-rights-found-unconstitutional-in-japan/>>, sowie Inclusion International, Voting Rights Restored by the Revision of Election Law in Japan, <<https://inclusion-international.org/voting-rights-restored-by-the-revision-of-election-law-in-japan/>>.

287 Inclusion Handicap, Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Bern 2017, S. 136. Am 8. Juni 2021 nahm der Ständerat das Postulat 21.3296 von SR MARINA CARROBIO GUSCETTI, «Menschen mit einer geistigen Behinderung sollen umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können», 18. März 2021, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20213296>>, an. Es will den Bundesrat beauftragen, einen Bericht vorzulegen, der die Massnahmen aufzeigt, die es braucht, damit Menschen mit einer geistigen Behinderung uneingeschränkt am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können gemäss dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, was auch das Recht und die Möglichkeit einschliesst, zu wählen und gewählt zu werden.

288 Motion 18.4395 von NR REGULA RYTZ «Leichte Sprache in Abstimmungserläuterungen und weiteren Informationen des Bundes», 14. Dezember 2018, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20184395>>.

289 Behindertenpolitik. Bericht des Bundesrates vom 09.05.2018, <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/52345.pdf>>.

290 Z.B.: Die Parlamentswahlen 2019. Informationen in leichter Sprache, <<https://www.ch.ch/de/wahlen2019/leichte-sprache-aggro/>>; sowie Das Parlament – in leichter Sprache, <<https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/leichte-sprache>>.

Wochenrückblick des Deutschlandfunks.²⁹¹ Generell dürfte für die Schweiz gelten, dass mit Blick auf die Erleichterung bzw. Ermöglichung der Ausübung des Stimmrechts von Menschen mit Behinderung auch im Rahmen des heutigen, eingeschränkten Regimes mehr getan werden könnte bzw. sollte. Besondere Massnahmen sind zudem erforderlich, sobald die heute geltenden Einschränkungen mit Bezug auf das Stimmrecht aufgehoben sind.

Schliesslich hält das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte fest, dass sich die Thematik der Mehrfachdiskriminierung in der Schweiz durch fehlende Gerichtspraxis und Rechtsunsicherheit auszeichnet.²⁹² KLEBER²⁹³ gelangt in ihrer Detailuntersuchung zum Thema letztlich zum gleichen Befund («peut d'indications en la matière»). Auch hier bleibt viel zu tun.

F. Stimmrecht von Jugendlichen

I. Völkerrechtlicher Kontext

Im Vergleich zu Behinderungen ist das Völkerrecht mit Blick auf das Alter als Kriterium für die politischen Rechte und Diskriminierung viel vager. Nach Art. 25 UNO-Pakt II besteht das Stimm- und Wahlrecht «ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen», wobei das Alter in der offenen Aufzählung von Merkmalen in Art. 2 nicht ausdrücklich erscheint. Der UNO-Menschenrechtsausschuss anerkennt aber, dass eine Unterscheidung nach dem Alter zu einer verbotenen Diskriminierung führen kann.²⁹⁴ Zudem bezieht er den Begriff der «unangemessenen Einschränkungen» in Art. 25 UNO-Pakt II u.a. auf das Alter:²⁹⁵

291 TANJA KÖHLER, Nachrichten in Einfacher Sprache sind ein Beitrag zur Inklusion, 24. September 2018, <https://www.deutschlandfunk.de/gesellschaft-nachrichten-in-einfacher-sprache-sind-ein.2852.de.html?dram:article_id=428932>.

292 Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Mehrfachdiskriminierung, <https://www.gendercampus.ch/public/user_upload/Factsheet_Mehrfachdiskriminierung.pdf>, S. 2. Siehe im neuen Schrifttum BENEDICT VISCHER, Justitias Entschleierung. Das schweizerische Bundesgericht und das deutsche Bundesverfassungsgericht zu Verboten religiöser Symbole für Gerichtspersonal, Jusletter 18. Januar 2021, Rz. 32, hier im Zusammenhang mit dem Tragen religiös motivierter Kleidung und der Kombination der Diskriminierungskriterien von Geschlecht und Religion aus Anlass von BGE 2C_546/2018.

293 KLEBER (Fn. 277), S. 177 ff.

294 Para. 8.2 der Mitteilung des Menschenrechtsausschusses zum Fall *John K. Love et al. v. Australia*, Communication No. 983/2001, U.N. Doc. CCPR/C/77/D/983/2001 (2003), im Zusammenhang mit Art. 26 UNO-Pakt II: «[...] the Committee takes the view that a distinction related to age which is not based on reasonable and objective criteria may amount to discrimination on the ground of «other status» under the clause in question, or to a denial of the equal protection of the law within the meaning of the first sentence of article 26.»

295 CCPR, General Comment No. 25 (Fn. 11), Rz. 4.

«[I]t may be reasonable to require a higher age for election or appointment to particular offices than for exercising the right to vote, which should be available to every adult citizen.»

Die Nennung von Erwachsenen impliziert eine Mindestaltersgrenze für das Stimmrecht, wie sie im Übrigen auch der EGMR im Rahmen von Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK grundsätzlich akzeptiert.²⁹⁶ In der zitierten Aussage wird allerdings nicht definiert, was unter «erwachsen» zu verstehen ist. Es ergibt sich im Umkehrschluss aus der Definition des Kindes. Gemäss Art. 1 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK), die auch in der Schweiz gilt,²⁹⁷ ist «ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt». Die Art. 12 und 13 KRK statuieren zwar das Recht von Kindern auf Meinungsbildung und Meinungsäusserung, sehen aber nicht ausdrücklich vor, dass ihnen politische Rechte gewährt werden müssten. In einem Fall aus Deutschland, wo ein 16-Jähriger gestützt auf die KRK auf Gewährung des Stimmrechts klagte, äusserte sich der KRK-Ausschuss aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht zur inhaltlichen Frage.²⁹⁸ Der Ausschuss betont aber die Bedeutung der Partizipation als Mittel des politischen und zivilen Engagements, durch das Jugendliche für die Verwirklichung ihrer Rechte verhandeln und eintreten und die Staaten zur Verantwortung ziehen können. Er schliesst daraus, dass die Staaten Massnahmen ergreifen sollten, um die Möglichkeiten zur politischen Beteiligung zu erhöhen.²⁹⁹ In der wissenschaftlichen Diskussion werden vereinzelt Argumente zugunsten eines bereits bestehenden Kinderstimmrechts vertreten, darunter, die KRK deute letztlich darauf hin,³⁰⁰ oder aber, der Begriff des «sonstigen Status» in Art. 2 UNO-Pakt II sei so zu verstehen, dass er auch den Status als Kind umfasse.³⁰¹

Vor dem geschilderten Hintergrund hat sich eine unterschiedliche Staatenpraxis zum Stimmrecht von Jugendlichen entwickelt. Die Schweiz folgt hier

296 EGMR, Urteil vom 6. Oktober 2005, *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 74025/01, E. 62: «For example, the imposition of a minimum age may be envisaged with a view to ensuring the maturity of those participating in the electoral process [...]». Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll Nr. 1 nicht unterzeichnet.

297 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

298 CRC, Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 60/2018, 4. Februar 2020. Dazu DANIELLA ZLOTNIK RAZ, Case note 2020/4 Communication 60/2018 D.C. v. Germany, Exclusion from voting on the basis of age, <<https://childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote-2020-4>>.

299 CRC, General comment No. 20 (2016) on the implementation of the rights of the child during adolescence, CRC/C/GC/20, Rz. 24.

300 So DANIELLA ZLOTNIK, The Future of Adolescents' Right to Vote and Political Participation, Leiden Law Blog vom 3. Juli 2017, <<https://leidenlawblog.nl/articles/the-future-of-adolescents-right-to-vote-and-political-participation>>.

301 Idem, online-Diskussionsbeitrag eines nicht näher bezeichneten JAAP.

einem gewissen, wenn auch bisher begrenzten Trend, welcher ein Stimmrechtsalter von 16 Jahren diskutiert oder bereits eingeführt hat.

II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz

Art. 136 Abs. 1 BV nennt für die Bundesebene ein Stimmrechtsalter von 18 Jahren. Früher lag dieses Alter bei 20 Jahren. Es wurde im Jahr 1991 als «würdiges Geschenk an die Jugend zur 700-Jahr-Feier [der Eidgenossenschaft]» auf die heute geltende Altersgrenze gesenkt.³⁰² Seitdem sind mehrere Versuche zu einer weiteren Senkung unternommen worden.³⁰³ Schliesslich wurde einer parlamentarischen Initiative von Nationalrätin SIBEL ARSLAN zugunsten des aktiven Stimmrechts ab 16 Jahren Folge geleistet; sie ist im Bundesparlament hängig.³⁰⁴ In der jugendlichen Zivilgesellschaft wird diese Entwicklung sehr begrüsst.³⁰⁵

Auch hier können die Kantone für die kantonale und kommunale Ebene eine andere Regelung vorsehen. Davon machten sie bereits vor 1991 Gebrauch.³⁰⁶ Anschliessend senkte aber einzig Glarus das Stimmrechtsalter weiter und führte 2007 die Landsgemeinde die tiefere Altersgrenze von 16 Jahren für das aktive Wahlrecht ein.³⁰⁷ In anderen Kantonen sind diverse Vorstösse gescheitert.³⁰⁸ Das Thema dürfte u.a. im Rahmen von kantonalen Verfassungsrevisionen (wieder) zur Sprache kommen.³⁰⁹ Einstweilen behilft man sich teilweise mit weniger weit gehenden Alternativinstrumenten wie z.B. dem Jugendantrag der Berner Gemeinde Burgdorf (der im Übrigen auch ausländischen Jugendlichen zur

302 Dazu ANDREAS KLEY, Geschichtliche Einleitung, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Fn. 27), Rz. 35.

303 Dazu VÉRONIQUE BOILLET, Le corps électoral fédéral, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse, Zürich 2020, Band III Verfassungsorgane Verfahren Bereichsverfassungen, S. 1657–1676, S. 1667.

304 Parlamentarische Initiative 19.415 «Den jungen Menschen eine Stimme geben. Aktives Stimm- und Wahlrecht für 16-Jährige als erster Schritt ins aktive politische Leben» von NR SIBEL ARSLAN, 21. März 2019, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AfairId=20190415>>.

305 Siehe etwa <<https://www.stimmrechtsalter16.ch/>>.

306 ADRIAN VATTER, Das politische System der Schweiz, 4. Vollständig aktualisiert Auflage, Baden-Baden, S. 68.

307 Art. 56 Abs. 1 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988, SR 131.217. Siehe hierzu Landsgemeinde 2007, <<https://landsgemeinde.gl.ch/sites/default/files/archiv/2007/07.htm>>, sowie zum Antrag <https://landsgemeinde.gl.ch/sites/default/files/archiv/2007/memorial/memorial_07_07.pdf>.

308 KLEY, Art. 136 (Fn. 199), Rz. 7.

309 Darauf wird im Zusammenhang mit den Appenzeller Revisionen hingewiesen; HANSPETER STREBEL, Pragmatischer Ansatz – kaum Aufbruchstimmung, in: APPENZELISCHE GEMEINNÜTZIGE GESELLSCHAFT (Fn. 71), S. 92–93, S. 93. In Ausserrhoden sieht Art. 65 des Entwurfs der revidierten Kantonsverfassung das Stimmrechtsalter 16 vor; siehe <<https://www.ar.ch/regierungsrat/totalrevision-kantonsverfassung/>>.

Verfügung steht).³¹⁰ Dies ist lediglich ein Beispiel aus einer ganzen Reihe von solchen Instrumenten. Laut der Literatur handelt es sich um eine Unterart der Volksmotion,³¹¹ durch welche auch Nicht-Stimmberechtigten gewisse politische Rechte eingeräumt werden können.³¹²

III. Gleichstellung oder Demokratie?

Seit der Revision der Bundesverfassung nennt Art. 8 Abs. 2 BV das Alter ausdrücklich als Diskriminierungsmerkmal.³¹³ Damit gehört die Schweiz in Europa zu den Ausnahmen: Wie PÖSCHL³¹⁴ bemerkt, erscheint das Alter in den Diskriminierungsverboten der europäischen Verfassungstexte kaum je explizit. Dies schliesst nicht aus, dass durch gerichtliche Auslegung anerkannt wird, dass eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Alters u.U. verboten ist, so z.B. in den Niederlanden bereits seit 1988.³¹⁵ Heute erscheint das Alter auch im modernen EU-Recht als Diskriminierungskriterium (v.a. in Art. 21 der EU-Grundrechtcharta³¹⁶ sowie in der Richtlinie 2000/78 für den Bereich Beschäftigung und Beruf).³¹⁷

Zugleich gilt das Alter noch immer als «Neuling und Sonderling», der im Diskriminierungsrecht einen besonderen Platz einnimmt.³¹⁸ In der Schweiz kommt dies in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Ausdruck, welche die Bedeutung des Alters als Diskriminierungsmerkmal relativiert: Danach ist das Alter verglichen mit anderen Diskriminierungsgründen besonderer Natur, da es nicht an eine historisch schlechtergestellte oder politisch ausgegrenzte Gruppe anknüpft. Nach dem Bundesgericht liegt deshalb ein atypischer Diskriminierungstatbestand vor, der sich trotz ausdrücklicher Nennung in Art. 8 Abs. 2 BV in der praktischen Anwendung dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV nähert (BGE 1C_295/2019, 1C_357/2019, E. 5.2, mit weiteren Hinweisen auf frühere Rechtsprechung):

310 Art. 26 der Gemeindeordnung der Stadt Burgdorf vom 26. November 2000, https://www.burgdorf.ch/de/verwaltung/dokumente/dokumente/GO_Januar2016.pdf.

311 CORSIN BISAZ, Jugend- und Ausländermotionen. Politische Mitwirkungsrechte von Personen ohne Stimmrecht – ein neues Phänomen auf Gemeindeebene, AJP 2016, S. 1356–1367, sowie NEVIN MARTINA BUCHER, Das Jugendvorstossrecht in den Gemeinden, Zürich 2019, S. 219.

312 BUCHER (Fn. 311), S. 228.

313 Hierzu insb. VINCENT MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Basel/Genf/Paris/Brüssel 2003, Rz. 895 ff.

314 MAGDALENA PÖSCHL, Altersdiskriminierung und Verfassung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), *Alter und Recht*, Wien 2012, S. 47–70, S. 48.

315 Dazu CHRISTA TOBLER, Altersdiskriminierung im EG-Recht, in: Epiney/Wyssling (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007*, Bern/Zürich/Basel/Genf 2007, S. 283–303, S. 286.

316 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389.

317 Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

318 So wiederum PÖSCHL (Fn. 314), S. 55 ff. – statt vieler.

«In Bezug auf die Gründe, die eine Schlechterstellung wegen des Alters rechtfertigen können, geht Art. 8 Abs. 2 BV nicht über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist aber ein etwas strikterer Massstab anzuwenden, um so dem mit Art. 8 Abs. 2 BV gewollten höheren Schutz Rechnung zu tragen.»

Dieser Ansatz findet in der Schweizer Literatur Zustimmung.³¹⁹

Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid betraf ein Höchstalter für die Wählbarkeit in ein Richteramt.³²⁰ Höchstaltersgrenzen können auch für politische Ämter und damit die politische Partizipation relevant sein, betreffen aber nicht das hier interessierende Stimmrecht von *Jugendlichen*. MÜLLER³²¹ bemerkt zur Nennung des Alters in Art. 8 Abs. 2 BV, dass in der Beratung zu dieser Bestimmung primär die Gruppe der Jugendlichen im Mittelpunkt des anvisierten Schutzes stand (daneben auch die Älteren). Gleichzeitig gelten aber die erwähnten Mindestaltersgrenzen des Schweizer Rechts als erlaubte Einschränkungen des allgemeinen Stimm- und Wahlrechts und nicht als Verstoß gegen das Gebot der Rechtsgleichheit, sofern sie auf sachlichen Gründen beruhen, massvoll sind und die Wahlmöglichkeiten nicht unverhältnismässig einengen.³²²

Mindestaltersgrenzen für das Stimmrecht werden im Allgemeinen damit gerechtfertigt, dass es – um mit COOK³²³ zu sprechen – vernünftig ist, Kompetenz von denjenigen zu verlangen, die an kollektiven Entscheidungen teilnehmen: «A minimum voting age is regarded as the most effective and least disrespectful way to ensure a sufficiently competent electorate». Das Thema ist umstritten. Auf der einen Seite sehen HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR³²⁴ ein Mindestalter für die politischen Rechte als geradezu nötige Verschiedenbehandlung

319 Z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 66), Rz. 776, sowie RAINER J. SCHWEIZER, Art. 8, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Fn. 27), Rz. 71, mit weiteren Hinweisen. Siehe auch bereits MARTENET (Fn. 313), Rz. 897 ff., sowie BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern 2003, S. 732 f.

320 Zu Altersgrenzen insb. DANIEL KETTIGER, Zur rechtlichen Problematik von Altersgrenzen für öffentliche Ämter, Jusletter 19. August 2002, weiter BERNHARD WALDMANN, Altersgrenzen im Recht, in: Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat/L'homme et l'Etat, Festschrift/Mélanges Thomas Fleiner, Zürich 2003, S. 469–483, sowie KURT PÄRLI, Altersgrenzen als Diskriminierungsproblem: Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte von völker-, verfassungs- und europarechtlicher Diskriminierungsverbote, in: Lorandi/Staehelin (Hrsg.), Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander, Zürich/St. Gallen 2011, S. 107–124.

321 JÖRG PAUL MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: Berner Tage für die juristische Praxis – BTJP 1999, Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000, S. 103–129, S. 119.

322 So z.B. SCHWEIZER (Fn. 319), Rz. 26, mit weiteren Hinweisen.

323 PHILIP COOK, Against a minimum voting age, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2013, 16:3, S. 439–458, S. 439.

324 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 66), Rz. 774.

und ist laut RUIZ ROBLEDO³²⁵ ein Mindestwahlalter notwendig, damit Wahlen legitim sind. Auf der anderen Seite hält COOK ein Mindeststimmrechtsalter für unsachgemäss und plädiert stattdessen für ein Verfahren zur Prüfung der Mindestwahlkompetenz von Jugendlichen; hier zeigt sich eine Parallele zur Diskussion um das Stimmrecht von Menschen mit Behinderung (dazu oben E. III.2.f.). Andere sprechen sich für eine generelle Senkung des Stimmrechtsalters aus und führen philosophische und psychologische Argumente zur Urteilsfähigkeit der Jugendlichen ins Feld.³²⁶ Umgekehrt gehen wieder andere von einem markanten Reifeunterschied zwischen 16- und 17-Jährigen im Vergleich zu 18-Jährigen aus.³²⁷

Tatsächlich liegt ein Hauptproblem des chronologischen Alters³²⁸ als Kriterium z.B. für das Stimmrecht in der Relativität des Alters, welches als gleitendes bzw. fließendes Lebensphänomen und angesichts individuell unterschiedlicher Entwicklungsschritte letztlich jede numerische Grenze willkürlich erscheinen lässt (so denn auch das «Child Rights International Network» mit Blick auf das Stimmrecht für Kinder).³²⁹ Insofern handelt es sich um eine ähnliche Problematik wie der fehlende objektive «cut-off point» im Fall von geistigen Behinderungen (dazu wiederum oben E. III.2.f.), dies aber mit dem rechtlichen Unterschied, dass die BRK für Menschen mit Behinderung ein Stimmrecht ohne Einschränkungen statuiert.

Die in der Schweiz vorgebrachten Argumente zugunsten des Stimmrechtsalters 16 stützen sich vor diesem Hintergrund weniger auf Gleichstellungsargumente als vielmehr auf die Betroffenheit von demokratischen Entscheidungen und die Stärkung der Demokratie – ähnlich wie beim Stimmrecht für ausländische Staatsangehörige (dazu unten G.III.1.). In der juristischen Literatur wird gerne der Vorschlag (bzw. die «provokative These»)³³⁰ des Philosophen HANS SANER zum Stimmrechtsalter Null erwähnt. SANER argumentierte mit der Betroffenheit der Kinder durch die Politik und die stärkere Gewichtung der Fami-

325 RUIZ ROBLEDO (Fn. 17), S. 233.

326 So TOMMY PETO, Too Immature to Vote? A Philosophical and Psychological Argument to Lower the Voting Age, *Erasmus Law Review* 2020 No. 1, S. 60–77; derselbe, Why the voting age should be lowered to 16, *Politics, philosophy & economics*, 2018-08, Vol. 17 (3), S. 277–297.

327 So z.B. JOHANNES BERGH, Does voting rights affect the political maturity of 16- and 17-year-olds? Findings from the 2011 Norwegian voting-age trial, *Electoral Studies*, 2013, volume 32, issue 1, S. 90–100, mit weiteren Hinweisen.

328 Zu unterschiedlichen Altersbegriffen aus der Sicht der Soziologie – nämlich chronologisch, sozial und psychologisch – siehe HELEN MEENAN, Age discrimination – Of Cinderella and *The Golden Bough*, in: Meenan (Hrsg.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge 2007, S. 278–312, S. 279.

329 CRIN, Child Rights International Network, Right to vote, <https://archive.crin.org/en/home/what-we-do/policy/minimum-ages/right-vote.html>. Diese Organisation ist der Auffassung: «That a child is interested in politics and voting is indication enough of capacity and potential.»

330 So ANTON HÜGLI, In Memoriam: Hans Saner (1934–2017), *Studia philosophica* 77/2018, S. 5–8, S. 6 f.

lie.³³¹ Laut KLEY hat sein Vorschlag einiges für sich.³³² BOILLET³³³ verweist dagegen auf andere Meinungen, wonach ein Kinderstimmrecht zur einer dem Gleichheitsprinzip widersprechenden Bevorzugung der Eltern führen würde. BOILLET selber spricht sich im Sinne eines praktischen Kompromisses für das Stimmrechtsalter 16 aus. Sie stützt sich dabei auf das Demokratieargument und verweist auf die Alterung der Gesellschaft und sowie auf eine Resolution der parlamentarischen Versammlung des Europarats,³³⁴ wonach ein Stimmrechtsalter von 16 bis 17 Jahren die Demokratie stärken würde.

Die Plattform www.stimmrechtsalter16.ch verweist ebenfalls auf Demokratieerwägungen, daneben aber auch auf gesellschaftliche Veränderungen. Unter dem Titel «Mehr Demokratie wagen!» nennt sie die folgenden Argumente und Überlegungen:

«Eine neue politische Generation – Es entsteht eine Generation, die nicht nur zu schauen, sondern politisch mitgestalten will. Nicht nur Grossereignisse wie der Klimawandel oder der Frauenstreik politisieren die neue Generation. Die Veränderung ist schleichender und längst da: Soziale Medien wecken durch politische Inhalte immer früher das Interesse von Jungen Erwachsenen.

Balance der Demokratie in Gefahr – Gleichzeitig ist der Medianwählende in der Schweiz 57 Jahre alt. Das heisst, der Teil der Bevölkerung, der über 57 Jahre alt ist, hat das gleiche politische Gewicht [...] wie die unter 57 Jährigen. Und laut dem Think-Tank «Avenir» erhöht sich alle vier Jahr das Medianalter um ein weiteres Jahr. Damit gerät die Schweizer Demokratie in eine Schiefelage mit verheerenden Folgen: Die Jungen werden vom demokratischen System abgehängt.

Jugendliche aktiv ins System einbinden – In einer lebendigen Demokratie soll die neue Generation in die Prozesse des politischen Systems eingeführt werden. Jugendlichen das Stimmrechts zu gewähren, bedeutet zu sagen: «Eure Stimme zählt, ihr seid Teil der Demokratie!» [...]

Die Hinweise auf eine politisch aktivere Jugend und die Klimabewegung finden sich im Übrigen auch im Beitrag von GERHARD³³⁵ im Buch «50 Jahre Frauenstimmrecht. 25 Frauen über Demokratie, Macht und Gleichberechtigung». Ihr Beitrag geht damit bewusst über die Geschlechtergleichstellung hinaus und spannt den Bogen zu weiteren Themen, welche für die Entwicklung hin zu einer integrativen Demokratie relevant sind.

331 Ähnlich die Denkfabrik *avenir suisse*, «Die Jungen sollen wissen, wie wichtig ihre Stimme ist», 21. Juni 2016, <<https://www.avenir-suisse.ch/die-jungen-sollen-wissen-wie-wichtig-ihre-stimme-ist/>>.

332 ANDREAS KLEY, Art. 136 (Fn. 199), Rz. 6.

333 BOILLET (Fn. 303), S. 1668 f., mit weiteren Literaturhinweisen.

334 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1826 (2011), Expansion of democracy by lowering the voting age to 16, 23. Juni 2011.

335 FINA GERHARD, «Warum es Sinn macht, schon mit 16 zu wählen», in: Rohner/Schäppi (Fn. 6), S. 47–50.

IV. Auf dem Weg zum Stimmrechtsalter 16

Beim heutigen Stand des Völkerrechts besteht kein (gleichberechtigtes) Stimmrecht für Kinder oder Jugendliche. Möglichweise wird die Schweiz aber auch ohne eine völkerrechtliche Pflicht das aktive Stimmrecht für 16-Jährige auf der Bundesebene einführen und damit dem Vorreiterkanton Glarus folgen. Mit Blick auf den demographischen Wandel und aus der Sicht der Erweiterung der Demokratie ist dies nach der hier vertretenen Auffassung zu begrüssen.

Damit würde die Schweiz Teil einer (bislang kleinen) Gruppe von Staaten und Territorien, in denen das Stimmrecht von 16-Jährigen bereits Realität ist.³³⁶ Im internationalen Schrifttum werden die empirischen Erfahrungen mit dem Stimmrechtsalter 16 vergleichend diskutiert. Die Erfahrungen unterscheiden sich naturgemäss, wobei u.a. das politische Umfeld eine Rolle spielt (z.B. in Schottland die Zulassung ab Alter 16 erstmals für die Abstimmung über die Unabhängigkeit).³³⁷ Insgesamt scheint in vielen Fällen eine positive Wirkung auf das politische Engagement junger Menschen festzustellen sein.³³⁸

Gleichzeitig wird in der Literatur die Wichtigkeit von Begleitmassnahmen wie Sensibilisierungskampagnen und v.a. fundiertem, staatsbürgerlichem Schulunterricht betont.³³⁹ Im gleichen Sinn äussert sich auch der KRK-Ausschuss:³⁴⁰

«If States decide to lower the voting age to under 18 years, they should invest in measures that support adolescents to understand, recognize and fulfil their role as active citizens, including through citizenship and human rights education and by identifying and addressing barriers to their engagement and participation.»

Hier zeigt sich bis zu einem gewissen Grad eine Parallele mit der Thematik des Stimmrechts für Menschen mit Behinderung, wo Unterstützungsmassnahmen erforderlich sein können, damit das Stimmrecht sinnvoll ausgeübt werden kann (siehe oben E. III.2.d.). Schliesslich wird – unabhängig vom Stimmrechtsalter – mit Blick auf das Anliegen, junge Menschen vermehrt für die Politik zu interes-

336 Siehe dazu: Voting Age Around the World, <<https://blog.batchgeo.com/voting-age-around-the-world/>> sowie im EU-Kontext: FRA, Children's right to vote, <<https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/right-to-vote>>.

337 CHRISTINE HÜBNER und JAN EICHHORN, Votes at 16 in Scotland: Political Experiences Beyond the Vote Itself, in: Eichhorn/Bergh (Hrsg.), Lowering the voting age to 16: learning from real experiences worldwide, Cham 2020, S. 121–142.

338 JAN EICHHORN und JOHANNES BERGH, Conclusion, in: Eichhorn/Bergh (Fn. 337), S. 231–241, S. 236.

339 Dazu allgemein HENRY MILLER, Political Knowledge, Civic Education and Voting at 16, in: Eichhorn/Bergh (Fn. 337), S. 65–79, S. 69, sowie im selben Band für Österreich JULIAN AICHHOLZER und SYLVIA KRITZINGER, Voting at 16 in Practice: A Review of the Austrian Case, S. 81–101, S. 83.

340 CRC, General Comment No. 20 (Fn. 299), Rz. 24.

sieren und sie zum Abstimmen zu motivieren, auf die hierfür vermutlich positive Rolle des e-voting hingewiesen³⁴¹ (dazu unten H. III.).

G. Stimmrecht von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz

I. Völkerrechtlicher Kontext

Für die Schweiz besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Gewährung des Stimmrechts an ausländische Staatsangehörige. Art. 25 UNO-Pakt II nennt nur die *eigenen* Staatsangehörigen eines Vertragsstaats («jeder Staatsbürger»; in der englischen Originalversion «every citizen»). Anders als im Fall von anderen im UNO-Pakt II statuierten Rechten knüpft diese Bestimmung die politischen Rechte damit ausdrücklich an die Staatsangehörigkeit – wie LAPPIN³⁴² bemerkt, handelt es sich um das einzige Recht, das nicht als universelles Menschenrecht statuiert ist. Die politischen Rechte müssen sodann «ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen» gewährt werden. Zu diesen Merkmalen gehört auch die nationale Herkunft. Angesichts des klaren Wortlautes von Art. 25 UNO-Pakt II kann sich dies aber jedenfalls im spezifischen Rahmen dieser Bestimmung nicht auf die Staatsangehörigkeit beziehen; es meint vielmehr Fälle wie die Gleichbehandlung von eingebürgerten Personen mit anderen Staatsangehörigen.³⁴³

Die Tatsache, dass Art. 25 UNO-Pakt II an die Staatsangehörigkeit anknüpft, schliesst gemäss dem UNO-Menschenrechtsausschuss nicht aus, dass politische Rechte in begrenztem Rahmen freiwillig auch Personen mit ausländischer Staatsangehörigkeit gewährt werden, z.B. wenn sie im Land wohnen.³⁴⁴ In solchen Fällen gilt in der Folge das Diskriminierungsverbot von Art. 2 UNO-Pakt II.³⁴⁵

Auf der Ebene des Europarats besteht das Übereinkommen über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben von 1992.³⁴⁶ Nach

341 MAJ-BRITT HORLACHER, Die politischen Rechte der Auslandschweizerinnen und Auslandsschweizer, Zürich: Schulthess 2018, S. 132.

342 RICHARD LAPPIN, The Right to Vote for Non-Resident Citizens in Europe, International and Comparative Law Quarterly 65 (2016), 859–894, S. 860. Idem SCHABAS (Fn. 213), Art. 25 CCPR, Rz. 34.

343 SARAH JOSEPH und MELISSA CASTAN, The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary, 3rd edition, Oxford 2013, S. 726, Rz. 22.01 ff.

344 CCPR, General Comment No. 25 (Fn. 11), Rz. 3: «[...] State reports should indicate whether any groups, such as permanent residents, enjoy these rights on a limited basis, for example, by having the right to vote in local elections or to hold particular public service positions.»

345 JOSEPH/CASTAN (Fn. 243), S. 728, Rz. 22.04.

346 Übereinkommen über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben vom 5. Februar 1992, SEV Nr. 144.

Art. 6 gewähren die Signatarstaaten ausländischen Staatsangehörigen das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen, sofern diese Personen die gesetzlichen Voraussetzungen, wie sie für die eigenen Staatsangehörigen des betr. Staates gelten, erfüllen und sofern sie darüber hinaus in den letzten fünf Jahren ihren rechtmässigen und gewöhnlichen Aufenthalt im betreffenden Staat gehabt haben (wobei dies auf das aktive Wahlrecht beschränkt werden kann). Die Tatsache, dass – abgesehen vom Wohnsitzerfordernis – die gleichen Bedingungen wie für Angehörigen des betreffenden Staates gelten, zeigt den gleichstellungsrechtlichen Charakter der Vorschrift. Der erläuternde Bericht zum Übereinkommen³⁴⁷ weist zur Begründung auf den steigenden Anteil der ausländischen Bevölkerung und ihre Integration hin. Die Schweiz hat dieses Abkommen nicht unterzeichnet.

II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz

LANGER³⁴⁸ spricht mit Bezug auf das Schweizer Recht von der «prinzipiell binäre[n] Haltung, wonach bei Schweizer Staatsbürgerschaft die politischen Rechte möglichst umfassend, ohne Staatsbürgerschaft aber gar nicht gewährt werden.» Art. 136 BV knüpft die politischen Rechte für die Bundesebene verbindlich an die schweizerische Staatsangehörigkeit. Einem Postulat von Nationalrat JEAN-CLAUDE RENNWALD, diese Anknüpfung im Interesse der Integration abzuschaffen und durch ein Wohnsitzerfordernis zu ersetzen, war kein Erfolg beschieden.³⁴⁹ Die Begründung für das Postulat bezog sich u.a. auf die Regelung in jenen Kantonen, welche das Stimmrecht für ausländische Staatsangehörige bereits eingeführt haben. Da Art. 136 BV nur für die Bundesebene gilt, können die Kantone für die kantonale und die kommunale Ebene eigene Regelungen vorsehen. Die Situation ist insofern ähnlich wie in den USA, wo ein Bundesgesetz seit 1996 die Teilnahme von ausländischen Personen an Wahlen auf der Bundesebene ausdrücklich verbietet.³⁵⁰ HORLACHER³⁵¹ weist darauf hin, dass eine Mehrheit der US-Bundesstaaten bis zum Ersten Weltkrieg das «alien suffrage» für Männer kannte, mit dem Ziel, die Einwanderung und die Integration der Eingewanderten zu fördern.

347 Explanatory Report to the Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level, Strasbourg, 5. Februar 1992, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb5e1>>, unter den Punkten 1.–3.

348 LANGER (Fn. 6), S. 78.

349 Postulat 00.3512 von NR JEAN-CLAUDE RENNWALD (Sozialdemokratische Fraktion), Stimmrecht für Ausländerinnen und Ausländer auf Bundesebene, 4. Oktober 2000, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefit?AffairId=20003512>>.

350 Siehe dazu <https://ballotpedia.org/Laws_permitting_noncitizens_to_vote_in_the_United_States>.

351 HORLACHER (Fn. 341), S. 90 f.

In der Schweiz haben sich in Kantonen und Gemeinden unterschiedliche Ansätze entwickelt. Eine Übersicht des Bundesamtes für Statistik³⁵² nennt Neuenburg (den Vorreiterkanton auf diesem Gebiet) und Jura als einzige Kantone mit aktivem Stimmrecht für in der Schweiz wohnhafte ausländische Personen auf der kantonalen Ebene (im Jura allerdings mit Ausnahme von Abstimmungen über Verfassungsänderungen). Bedingung dafür sind nach Art. 3 Abs. 1 des jurassischen Gesetzes über die politischen Rechte³⁵³ ein zehnjähriger Wohnsitz in der Schweiz, wovon mindestens ein Jahr im Kanton Jura, bzw. nach Art. 37 Abs. 1 Buchst. c der Neuenburger Kantonsverfassung³⁵⁴ die Niederlassungsbewilligung und ein fünfjähriger Wohnsitz im Kanton (Letzteres entspricht auf der Kantonsebene dem im letzten Abschnitt erwähnten, die Schweiz allerdings nicht bindenden Recht des Europarats).

Bei den Gemeinden ist der Anteil mit Stimmrecht für in der Schweiz wohnhafte ausländische Personen höher und schliesst z.T. auch das passive Wahlrecht ein (Letzteres überwiegend in der Westschweiz). Gemäss HORLACHER³⁵⁵ kennen aber nur gerade Neuenburg und Basel-Landschaft für alle Gemeinden ein umfassendes Stimmrecht. Auch hier können Bedingungen gelten, so z.B. nach Art. 3 Abs. 3 des jurassischen Gesetzes über die politischen Rechte ein sechsjähriger Wohnsitz in der Schweiz, wovon mindestens ein Jahr im Kanton Jura und mindestens 30 Tage in der betreffenden Gemeinde. Ein interessantes Beispiel ist Appenzell Ausserrhoden, wo die Gemeinden nach Art. 105 Abs. 2 der Kantonsverfassung das Stimmrecht jenen ausländischen Staatsangehörigen erteilen können, die seit zehn Jahren in der Schweiz und davon seit fünf Jahren im Kanton wohnen und ein entsprechendes Begehren stellen – also ein Stimmrecht auf Abruf, das die Gemeinden einführen können, aber nicht müssen.

Wie im Fall der Jugendlichen (siehe oben F.II.) sind auf Gemeindeebene auch hier z.T. eingeschränktere Formen der Mitwirkung propagiert oder eingeführt worden, darunter etwa der Bevölkerungsantrag und die Partizipationsmotion.³⁵⁶ BUCHER³⁵⁷ weist auf einen problematischen Punkt jener Jugendvorstossrechte hin, die auch ausländischen Jugendlichen zur Verfügung stehen: Die diesen Jugendlichen eröffnete Möglichkeit der politischen Mitwirkung kann mit Eintritt der Volljährigkeit wieder enden – nämlich dort, wo nicht auch für ausländische Erwachsene ein Mitwirkungsinstrument besteht.

352 Bundesamt für Statistik, Gemeinden und Kantone mit Stimm- und Wahlrecht für Ausländer, <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/migration-integration/integrationindikatoren/indikatoren/gemeinde-kantone-recht.html>>.

353 République et Canton du Jura, Loi sur les droits politiques du 26 octobre 1978, Nr. 161.1.

354 Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000, SR 131.233.

355 HORLACHER (Fn. 341), S. 146.

356 Nachweise bei LANGER (Fn. 6), S. 80; siehe auch hier BISAZ (Fn. 311).

357 BUCHER (Fn. 311), S. 227.

Insgesamt stellt LANGER³⁵⁸ fest, dass die politische Partizipation von ausländischen Staatsangehörigen in der Schweiz auf der kantonalen und der kommunalen Ebene weiterhin die Ausnahme ist. Selbst in Kantonen, die das Frauenstimmrecht früher als der Bund eingeführt hatten, scheiterten entsprechende Vorstösse z.T. mehrfach. Hier wiederholt sich bis zu einem gewissen Grad die Geschichte des Frauenstimmrechts: «Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals», so LINDA KOPONEN Anfangs 2021 in der NZZ.³⁵⁹

III. Gleichstellung oder Demokratie?

1. Argumente gegen die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit

AUBERT³⁶⁰ bemerkt, dass die Anknüpfung an die Staatangehörigkeit in Art. 136 BV noch von der verbreiteten Vorstellung der Demokratie ausgeht, wonach das Schicksal eines Staates, soweit es von politischen Entscheidungen abhängt, denen gehört, die am meisten mit ihm verbunden sind, nämlich den eigenen Staatsangehörigen. Er fügt in einer Fussnote hinzu: «Alors qu'une vue plus rationnelle des choses conduirait plutôt à donner des droits politiques à ceux qui *subissent les effets de la politique*, c'est à dire, en général, aux personnes (majeures) *domiciliées* durablement dans le pays, indépendamment de leur nationalité.» AUBERT spricht sich damit klar für ein Stimmrecht auch von ausländischen Staatsangehörigen mit Schweizer Wohnsitz aus. Wesentlich ist in seiner Sicht, wer von demokratischen Entscheiden betroffen ist.

Die Eidgenössische Migrationskommission (EMK)³⁶¹ verweist auf den hohen Anteil von ausländischen Personen an der Schweizer Wohnbevölkerung – fast ein Viertel – und auf den Gewinn des Einbezuges der Bevölkerung in Entscheidungsprozesse und die daraus folgende Legitimität des demokratischen Systems und seiner Strukturen. Die EMK plädiert deshalb für einen Perspektivwechsel im Sinne des Konzeptes der *citoyenneté*:

«Alle Bewohnerinnen und Bewohner dieses Landes sollen unabhängig von ihrer Nationalität als «Citoyens» betrachtet und behandelt werden. Diese Anerkennung ist notwendig, damit sie als «Citoyennes» und «Citoyens» handeln und die gesellschaftlichen Verhältnisse aktiv mitgestalten können. Der Einbezug der gesamten Bevölkerung in politische Entscheidungsprozesse ist ein unverzichtbarer Beitrag zur Stärkung der Demokratie.»

358 LANGER (Fn. 6), S. 77 ff., mit weiteren Literaturhinweisen.

359 LINDA KOPONEN, Meine politische Meinung zählt in der Schweiz nichts – und daran bin ich selber Schuld: Die Ausländer von heute sind die Frauen von damals, NZZ vom 23. Januar 2021, <<https://www.nzz.ch/gesellschaft/die-auslaender-von-heute-sind-die-frauen-von-damals-ld.1597083>>.

360 AUBERT, Art. 136 (Fn. 201), 3.

361 Eidgenössische Migrationskommission, *Citoyenneté*, <<https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/staatsbuergerschaft-citoyennete/Citoy.html>>, mit weiteren Links.

Auf der Ebene der Nichtregierungsorganisationen tritt z.B. [humanrights.ch](https://www.humanrights.ch)³⁶² mit den folgenden Argumenten für das Stimmrecht für ausländische Personen ein:

«Zum einen ist es für die Integration von Ausländerinnen und Ausländern von Vorteil, wenn sie bei politischen Entscheiden involviert sind. Schliesslich zahlen sie Steuern und übernehmen sonstige Pflichten gegenüber dem Staat. [...] Zum andern ist das demokratiethoretische Argument zentral: Das Wahl- und Stimmrecht an die Staatsbürgerschaft zu knüpfen, macht keinen Sinn, weil die Schweiz gleichzeitig eine prohibitive Einbürgerungspolitik verfolgt. [...] Der fehlende Zugang zu politischen Rechten für Ausländerinnen und Ausländer in Kombination mit einer rigiden Einbürgerungspolitik beeinträchtigt auf lange Sicht die Qualität der demokratischen Ordnung in der Schweiz. Nüchtern betrachtet, ist das allgemeine und gleiche Recht zu wählen und abzustimmen in der Schweiz unter den heutigen Voraussetzungen nur teilweise garantiert.»

Hier nennt [humanrights.ch](https://www.humanrights.ch) somit zwei weitere Elemente zugunsten des Stimmrechts von ausländischen Personen: zum einen die strenge Einbürgerungspolitik der Schweiz³⁶³ und zum andern die Pflichten von ausländischen Personen gegenüber dem Staat, darunter auch die Steuerpflicht. Letzteres erinnert an den US-amerikanischen Grundsatz «no taxation without representation». Ihm wohnt letztlich ein Gleichstellungselement inne, nämlich die Gleichbehandlung aller Menschen, welche Steuern bezahlen, mit Bezug auf die politischen Rechte.³⁶⁴ Rechtlich lässt es sich am ehesten auf der Ebene des allgemeinen Gleichheitssatzes ansiedeln, wonach Vergleichbares gleich behandelt werden soll. Vergleichbar wären demnach alle Personen mit Steuerpflicht, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit. Damit ist die Diskussion bei der Gleichstellung angelangt.

2. Die Frage der Gleichstellung

Für die Schweiz besteht nicht nur keine völkerrechtliche Pflicht zur Einräumung des Stimmrechts an ausländische Personen, auch das interne Recht sieht keinen solchen Anspruch vor.³⁶⁵ Dies hindert nach BOILLET³⁶⁶ aber nicht, dass die Frage nach der Relevanz der Staatsangehörigkeit im Lichte des Gleichheits-

362 [humanrights.ch, Politische Rechte für Ausländer/innen in der Schweiz](https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/migration-asyl/politische-rechte), <<https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/migration-asyl/politische-rechte>>.

363 Dazu im wissenschaftlichen Schrifttum LANGER (Fn. 6), S. 75 ff., sowie VÉRONIQUE BOILLET und CLÉMENTINE DEMAY, *En marge des droit politiques. Une analyse des conditions d'inclusion dans le corps électoral suisse à l'aune de la pensée féministe*, in: Cottier/Hotz/Kapferer (Hrsg.), *Recht in Bewegung – Droit en mouvement* (im Erscheinen begriffen).

364 Zur vergleichsweise bescheidenen Verwendung dieses Arguments im US-amerikanischen Kampf um das Frauenstimmrecht JULIA TUTT, *No Taxation without Representation in the American Woman Suffrage Movement*, *Stanford Law Review* 2009–2010, S. 1473–1512.

365 Vgl. CORSIN BISAZ, *Das Ausländerstimmrecht in der Schweiz – Formen und Rechtsungleichheiten*, in: Glaser (Hrsg.), *Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer?* Zürich 2017, S. 107–139, ab S. 122 unter dem Titel «Die Variation im Lichte der Rechtsgleichheit».

366 Hierfür und für das Folgende BOILLET (Fn. 303), S. 1666 f., mit weiteren Hinweisen.

prinzips und insb. von Art. 8 Abs. 1 BV gestellt wird – also des allgemeinen Gleichheitssatzes des schweizerischen Verfassungsrechts, wie bereits im letzten Abschnitt im Zusammenhang mit der Steuerpflicht angedeutet. BOILLET erachtet – gleich wie AUBERT – die zugunsten des Staatsangehörigkeitskriteriums vorgebrachten Argumente als nicht überzeugend und hält die Verweigerung des Stimmrechts letztlich auch für unverhältnismässig. BOILLET/DEMAY³⁶⁷ bemerken darüber hinaus, dass sich das Kriterium der Staatsangehörigkeit im Zusammenhang mit dem Stimmrecht bei näherem Hinsehen als heteronorm und auf Stereotypen basierend entpuppt und auch deshalb abgeschafft werden sollte. Gleich wie AUBERT plädieren auch diese Autorinnen für die Dauer des Wohnsitzes als sachgerechtes Kriterium für die Gewährung des Stimmrechts an ausländische Staatsangehörige. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies überzeugend.

IV. Exkurs: das Recht der Europäischen Union und seine Relevanz für die Schweiz

1. Kommunales Wahlrecht gemäss EU-Recht

In seinem Postulat zur Abschaffung der Verknüpfung der politischen Rechte auf Bundesebene mit der schweizerischen Staatsangehörigkeit bzw. zur Einführung eines Wohnsitzkriteriums bezog sich Nationalrat JEAN-CLAUDE RENNWALD auch auf das Recht der Europäischen Union (EU). Dort ist das aktive und passive Kommunalwahlrecht von im EU-Ausland wohnhaften EU-Staatsangehörigen Teil der Unionbürgerschaft. Diese wurde zusammen mit der EU selber durch den sog. Vertrag von Maastricht³⁶⁸ geschaffen. Die Unionsbürgerschaft gründet auf der nationalen Staatsangehörigkeit und tritt als zusätzlicher Status zu dieser hinzu. Heute finden sich die einschlägigen Regelungen in den modernen Versionen des EU-Vertrags³⁶⁹ (darunter insb. Art. 9 und 11 EUV), des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union³⁷⁰ (Art. 20 ff. AEUV) und der EU-Charta der Grundrechte³⁷¹ (Art. 40 GRC) als primärrechtliche Ebene sowie – je nach dem Themenbereich – zusätzlich im EU-Sekundärrecht (Verordnungen und Richtlinien i.S.v. Art. 288 AEUV).

Die Unionsbürgerschaft vermittelt den EU-Staatsangehörigen gewisse Rechte und Pflichten, darunter auch das kommunale Wahlrecht in einem anderen Wohnsitzmitgliedstaat.³⁷² Der Fokus auf die Kommunalebene erklärt sich

367 BOILLET/DEMAY (Fn. 363), mit weiteren Hinweisen.

368 (Ursprünglicher) Vertrag über die Europäische Union von 1992, ABl. 1992 C 191/1.

369 Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/13.

370 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/47.

371 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389.

372 Vorschläge zur Schaffung eines kommunalen Wahlrechts bestanden in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bereits seit den 1970er Jahren; siehe dazu Erläuterungen zum Vorschlag

laut der Europäischen Kommission dadurch, dass Menschen «unmittelbar von den Entscheidungen betroffen [sind], die tagtäglich von den lokalen Gebietskörperschaften in den Bereichen Wirtschaft, Soziales und Kultur getroffen werden».³⁷³ Da auch heute noch nur eine Minderheit der EU-Staaten zugleich Signatarstaaten des Europaratsübereinkommens über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben sind, hat das Kommunalwahlrecht auf EU-Ebene durchaus eine eigenständige Bedeutung. Zudem geht die unionsrechtliche Regelung weiter als jene des erwähnten Übereinkommens, da sie – jedenfalls im Grundsatz – auf eine Mindestwohnsitzfrist verzichtet. Art. 22 Abs. 1 AEUV bestimmt:

«Jeder Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, hat in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen, wobei für ihn dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats. Dieses Recht wird vorbehaltlich der Einzelheiten ausgeübt, die vom Rat einstimmig gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments festgelegt werden; in diesen können Ausnahmeregelungen vorgesehen werden, wenn dies aufgrund besonderer Probleme eines Mitgliedstaats gerechtfertigt ist.» (Vgl. auch die kürzere Fassung in Art. 40 GRC).

Der Passus über «dieselben Bedingungen wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats» zeigt, dass es sich um eine Gleichstellungsvorschrift handelt. Gemäss der Präambel der Richtlinie 94/80 über die Einzelheiten zum Kommunalwahlrecht³⁷⁴ ist das Wahlrecht «eine Anwendung des Grundsatzes der Gleichheit und Nichtdiskriminierung zwischen in- und ausländischen Unionsbürgern». Entsprechend sieht Art. 3 der Richtlinie vor, dass das Wahlrecht nicht nur die Unionsbürgerschaft voraussetzt, sondern auch die Erfüllung der Bedingungen, an welche das Recht des betreffenden Staates das Wahlrecht seiner Staatsangehörigkeit knüpft.

Eine interessante Ausnahme findet sich in Art. 12, der im Fall eines hohen Anteils von EU-ausländischen Personen als zusätzliche Bedingung eine Mindestwohnsitzdauer zulässt:

«(1) Überschreitet in einem Mitgliedstaat am 1. Januar 1996 der Anteil der Unionsbürger im Wahlalter, die ihren Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat haben, ohne dessen

für eine Richtlinie des Rates über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, KOM(1994) 38 endg., S. 14 f. (insb. Punkt 2).

373 Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 94/80/EG über das aktive und passive Wahlrecht bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, COM(2012) 99 fin., am Anfang.

374 Richtlinie 94/80/EG über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. 1994 L 368/38 (mit seitherigen Änderungen).

Staatsangehörigkeit zu besitzen, 20 v.H. aller Unionsbürger im Wahlalter mit Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat, so kann dieser Mitgliedstaat in Abweichung von dieser Richtlinie

- a) das aktive Wahlrecht denjenigen aktiv Wahlberechtigten im Sinne des Artikels 3 vorbehalten, die in diesem Mitgliedstaat seit einer Mindestzeit, die die Dauer einer Amtszeit der kommunalen Vertretungskörperschaft nicht überschreiten darf, ihren Wohnsitz haben, und
- b) das passive Wahlrecht denjenigen passiv Wahlberechtigten im Sinne des Artikels 3 vorbehalten, die in diesem Mitgliedstaat seit einer Mindestzeit, die die Dauer von zwei Amtszeiten dieser Vertretungskörperschaft nicht überschreiten darf, ihren Wohnsitz haben, und
- c) geeignete Maßnahmen hinsichtlich der Zusammensetzung der Kandidatenlisten erlassen, die insbesondere darauf abzielen, die Integration von Unionsbürgern, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, zu erleichtern.

[...]

(4) Die Kommission legt dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 31. Dezember 1998 und danach jeweils alle sechs Jahre einen Bericht vor, in dem sie prüft, ob die Gründe, die die Gewährung einer Ausnahme nach Artikel 8b Absatz 1 des Vertrags zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten gerechtfertigt haben, fortbestehen; sie schlägt gegebenenfalls vor, daß geeignete Anpassungen vorgenommen werden. Die Mitgliedstaaten, die Ausnahmeregelungen nach den Absätzen 1 und 2 anwenden, übermitteln der Kommission die erforderlichen Begründungen.»

Gemäss der Präambel zur Richtlinie 94/80 geht es bei der 20%-Hürde darum, Fällen mit einem überdurchschnittlich hohen Anteil von ausländischen Personen aus anderen EU-Staaten Rechnung zu tragen, um so das Risiko einer Polarisierung zwischen den Listen von in- und ausländischen Kandidierenden zu vermeiden. Zu beachten ist, dass es dabei nur um *EU*-Staatsangehörige geht und zudem nur um solche im Wahlalter. Art. 12 war ursprünglich auf Luxemburg zugeschnitten, wo der relevante Anteil Mitte der 1990er Jahre 29% betrug;³⁷⁵ später stieg er noch deutlich an.³⁷⁶

2. *Relevanz für die Schweiz*

Die Schweiz gehört nicht zur EU, weshalb die soeben umrissene Regelung hier nicht gilt. In der politischen Debatte ist allerdings von rechtsnationaler Seite die Befürchtung geäußert worden, die EU könnte der Schweiz das kommunale

375 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, KOM(1994) 38 endg., S. 33.

376 Bericht der Kommission (Fn. 373), unter Punkt 4. Zum Vergleich: In der Schweiz lag der *Gesamtanteil* von ausländischen Personen in den 1990er Jahren unter 20%; siehe <<https://www.suz.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3897-a8c6-0000-00007d48e43f/Grafiken.pdf>>, unter «Ausländeranteil in der Schweiz 1900–2008».

Wahlrecht via das bilaterale Recht aufzwingen, genauer via das im Entwurf für ein Institutionelles Abkommen³⁷⁷ vorgesehene dynamische System der Übernahme von EU-Recht ins bilaterale Recht:³⁷⁸ Würde nämlich die sog. Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38³⁷⁹ ins bilaterale Freizügigkeitsabkommen³⁸⁰ übernommen und würde die EU später Bestimmungen über das Wahlrecht in diese Richtlinie einfügen, so müsste die Schweiz auch diese Bestimmungen übernehmen.³⁸¹

Diese Vorstellung beruht auf einem Missverständnis: Die sekundärrechtliche Regelung zum EU-Kommunalwahlrecht findet sich nicht in der Richtlinie 2004/38, welche Reise- und Aufenthaltsrechte und somit wichtige Aspekte der Freizügigkeit zum Gegenstand hat, sondern in der oben erwähnten Richtlinie 94/80. Gemäss der Präambel dieser Richtlinie «ergänzt» das Wahlrecht das Recht auf Freizügigkeit; es ist nicht selber Teil davon. Instruktiv ist zudem der Vergleich mit dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR): Hier wurde die Richtlinie 2004/38 zusammen mit einer Erklärung in den Rechtsbestand des EWR-Rechts übernommen. Sie hält fest, dass das EWR-Abkommen³⁸² keine Rechtsgrundlage für politische Rechte bietet.³⁸³ Sollte die Über-

377 Entwurf für ein Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen, des Binnenmarktes, an denen die Schweiz teilnimmt, 23. November 2018, inoffizielle deutsche Übersetzung, <https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_de.pdf>. Am 26. Mai 2021 beschloss der Bundesrat, das Institutionelle Abkommen nicht zu unterzeichnen; siehe <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83705.html>>.

378 Zum dynamischen System im InstA GEORGES BAUR und CHRISTA TOBLER, «Automatische» vs. «dynamische» Rechtsübernahme. What's in a name?, in: Epiney/Kern/Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016, Bern/Zürich/Basel/Genf 2016, S. 347–361; sowie spezifisch zur Richtlinie 2004/38 ASTRID EPINEY/SIAN AFFOLTER, Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter 11. März 2019. Zum Ganzen auch JACQUES BEGLINGER und CHRISTA TOBLER, Tobler/Beglinger-Brevier zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU, online-Publikation (<<http://www.brevier.eur-charts.eu>>), release 2021-05.1 vom 2. Mai 2021 (wird regelmässig aufdatiert).

379 Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365 und 93/96, ABl. 2004 L 158/77 (mit seitherigen Änderungen).

380 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681.

381 So NR MAGDALENA MARTULLO-BLOCHER in der Sendung Arena des Schweizer Fernsehens srf «Schweiz-EU: Höchste Zeit?!» vom 7. Juni 2019, <<https://www.srf.ch/sendungen/arena/schweiz-eu-hoehste-zeit>>, Minute 59.09.

382 Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992, ABl. 1994 L 1/3 (mit seitherigen Änderungen).

383 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 vom 7. Dezember 2007 zur Änderung des Anhangs V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und des Anhangs VIII (Niederlassungsrecht) des EWR-Abkommens, ABl. 2008 L 124/20; Gemeinsame Erklärung der Vertrags-

nahme der Richtlinie 2004/38 in den Rechtsbestand des bilateralen Rechts Schweiz–EU praktisch ein Thema werden, so empfiehlt es sich, ebenfalls eine solche Ausschlusserklärung aufzunehmen.

H. Stimmrecht von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland

I. Völkerrechtlicher Kontext

Für die Schweiz besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Gewährung des Stimmrechts an schweizerische Staatsangehörige mit Wohnsitz im Ausland. Art. 25 UNO-Pakt II spricht die Landesabwesenheit bzw. den ausländischen Wohnsitz von eigenen Staatsangehörigen nicht an. Art. 2 Abs. 1 verpflichtet die Vertragsstaaten vielmehr dazu, die im Pakt statuierten Rechte allen *in ihrem Gebiet befindlichen* und ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen zu gewähren. Das UNO-Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen von 1995³⁸⁴ hat die Schweiz – gleich wie viele andere Industriestaaten – nicht unterzeichnet. Nach Art. 41 Abs. 1 haben die im Titel des Übereinkommens genannten Personen das Recht, an den öffentlichen Angelegenheiten ihres Herkunftsstaates teilzunehmen und bei Wahlen dieses Staates nach dessen Rechtsvorschriften zu wählen und gewählt zu werden.

Auf der Ebene des Europarats erlaubt Art. 3 des Zusatzprotokolls Nr. 1 zur EMRK (von der Schweiz ebenfalls nicht unterzeichnet) Beschränkungen des Stimmrechts.³⁸⁵ Einen gewissen Einfluss auf die Regelung des Stimmrechts von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland hatten hierzulande zwei Empfehlungen des Europarats:³⁸⁶ Zwar bestand das Stimmrecht auf der Bundesebene bereits seit 1975, doch konnte es nur auf Schweizer Territorium ausgeübt werden. Dies wurde später dahin gehend geändert, dass neu auch

parteien zum Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 zur Aufnahme der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in das Abkommen.

384 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, United Nations, Treaty Series, vol. 2220, p. 3; Doc. A/RES/45/158.

385 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR ist es zulässig, den eigenen, im Ausland wohnhaften Staatsangehörigen das Stimmrecht entweder gar nicht zu gewähren (Urteil vom 28. Februar 1979, *X gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 7730/76) oder aber es von bestimmten Erfordernissen abhängig zu machen (Urteil vom 6. Oktober 2005, *Hirst gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 38832/06; Urteil vom 7. Mai 2013, *Shindler gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 19840/09). Zu beiden Aspekten RAINEY, WICKS und OVEY (Fn. 262), S. 603 f.

386 Parliamentary Assembly, Recommendation 951 (1982), Voting rights of nationals of Council of Europe Member States, <<http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14985&lang=en>>, sowie Committee of Ministers, Recommendation R(86)8 (1986) on the exercise in the state of residence by nationals of other Member States of the right to vote in the elections of the state of origin, <<https://rm.coe.int/native/090000116804ce84e>>.

vom Ausland aus auf dem Korrespondenzweg abgestimmt werden konnte. Diese Möglichkeit dieses sog. «external voting» besteht seit 1992.³⁸⁷

II. Regelung im föderalistischen System der Schweiz

Nach Art. 39 Abs. 2 BV werden die politischen Rechte am Wohnsitz ausgeübt, wobei Bund und Kantone Ausnahmen vorsehen können. Gemäss KLEY³⁸⁸ hat das Wohnsitzerfordernis aber lediglich die verfahrensrechtliche Bedeutung, dass *in der Schweiz niedergelassene* Stimmberechtigte ihr Stimmrecht am schweizerischen Wohnort wahrnehmen; es führt nicht zu einem Ausschluss von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland vom Stimmrecht. Dies bestätigt Art. 40 Abs. 2 BV: Danach erlässt der Bund Vorschriften u.a. über die Ausübung der politischen Rechte von Schweizer Staatsangehörigen im Ausland. Diese Vorschriften finden sich in den Art. 15 ff. des Bundesgesetzes über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (ASG).³⁸⁹

HORLACHER³⁹⁰ betont zu Recht die realpolitische Bedeutung der Thematik, haben doch die im Ausland wohnhaften Schweizer Stimmberechtigten das Stimmgewicht eines mittleren Schweizer Kantons. Im Bundesparlament warf Ständerat ANDREA CARONI die Frage auf, ob es richtig sei, das Stimmrecht ungeachtet der Dauer der Abwesenheit vom Schweizer Staatsgebiet zu gewähren. Er argumentierte, eine lange Abwesenheit führe zu einer geringeren bzw. der fehlenden Betroffenheit der Person von den Stimm- und Wahlentscheiden, weshalb eine Befristung des Stimmrechts sinnvoll sein könnte.³⁹¹ Der Bundesrat verwies in seiner ablehnenden Antwort auf die heutigen Transport- und Kommunikationsmittel, die es ermöglichen, auch bei jahrzehntelangem Wohnsitz im Ausland enge Bindungen zur Schweiz zu behalten; er sah deshalb keinen Handlungsbedarf.

Allen Ebenen des schweizerischen Bundesstaates gemein ist die formelle Anforderung, dass im Ausland wohnhafte Schweizer Staatsangehörige ihr Stimmrecht nur dann ausüben können, wenn sie sich ins Stimmregister ihres Kantons haben eintragen lassen. Die Meldung erfolgt gemäss Art. 19 ASG via die schweizerische Vertretung im Ausland an die Stimmgemeinde. Eine Bestätigung nach Ablauf einer gewissen Zeit ist nach der heute geltenden Regelung nicht mehr erforderlich. Gemäss Art. 18 ASG wird das Stimmrecht in der letz-

387 Zum Begriff des «external voting» und zum Einfluss der erwähnten Empfehlungen HORLACHER (Fn. 341), S. 6 f. bzw. 17 f.

388 KLEY, Art. 39 (Fn. 187), Rz. 7 ff.

389 Bundesgesetz vom 26. September 2014 über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG), SR 195.1.

390 HORLACHER (Fn. 341), I und 30 f.

391 Interpellation 17.3430 von SR ANDREA CARONI, «Auslandschweizer-Stimmrecht für potenziell Betroffene», 16. Juni 2017, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20173430>>.

ten schweizerischen Wohnsitzgemeinde ausgeübt. Fehlt eine solche, so tritt die Heimatgemeinde an ihre Stelle. KLEY³⁹² bezeichnet die letztere Lösung als sachlich richtig, weil das kantonale Heimatrecht im Gegensatz zu einem früheren Wohnsitz eine genügende Verbindung mit dem betreffenden Kanton garantiert. Umgekehrt hält HORLACHER³⁹³ die Zuordnung sowohl zum Heimatort als auch zum letzten Wohnsitz für unbefriedigend und empfiehlt Alternativen wie z.B. den angrenzenden Kanton für im ausländischen Grenzgebiet lebende Schweizer Staatsangehörige. Denkbar wäre auch ein eigener Wahlkreis für Schweizer Staatsangehörige mit Wohnsitz im Ausland.³⁹⁴

Im Übrigen gilt gemäss Art. 15 Abs. 1 ASG für das Stimmrecht von Schweizer Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland die Gesetzgebung über die politischen Rechte der Schweizerinnen und Schweizer im Inland, soweit das ASG oder die Ausführungsvorschriften hierzu nichts anderes bestimmen. Art. 15 Abs. 2 ASG behält für die kantonalen und kommunalen Angelegenheiten das kantonale Recht vor. Auch hier können somit unterschiedliche Regelungen bestehen.

III. Die Frage der Gleichstellung

Laut HORLACHER³⁹⁵ lässt sich aus den Schweizer Grundrechten für Schweizer Staatsangehörige mit ausländischem Wohnsitz weder ein Anspruch auf Einschluss noch auf Ausschluss aus dem Kreis der Stimmberechtigten ableiten. Insb. würde ein Fehlen des Stimmrechts Art. 8 Abs. 2 BV nicht verletzen, da der Wohnsitz bzw. die Landesabwesenheit in der dort enthaltenen Liste von explizit statuierten Diskriminierungsgründen nicht erscheint und weiter auch nicht als zusätzliches Kriterium in der offen gehaltenen Beispielliste verstanden wird.

Die Thematik der Gleichstellung erschöpft sich allerdings nicht in dieser Feststellung: Wird das Stimmrecht gewährt, so stellen sich weitere Fragen mit Blick auf die Chancengleichheit bei der Ausübung dieses Rechts – insofern besteht hier eine Parallele zum Stimmrecht von Menschen mit Behinderung. HORLACHER³⁹⁶ betont zu Recht die besondere Bedeutung, welche die *Form* der Stimmabgabe für Stimmberechtigte mit Wohnsitz im Ausland hat. Art. 18 Abs. 3 ASG nennt drei mögliche Modi: persönlich (d.h. physisch im Stimm- und Wahllokal), brieflich und – sofern die Voraussetzungen erfüllt sind – elektronisch (sog. e-voting).³⁹⁷ Auch hier können die Kantone eigene Regelungen

392 KLEY, Art. 39 (Fn. 187), Rz. 11.

393 HORLACHER (Fn. 341), S. 153 f.

394 Idem, S. 211.

395 Idem, S. 80 ff. und insb. 87.

396 Idem, S. 139.

397 HORLACHER (Fn. 341), S. 129 f., erwähnt zusätzlich die praktisch wenig relevante Stellvertretung.

treffen. So war im Tessin auf der kommunalen Ebene früher die persönliche Stimmabgabe vor Ort vorgeschrieben; inzwischen ist dies aber abgeschafft worden.³⁹⁸

Die persönliche Stimmabgabe erfolgt in der Stimmgemeinde, wo die betreffende Person registriert ist. Laut HORLACHER³⁹⁹ ist die briefliche Stimmabgabe der häufigste Stimmmodus von im Ausland wohnhaften Schweizer Staatsangehörigen. Ihre Wirksamkeit hängt allerdings wesentlich von der Zuverlässigkeit und Effizienz der Postbetriebe. Besonders einfach erscheint die elektronische Stimmabgabe, insb. in der Form des ausserhalb des Stimmlokals (z.B. von zuhause aus) erfolgenden sog. «remote e-voting».⁴⁰⁰ Die damit verbundenen Chancen und Risiken sind Teil einer Grundsatzdebatte über die Digitalisierung.⁴⁰¹ Während auf der einen Seite die Vorteile mit Blick auf die hindernisfreie Ausübung des Stimmrechts von Schweizer Staatsangehörigen im Ausland und von Menschen mit Behinderung hervorgehoben wird und eine erhöhte Stimmbeteiligung von Jugendlichen erwartet wird,⁴⁰² fürchten andere die Zerstörung der direkten Demokratie.⁴⁰³ Der Europarat hat bisher als einzige internationale Organisation im Rahmen einer Empfehlung intergouvernementale Standards für das e-voting definiert, an denen sich die Staaten orientieren können.⁴⁰⁴

In der Schweiz sind die bundesrechtlichen Grundlagen für das e-voting mit Art. 8a des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR), Art. 27a ff. der Verordnung über die politischen Rechte (VPR) und der Verordnung der Bundeskanzlei über die elektronische Stimmabgabe (VEleS)⁴⁰⁵ geschaffen worden. Nach Art. 18 Abs. 4 ASG fördert der Bundesrat im Einvernehmen mit interessierten Kantonen und Gemeinden die Durchführung von Versuchen zur elektro-

398 Repubblica e Cantone Ticino, Legge sull'esercizio dei diritti politici (LEDP) del 19 novembre 2018 (Nr. 150.1001). Siehe dazu Direttiva n. 2, Svizzeri e Ticinesi all'estero, 29. August 2019, Punkt 20: «Con la nuova legge cadono le restrizioni sul voto per corrispondenza dei Ticinesi all'estero: possono votare per corrispondenza anche nelle elezioni et votazioni comunali. Il Comune deve quindi inviare il materiale di voto complete (comprensivo della scheda) anche all'iscritti all'estero.»

399 HORLACHER (Fn. 341), S. 127 f.

400 Idem, S. 130 ff.

401 Dazu: Neuausrichtung und Wiederaufnahme der Versuche. Schlussbericht des Steuerungsausschusses Vote électronique (SA VE), 30.11.2020, <<https://www.news.admin.ch/news/mes sage/attachments/64680.pdf>>, S. 7.

402 Dazu HORLACHER (Fn. 341), S. 32 und 131 f.

403 Interpellation 18.3057 «Zerstörung der direkten Demokratie durch E-Voting» von NR CLAUDIO ZANETTI, 1. März 2018, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeff?AffairId=20183057>>.

404 Committee of Ministers, Recommendation Rec(2004)11 on legal, operational and technical standards for e-voting, <[https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec\(2004\)11_rec_adopted_en.asp](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec(2004)11_rec_adopted_en.asp)>, sowie Recommendation CM/Rec (2017) to member States on standards for e-voting, <<https://rm.coe.int/0900001680726f6f>>. Siehe auch <<https://www.coe.int/en/web/electoral-assistance/e-voting>>.

405 Verordnung der Bundeskanzlei vom 13. Dezember 2013 über die elektronische Stimmabgabe (VEleS), SR 161.116.

nischen Stimmabgabe. Seit 2004 läuft eine Versuchsphase; Genf gilt als der Pilotkanton. Seit 2004 haben 15 Kantone entsprechende Rechtsgrundlagen geschaffen.⁴⁰⁶ 2017 stellte HORLACHER⁴⁰⁷ fest, die Schweiz sei, wiewohl in Sachen Testläufen weltweit an der Spitze, noch immer relativ weit von einer umfassenden Umsetzung entfernt. 2018 führte die Stadt Zug unter Beteiligung der Hochschule Luzern als erste eine Testabstimmung auf Basis der Blockchain-Technologie durch.⁴⁰⁸ Diese Technologie wird im Zusammenhang mit der Sicherheit des e-voting intensiv diskutiert.⁴⁰⁹ Mitte 2019 zogen dann aber die beiden einzigen Anbieter ihre e-voting-Systeme zurück, wodurch e-voting faktisch verunmöglicht wurde. Ende 2020 lancierte der Bundesrat eine Neuausrichtung.⁴¹⁰ Es sollen wieder begrenzte Versuche mit e-voting durchgeführt werden können, wobei die Sicherheit durch strengere Vorgaben, eine engere Zusammenarbeit mit unabhängigen Fachpersonen und eine wirksame Überprüfung gewährleistet werden soll. Zur Anpassung der Rechtsgrundlagen ist im Jahr 2021 eine Vernehmlassung geplant.

IV. Exkurs: das Recht der Europäischen Union und seine Relevanz für die Schweiz

Im Gegensatz zum Kommunalwahlrecht in anderen EU-Staaten erwähnt das EU-Recht das Wahlrecht von im Ausland wohnhaften, eigenen Staatsangehörigen im Herkunftsstaat nicht.⁴¹¹ Die EU-Kommission hält deshalb fest, dass die Regelung dieser Thematik in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt.⁴¹² Gleichzeitig ist vertritt sie aber die Meinung, der Entzug des Stimmrechts bei

406 Neuausrichtung (Fn. 401), S. 3.

407 HORLACHER (Fn. 341), S. 135 f.

408 Siehe <https://www.hslu.ch/de-ch/hochschule-luzern/ueber-uns/medien/medienmitteilungen/2018/12/03/e-voting-abschlussbericht/>.

409 Kritisch SUNOO PARK, MICHAEL SPECTER, NEHA NARULA und RONALD L. RIVEST, Going from bad to worse: from Internet voting to blockchain voting, *Journal of Cybersecurity*, Volume 7, Issue 1, 2021, <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/7/1/tyaa025/6137886>. Siehe auch das laufende Forschungsprojekt an der Universität Zürich, E-Voting: Blockchain-based Remote Electronic Voting, <http://www.csg.uzh.ch/csg/en/research/evoting.html>.

410 Medienmitteilung des Bundesrats, E-Voting: Bundesrat lanciert Neuausrichtung des Versuchsbetriebs, 21. Dezember 2020, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81772.html>.

411 In der EU ist eine Bürgerinitiative i.S.v. Art. 11 EUV mit dem Titel «Wähler ohne Grenzen – umfassende politische Rechte für alle EU-Bürger» lanciert worden; siehe https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2020/000002_de. Nach schweizerischem Verständnis handelt es sich um eine Petition an die Kommission.

412 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Umgang mit den Konsequenzen des Entzugs des Wahlrechts von Unionsbürgern, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, COM(2014) 33 final, sowie Empfehlung der Kommission vom 29. Januar 2014: Umgang mit den Konsequenzen des Entzugs des Wahlrechts von Unionsbürgern, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, ABl. 2014 L 32/34.

Wegzug ins EU-Ausland stehe im Widerspruch zur Grundidee der Unionsbürgerschaft: Faktisch gehe in solchen Fällen die Ausübung des Freizügigkeitsrechts mit einem Verlust an politischen Mitwirkungsrechten einher, was letztlich eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts impliziere. Die Kommission empfiehlt den Mitgliedstaaten deshalb, ihren Staatsangehörigen die Beibehaltung des Wahlrechts zu ermöglichen, wenn sie ein fortdauerndes Interesse am politischen Leben des Herkunftsmitgliedstaats nachweisen.

Laut BOILLET⁴¹³ könnte analog ein allfälliger Entzug des Stimmrechts von Schweizer Staatsangehörigen bei Wegzug in die EU, z.B. nach einer bestimmten Abwesenheitsdauer, eine Verletzung des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU darstellen. Dazu ist zu bemerken, dass sich die EU-Kommission bei ihrer Einschätzung zum EU-Recht – die im Übrigen bisher nicht durch EuGH-Rechtsprechung bestätigt ist – auf die Unionsbürgerschaft stützt, also auf ein Konzept, das dem EU-Recht eigen ist und nicht zum bilateralen Rechtsverhältnis Schweiz–EU gehört. Auf dieses Verhältnis ist die Argumentation der Kommission nach der hier vertretenen Auffassung deshalb nicht übertragbar. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch an den Ausschluss der politischen Rechte im Rahmen des EWR, der in gleicher Weise für das bilaterale Recht gelten muss (dazu oben G.IV.2.). Mit anderen Worten: Auch hier bietet das bilaterale Recht zwischen der Schweiz und der EU – gleich wie das EWR-Recht – keine Basis für politische Rechte.

I. Schlussbemerkungen

Mit der Einführung des Frauenstimmrechts auf allen Ebenen des schweizerischen Staatswesens endete eine lange Geschichte der Diskriminierung – zumindest auf der formellen Ebene, denn eine wirklich partizipative Geschlechterdemokratie ist noch nicht erreicht. Heute ist anerkannt, dass die Verweigerung des Frauenstimmrechts eine Diskriminierung war, noch bevor sie rechtlich ausdrücklich als solche verboten wurde. Diese Qualifizierung stützt sich auf einen *faktischen* Diskriminierungsbegriff, der auf ausserrechtliche Werte und Standards abstellt. Die Rechtsphilosophin HOLZLEITHNER⁴¹⁴ erklärt die faktische Funktionsweise von Diskriminierung anschaulich mit drei Komponenten:

- Diskriminierung beginnt mit der Etikettierung, d.h. der Zuordnung einer Person oder einer Personengruppe zu einer bestimmten Kategorie: kognitive Komponente.
- Dem folgt die Stereotypisierung, d.h. die Zuschreibung bestimmter, im Fall der Diskriminierung negativer Charakteristika: affektive Komponente.

413 BOILLET (Fn. 303), S. 1671 f.

414 ELISABETH HOLZLEITHNER, Wurzeln des Verbots der Altersdiskriminierung, in: WiR (Fn. 314), S. 35–35, S. 40.

- Schliesslich folgt die Diskriminierung als solche, d.h. eine Handlung, die unmittelbar oder mittelbar benachteiligend wirkt: Verhaltenskomponente.

Auf dieser faktischen Ebene lassen sich letztlich alle der im vorliegenden Beitrag besprochenen Elemente daraufhin betrachten, ob ein Ausschluss vom Stimmrecht oder ein Mangel an Massnahmen zur Förderung der politischen Partizipation eine Diskriminierung darstellen könnte. In der Geschichte des Diskriminierungsrechts ist die Diskussion um neue Diskriminierungsverbote regelmässig von Argumenten der faktischen Diskriminierung begleitet worden.

Zur *rechtlichen* Ebene formuliert HOLZLEITHNER⁴¹⁵ die These, es sei Aufgabe des Rechts, Autonomie zu ermöglichen, indem es die notwendigen Bedingungen gewährleistet, um autonomes Handeln und damit auch die eigene Identität realisieren zu können. Diskriminierungsverbote sind in diesem Kontext zu sehen. Auf spezifische Gründe ausgerichtete Verbote stellen die rechtliche Vermutung auf, dass die in ihnen genannten Merkmale keine wesentlichen Unterschiede begründen, die eine Ungleichbehandlung wegen fehlender Vergleichbarkeit rechtfertigen könnten.⁴¹⁶ Dies wird im Recht sodann mit Blick auf bestimmte Themenbereiche weiter konkretisiert, darunter die politischen Rechte. Wie der vorliegende Beitrag zeigt, bestehen nach dem heutigen Rechtsstand der Schweiz für diesen Bereich und mit Blick auf die besprochenen Merkmale nur für das Geschlecht und für Behinderungen rechtliche Diskriminierungsverbote.

Für das Geschlecht besitzt die Schweiz heute klare Regelungen, wonach Männer und Frauen das Stimmrecht besitzen. Die Frauen sind auf diese Weise formell in das demokratische System integriert worden, dies allerdings erst nach einem langen Kampf, der sich wesentlich auf die Rechtssprache bezog – eine Thematik, die im Diskriminierungsdiskurs auch heute noch aktuell ist, z.B. wenn es um einseitige, zu enge oder eingefrorene Rechtsbegriffe geht. Was die politischen Rechte der Frauen anbelangt, so liegt die Herausforderung heute nicht mehr auf der Ebene der *Gewährung* des Stimmrechts, sondern auf jener der *tatsächlichen Partizipation*, einschliesslich der Vertretung der Frauen in den Institutionen. Dafür ist eine aktive Förderung durch den Staat erforderlich, wie dies vom internationalen Recht verlangt wird. Hier hat die Schweiz rechtlich und faktisch Nachholbedarf. Im Übrigen handelt es sich um ein Thema, das auch in anderem Kontext relevant ist, z.B. mit Bezug auf Menschen mit geistigen Behinderungen und ihre faktischen Partizipationsmöglichkeiten im demokratischen System.

Mit Blick auf Behinderungen kennt zur Zeit einzig der Kanton Genf eine Regelung, welche den Vorgaben der BRK zur Gewährung des Stimmrecht entspricht. Hier besteht ein Defizit, dem sich die Schweiz annehmen muss. Dabei gilt es zu beachten, dass das Stimmrecht allein nicht genügt bzw. hier erst recht

415 Idem, S. 43.

416 Dazu z.B. PÖSCHL (Fn. 314), S. 53.

nicht genügt: Um die Ausübung dieses Rechts zu ermöglichen, sind Unterstützungs- und Bildungsmaßnahmen erforderlich. Das internationale Recht enthält dazu weit reichende Verpflichtungen. Wiederum kann diese Thematik auch in anderem Zusammenhang relevant sein, z.B. wenn es um Bildungsmaßnahmen mit Bezug auf das Stimmrecht von Jugendlichen geht.

Keine Diskriminierungsverbote kennt die Schweiz zur Zeit mit Blick auf die Kriterien jugendliches Alter, (ausländische) Staatsangehörigkeit und (ausländischen) Wohnsitz. Für im Ausland wohnhafte Schweizer Staatsangehörige sieht das schweizerische Recht aber selber ein Stimmrecht vor, wobei auf der kantonalen und der kommunalen Ebene Unterschiede in der Ausgestaltung bestehen können. Mit Bezug auf das Stimmrecht von ausländischen Staatsangehörigen und von Jugendlichen lässt das Schweizer Verfassungsrecht den Kantonen gewisse Freiräume, was wiederum zu unterschiedlichen Regelungen führt. HORLACHER⁴¹⁷ spricht vom Ringen um die Frage nach einer möglichst geringen oder möglichst grossen Einheit der kantonalen Verfassungen, das von einem die staatspolitische Struktur der Schweiz durchziehenden Dilemma getragen ist. Sie zitiert TÖNDÜRY, gemäss welchem der Föderalismus «immer einen Einbruch in die politische Rechtsgleichheit der Bürger und damit in die Verwirklichung einer reinen Demokratie darstellt».⁴¹⁸ Bereits die Erfahrung mit der Einführung des Frauenstimmrechts zeigt indessen, dass sich der Föderalismus auch positiv auswirken kann – nämlich dort, wo Kantone und Gemeinden das Frauenstimmrecht vor dem Bund einführten. KÄGI-DIENER⁴¹⁹ plädiert denn auch in der heutigen Zeit für einen bewussteren und aktiveren Einsatz der Möglichkeiten des föderalen Staats zugunsten der Geschlechtergleichheit.

Die Kantone nutzen ihre Freiräume mit Bezug auf das Stimmrecht von ausländischen Staatsangehörigen und von Jugendlichen bislang nur sehr selektiv. Die zugunsten eines solchen Stimmrechts vorgebrachten Argumente stützen sich im Allgemeinen weniger auf Gleichstellung und Diskriminierung als vielmehr auf die Betroffenheit der relevanten Personen durch demokratische Entscheidungen und auf die Erweiterung bzw. die Verwirklichung der Demokratie. Kennzeichnend hierfür ist die Kurzformel, welche die Plattform <www.stimmrechtsalter16.ch> verwendet: «Unsere Demokratie ist noch nicht <fertig>».⁴²⁰ Wie der vorliegende Beitrag zeigt, ist die Schaffung einer noch umfassenderen,

417 HORLACHER (Fn. 341), S. 78.

418 ANDREA MARCEL TÖNDÜRY, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie. Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht Nr. 160, Zürich 2004, S. 1.

419 REGULA KÄGI-DIENER, Herausforderung Gender: Geschlechtergerechtes Recht im föderalistischen Staat, Lachen/St. Gallen 2004.

420 Oder wie es SUTER vor dem Hintergrund des 50-Jahrjubiläums des Frauenstimmrechts auf Bundesebene formuliert: «Die Geschichte des Frauenstimmrechts ist für mich nicht Anlass für den nostalgischen Blick zurück, sie ist eine solide Startrampe für die nächsten Schritte zu einer noch umfassenderen Demokratie.»; LOTTA SUTER, Wie sag ich's meinen Enkelinnen?, in: Jost/Kronenberg/Ryser (Fn. 6), S. 42–47, S. 46 f.

einer integrativen Demokratie eine facettenreiche Aufgabe, welche sich auf alle der hier besprochenen Kriterien bezieht.

Zusammenfassung

Im Jahr 2021 jährt sich die Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene zum 50. Mal. Das Jubiläum bietet Anlass zur Reflexion über das Thema Gleichstellung und politische Rechte. Der Schwerpunktteil des Beitrags richtet das Augenmerk insbes. auf die Rechtssprache, welche in der Geschichte des Kampfs zugunsten des Frauenstimmrechts in der Schweiz eine entscheidende Rolle spielte. Darüber hinaus befasst sich der Beitrag mit dem Stimmrecht von Menschen mit Behinderungen, Jugendlichen, ausländischen Personen in der Schweiz und schweizerischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Ausland. Heute bestehen nur gerade für das Geschlecht und Behinderungen völkerrechtliche Diskriminierungsverbote, welche für die politischen Rechte gelten und die Schweiz binden. In beiden Bereichen gehen die Verpflichtungen der Staaten über die blosser Gewährung des Stimmrechts hinaus und umfassen auch die tatsächliche politische Partizipation. Für die anderen Gruppen stützt sich die Diskussion über eine Einführung bzw. Ausweitung des Stimmrechts zumeist auf Demokratieargumente. Insgesamt besteht in der Schweiz in verschiedenen Bereichen Nachholbedarf.

Résumé

L'année 2021 marque le 50e anniversaire de l'introduction du droit de vote des femmes au niveau fédéral. Cet anniversaire est l'occasion de réfléchir sur le thème de l'égalité et des droits politiques. La partie principale de l'article se concentre sur le langage juridique, qui a joué un rôle décisif dans l'histoire de la lutte pour le droit de vote des femmes en Suisse. En outre nous traitons du droit de vote des personnes handicapées, des jeunes, des ressortissants étrangers vivant en Suisse et des Suisses résidant à l'étranger. Aujourd'hui, les seules interdictions de discrimination prévues par le droit international qui s'appliquent aux droits politiques et lient la Suisse sont celles relatives au genre et au handicap. Dans ces deux domaines, les obligations des Etats vont au-delà du simple octroi du droit de vote et incluent également la participation politique effective. Pour les autres groupes, la discussion sur l'introduction ou l'extension du droit de vote est principalement basée sur des arguments démocratiques. Dans l'ensemble, la Suisse a un certain retard à rattraper dans différents domaines.

Abstract

The year 2021 marks the 50th anniversary of the introduction of women's suffrage at the federal level. The anniversary offers an opportunity to reflect on the topic of equality and political rights. The main part of the article focuses on the legal language, which played a decisive role in the history of the struggle for women's suffrage in Switzerland. In addition, the article deals with the voting rights of people with disabilities, young people, foreign nationals living in Switzerland and Swiss nationals living abroad. Today, prohibitions of discrimination under international law, which apply to political rights and which bind Switzerland, exist for gender and disability only. In both of these areas, the obligations of states go beyond the mere granting of the right to vote and also include actual political participation. For the other groups, the discussion on introducing or extending the right to vote is mostly based on arguments related to democracy. Overall, Switzerland has catching up to do in various areas.



SJV Schweizerischer Juristenverein
SSJ Société suisse des juristes
SSG Società svizzera dei giuristi

SCHWEIZERISCHER JURISTENTAG 2021 – 3. September 2021
CONGRÈS DE LA SOCIÉTÉ SUISSE DES JURISTES 2021 –
3 septembre 2021

Kongress *light* ohne Gebühr (Zoom) / Congrès *light* non payant (Zoom)
«L'ÉGALITÉ REVISITÉE» / «GLEICHSTELLUNG NEU INTERPRETIERT»

Programm / Programme

- 13.15 Begrüssung / Accueil
13.20 Mitteilung Verhaltensregeln / Rappel des règles de comportement
13.25 Begrüssung durch die Präsidentin / Accueil de la Présidente
13.30 Beginn 1. Teil / Début de la 1^{ère} partie
Programm Gruppe Junge Mitglieder SJV / Programme Groupe Jeunes Membres SSJ
Runder Tisch / Table ronde:
Dr. iur. Valérie Berset Bircher, ambassadrice, cheffe des affaires internationales du travail
au Secrétariat d'état à l'économie (Seco), Berne
lic. iur. Franz Kummer, Gründer und Mitinhaber der Weblaw AG, Bern
Prof. Dr. Isabelle Romy, avocate et associée chez Kellerhals Carrard, Zurich
14.15 Pause
14.25 Einführung durch die Präsidentin in den zweiten Teil /
Introduction à la deuxième partie par la Présidente
14.30 Beginn 2. Teil / Début de la 2^{ème} partie
Diskussionsleitung / Présidence: Dr. iur., MLaw, B.A. Nula Frei
Prof. Dr. Eva Maria Belser, Universität Freiburg
*Vom Umgang mit Vielfalt: Föderalismus, Rechtsgleichheit und andere Mechanismen
zum Schutz von Mehrheiten, Minderheiten und Einzelnen*
Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel
Gleichstellung und politische Rechte: auf dem Weg zu einer integrativen Demokratie
15.20 Pause
15.40 Beginn 2. Teil / Début de la 2^{ème} partie
Diskussionsleitung / Présidence: Prof. Dr. Isabelle Wildhaber, LL.M.
Prof. Dr. Michelle Cottier, Université de Genève
*Impulsions des instruments de protection des droits humains de l'ONU en matière
d'égalité et de protection contre les discriminations pour le droit de la famille suisse*
Prof. Dr. Karine Lempfen, Université de Genève
*Repenser la discrimination « à raison du sexe » au sens de la loi fédérale sur l'égalité
à la lumière de la CEDEF*
16.30 Schlusswort der Präsidentin und Einladung zum Schweizerischen Juristentag 2022 /
Mot de clôture de la Présidente et invitation au Congrès 2022 de la Société suisse des juristes

**Frage-und-Antwort-Sitzung mit vorheriger Verfügbarkeit von Folien und einer vorab aufgezeichneten
Version der Berichterstatterinnen gehaltenen Vorträge ab 25. August 2021 /
Session de questions-réponses avec mise à disposition préalable des diapositives et d'une version
pré-enregistrée des présentations des conférencières, dès le 25 août 2021.**

*Der Schweizerische Juristentag wird freundlicherweise unterstützt durch:
Le Congrès de la Société suisse des juristes bénéficie de l'aimable soutien de:*



ZPO to go



3.
Auflage

- + Prägnante Kommentierung und praxisnahe, klar strukturierte Darstellung in akten-taschentauglichem Format
- + Die geplante ZPO-Revision ist berücksichtigt
- + Die zahlreichen Gerichtsentscheide des Bundesgerichts und kantonaler Instanzen der letzten Jahre sind eingearbeitet

➔ **Vertiefte Informationen**
www.helbing.ch/4013

Paul Oberhammer
Tanja Domej
Ulrich Haas (Hrsg.)

3. Auflage 2021
Seiten 2196, gebunden
298.–
ISBN 978-3-7190-4013-0



Helbing
Lichtenhahn
Verlag

www.helbing.ch

SJV Schweizerischer Juristenverein **SSJ** Société suisse des juristes **SSG** Società svizzera dei giuristi

Depuis plusieurs années, le comité de la Société suisse des juristes réfléchit à la manière de toucher également un public plus jeune au sein de la communauté des juristes suisses. Il est en effet important d'une part de gagner de nouveaux membres parmi les juristes en début de carrière, d'autre part de cultiver une image ancrée dans la réalité du droit et des préoccupations de celles et ceux qui l'étudient ou le pratiquent au quotidien.

Pour atteindre ces objectifs, le comité a décidé de lancer un appel afin de constituer un groupe représentatif de personnes âgées de moins de 35 ans, actives dans différentes professions juridiques et se trouvant à des étapes différentes de leurs carrières. La réponse a été très positive, puisque le comité a reçu davantage de candidatures qu'espéré, et a ainsi pu constituer le groupe souhaité, qui a été informellement baptisé «Groupe Jeunes membres». Le comité de la SSJ proposera à l'Assemblée générale du 3 septembre 2021 une modification statutaire permettant à ce groupe de devenir la Section des Jeunes juristes suisses (JJS).

A l'occasion du traditionnel Congrès de la SSJ accompagnant l'Assemblée générale du même jour, le Groupe Jeunes membres a concocté, en collaboration avec quelques membres du comité, un programme spécialement dédié aux jeunes. Il s'agit d'une table ronde bilingue (allemand/français) consacrée aux métiers du droit, à laquelle participeront Mme Valérie Berset Bircher, ambassadrice, cheffe des affaires internationales du travail au Secrétariat d'état à l'économie (SECO), M. Franz Kummer, fondateur et copropriétaire de Weblaw AG, ainsi que Mme la Prof. Isabelle Romy, avocate et associée chez Kellerhals Carrard.

Cet événement sera l'occasion pour les jeunes juristes d'élargir leurs perspectives professionnelles. Les étudiantes et étudiants en droit sont aussi cordialement invités à y participer.

Le congrès de la Société suisse des juristes 2021 est ouvert à tous (zoom, gratuit). Une inscription est requise sur le site <www.juristenverein.ch>.

Seit mehreren Jahren versucht der Vorstand des schweizerischen Juristenvereins (SJV), vermehrt auch jüngere Juristinnen und Juristen anzusprechen. Für den SJV ist es wichtig, einerseits neue Mitglieder zu gewinnen, die am Anfang ihrer Karriere stehen, und andererseits auf die Bedürfnisse derjenigen einzugehen, die im Studium oder in der Praxis mit Rechtsfragen des Alltags konfrontiert sind.

Zur Umsetzung dieser Ziele lancierte der Vorstand einen Aufruf, um eine repräsentative zusammengesetzte Arbeitsgruppe ins Leben zu rufen. Ihr sollten Personen unter 35 Jahren angehören, die verschiedenen juristischen Berufen nachgehen und in unterschiedlichen Stadien ihrer beruflichen Laufbahn stehen. Die Resonanz war äusserst positiv – der Vorstand erhielt mehr Bewerbungen als erwartet. So konnte der Vorstand die «Gruppe Junge Mitglieder SJV» ins Leben rufen. Um diese dauerhaft in die Vereinsstruktur einzubinden schlägt der Vorstand des SJV anlässlich der Generalversammlung vom 3. September 2021 eine Statutenänderung vor. Mit dieser soll die Arbeitsgruppe der jungen Mitglieder in eine eigene Sektion «Junge Juristinnen und Juristen Schweiz» des SJV umgewandelt werden.

Anlässlich des traditionellen Schweizerischen Juristentags, der ebenfalls am 3. September 2021 stattfindet, hat die «Gruppe Junge Mitglieder SJV» in Zusammenarbeit mit dem Vorstand des SJV ein Programm ausgearbeitet, das sich speziell an jüngere Juristinnen und Juristen richtet. Im Rahmen des Juristentags findet ein zweisprachiger (deutsch/französisch) virtueller Runder Tisch zu unterschiedlichen Rechtsberufen statt. An diesem werden Dr. iur. Valérie Berset Bircher (Botschafterin, Leiterin der Abteilung Internationale Arbeitsfragen im Staatssekretariat für Wirtschaft SECO), lic. iur. Franz Kummer (Gründer und Mitinhaber der Weblaw AG) und Prof. Dr. iur. Isabelle Romy (Rechtsanwältin und Partnerin bei Kellerhals Carrard) teilnehmen.

Die Veranstaltung bietet jungen Juristinnen und Juristen die Möglichkeiten, ihre beruflichen Perspektiven zu erweitern. Auch Studentinnen und Studenten der Rechtswissenschaften sind herzlich eingeladen, am Runden Tisch teilzunehmen.

Der Schweizerische Juristentag 2021 ist für alle zugänglich (Zoom, ohne Gebühr). Eine Anmeldung ist erforderlich unter <www.juristenverein.ch>.

Das Standardwerk komplett überarbeitet und aktualisiert



Jetzt vor-
bestellen

➤ **Vertiefte Informationen**
www.helbing.ch/3165

- ⊕ Die 3. Auflage berücksichtigt neue praxisrelevante Rechtsprechung und Literatur
- ⊕ Umfassende, vertiefte und aktuelle Kommentierung des SchKG
- ⊕ Der Kommentar bietet Praktikern, Akademikern und weiteren interessierten Personen Zugang zu Grundlagen und Praxis im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts

Daniel Staeheli
Thomas Bauer
Franco Lorandi (Hrsg.)

3. Auflage 2021
ca. 4000 Seiten, gebunden
2 Bände in Schuber
CHF 698.-
Erscheinungstermin
November 2021
ISBN 978-3-7190-3165-7



**Helbing
Lichtenhahn
Verlag**

www.helbing.ch