



Berne, le 1^{er} avril 2026

Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers

Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 20.4421 Marti Samira du 8 décembre 2020

Condensé

Le postulat 20.4421, déposé le 8 décembre 2020 par Marti Samira sous le titre « Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers », charge le Conseil fédéral d'établir un rapport dans lequel il doit analyser dans quelle mesure le bien de l'enfant est garanti dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers et si des mesures doivent être prises dans ce domaine. Ce rapport doit traiter en particulier des droits de l'enfant dans les procédures relevant du droit de l'asile ou des étrangers, de la prise en compte du bien de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale, de questions en lien avec les renvois de mineurs et de la garantie du bien de l'enfant dans les domaines de l'hébergement, de l'encadrement et de l'éducation.

Le 17 février 2021, le Conseil fédéral a proposé de rejeter le postulat. Le Conseil national l'a cependant adopté, en dépit de cet avis, le 22 septembre 2022.

Une étude externe a été commandée afin de permettre une analyse objective des diverses questions soulevées par le postulat. Le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a en outre mis en place un groupe d'accompagnement externe. Le présent rapport expose les résultats de l'étude ainsi que les principales préoccupations exprimées et constatations faites par le groupe d'accompagnement lors de ses séances.

L'analyse de l'étude et les retours du groupe d'accompagnement révèlent notamment que, si le droit suisse de l'asile et des étrangers prend, dans une certaine mesure, en compte le bien de l'enfant, les exigences du droit international en la matière ne sont souvent pas pleinement respectées en pratique. Le fait que les auditions ne soient pas adaptées aux enfants, que la situation individuelle de ces derniers ne soit parfois pas suffisamment prise en compte dans les décisions de renvoi et que la pesée des intérêts ne soit, dans certains cas, pas réalisée selon les normes requises a été pointé du doigt. Le groupe d'accompagnement a souligné l'importance de développer des normes obligatoires, d'instaurer une collaboration interdisciplinaire et de renforcer les compétences des professionnels travaillant au contact des enfants dans le contexte de la migration, tout en reconnaissant que le bien de l'enfant est expressément pris en compte dans certaines directives cantonales, que les professionnels sont de plus en plus sensibilisés et formés et qu'il existe des exemples ponctuels de bonnes pratiques, par exemple en ce qui concerne les auditions ou l'hébergement des requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA).

Prenant acte de ces résultats, le Conseil fédéral reconnaît que le principe du bien de l'enfant n'est pas encore appliqué de manière rigoureuse dans tous les domaines du droit de l'asile et des étrangers. Il attire toutefois l'attention sur le fait que les bases légales existantes sont globalement suffisantes pour assurer sa prise en compte. Il estime donc qu'il convient de concentrer les efforts sur l'application de ce principe. Dans ce contexte, il est prévu que le Département fédéral de justice et police (DFJP) convoque un groupe de travail chargé d'examiner de manière approfondie les questions concrètes relatives au bien de l'enfant dans le domaine de la migration à tous les niveaux étatiques.

TABLE DES MATIÈRES

1	Vue d'ensemble.....	5
1.1	Introduction	5
1.2	Grandes lignes du rapport.....	5
2	Contexte.....	6
2.1	Postulat 20.4421 « Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers ».....	6
2.2	Étude externe	6
2.3	Groupe d'accompagnement	7
3	Partie générale : bases légales.....	8
3.1	Fondements juridiques du bien de l'enfant dans le droit international et les droits de l'homme	8
3.2	Bien de l'enfant dans le cadre du droit suisse de l'asile et des étrangers.....	10
3.2.1	Bases légales relatives au bien de l'enfant dans la Constitution et le code civil.....	10
3.2.2	Bien de l'enfant dans le cadre du droit suisse de l'asile.....	10
3.2.3	Bien de l'enfant dans le cadre du droit suisse des étrangers.....	11
3.2.4	Compétences prévues par le droit de l'asile et des étrangers.....	13
3.3	Digression : nouveautés à venir suite à la reprise du pacte de l'UE sur la migration et l'asile.....	14
3.3.1	Règlement AMMR	15
3.3.2	Règlement Eurodac	15
3.3.3	Règlement sur le filtrage	15
4	Partie spéciale : demandes du postulat.....	16
4.1	Mise en place de procédures relevant du droit de l'asile et des étrangers adaptées aux enfants.....	16
4.1.1	Mise en place de procédures relevant du droit de l'asile adaptées aux enfants.....	16
4.1.1.1	Règlementation et pratique en vigueur.....	16
4.1.1.2	Principaux résultats de l'étude.....	19
4.1.1.3	Principales constatations du groupe d'accompagnement.....	21
4.1.1.4	Position du Conseil fédéral.....	22
4.1.2	Focus : renvois relevant du droit des étrangers	23
4.1.2.1	Règlementation et pratique en vigueur.....	23
4.1.2.2	Principaux résultats de l'étude.....	25
4.1.2.3	Principales constatations du groupe d'accompagnement.....	25
4.1.2.4	Position du Conseil fédéral.....	26
4.1.3	Mise en place de procédures ordinaires relevant du droit des étrangers adaptées aux enfants.....	26
4.1.3.1	Pratique et règlementation en vigueur.....	26

Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers

4.1.3.2	Principaux résultats de l'étude.....	28
4.1.3.3	Principales constatations du groupe d'accompagnement.....	30
4.1.3.4	Position du Conseil fédéral.....	32
4.1.4	Focus : renvois relevant du droit des étrangers	33
4.1.4.1	Règlementation et pratique en vigueur.....	33
4.1.4.2	Principaux résultats de l'étude.....	35
4.1.4.3	Principales constatations du groupe d'accompagnement.....	36
4.1.4.4	Position du Conseil fédéral.....	37
4.2	Garantie du bien de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale.....	37
4.2.1	Droit au respect de la vie privée et familiale en droit de l'asile.....	38
4.2.1.1	Règlementation et pratique en vigueur.....	38
4.2.1.2	Principaux résultats de l'étude.....	40
4.2.1.3	Principales constatations du groupe d'accompagnement.....	41
4.2.1.4	Position du Conseil fédéral.....	41
4.2.2	Droit au respect de la vie privée et familiale en droit des étrangers	43
4.2.2.1	Règlementation et pratique en vigueur.....	43
4.2.2.2	Principaux résultats de l'étude.....	45
4.2.2.3	Principales constatations du groupe d'accompagnement.....	46
4.2.2.4	Position du Conseil fédéral.....	46
4.3	Garantie du bien de l'enfant dans le contexte de l'hébergement, de l'encadrement et de l'éducation	47
4.3.1	Compétences	47
4.3.2	Hébergement, encadrement et éducation au niveau fédéral.....	48
4.3.2.1	Règlementation et pratique en vigueur.....	48
4.3.2.2	Principaux résultats de l'étude.....	51
4.3.3	Hébergement, encadrement et éducation au niveau cantonal	52
4.3.3.1	Règlementation et pratique en vigueur.....	52
4.3.3.2	Principaux résultats de l'étude.....	53
4.3.4	Principales constatations du groupe d'accompagnement (niveaux fédéral et cantonal)	54
4.3.5	Position du Conseil fédéral (niveaux fédéral et cantonal)	55
5	Bilan et conclusion.....	57

1 Contexte

1.1 Introduction

Le postulat 20.4421, déposé le 8 décembre 2020 par Marti Samira sous le titre « Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers »¹, charge le Conseil fédéral d'établir un rapport dans lequel il doit analyser, en collaborant avec le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), dans quelle mesure le bien de l'enfant est garanti dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers et si des mesures doivent être prises dans ce domaine. Ce rapport doit traiter en particulier des droits de l'enfant dans les procédures relevant du droit de l'asile ou des étrangers, de la prise en compte du bien de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale, de questions en lien avec les renvois de mineurs (notamment l'examen des obstacles au renvoi et les renvois après un séjour de plusieurs années en Suisse) et de la garantie du bien de l'enfant dans les domaines de l'hébergement, de l'encadrement et de l'éducation.

Le 17 février 2021, le Conseil fédéral a proposé de rejeter le postulat. Le Conseil national l'a cependant adopté, en dépit de cet avis, le 22 septembre 2022.

Le CSDH ayant suspendu ses activités fin 2022, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a commandé, début septembre 2023, une étude externe (voir le ch. 2.2)² à la communauté de soumissionnaires de l'Université de Zurich (UZH) et de la Haute école des sciences appliquées de Zurich (ZHAW). Compte tenu du large spectre couvert par les demandes exprimées dans le postulat (procédures relevant du droit de l'asile et des étrangers, droits fondamentaux, renvois, etc.), le SEM a par ailleurs mis en place un groupe d'accompagnement externe (voir le ch. 2.3). Ce dernier s'est réuni à quatre reprises (2 novembre 2023, 6 novembre 2024, 28 janvier 2025 et 27 février 2025) pour examiner les questions soulevées à la lumière de l'étude externe. Le présent rapport expose les résultats de cette étude ainsi que les principales préoccupations exprimées et constatations faites par le groupe d'accompagnement lors de ces séances (voir le ch. 4).

1.2 Grandes lignes du rapport

Après avoir donné un premier aperçu de l'approche adoptée par le Conseil fédéral pour mettre en œuvre le postulat (ch. 1 et 2), le présent rapport entend répondre aux questions soulevées dans ce dernier concernant le bien de l'enfant dans le cadre du droit suisse de l'asile et des étrangers, et présenter les mesures à prendre dans ce domaine. La partie générale du rapport (ch. 3) revient sur les fondements juridiques du bien de l'enfant figurant dans le droit international et les droits de l'homme, ainsi que sur leur transposition en droit suisse. La partie spéciale du rapport (ch. 4) traite des différentes demandes exprimées dans le postulat et de questions qui y sont liées. Les résultats de l'étude externe et les avis des différents acteurs représentés au sein du groupe d'accompagnement y sont également présentés et soumis à l'appréciation du Conseil fédéral. La conclusion contient une synthèse des résultats, assortie de propositions concrètes concernant la suite des travaux (ch. 5).

¹ Disponible sous : www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 20.4421 Marti Samira « Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers »

² Voir l'annexe au rapport du Conseil fédéral : O. Diggelmann, S. Keller, N. Hadorn, E. Mey, V. Priuli, A. Hartmann, G. Kilde, & T. Schaad, L'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du droit des étrangers et de l'asile, 6 octobre 2024 (état 15 mai 2025)

2 Contexte

2.1 Postulat 20.4421 « Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers »

Le postulat est libellé comme suit :

« Le Conseil fédéral est chargé d'établir un rapport dans lequel il analysera, en collaboration avec le Centre suisse de compétence pour les droits humains, dans quelle mesure le bien de l'enfant est garanti dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers et si des mesures doivent être prises dans ce domaine, sachant que les États parties à la Convention relative aux droits de l'enfant de l'ONU s'engagent à faire primer « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans toutes les décisions qui le concernent (art. 3, al. [sic] 1). Le rapport portera en particulier sur les aspects suivants :

1. Droits de l'enfant dans les procédures relevant du droit de l'asile ou des étrangers : comment le bien de l'enfant est-il évalué et établi ? Comment le droit d'être entendu, de prendre part à la procédure et de se faire représenter est-il garanti dans le cadre des procédures d'asile, de regroupement familial ou de renvoi ? Dans le cas des procédures d'asile : les jeunes disposent-ils réellement d'une « capacité de discernement pleine et effective » à partir de 13 ans (SEM, manuel Asile et retour, art. C9, ch. 2.4.3), l'obligation de collaborer devrait-elle être évaluée selon des critères différents pour les mineurs et pour les adultes, et faut-il vraiment que le fardeau de la preuve incombe essentiellement aux requérants ?
2. Droit au respect de la vie privée et familiale : comment le bien de l'enfant et son droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents sont-ils pris en compte dans la pesée des intérêts qui précède les décisions en matière de regroupement familial ? Dans le cas des admissions provisoires, comment le bien de l'enfant est-il garanti pendant le délai de trois ans qui s'applique avant tout regroupement familial ? Le rapport analysera également s'il convient d'instaurer un « droit au regroupement familial inversé » permettant aux mineurs, détenteurs pour certains d'un passeport suisse, de faire venir leurs parents étrangers.
3. Renvois : le SEM examine-t-il les obstacles au renvoi dans tous les cas et avec suffisamment d'attention et respecte-t-il l'obligation de motiver sa décision ? Comment une décision de renvoi après un séjour de plusieurs années en Suisse se justifie-t-elle sous l'angle du bien de l'enfant et du droit au respect de la vie privée et familiale ? Enfin, la situation des mineurs recevant l'aide d'urgence est-elle adaptée à leur âge et conforme aux droits de l'homme ?
4. Hébergement, encadrement, éducation : la situation des mineurs du point de vue de leur hébergement, de leur encadrement et de leur éducation est-elle conforme à leur bien et aux droits de l'homme ? »

2.2 Étude externe

Le postulat charge le Conseil fédéral d'analyser de manière approfondie diverses questions relatives à l'application du droit, à la pratique administrative et à l'élaboration de politiques visant à garantir le bien de l'enfant. Afin de garantir l'objectivité de cette analyse, une étude

externe (ci-après « étude ») a été commandée. Elle devait notamment s'intéresser aux aspects suivants :

- les fondements juridiques du bien de l'enfant dans le droit international et les droits de l'homme ;
- le bien de l'enfant dans le cadre du droit suisse de l'asile et des étrangers ;
- la mise en place de procédures relevant du droit de l'asile et des étrangers adaptées aux enfants ;
- la garantie du bien de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale ;
- la garantie du bien de l'enfant dans le contexte de l'hébergement, de l'encadrement et de l'éducation.

Les principales conclusions de l'étude sont présentées dans le présent rapport, le rapport complet de l'étude étant disponible en annexe.

Une version provisoire de ce dernier rapport a servi de toile de fond aux séances du groupe d'accompagnement (voir le ch. 2.3).

À la suite des échanges qui ont eu lieu au sein du groupe d'accompagnement, plusieurs points de l'étude ont été revus. Ainsi, une nuance a été introduite entre l'« évaluation » et la « détermination » de l'intérêt supérieur de l'enfant, et des clarifications ont été apportées à certains résultats des entretiens réalisés avec des experts ainsi qu'à ceux de l'enquête en ligne menée auprès des professionnels. En outre, une différenciation plus nette a été établie entre les enfants accompagnés et ceux qui ne le sont pas, notamment dans le chapitre consacré aux procédures relevant du droit de l'asile (chap. II.B. de l'étude) et dans les recommandations d'action qui en découlent. Enfin, dans le chapitre portant sur l'hébergement, l'encadrement et l'éducation (chap. II.C. de l'étude), une distinction plus importante a été opérée entre les enfants placés dans les centres fédéraux pour requérants d'asile (CFA) et ceux pris en charge dans des structures cantonales. La version finale de l'étude en allemand et en français a été remise au SEM le 15 mai 2025.

Les conclusions de l'étude et les recommandations d'action qui en ont découlé sont exposées au ch. 4.

2.3 Groupe d'accompagnement

Afin de répondre aux diverses questions soulevées par le postulat, le SEM a par ailleurs mis en place un groupe d'accompagnement. Ce dernier s'est réuni à quatre reprises entre fin 2023 et début 2025 pour examiner en détail ces questions à la lumière de l'étude externe.

Placé sous la direction du SEM, ce groupe d'accompagnement était constitué de représentants de l'administration fédérale (Office fédéral des assurances sociales [OFAS] et SEM), des secrétariats généraux de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), de l'Association des services cantonaux de migration (ASM), de la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA), de l'Union des villes suisses (UVS), de l'Association des communes suisses (ACS), de la Commission fédérale des migrations (CFM), du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), du Centre bernois de conseil juridique pour personnes en détresse (RBS Berne), du Réseau suisse des droits de l'enfant (RSDE) et de la Croix-Rouge suisse (CRS).

Les avis des différents membres du groupe d'accompagnement sont présentés au ch. 4.

3 Partie générale : bases légales

3.1 Fondements juridiques du bien de l'enfant dans le droit international et les droits de l'homme

Conformément à l'art. 3, par. 1, de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107), l'intérêt supérieur de l'enfant³ doit être une considération primordiale dans toutes les actions ou décisions qui le concernent, tant dans la sphère publique que dans la sphère privée, le but étant d'assurer non seulement la réalisation complète et effective de tous les droits reconnus dans la CDE mais aussi le développement global de l'enfant. Le terme *enfant* tel qu'il est utilisé ici s'inspire de la CDE⁴, qui en donne une définition correspondant à celle du terme *mineur* employé, par exemple, dans la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi ; RS 142.31 ; voir l'art. 17, al. 2, LAsi, par ex.).

L'intérêt supérieur de l'enfant est un droit de fond, un principe juridique interprétatif fondamental et une règle de procédure⁵. Il constitue par ailleurs un des principes directeurs de la CDE, au même titre que d'autres droits fondamentaux, tels que le droit à la non-discrimination au sens de l'art. 2 CDE, le droit à la vie, à la survie et au développement au sens de l'art. 6 CDE ainsi que le droit de participation au sens de l'art. 12 CDE. En 2013, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies (CRC) a fourni aux États parties, par le biais de l'Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1) (ci-après « observation générale n° 14 du CRC »)⁶, des orientations importantes pour les aider à mettre en œuvre ce principe.

La Suisse a ratifié la CDE le 24 février 1997 ainsi que les trois protocoles facultatifs s'y rapportant⁷ par la suite⁸. En tant qu'État partie, la Suisse est tenue de mettre en œuvre les droits et principes fondamentaux découlant de la CDE ainsi que ses objectifs de politique sociale, dont le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui constitue un principe général de l'ordre juridique suisse. Elle est par ailleurs tenue de rendre régulièrement compte au CRC des mesures prises, des progrès réalisés et des éventuelles difficultés rencontrées dans leur mise en œuvre (art. 43 et 44 CDE)⁹.

Outre la CDE, plusieurs autres instruments internationaux contribuent à la protection et à la promotion de l'intérêt supérieur de l'enfant, tels que le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU ; RS 0.103.1 ; voir notamment l'art. 10)¹⁰, le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux

³ L'expression « intérêt supérieur de l'enfant » mentionnée à l'art. 3 CDE correspond à « bien de l'enfant », expression d'usage en Suisse.

⁴ Au sens de la CDE, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable (art. 1 CDE).

⁵ Voir l'Observation générale n° 14 (2013) du Comité des droits de l'enfant sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), chap. I.A

⁶ CRC/C/GC/14

⁷ Protocole facultatif du 25 mai 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés (RS 0.107.1), ratifié par la Suisse le 26 juin 2002 ; protocole facultatif du 25 mai 2000 à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (RS 0.107.2), ratifié par la Suisse le 19 septembre 2006 ; protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications (RS 0.107.3), ratifié par la Suisse le 24 avril 2017

⁸ Lors de la ratification de la CDE, la Suisse a émis des réserves qui n'ont pas été levées à ce jour concernant le regroupement familial (art. 10 CDE), la séparation des mineurs et des adultes privés de liberté (art. 37, let. c, CDE) et le droit pénal des mineurs (art. 40 CDE).

⁹ Pour plus d'informations sur la CDE, voir l'étude

¹⁰ Voir notamment l'art. 10 du Pacte I de l'ONU

droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU ; RS 0.103.2 ; voir notamment l'art. 24)¹¹, la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH96 ; RS 0.211.231.011), la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (DUDH, A/RES/217 A [III]) et la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101). Même s'ils n'ont pas été pensés exclusivement pour les enfants, ces textes énoncent des principes fondamentaux essentiels à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit au respect de la vie privée et familiale, inscrit à l'art. 8 CEDH, notamment, joue un rôle clé dans nombre d'actions et de décisions relevant du droit des étrangers et de l'asile qui touchent des enfants.

Les États peuvent garantir l'intérêt supérieur de l'enfant de différentes façons, par exemple en facilitant l'accès à l'éducation, à l'aide sociale et aux prestations de santé, mais aussi en assurant le maintien de l'unité familiale ou en mettant en place des mesures de protection concrètes dans des situations de danger spécifiques. Sont aussi concernés les mineurs réfugiés, requérants d'asile et migrants¹², qui sont considérés comme particulièrement vulnérables et ayant besoin d'une protection. Quel que soit leur statut, les enfants ont droit au respect et à la promotion de tous les droits reconnus par la CDE. L'Observation générale conjointe n° 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (CMW) et n° 22 (2017) du CRC sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales (ci-après « observation générale conjointe n° 3 du CMW et n° 22 du CRC »)¹³ ainsi que l'Observation générale n° 4 (2017) du CMW et n° 23 (2017) du CRC sur les obligations des États concernant les droits fondamentaux des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour¹⁴ mettent l'accent sur l'importance de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant. Les États parties à la CDE doivent en particulier veiller à assurer sa prise en considération au moyen de procédures individuelles faisant partie intégrante de toute décision administrative ou judiciaire concernant l'entrée, le séjour ou le renvoi d'un enfant, le placement ou la prise en charge d'un enfant, ou le placement en détention ou l'expulsion d'un parent en raison de son statut migratoire¹⁵. L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant consiste à examiner et mettre en balance l'ensemble des éléments à prendre en considération (par ex., l'âge, le sexe, l'appartenance à une minorité) pour arrêter une décision dans une situation particulière¹⁶.

Le présent rapport a pour objectif de montrer dans quelle mesure la Suisse respecte l'obligation qui lui incombe de prendre en compte le bien de l'enfant dans le cadre du droit suisse de l'asile et des étrangers, mais aussi de définir les éventuelles mesures à prendre.

¹¹ Voir notamment l'art. 24 du Pacte II de l'ONU

¹² Voir par ex. les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dans les affaires *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08 du 5 avril 2011, § 108, *Popov c. France*, requêtes n° 39472/07 et 39474/07 du 19 janvier 2012, § 14, et *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, requête n° 41442/07 du 19 janvier 2010, § 70

¹³ CRC/C/GC/22 - CMW/C/GC/3

¹⁴ CMW/C/GC/4 - CRC/C/GC/23

¹⁵ Voir l'observation générale conjointe n° 3 du CMW et n° 22 du CRC, § 30

¹⁶ Voir l'observation générale conjointe n° 3 du CMW et n° 22 du CRC, § 31

3.2 Bien de l'enfant dans le cadre du droit suisse de l'asile et des étrangers

3.2.1 Bases légales relatives au bien de l'enfant dans la Constitution et le code civil

Certains droits de l'enfant consacrés par la CDE sont également garantis par la Constitution (Cst. ; RS 101). Ainsi, l'art. 11 Cst., qui a été introduit dans le but de concrétiser les droits de l'enfant découlant de la CDE, reconnaît expressément le droit des enfants à une protection particulière de leur intégrité ainsi qu'à l'encouragement de leur développement¹⁷. Le droit à la formation est garanti aux art. 19 et 62 Cst., tandis que le droit au respect de la sphère privée et familiale est protégé par l'art. 13 Cst. Ces dispositions constitutionnelles confèrent aux droits de l'enfant une valeur normative élevée et doivent être prises en compte tant dans l'élaboration que dans l'interprétation du droit suisse, y compris dans les domaines du droit des étrangers et du droit de l'asile. De plus, en vertu de l'art. 35 Cst., les droits fondamentaux doivent être mis en œuvre dans l'ensemble de l'ordre juridique, ce qui renforce encore la portée de ces garanties pour les enfants, y compris ceux en situation migratoire.

Sur le plan du droit civil, le code civil (CC ; RS 210) prévoit notamment que l'autorité parentale est exercée conjointement par le père et la mère, à condition qu'un lien de filiation ait été établi (art. 296, al. 2, CC). Cette autorité comprend le droit et le devoir de prendre toutes les décisions importantes concernant la vie de l'enfant mineur, notamment en matière de résidence, d'éducation, de soins et de religion (art. 301 ss CC). Le respect du bien de l'enfant constitue un principe central dans l'exercice de ladite autorité (art. 296, al. 1, CC). Les père et mère sont, dans les limites de leur autorité parentale, les représentants légaux de leurs enfants mineurs à l'égard des tiers (art. 304, al. 1, CC). Lorsque le développement de l'enfant est menacé et que les parents n'y remédient pas d'eux-mêmes ou sont hors d'état de le faire, l'autorité de protection de l'enfant prend les mesures appropriées (art. 307 ss CC). En dernier lieu, l'autorité parentale peut cependant être limitée, voire retirée, par l'autorité de protection de l'enfant (art. 307 à 312 CC). Dans les cas où un enfant est séparé de ses parents et ne bénéficie plus du soutien d'un adulte investi de responsabilités parentales, un représentant juridique doit lui être attribué. Cela peut se faire par le biais d'une curatelle (art. 306, al. 2, et 308, al. 1, CC), d'une tutelle (art. 327a à 327c CC) ou d'une représentation de l'enfant (art. 314a^{bis} CC), en fonction de la situation et des besoins spécifiques de ce dernier.

3.2.2 Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile

Même si la LAsi et ses ordonnances d'application ne contiennent aucune disposition expresse visant à garantir le bien de l'enfant, comme le requiert l'art. 3, par. 1, CDE, elles prévoient plusieurs règles spécifiques pour les requérants d'asile et les réfugiés mineurs, qui tiennent compte du besoin de protection particulier des enfants. Ainsi, l'art. 17 LAsi et l'art. 7 de l'ordonnance 1 sur l'asile du 11 août 1999 (OA 1, RS 142.311), notamment, contiennent des règles de procédure particulières applicables aux enfants tout au long de la procédure d'asile¹⁸. Ces règles concernent, par exemple, la mise en place d'auditions adaptées à leur âge et la participation de membres du personnel d'encadrement ou de personnes de confiance appropriés. En outre, la LAsi fait à plusieurs reprises référence à la prise en compte des besoins particuliers

¹⁷ Affolter Rahel, La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers : état des lieux et potentiel de progression, in : Annuaire du droit de la migration 2022/2023, Berne 2023

¹⁸ SEM, manuel Asile et retour, art. A2 : « La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) », ch. 2.2, disponible sous : www.sem.admin.ch > Page d'accueil > Asile / Protection contre la persécution > Asile / Protection contre la persécution > La procédure d'asile > Procédures d'asile nationales > Manuel Asile et retour (ci-après « manuel Asile et retour »)

des enfants. Son art. 82, al. 3^{bis}, énonce ainsi qu'il y a lieu de tenir compte des besoins particuliers des RMNA et des familles avec enfants lors de leur hébergement. Des dispositions spécifiques relatives à l'asile accordé aux familles (art. 51 LAsi) et à l'octroi de la protection provisoire aux familles (art. 71 LAsi) tiennent également compte de ce besoin de protection particulier.

La LAsi contient, par ailleurs, d'autres dispositions en faveur des RMNA. Elle permet ainsi à ces derniers de bénéficier d'un conseil et d'une représentation juridique gratuits lors de la procédure d'asile, et ce, dès le début de la phase préparatoire. Le représentant juridique exerce en outre, pendant le séjour dans le CFA et à l'aéroport, la fonction de personne de confiance (art. 17, al. 2 et 3, et 102k, al. 1, let. e, LAsi)¹⁹.

De plus, afin de protéger le bien de l'enfant dans la procédure d'asile, il y a lieu de respecter des garanties procédurales essentielles, ce qui impose notamment de prendre en compte le droit que lui confère l'art. 12 CDE d'être entendu et d'exprimer librement son opinion dans toute procédure l'intéressant, mais aussi de confier la conduite des procédures à des spécialistes spécialement formés à cet effet²⁰.

Il convient en outre de noter que la jurisprudence suisse, notamment celle du Tribunal administratif fédéral (TAF), accorde une grande importance au bien de l'enfant dans le contexte du droit de l'asile. Conformément à sa jurisprudence constante, le TAF estime en effet qu'il s'agit d'un élément d'appréciation parmi d'autres dans toutes les procédures administratives et judiciaires qui concernent des enfants²¹.

En complément des dispositions légales, le SEM a publié des directives²² ainsi que le manuel Asile et retour²³ en vue de préciser les exigences relatives à la mise en œuvre du principe du bien de l'enfant dans les procédures relevant du droit de l'asile.

Malgré l'existence de ces réglementations, le CRC a prié la Suisse, dans ses dernières observations finales datées du 22 octobre 2021²⁴, de veiller à ce que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant soit appliqué de manière systématique dans les programmes et les procédures administratives et judiciaires, et plus particulièrement dans les procédures en lien avec la migration et l'asile. Il a souligné la nécessité d'intégrer ce principe dans la pratique, et ce, dans toutes les phases de la procédure d'asile, de l'hébergement à la décision finale en passant par l'audition. Le présent rapport a également pour but de répondre aux préoccupations du CRC.

À propos des compétences relatives à la garantie du bien de l'enfant dans les procédures d'asile, voir le ch. 3.2.4.

3.2.3 Bien de l'enfant dans le cadre du droit des étrangers

La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20) ne contient, elle non plus, pas de disposition expresse visant à garantir le bien de l'enfant, comme le requiert l'art. 3, par. 1, CDE²⁵. Cette loi ainsi que l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201) énoncent toutefois plusieurs règles spécifiques qui s'appliquent notamment aux procédures relevant du droit des étrangers auxquelles participent des mineurs. Conformément à l'art. 3, al. 2, LEI, les

¹⁹ Voir le ch. 4.1.1.1

²⁰ Manuel Asile et retour, art. A2 : « La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) », ch. 2.2

²¹ Voir par ex. l'ATAF 2014/20, consid. 8.3.6

²² Directives SEM III. Loi sur l'asile

²³ Voir le manuel Asile et retour

²⁴ Document disponible sous : www.ofas.admin.ch > Générations et société > Enfance et jeunesse > Droits de l'enfant

²⁵ Affolter Rahel, *op. cit.*

étrangers sont ainsi admis en Suisse lorsque l'unité de la famille en dépend. Cette disposition fait référence à une procédure essentielle relevant du droit des étrangers : le regroupement familial. Dans le cas du regroupement familial différé, l'art. 47, al. 4, LEI prévoit spécifiquement pour les enfants de plus de 14 ans qu'ils soient entendus si nécessaire. Le regroupement familial différé n'est par ailleurs autorisé que pour des raisons familiales majeures. L'art. 75 OASA précise que ces raisons peuvent être invoquées notamment lorsque le bien de l'enfant ne peut être garanti que par un regroupement familial en Suisse (voir le ch. 4.2.2 pour en savoir plus sur le regroupement familial).

Les enfants peuvent être concernés non seulement par les procédures de regroupement familial, mais aussi – même si c'est souvent de manière indirecte – par les procédures de révocation ou de non-prolongation des autorisations de séjour (art. 62 LEI) ou encore de révocation des autorisations d'établissement (art. 63 LEI), par exemple lorsque l'un de leurs parents se voit retirer son autorisation. Dans de tels cas, il convient de procéder à une pesée des intérêts, conformément à l'art. 96 LEI, en tenant également compte des liens familiaux et du degré d'intégration. Même si le bien de l'enfant n'est pas expressément mentionné dans cette disposition, il doit impérativement être pris en considération à la lumière des obligations constitutionnelles et internationales de la Suisse.

Le bien de l'enfant représente également un enjeu particulier dans le cadre des procédures de renvoi (voir également à ce sujet le ch. 4.1.4). Dans ces dernières, ses intérêts, notamment sa situation personnelle et son état de santé, doivent toujours être pris en considération²⁶. Les RMNA faisant l'objet d'une procédure de renvoi ont un besoin de protection particulier. En cas de procédure de renvoi ordinaire ou de renvoi selon la procédure Dublin, les autorités cantonales doivent désigner immédiatement une personne de confiance (art. 64, al. 4, et 64a, al. 3^{bis}, LEI²⁷). Le rôle, les compétences et les tâches de cette dernière sont précisées à l'art. 88a, al. 3 et 4, OASA. La personne de confiance doit ainsi posséder des connaissances du droit des étrangers et du droit relatif à la procédure Dublin. Elle doit par ailleurs conseiller le mineur non accompagné dans le cadre de la procédure de renvoi ou de la procédure relative à l'adoption de mesures de contrainte, l'aider à désigner et à obtenir des moyens de preuve mais aussi lui servir d'intermédiaire, notamment dans la communication avec les autorités et les établissements de santé.

Avant de renvoyer un étranger mineur non accompagné, il faut s'assurer qu'il sera remis à un membre de sa famille, à un tuteur ou à une structure d'accueil pouvant garantir sa protection dans l'État concerné (art. 69, al. 4, LEI).

Il ressort également de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (TF) qu'il convient, dans toutes les décisions relevant du droit des étrangers qui concernent directement ou indirectement des enfants, de prendre en compte le bien de ces derniers dans l'exercice du pouvoir d'appréciation. C'est le cas notamment lors de la mise en balance des intérêts publics (par ex. gestion de la migration) et privés (par ex. vie de famille), comme le relève le TF dans l'ATF 143 I 21, notamment. Le TF souligne toutefois, toujours dans sa jurisprudence constante, que le bien de l'enfant n'est, sous l'angle du droit des étrangers, qu'un élément parmi d'autres à prendre en considération dans la pesée des intérêts et qu'il n'est pas prépondérant²⁸.

²⁶ Directives LEI, ch. 8.6.1

²⁷ L'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE sur la reprise du règlement (UE) 2024/1717 modifiant le règlement (UE) 2016/399 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (Développement de l'acquis de Schengen) prévoit l'abrogation de ces deux dispositions (voir FF 2025 1147) et l'introduction d'un nouvel art. 66 P-LEI, en vertu duquel une personne de confiance chargée de représenter les intérêts de l'étranger mineur non accompagné doit être désignée dans toutes les procédures de renvoi.

²⁸ ATF 144 I 91 du 2 février 2018, consid. 5.2

Venant compléter les dispositions légales et la jurisprudence, les directives du SEM²⁹ concrétisent les exigences relatives à la mise en œuvre du principe du bien de l'enfant dans les procédures relevant du droit des étrangers.

À propos des compétences relatives à la garantie du bien de l'enfant dans les procédures relevant du droit des étrangers, voir le ch. 3.2.4.

3.2.4 Compétences prévues par le droit de l'asile et des étrangers

En Suisse, il appartient à l'ensemble des instances publiques de veiller au bien de l'enfant.

Dans le domaine de l'asile, la responsabilité principale de l'examen et de la prise en compte du bien de l'enfant incombe au SEM. Ce dernier statue sur les demandes d'asile des mineurs, qu'ils soient accompagnés ou non, tout en étant tenu de prendre en considération le bien de l'enfant à chaque étape de la procédure³⁰. Les collaborateurs compétents du SEM ont par exemple suivi des formations spécifiques sur la conduite d'auditions adaptées aux enfants.

Dans le cas des RMNA, le représentant juridique gratuit qui a été désigné pour défendre leurs intérêts pendant leur séjour dans le CFA ou à l'aéroport assume aussi la fonction de personne de confiance (art. 17, al. 3, let. a, LAsi en relation avec l'art. 7, al. 2, OA 1). Cette dernière joue un rôle essentiel dans la protection de leur bien tout au long de la procédure d'asile. Elle les conseille avant et pendant les auditions, les aide à fournir les moyens de preuve et sert d'intermédiaire dans la communication avec les autorités et les établissements de santé. Elle doit posséder non seulement des connaissances juridiques spécialisées du droit de l'asile et du droit de la protection de l'enfant, mais aussi des compétences sociales, et avoir de l'expérience du travail avec des mineurs (art. 7, al. 3, OA 1). La défense des intérêts des RMNA est assurée, aussi longtemps que dure la procédure après leur attribution à un canton, par une personne de confiance immédiatement désignée par les autorités cantonales compétentes (art. 17, al. 3, let. b, LAsi), et ce, sans préjudice de l'obligation imposée aux autorités cantonales de prendre des mesures supplémentaires appropriées pour protéger l'enfant, comme la nomination d'un curateur ou d'un tuteur (art. 308 et 327a ss CC et art. 7, al. 2^{quater}, OA 1). En cas de mise en danger du bien-être de l'enfant pendant le séjour dans le CFA, l'autorité cantonale compétente doit en être informée et intervenir avant même l'attribution officielle au canton. L'activité de personne de confiance qu'exerce le représentant juridique désigné par le canton dure pendant toute la durée de la procédure d'asile et de renvoi, mais prend fin au plus tard à la nomination d'un curateur ou d'un tuteur ou à la majorité de l'enfant (art. 7, al. 2^{quater}, OA 1)³¹.

Les mineurs accompagnés sont généralement représentés légalement par leurs parents. Le représentant juridique attribué à la famille en application du droit de l'asile dans le cadre de la procédure d'asile est cependant aussi chargé de défendre leurs intérêts personnels. En cas de conflit d'intérêts entre les parents et l'enfant, le représentant juridique doit en informer le SEM, qui procède alors à une pesée des intérêts et désigne, le cas échéant, une personne de confiance différente pour l'enfant³².

En ce qui concerne l'hébergement pendant la procédure d'asile, le SEM est tenu de tenir compte des besoins particuliers des enfants (art. 82, al. 3^{bis}, LAsi). L'encadrement, notamment celui des RMNA, est assuré par des professionnels tels que des éducateurs sociaux, des collaborateurs du SEM, du personnel d'encadrement et des enseignants (voir le ch. 4.3.1).

²⁹ Directives LEI

³⁰ Voir par ex. le manuel Asile et retour, art. A2 : « La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) », ch. 2.2

³¹ Orell Füssli Kommentar, n° 7 ad art. 17, al. 3, let. b, LAsi

³² Manuel asile et retour, art. C6.2 : « L'audition sur les motifs d'asile », ch. 2.2.7

La responsabilité du domaine des étrangers incombe en premier lieu aux autorités cantonales compétentes en matière de migration (art. 40 et 98, al. 1, LEI). Dans le cadre de leurs compétences, ces dernières sont amenées à collaborer étroitement avec d'autres services, tels que les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA). Une telle collaboration est requise notamment lorsqu'il est question de la représentation juridique, de l'autorité parentale ou de la protection de l'enfant. Les autorités peuvent en effet avoir besoin de consulter des rapports sur la situation de vie des enfants ou des décisions judiciaires. Lorsque des décisions en matière migratoire concernent des familles avec enfants ou des mineurs non accompagnés, les autorités aussi bien cantonales que fédérales doivent s'assurer que toutes les mesures de protection requises, telles que la nomination d'un tuteur, ont été prises au préalable. Cette pratique entend respecter le principe constitutionnel de proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.) et vise à mettre en œuvre non seulement les obligations internationales découlant de la CDE, de la CEDH et de la CLaH 96 mais aussi l'art. 11 Cst., qui garantit à chaque enfant le droit à une protection particulière de son intégrité et à l'encouragement de son développement.

Dans certaines procédures relevant du droit des étrangers, les décisions positives des autorités cantonales compétentes en matière de migration sont soumises à l'approbation du SEM (art. 99 LEI en relation avec les art. 83 à 86 OASA et ordonnance du Département fédéral de justice et police [DFJP] du 13 août 2015 concernant l'approbation [OA-DFJP ; RS 142.201.1]³³). C'est le cas par exemple pour l'octroi des autorisations de séjour à des enfants placés qui n'y ont pas droit (art. 33 OASA en relation avec l'art. 5, let. f, OA-DFJP). Le SEM s'assure alors que le bien de l'enfant est suffisamment pris en compte dans chaque cas d'espèce. Il fait de même lorsque les autorités cantonales compétentes du marché du travail et en matière d'étrangers lui soumettent de leur propre chef des décisions pour approbation (art. 85, al. 3, OASA). En droit des étrangers, il existe par conséquent une responsabilité partagée entre la Confédération et les cantons, qui implique pour toutes les instances de veiller impérativement à ce que le bien de l'enfant soit pris en considération.

3.3 Digression : nouveautés à venir à la suite de la reprise du pacte de l'UE sur la migration et l'asile

Le 14 mai 2024, l'UE a adopté le pacte européen sur la migration et l'asile (pacte de l'UE), qui compte dix textes législatifs, dont cinq sont des développements de l'acquis de Schengen/Dublin et doivent, à ce titre, être repris par la Suisse. Le Conseil fédéral a approuvé leur reprise le 14 août 2024, sous réserve de l'accomplissement des exigences constitutionnelles. Trois de ces textes, qui sont en partie directement applicables en Suisse, contiennent des dispositions essentielles concernant l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit du règlement (UE) 2024/1351 (règlement AMMR)³⁴, du règlement (UE) 2024/1358 (règlement Eurodac révisé)³⁵ et du règlement (UE) 2024/1356 (règlement sur le filtrage)³⁶.

³³ Directives LEI, ch. 1.3

³⁴ Règlement (UE) 2024/1351 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 relatif à la gestion de l'asile et de la migration, modifiant les règlements (UE) 2021/1147 et (UE) 2021/1060 et abrogeant le règlement (UE) n° 604/2013, version du JO L 2024/1351 du 22.5.2024.

³⁵ Règlement (UE) 2024/1358 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 relatif à la création d'« Eurodac » pour la comparaison des données biométriques aux fins de l'application efficace des règlements (UE) 2024/1351 et (UE) 2024/1350 du Parlement européen et du Conseil et de la directive 2001/55/CE du Conseil et aux fins de l'identification des ressortissants de pays tiers et apatrides en séjour irrégulier, et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des États membres et par Europol à des fins répressives, modifiant les règlements (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/818 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil, version du JO L 2024/1358 du 22.5.2024.

³⁶ Règlement (UE) 2024/1356 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 établissant le filtrage des ressortissants de pays tiers aux frontières extérieures et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 et (UE) 2019/817, version du JO L 2024/1356 du 22.5.2024.

3.3.1 Règlement AMMR

Le règlement AMMR établit que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les procédures qui concernent les enfants (art. 23, par. 1, du règlement AMMR). Chaque État membre dans lequel un mineur non accompagné se trouve veille à ce que ce dernier soit représenté et assisté par un représentant dans le cadre de toutes les procédures concernées prévues par le règlement AMMR. Le représentant doit être désigné au plus tard dans un délai de quinze jours ouvrables (art. 23, par. 2, du règlement AMMR). Il doit par exemple aider l'enfant à fournir les informations nécessaires. Le règlement AMMR contient des exigences détaillées concernant ce représentant (art. 23, par. 3). Son art. 37 prévoit par ailleurs qu'un État membre peut renoncer à un transfert si celui-ci n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

La règle de compétence prévue pour les mineurs non accompagnés à l'art. 25 du règlement AMMR correspond sur le principe à celle de l'art. 8 du règlement (UE) n° 604/2013 (règlement Dublin III)³⁷ en vigueur³⁸. Pour ce qui est du regroupement familial, la Suisse reprend la notion élargie de famille telle qu'elle est définie à l'art. 2, par. 8, de ce règlement afin de garantir une application uniforme des critères de compétences Dublin.

3.3.2 Règlement Eurodac

Les données biométriques des mineurs sont désormais relevées dès l'âge de 6 ans (art. 14 du règlement Eurodac). Leur intérêt supérieur doit ce faisant être pleinement respecté. Seuls des fonctionnaires spécifiquement formés sont ainsi habilités à effectuer le relevé. De plus, les mineurs doivent être accompagnés par un membre adulte de leur famille ou, s'ils ne sont pas accompagnés, par un représentant approprié. En cas d'incertitude concernant l'âge, il faut considérer qu'ils ont moins de 6 ans. Il existe par ailleurs une obligation de leur communiquer les informations de manière adaptée à leur âge (art. 42, par. 2, du règlement Eurodac).

La mise en œuvre juridique du nouveau règlement Eurodac a nécessité l'introduction dans la LEI d'une nouvelle disposition relative à la désignation d'une personne de confiance (art. 109I, al. 2, LEI), tandis que les dispositions actuellement prévues dans la LAsi demeurent inchangées car satisfaisantes du point de vue de la protection accordée.

3.3.3 Règlement sur le filtrage

L'art. 13 du règlement sur le filtrage prévoit des mesures de protection particulières pour les enfants dans le cadre de la nouvelle procédure de filtrage mise en place sur le territoire des États membres ou à leurs frontières. Les mineurs doivent ainsi être accompagnés par un membre adulte de leur famille, s'il y en a un de présent. Les mineurs non accompagnés doivent, quant à eux, être accompagnés par des représentants spécialement formés, qui défendent leur intérêt supérieur, communiquent dans une langue qu'ils peuvent comprendre et prennent en charge un nombre limité d'enfants. Les contrôles sanitaires et de vulnérabilité doivent être effectués par un personnel spécialisé en collaboration avec les autorités de protection de l'enfant. Les informations doivent par ailleurs être communiquées d'une manière adaptée aux enfants

³⁷ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte) ; JO L 180 du 29.6.2013, p. 31.

³⁸ L'art. 25, par. 5, du règlement AMMR précise désormais que, en l'absence de membres de la famille, de frères ou sœurs ou de proches, l'État membre responsable est celui dans lequel le mineur non accompagné a enregistré sa demande de protection internationale pour la première fois.

(art. 11, par. 3, du règlement sur le filtrage). L'intérêt supérieur de l'enfant doit également faire l'objet du contrôle à effectuer dans le cadre du nouveau mécanisme de surveillance indépendant mis en place (art. 10, par. 2, let. a, du règlement sur le filtrage).

4 Partie spéciale : demandes du postulat

4.1 Mise en place de procédures relevant du droit de l'asile et des étrangers adaptées aux enfants

4.1.1 Mise en place de procédures relevant du droit de l'asile adaptées aux enfants

4.1.1.1 Règlementation et pratique en vigueur

Conformément à la CDE, tout enfant a le droit de voir son bien évalué et dûment pris en compte dans toute décision le concernant³⁹. En tant que garantie procédurale⁴⁰, ce principe impose aux États parties d'intégrer dans leurs processus décisionnels des mesures spécifiques destinées à assurer cette prise en compte. Il s'agit notamment du droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion (art. 12 CDE), de voir les faits établis par des spécialistes formés, de disposer d'une représentation juridique (telle qu'une personne de confiance), d'obtenir une décision motivée et sujette à recours et de bénéficier d'une procédure rapide. Ces garanties et sauvegardes procédurales spécifiques doivent toujours être assurées et appliquées dans le cadre de la procédure d'asile pour les enfants⁴¹. Plusieurs de ces garanties sont inscrites dans la législation suisse, notamment dans la LAsi et ses ordonnances d'application⁴².

Dans la procédure d'asile, l'évaluation du bien de l'enfant relève en premier lieu de la compétence du SEM. Celle-ci peut intervenir à plusieurs moments au cours de la procédure d'asile, à partir du dépôt de la demande d'asile jusqu'à l'entrée en force de la décision d'asile. Elle tient compte de divers éléments, tels que l'identité de l'enfant, sa situation familiale en Suisse et dans le pays d'origine, son état de santé ou encore sa sécurité⁴³.

Dans le cadre de l'examen de la demande de l'asile, tant le bien de l'enfant que ses propres motifs de fuite sont examinés. Le SEM dispose de différents moyens pour recueillir les informations pertinentes concernant la situation de l'enfant et son bien, à savoir (i) les auditions personnelles du mineur – qu'il soit accompagné ou non –, (ii) la consultation et l'audition de ses représentants légaux (les parents [ou le curateur] ou le représentant juridique désigné, ou les deux), (iii) la prise en compte des documents versés au dossier, spécifiques à la situation de l'enfant concerné (par ex. les certificats médicaux ou les rapports des éducateurs sociaux et du personnel d'encadrement).

Une fois les informations pertinentes recueillies par le biais des moyens précités, le SEM procède à une appréciation globale de tous ces éléments afin d'évaluer et de déterminer le bien de l'enfant. Les informations ayant trait à ce bien font ainsi partie intégrante du dossier d'asile de l'enfant et sont prises en compte dans le cadre de la décision d'asile finale.

Afin de garantir cette prise en compte, le SEM applique des modalités procédurales adaptées aux enfants. Cela inclut non seulement la désignation obligatoire d'un représentant juridique

³⁹ Observation générale n° 12 (2009) du CRC sur le droit de l'enfant d'être entendu, chap. III.B.3

⁴⁰ Observation générale n° 14 du CRC

⁴¹ Agence de l'Union européenne pour l'asile (AUEA), Guide pratique sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures d'asile, 2019, p. 19

⁴² Voir le ch. 3.2.2.

⁴³ Par analogie à la jurisprudence en matière de renvoi des mineurs, JICRA 2006 n° 24, consid. 6.2.4, et 1998 n° 13, consid. 5.e

gratuit et, pour les mineurs non accompagnés, d'une personne de confiance, mais aussi une évaluation de la minorité alléguée (présomption de minorité), la participation de l'enfant, la formation spécifique du personnel amené à intervenir ainsi que le devoir d'instruction.

a. Représentant juridique et personne de confiance

Comme tous les requérants d'asile, les RMNA ont droit à un représentant juridique gratuit désigné dès le dépôt de la demande d'asile. Celui-ci assume également le rôle de personne de confiance pendant le séjour dans un CFA ou à l'aéroport (art. 17, al. 3, LAsi). Il guide l'enfant dans la procédure, collabore avec les professionnels de l'encadrement et assure la coordination avec les autorités cantonales compétentes. Ce double rôle permet une simplification des processus et assure une continuité dans la représentation des intérêts du mineur non accompagné⁴⁴. Une fois le RMNA attribué à un canton, il revient aux autorités cantonales de désigner un curateur ou un tuteur, voire une personne de confiance (art. 17, al. 3, let. a, LAsi et art. 7, al. 2, OA 1).

Chez les mineurs accompagnés, la responsabilité principale incombe en premier lieu aux parents, qui sont titulaires de l'autorité parentale selon le CC (art. 296, al. 2, CC). Le représentant juridique désigné pour la famille pendant le séjour dans un CFA ou à l'aéroport s'assure également que le bien de l'enfant est bien pris en compte tout au long de la procédure. Il est notamment tenu, par son cahier des charges, de transmettre rapidement au SEM les informations au sujet de circonstances particulières (par ex. concernant une vulnérabilité particulière, des problèmes de santé, la situation des enfants accompagnés de moins de 14 ans). En cas de mise en danger d'un enfant accompagné, une notification est faite à l'APEA compétente en vue de la mise en place d'une mesure de protection⁴⁵.

b. Présomption de minorité

Dans la mesure où dans le cadre d'une procédure d'asile la minorité confère des droits spéciaux aux enfants, la détermination de la minorité joue un rôle central, notamment pour les RMNA. Lorsqu'un requérant d'asile allègue être mineur, le SEM doit évaluer, à titre préjudiciel⁴⁶, la vraisemblance de cette allégation en se fondant sur un faisceau d'indices, tels que des documents d'identité, la cohérence et la vraisemblance des déclarations, et éventuellement les résultats d'une expertise médicale dite des trois piliers⁴⁷ (art. 17, al. 3^{bis}, LAsi)⁴⁸. Ainsi, tous les éléments au dossier plaidant tant en faveur qu'en défaveur de la minorité alléguée doivent être pris en considération dans le cadre d'une appréciation globale. À cet égard, le principe de la présomption de la minorité est admis par la jurisprudence⁴⁹. Si un doute subsiste à l'issue de l'évaluation, le principe *in dubio pro minore* s'applique⁵⁰. En cas de conclusion contraire, soit l'in vraisemblance de la minorité alléguée, la personne concernée est informée de manière détaillée et bénéficie du droit d'être entendue avant toute modification de ses données personnelles⁵¹.

⁴⁴ FF 2014 7771, p. 7813 ss

⁴⁵ Art. 314d CC (obligation d'aviser l'autorité) ; manuel RMNA, p. 51, et PLEX, p. 75

⁴⁶ ATAF 2009/54 du 29 juillet 2009, consid. 4.1

⁴⁷ 1) examen clinique et anamnèse ; 2) examen du squelette par radiographie de la main ; lorsque la croissance du carpe est terminée, un examen tomodensitométrique des épiphyses médiales de la clavicule est également réalisé ; 3) analyse d'une radiographie panoramique des mâchoires (orthopantomogramme)

⁴⁸ ATAF 2019 1/6 du 4 février 2020, consid. 5.3 s.

⁴⁹ Arrêts du TAF A-7588/2015 du 26 février 2016, consid. 4.2, et A-1987/2016 du 6 septembre 2016, consid. 7.7

⁵⁰ Arrêt du TAF A-7588/2015 du 26 février 2016, consid. 4.2

⁵¹ Directive sur la saisie et la modification des données personnelles dans le SYMIC, ch. 6.3 « Modification de données personnelles dans le domaine de l'asile »⁵² Observation générale n° 14 du CRC, § 43

c. Droit d'être entendu et capacité de discernement

Comme il est mentionné ci-dessus, le droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion et à ce que cette opinion soit dûment prise en considération dans toutes les affaires le concernant joue un rôle central dans le cadre de l'évaluation de son bien⁵². Conformément à l'art. 12 CDE, l'enfant doit pouvoir s'exprimer personnellement ou par l'intermédiaire d'un représentant.

La pratique mise en place par le SEM dans le cadre de la procédure d'asile permet de respecter tant les exigences découlant de l'art. 12 CDE que la jurisprudence constante du TF et du TAF à ce sujet⁵³. Afin de déterminer si l'enfant peut être entendu, le SEM doit évaluer sa capacité de discernement. Par capacité de discernement, on entend la capacité et la maturité nécessaires, d'une part, pour comprendre la signification et le but de la procédure et, d'autre part, pour exposer les motifs de persécution ou d'éventuels obstacles au renvoi. Selon la pratique et la jurisprudence, les mineurs sont présumés disposer d'une capacité de discernement pleine et effective à partir de l'âge de 13 ans⁵⁴.

Concernant les RMNA, l'appréciation de la capacité de discernement est une question centrale pour la suite de la procédure et doit s'effectuer le plus tôt possible, notamment lors du premier entretien. Pendant cet entretien, la personne chargée du dossier au SEM pose une série de questions pour s'assurer que le RMNA comprend le but et les enjeux en lien avec une demande d'asile. Dans le cas où une incapacité de discernement est constatée, le SEM est tenu d'établir les faits en étroite collaboration avec les personnes chargées de la protection des droits de l'enfant (par ex. avec le représentant juridique dans le CFA). Dans ce contexte, il peut faire appel à diverses mesures d'instruction en vue de réunir un maximum d'informations, notamment quant aux données personnelles de l'enfant⁵⁵.

Les RMNA qui disposent de la capacité de discernement, même limitée, sont entendus de manière systématique afin d'établir un état de fait et de leur donner la possibilité d'exposer leur point de vue. En présence de RMNA jeunes, la capacité de discernement est appréciée au cas par cas, à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas particulier. S'agissant des auditions personnelles des RMNA, le premier entretien spécifique permet de rassembler des informations détaillées sur la personne (identité, adresse dans le pays d'origine, parcours scolaire, profession, emploi, état civil, état de santé, etc.), sur les membres de sa famille résidant dans son pays d'origine ou dans un pays tiers (identité, degré de parenté, adresse, situation financière), sur l'encadrement familial et, enfin, sur les personnes ou institutions qui avaient la charge et la responsabilité de la personne avant son départ du pays.

S'agissant des mineurs accompagnés, les enfants âgés de 14 ans révolus sont systématiquement entendus. Leur bien est évalué dans le cadre de l'audition sur les motifs d'asile. Pour les enfants plus jeunes, des mesures spécifiques ont été introduites à la suite d'une décision du CRC⁵⁶. Par voie de circulaire du 3 juin 2021⁵⁷, le SEM a invité les représentants juridiques désignés dans les CFA ou à l'aéroport à lui transmettre toute information pertinente concernant la situation des enfants de moins de 14 ans. Dans le cadre de leur audition, les parents sont interrogés de manière différenciée sur leurs craintes personnelles et celles de leurs enfants, ainsi que sur les éventuels obstacles au renvoi. Sur cette base, le SEM décide si une audition

⁵² Observation générale n° 14 du CRC, § 43

⁵³ ATAF 2012/31 du 18 septembre 2012, consid. 5.1 à 5.3, et ATF 124 III 90 du 22 décembre 1997

⁵⁴ Manuel Asile et retour, art. C9 : « Requérants d'asile mineurs non accompagnés », ch. 2.4.3, ainsi que ATAF 2014/30 du 24 juillet 2014, consid. 2.2.3

⁵⁵ Manuel Asile et retour, art. C9 : « Requérants d'asile mineurs non accompagnés », ch. 2.4.5

⁵⁶ Communication CRC n° 56/2018 - E.A., U.A. et V.A. c. Suisse, datée du 28 septembre 2020

⁵⁷ Circulaire : Enfants accompagnés âgés de moins de 14 ans (à la suite de la décision du Comité des droits de l'enfant du 12 octobre 2020 (N°56/2018) concernant l'affaire E. A., U. A. et V. A. c. Suisse)⁵⁸ Voir la fiche d'information « Droit d'être entendu : enfant accompagné âgé de moins de 14 ans »

individuelle de l'enfant est nécessaire⁵⁸. L'enfant accompagné peut également en faire la demande.

d. Personnel formé et sensibilisé

Afin de garantir le bien de l'enfant dans le cadre de la procédure d'asile, il est important que le personnel impliqué soit adéquatement formé et sensibilisé. Les collaborateurs du SEM appelés à entendre les mineurs et à instruire les dossiers reçoivent des formations orientées sur les spécificités liées à l'audition des mineurs (technique d'audition, prise en compte du stade de développement, langage, atmosphère et rythme adaptés) et aux exigences propres au traitement de leur demande. Le personnel d'encadrement des CFA est également sensibilisé à la détection précoce et à la transmission rapide des besoins des mineurs aux acteurs compétents.

Lorsqu'il entend un mineur, le personnel du SEM doit ainsi tenir compte des aspects particuliers de la minorité (art. 7, al. 5, OA 1), tels que l'âge et la maturité de l'enfant concerné. Il s'assure que l'enfant est en mesure de comprendre les questions posées et d'y répondre et qu'il se sente à l'aise lors de l'audition en prenant des mesures adéquates, telles que l'utilisation d'un langage adapté aux enfants⁵⁹.

e. Obligations d'instruction et de collaboration

La procédure d'asile est soumise à la maxime inquisitoire (art. 12 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA ; RS 172.021]), ce qui signifie que le SEM a l'obligation d'établir lui-même les faits pertinents, permettant également d'évaluer le bien de l'enfant. Cela inclut les auditions ainsi que d'autres mesures d'investigation, comme des demandes adressées aux ambassades⁶⁰. L'obligation des autorités quant à l'établissement des faits pertinents est cependant limitée à ce que l'on peut raisonnablement attendre d'elles⁶¹.

Toutefois, l'obligation d'instruction a pour corollaire l'obligation de collaborer des requérants d'asile, y compris des mineurs (art. 13, al. 1, let. a et b, PA et art. 8 LAsi)⁶². La nature et l'ampleur de cette dernière doivent s'apprécier au cas par cas, en tenant compte notamment de leur âge, de leur capacité de discernement et d'éventuels autres facteurs tels que leur état psychique⁶³. L'obligation de collaborer n'est pas violée lorsque le requérant d'asile mineur est empêché de s'en acquitter sans avoir commis de faute⁶⁴. Il convient donc de faire preuve de prudence et de proportionnalité dans l'évaluation de cette obligation au cas par cas.

4.1.1.2 Principaux résultats de l'étude

Les auteurs de l'étude⁶⁵ reconnaissent les progrès réalisés au cours des dernières années dans la prise en considération de la situation des enfants, et plus particulièrement des RMNA, dans la procédure d'asile. Ils soulignent cependant que les principes clés contenus dans la CDE, tels que la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale (art. 3 CDE) et le droit d'être entendu (art. 12 CDE), ne sont mis en œuvre que de manière partielle dans la procédure d'asile.

Ils relèvent tout d'abord qu'une procédure spécifique de détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant fait défaut. Selon eux, l'accent n'est pas mis sur cet aspect dans la procédure d'asile.

⁵⁸ Voir la fiche d'information « Droit d'être entendu : enfant accompagné âgé de moins de 14 ans »

⁵⁹ Arrêt du TAF E-1928/2014 du 24 juillet 2014

⁶⁰ Manuel Asile et retour, art. B3 : « Le principe de l'instruction d'office, l'obligation de collaborer et l'administration des preuves », ch. 2.1.1

⁶¹ JICRA 2001/22 et JICRA 2001/23

⁶² JICRA 1999 n° 8, consid. 7a, p. 69

⁶³ JICRA 1999/2, consid. 6d

⁶⁴ JICRA 1999/2

⁶⁵ À propos de la démarche et de la méthode utilisées pour cette étude, voir p. 6 ss de l'étude

Les autorités s'attachent notamment à vérifier si le RMNA est bien mineur, s'il existe une compétence Dublin, si le RMNA a le statut de réfugié et s'il existe des obstacles à l'exécution du renvoi. À cause de cette prise en compte secondaire des problématiques liées à l'enfant, l'examen de certains aspects de son bien risque d'être lacunaire et il se peut que des dangers passent inaperçus.

Les auteurs attirent également l'attention sur le fait que l'exercice du droit de participation des enfants demeure parfois limité, surtout pour les enfants accompagnés. Le SEM prévoit en effet une audition personnelle pour les enfants accompagnés de 14 ans et plus. Pour les plus jeunes, la question fait l'objet d'un examen au cas par cas. Dans les faits, les enfants accompagnés, notamment ceux de moins de 14 ans, ne sont pas systématiquement entendus personnellement, contrairement aux RMNA. Selon les auteurs, le fait de fixer des limites d'âge constitue un frein à l'exercice du droit des enfants d'être entendus au sens de l'art. 12 CDE. Cette pratique ne serait pas sans conséquences sur l'établissement des faits et conduirait à une prise en compte insuffisante de leurs intérêts dans la décision d'asile.

Les auteurs parviennent par ailleurs à la conclusion que la procédure d'asile ne tient pas suffisamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, surtout en ce qui concerne l'audition personnelle, ce qui engendrerait des risques pour l'enfant. Des mesures doivent notamment être prises en ce qui concerne l'information des enfants, la préparation et le suivi des différentes étapes de la procédure (par ex. audition personnelle, procédure de détermination de l'âge et décision), les modalités de l'audition personnelle et la transition vers l'âge adulte.

Au vu de ces observations, les auteurs de l'étude présentent une série de recommandations d'action à adopter. Ils conseillent l'introduction d'une première procédure de détermination des besoins spécifiques de chaque enfant au début de la procédure d'asile, qui devrait être menée par une personne spécialisée dans les questions d'intérêt supérieur de l'enfant agissant, idéalement, de manière indépendante du SEM (recommandation d'action 4.1). De plus, ils préconisent l'instauration d'une procédure spécifique d'évaluation systématique de l'intérêt supérieur de l'enfant, en faisant appel à des spécialistes en matière d'enfance, dans le cadre de l'établissement des faits (recommandation d'action 4.2).

Les auteurs insistent sur l'importance d'inviter systématiquement les enfants à une audition afin de mieux prendre en compte leur situation individuelle et leur permettre de participer activement à la procédure (recommandation d'action 6.1). Pour les enfants jeunes ou traumatisés, des formes d'entretien de remplacement devraient être envisagées (recommandation d'action 7.3). L'analyse de la situation des enfants accompagnés devrait être menée de manière indépendante de celle des parents, avec un accompagnement distinct (recommandation d'action 6.2). Concernant les mineurs, l'objet et l'étendue de leur obligation de collaborer devraient être définis au cas par cas et de manière proportionnée au but visé (recommandation d'action 5.1). La mise en œuvre de procédures adaptées aux enfants nécessiterait une amélioration de l'information, une meilleure préparation des étapes procédurales ainsi qu'un renforcement des ressources et compétences des représentants légaux. Enfin, il est recommandé d'assurer un accompagnement au-delà de la majorité, afin de soutenir la transition vers l'âge adulte (recommandation d'action 7).

En résumé, les auteurs de l'étude formulent des recommandations d'action pouvant s'articuler autour des cinq principaux axes suivants : 1. évaluation systématique de la situation de l'enfant (recommandation d'action 4) ; 2. clarification du devoir d'instruction et de collaboration (recommandation d'action 5) ; 3. renforcement du droit de participation (recommandation d'action 6) ; 4. conduite adaptée de la procédure (recommandation d'action 7) ; 5. motivation des décisions tenant compte de l'enfant (recommandation d'action 8).

4.1.1.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

S'agissant du chapitre II.B sur les procédures relevant du domaine de l'asile, les discussions du groupe d'accompagnement ont principalement porté sur les recommandations d'action relatives à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant (recommandations d'action 4.1 et 4.2). Une majorité des membres du groupe d'accompagnement est, sur le principe, favorable à la présentation de recommandations d'action par les auteurs de l'étude (par ex. CFM, RSDE). Certains souhaitent des précisions, par exemple s'agissant de la question de savoir qui devrait être chargé de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Sur ce point, plusieurs membres sont d'avis que la solution devrait être trouvée plutôt chez les acteurs qui s'occupent déjà des enfants dans les CFA et non pas en faisant appel à de nouveaux spécialistes indépendants (CDAS, COPMA, RBS Berne). Le HCR souligne à cet égard que ces spécialistes doivent pouvoir agir, dans toute la mesure du possible, de manière indépendante, sur les plans tant de l'organisation que du personnel. Il relève en outre qu'il serait plus pertinent, dans la version allemande de l'étude, de parler d'« übergeordnetes Kindesinteresse » que de « Kindeswohl ». Le RSDE et l'OSAR rappellent que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte dans tous les processus décisionnels, conformément à la CDE.

En ce qui concerne la recommandation d'action visant à introduire, au début de la procédure, une première évaluation des besoins, réalisée par des spécialistes des questions de bien-être de l'enfant (recommandation d'action 4.1), les membres du groupe d'accompagnement estiment qu'il conviendrait de mettre davantage l'accent sur les compétences professionnelles de la personne chargée de déterminer le bien de l'enfant que sur son indépendance du système, comme le conseillent les auteurs de l'étude. De même, un processus standardisé devrait définir le moment auquel l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait avoir lieu, ainsi que les critères à prendre en compte (CDAS, COPMA, CRS, RSDE, RBS Berne, HCR⁶⁶). Le RSDE souligne également la nécessité d'instaurer une obligation de motiver les décisions de manière détaillée et documentée, aussi bien pour les enfants accompagnés que pour ceux qui ne le sont pas.

Quant à la participation des enfants dans la procédure d'asile, la majorité des membres du groupe d'accompagnement appuie la recommandation d'action visant à offrir à tous les enfants, qu'ils soient accompagnés ou non et indépendamment de leur âge, la possibilité d'être entendus dans le cadre d'une audition. La proposition de garantir à ces enfants une représentation indépendante de celle de leurs parents est plus controversée (recommandation d'action 6.2). En effet, certains membres soulignent que les parents d'un requérant d'asile mineur détiennent, en principe, l'autorité parentale et en sont donc les représentants légaux (par ex. CDAS, COPMA, RBS Berne).

Une majorité des membres du groupe d'accompagnement partage l'avis des auteurs de l'étude concernant la nécessité de mieux prendre en considération la situation des enfants dans les décisions les concernant, en particulier celle des mineurs accompagnés dans le cadre de l'examen des obstacles au renvoi. La CRS insiste sur l'importance de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant pour l'examen d'éventuels motifs d'asile propres aux enfants. Le HCR et l'OSAR soutiennent les recommandations d'action relatives à la détermination de l'âge et jugent problématiques les méthodes employées ainsi que le manque de pluridisciplinarité lors de

⁶⁶ À cet égard, le HCR renvoie à ses propres principes directeurs sur l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant (Principes directeurs 2021 du HCR pour la procédure relative à l'intérêt supérieur : évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ; document disponible sur <https://www.unhcr.org/fr/nos-activites/rapports-et-publications/manuels-et-outils-pratiques/boite-outils-bip>).

la réalisation de cette étape de procédure. Selon eux, les directives en la matière développées par le CRC ne sont jusqu'à présent mises en œuvre que partiellement en Suisse.

4.1.1.4 Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral reconnaît les efforts entrepris pour garantir le bien de l'enfant dans la procédure d'asile, notamment à travers l'obligation pour les autorités de recueillir les éléments pertinents permettant une évaluation individualisée de la situation de chaque enfant, conformément à l'art. 3 CDE.

S'agissant de la détermination du bien de l'enfant, le Conseil fédéral accueille favorablement la recommandation d'action formulée par les auteurs de l'étude et visant à introduire une procédure standardisée et documentée pour mieux structurer cette évaluation (recommandation d'action 4.2), et examinera les mesures qui peuvent être prises pour la mettre en œuvre. Entre autres, il pourrait être envisagé d'élaborer un formulaire standardisé contenant des critères spécifiques pour l'évaluation du bien de l'enfant, qui ferait partie du dossier d'asile. Le Conseil fédéral estime que cette tâche fait déjà partie du cahier des charges des représentants juridiques, mais qu'elle peut être davantage précisée et que le personnel mandaté peut être sensibilisé sur le sujet. Il en va de même pour toute personne en contact avec un requérant d'asile mineur – lorsque l'enfant séjourne dans un CFA ou dans le canton. Qui plus est, le Conseil fédéral reconnaît l'importance d'une information transparente des enfants, qu'ils soient accompagnés ou non (recommandation d'action 7.1), et va examiner la possibilité d'introduire des moyens de communication adaptés. Certaines mesures ont déjà été prises dans ce sens. Ainsi, depuis l'été 2025, les services de représentation juridique présents dans les CFA remettent à tous les mineurs (accompagnés ou non) un dépliant les informant de leurs droits dans la procédure d'asile. Il s'agit d'une information adaptée aux enfants disponible dans les principales langues d'origine des requérants d'asile mineurs⁶⁷.

Concernant le droit à l'audition, le Conseil fédéral rappelle que les enfants accompagnés de 14 ans révolus sont déjà entendus systématiquement, à moins qu'ils renoncent, par l'intermédiaire de leur représentant juridique, à l'audition en vue d'être directement inclus dans le statut de réfugié de l'un de leurs parents. Les RMNA capables de discernement (même si limité) sont, quant à eux, toujours auditionnés. Les enfants accompagnés de moins de 14 ans ont, eux aussi, la possibilité d'être entendus — une requête pouvant également être formulée par leurs parents ou représentants juridiques. Toutefois, selon le Conseil fédéral, l'audition systématique de très jeunes enfants accompagnés présente un risque accru d'instrumentalisation, par exemple par leurs parents, et impliquerait une augmentation significative des ressources, sans amélioration proportionnelle de la qualité de l'instruction. Il estime donc que la pratique actuelle, combinée à l'obligation d'examiner individuellement la situation de chaque enfant dans la motivation de la décision d'asile, demeure suffisante pour garantir les droits procéduraux des enfants. Néanmoins, et afin de mieux tenir compte du droit de participation à la procédure d'asile, le Conseil fédéral estime qu'il est opportun de réévaluer la limite d'âge de 14 ans actuellement fixée pour l'audition systématique des enfants accompagnés. Il prend également note de la recommandation d'action visant à adapter la procédure de détermination de l'âge aux prescriptions internationales (recommandation d'action 5.2) et considère que cette question, de même que celle de la transition vers l'âge adulte, devraient être examinées davantage avec les acteurs pertinents. Le Conseil fédéral souligne, s'agissant de la détermination de l'âge, que, selon la pratique actuelle, si un doute persiste après examen de la minorité alléguée, l'enfant est

⁶⁷ « [Dépliant. Tes droits dans la procédure d'asile | unicef.ch](#) »

considéré comme mineur. L'examen de ces questions pourrait être confié à un nouveau groupe de travail interdisciplinaire à mettre en place après l'adoption du présent rapport, tout en prenant en compte le rapport coût-bénéfice de toute mesure additionnelle.

Enfin, le Conseil fédéral émet des réserves quant à la recommandation d'action visant à introduire une représentation juridique indépendante additionnelle pour les enfants accompagnés. Il rappelle que les parents sont, en principe, leurs représentants légaux et que toute dérogation à ce principe nécessiterait une intervention de l'APEA, dès lors qu'un conflit d'intérêts est établi. Qui plus est, les représentants juridiques ont le mandat de défendre les intérêts individuels de chaque membre de la famille. Si ces intérêts divergent, ils doivent prendre des mesures additionnelles.

4.1.2 Focus : renvois relevant du droit de l'asile

4.1.2.1 Règlementation et pratique en vigueur

Même si une partie de la doctrine tend à considérer l'art. 3, par. 1, CDE comme directement applicable⁶⁸, la jurisprudence suisse ne s'est pas encore prononcée de manière définitive à ce sujet, ce qui implique que la prise en compte du bien de l'enfant est actuellement traitée sous l'angle de l'exigibilité du renvoi et non comme un obstacle juridique absolu à son exécution⁶⁹.

Il sied d'ailleurs de préciser que l'exécution du renvoi ne fait pas l'objet des questions posées par l'auteur du postulat. Dès lors, par la suite, seule la décision de renvoi rendue est analysée et non son exécution.

a. Renvoi après une décision d'asile négative

Si l'enfant ne remplit pas les conditions pour être reconnu comme réfugié et que sa demande d'asile est rejetée ou fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière, l'exécution du renvoi est ordonnée si celle-ci est licite, raisonnablement exigible et possible (art. 83 LEI). Dans le cadre de cet examen, le SEM prend en considération le bien de l'enfant lors de l'évaluation du caractère raisonnablement exigible du renvoi⁷⁰. Lorsqu'il faut tenir compte du bien de l'enfant au regard de l'art. 3, par. 1, CDE, les exigences posées quant à l'existence d'une mise en danger concrète sont moins élevées dans le cadre de l'examen de l'exigibilité du renvoi⁷¹. Cet examen doit prendre en compte des éléments tels que l'âge et le degré de maturité de l'enfant, ses liens de dépendance, la nature de ses relations avec ses soutiens, son parcours scolaire, son degré d'intégration ainsi que les chances et difficultés liées à une réintégration dans son pays d'origine⁷². Le renvoi d'un enfant particulièrement bien intégré peut, dans certains cas, constituer un déracinement tel qu'il ne serait plus exigible⁷³.

Indépendamment de la durée du séjour en Suisse, le SEM doit procéder à une instruction individualisée pour chaque membre d'une famille, y compris pour l'enfant accompagné, en lien avec son intégration. Pour les enfants de moins de 14 ans, qui ne sont en principe pas audi-

⁶⁸ Voir l'arrêt du TAF E-6485/2014 du 8 décembre 2017, consid. 7.4 ; J. Schertenleib, Der Vollzug der Wegweisung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, in : Asyl 1996/1, p. 17 ; S. Wolf, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Recht, RSJB 1998, p. 142 s. ; P. Petermann Loewe, Materiel-rechtliche Aspekte der vorläufigen Aufnahme unter Einbezug der subsidiären Schutzes der EU, Zurich 2010, p. 121 s. Voir également l'Observation générale n° 14 du CRC

⁶⁹ Illes Ruedi in Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer (AuG), (2010), ad art. 83, p. 800-801 ; manuel Asile et retour, art. E3 : « Le renvoi, l'exécution du renvoi et l'octroi de l'admission provisoire », ch. 3.2.2.3.1

⁷⁰ Manuel Asile et retour, art. E3 : « Le renvoi, l'exécution du renvoi et l'octroi de l'admission provisoire », ch. 3.2.2.3.1

⁷¹ Manuel Asile et retour, art. E3 : « Le renvoi, l'exécution du renvoi et l'octroi de l'admission provisoire », ch. 3.2.2.3.2

⁷² ATAF 2009/51 du 18 septembre 2009, consid. 5.6, et 2009/28 du 9 juillet 2009, consid. 9.3.2 ; manuel Asile et retour, art. E3 : « Le renvoi, l'exécution du renvoi et l'octroi de l'admission provisoire », ch. 3.2.2.3.2

⁷³ ATAF E-2621/2022 du 12 décembre 2024

tionnés, cette instruction s'effectue en recueillant les informations pertinentes auprès des parents ou du représentant juridique (voir le ch. 4.1.1.1, pt c). Une fois l'instruction terminée, le SEM est tenu d'exposer dans la décision d'asile les raisons pour lesquelles le renvoi est compatible avec le bien de chaque enfant, qu'il ait été auditionné ou non.

En ce qui concerne les RMNA, des clarifications supplémentaires sont requises avant toute décision de renvoi. Conformément à l'art. 69, al. 4, LEI et à la jurisprudence⁷⁴, le SEM doit s'assurer de l'existence d'une prise en charge concrète dans le pays d'origine par la famille, des tiers ou des institutions appropriées. Il doit également s'assurer que ces personnes ou structures sont en mesure de couvrir les besoins fondamentaux de l'enfant. Ces clarifications doivent être effectuées en amont et figurer dans la décision de renvoi afin de garantir leur contrôle judiciaire⁷⁵. L'ampleur des mesures à prendre dépend de l'âge et de la maturité de l'enfant. Pour un adolescent proche de la majorité, elles seront en principe moins étendues que pour un jeune enfant, sans toutefois libérer le SEM de son obligation d'assurer une prise en charge suffisante⁷⁶.

b. Renvoi dans le cadre de la procédure Dublin

L'art. 31a, al. 1, let. b, LAsi établit que le SEM n'entre pas en matière sur une demande d'asile si le requérant peut se rendre dans un État tiers qui a compétence pour mener la procédure d'asile et de renvoi. Cette disposition constitue le fondement juridique de la décision de non-entrée en matière rendue dans le cadre de la procédure Dublin et entraîne le transfert de la personne concernée vers l'État Dublin qui a compétence pour examiner sa demande d'asile. La décision de renvoi rendue dans le cas d'une personne séjournant illégalement en Suisse sans y avoir demandé l'asile et qui doit être transférée vers un autre État membre se fonde, quant à elle, sur l'art. 64a LEI⁷⁷.

Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant est également central dans le règlement Dublin III. Ainsi, en principe, aucune procédure Dublin n'est menée à l'égard des RMNA. Les considérants 14 et 17 de ce règlement soulignent la nécessité de respecter la vie familiale au sens de la CEDH et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE⁷⁸. Les États devraient notamment déroger aux critères de compétence, pour raisons humanitaires ou en cas de rigueur, afin de favoriser la réunification familiale, même lorsqu'ils n'ont pas compétence selon les règles du règlement Dublin III (voir le ch. 4.2.1.1).

Le nouveau règlement AMMR, mentionné ci-dessus (voir le ch. 3.3.1), qui remplacera l'actuel règlement Dublin III, contient également des dispositions spécifiques relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il prévoit notamment une procédure de détermination des compétences plus rapide, dans laquelle ce principe est davantage pris en compte (art. 23 du règlement AMMR). Par ailleurs, la compétence pour les RMNA ne reviendra plus automatiquement à l'État dans lequel ils se trouvent, mais à celui qui a enregistré leur demande d'asile en premier lieu, pour autant que cela corresponde à leur intérêt supérieur (art. 25, par. 5, du règlement AMMR). De plus, la définition de « membres de la famille » sera élargie à certaines relations établies après avoir quitté le pays d'origine (art. 2, par. 8, du règlement AMMR). Un titre de séjour de longue durée ou une naturalisation d'un membre de la famille donnera également lieu à une nouvelle attribution de compétence. Ces ajustements visent à favoriser la réunification familiale et à adapter la procédure de manière plus conforme à la réalité vécue par les enfants concernés tout en prenant en compte leur intérêt supérieur. L'objectif global du règlement AMMR est de

⁷⁴ ATAF 2015/30 du 1^{er} septembre 2015, consid. 7.3

⁷⁵ ATAF 2021 VI/3 du 20 septembre 2021, consid. 11.5.2

⁷⁶ ATAF E-1279/2014 du 7 septembre 2015, consid. 5.1.7

⁷⁷ Manuel Asile et retour, art. C3 : « La procédure Dublin », ch. 1

⁷⁸ JO L 326 du 26.10.2012, p. 391 (non applicable à la Suisse)

rendre le système Dublin plus équitable et plus efficace. La Suisse devrait rejoindre ce dispositif dès juillet 2026, sous réserve de l'adoption des bases légales nécessaires.

Les exigences relatives à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, telles qu'elles découlent de la CDE, de la CEDH ainsi que des jurisprudences de la Suisse et de l'UE, doivent être appliquées au cas par cas lors de l'évaluation des obstacles au renvoi dans le cadre de la procédure Dublin. Des éléments comme le bien-être de l'enfant, son développement social, son âge, sa maturité et ses antécédents doivent être pris en considération. Ces intérêts sont identifiés notamment à travers l'audition personnelle menée dans le cadre de la procédure Dublin, ainsi qu'à travers toute autre information apportée par l'enfant, ses parents ou son représentant légal.

4.1.2.2 Principaux résultats de l'étude

Les auteurs de l'étude constatent que la question de l'intérêt supérieur de l'enfant est davantage prise en compte dans les décisions de renvoi relevant du droit de l'asile que dans celles relevant du droit des étrangers. Cela concerne en particulier les RMNA, pour lesquels les décisions de renvoi incluraient en règle générale une analyse de leur situation spécifique.

Cependant, les auteurs font remarquer qu'une moindre attention est portée à l'examen de la situation spécifique de l'enfant dans les décisions concernant les mineurs accompagnés, surtout lorsqu'ils n'ont pas été entendus dans le cadre d'une audition personnelle. Ils sont d'avis que, dans ces cas, leur point de vue n'est pas suffisamment reflété dans la décision d'asile, ce qui peut entraîner une évaluation insuffisante de leurs droits et de leurs besoins.

Les auteurs recommandent donc de donner à tous les enfants la possibilité d'être entendus personnellement, afin de garantir l'exercice effectif de leur droit de participation et de mieux prendre en compte leur intérêt supérieur dans la décision d'asile les concernant. Ils soulignent également la nécessité d'analyser de manière complète et indépendante la situation des enfants accompagnés, leurs situations et intérêts pouvant diverger de ceux de leurs parents (recommandation d'action 10.1).

S'agissant des décisions de renvoi concernant des enfants présents en Suisse depuis longtemps, les auteurs de l'étude concluent que les critères d'inexigibilité du renvoi sont parfois trop élevés. Ils recommandent ainsi une analyse individuelle et complète de l'exigibilité du renvoi du mineur, sans se baser sur des catégories d'âge prédéfinies par la jurisprudence, ainsi que sur des présomptions généralisées (par ex. concernant la capacité d'adaptation). Toujours selon l'étude, l'accent devrait être mis sur une évaluation approfondie de la situation de chaque enfant, prenant en compte des éléments comme l'intégration sociale, les liens familiaux et les effets psychologiques d'une telle décision (recommandation d'action 10.2).

4.1.2.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

Dans le cadre de la séance du 27 février 2025, les membres du groupe d'accompagnement ont eu la possibilité d'échanger sur les résultats de l'étude relatifs à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions de renvoi.

Ils ont tout d'abord discuté des critères d'« *inexigibilité* » de l'exécution du renvoi après un séjour de longue durée et de la nécessité de les préciser lorsque la mesure de renvoi concerne un mineur. L'OSAR est notamment d'avis que ces critères devraient être élargis afin de mieux tenir compte de la perspective des enfants. Ainsi, les obstacles au renvoi devraient être examinés également sous l'angle des droits des enfants, tels que celui au respect de la vie privée

et familiale et au développement. Pour ce faire, certains membres du groupe d'accompagnement estiment qu'aucune adaptation du cadre légal n'est nécessaire, mais que celle-ci pourrait avoir lieu au niveau des directives (OSAR, HCR). De son côté, le HCR soutient notamment la recommandation d'action, selon laquelle il conviendrait de renoncer à un renvoi en cas de doute quant à son exigibilité (recommandation d'action 8.1).

Concernant les critères d'inexigibilité de l'exécution du renvoi et le fait d'ordonner une admission provisoire, renvoi a été fait à l'initiative parlementaire 24.438 déposée par Rutz Gregor le 14 juin 2024, qui demande de préciser les cas de figure où le renvoi « ne peut être raisonnablement exigé »⁷⁹. Cette initiative a été adoptée en date du 8 avril 2025. Sa mise en œuvre pourrait également avoir des conséquences sur la prise en compte du bien de l'enfant dans le cadre de l'examen des obstacles au renvoi.

4.1.2.4 Position du Conseil fédéral

S'agissant de la prise en compte du bien de l'enfant dans le cadre de l'examen de l'exigibilité du renvoi, le Conseil fédéral souligne que le SEM est tenu par la jurisprudence actuelle d'évaluer de manière individualisée la situation de chaque enfant concerné par une décision de renvoi et d'intégrer dans la motivation de la décision les considérations relatives à son bien⁸⁰. Selon le Conseil fédéral, les critères développés par la jurisprudence, tels que l'âge, le degré de maturité, les perspectives de formation, la durée du séjour en Suisse ou encore le degré d'intégration, permettent de prendre en considération de manière adéquate la perspective et les besoins de l'enfant dans le cadre de l'évaluation de l'exigibilité du renvoi.

De plus, s'agissant de la procédure Dublin, le Conseil fédéral souligne que la mise en œuvre du pacte de l'UE permettra d'accorder une attention particulière au traitement des demandes déposées par des RMNA. Ce pacte vise entre autres à faciliter le regroupement de ces jeunes requérants avec leurs proches pour autant que cela soit conforme à leur bien.

Par ailleurs, le Conseil fédéral informe que l'initiative parlementaire 24.438 vise à préciser dans la loi de manière exhaustive les situations dans lesquelles un renvoi « ne peut être raisonnablement exigé ». Sa mise en œuvre est susceptible d'avoir une incidence sur l'examen du bien de l'enfant lors de l'appréciation des obstacles au renvoi.

En résumé, le Conseil fédéral considère que le cadre juridique actuel, complété par la jurisprudence, offre déjà les outils nécessaires pour intégrer le bien de l'enfant dans la pratique. Il souligne toutefois qu'une mise en œuvre cohérente et rigoureuse de ces exigences reste indispensable, notamment par une instruction individualisée, une appréciation complète de la situation de chaque enfant et une motivation explicite dans chaque décision de renvoi.

4.1.3 Mise en place de procédures ordinaires relevant du droit des étrangers adaptées aux enfants

4.1.3.1 Pratique et réglementation en vigueur

Comme l'indique le ch. 3.2.4, les autorités cantonales compétentes en matière de migration sont chargées d'octroyer, et donc aussi de prolonger ou de révoquer, les autorisations en matière de droit des étrangers (art. 40, al. 1, LEI). L'étranger concerné s'adresse, dès lors, en

⁷⁹ Disponible sous : www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 24.438 Rutz Gregor « Admission provisoire comme mesure de substitution lorsqu'un renvoi ne peut pas être exécuté. Préciser les cas de figure où le renvoi "ne peut être raisonnablement exigé" »

⁸⁰ Voir notamment l'ATAF 2014/26 du 8 octobre 2014, consid. 7.6, avec les références citées, ainsi que l'arrêt du TAF E-2621/2022 du 12 décembre 2024, consid. 8.4.1, avec les références citées

premier lieu à ces autorités. Le SEM n'intervient que dans le cadre de la procédure d'approbation (art. 99 LAsi et OA-DFJP). Il peut à tout moment demander des documents supplémentaires nécessaires à l'évaluation du bien de l'enfant.

Le droit suisse des étrangers ne prévoit pas de procédure spécifique pour la détermination du bien de l'enfant. Toutefois, les autorités cantonales et fédérales doivent examiner la situation personnelle de l'enfant concerné dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation (art. 96 LEI), conformément à l'art. 3 CDE⁸¹. Selon la jurisprudence du TF, le bien de l'enfant doit être pris en compte de manière prioritaire et être considéré comme un élément essentiel dans toute pesée des intérêts⁸².

Dans les procédures relevant du droit des étrangers, il convient également de prendre en considération, outre l'art. 3 CDE, l'art. 12 CDE, qui consacre le droit d'être entendu. Ce droit suppose que l'enfant soit capable de former sa propre opinion et s'exerce dans toutes les procédures qui concernent les enfants, comme dans les cas de séparation familiale. Il peut donc s'appliquer dans les procédures relatives au droit de séjour d'un enfant ou de son parent, voire de son représentant légal. S'il s'agit d'une relation personnelle importante et effectivement vécue, la menace d'une interruption ou d'une complication des possibilités de contact avec un parent n'ayant pas le droit de garde ou un autre membre de la famille peut également affecter les intérêts de l'enfant de telle manière que celui-ci doit se voir accorder le droit d'être entendu en vertu de l'art. 12, par. 1, CDE⁸³. Le TF a délimité le champ d'application de l'art. 12 CDE en précisant qu'une audition personnelle n'est pas toujours nécessaire dans les procédures relevant du droit des étrangers, notamment lorsque les intérêts des parents concordent avec ceux de leur enfant, qu'ils représentent l'enfant de manière adéquate et que les faits pertinents peuvent être établis sans cela⁸⁴.

Il ne sera ci-après question que des procédures relevant du droit des étrangers dans lesquelles le bien de l'enfant doit explicitement être pris en compte, conformément aux bases légales en vigueur (voir les pts b à e de cette section). Ces procédures concernent en principe les enfants qui vivent avec au moins un de leurs parents (mineurs accompagnés).

a. Regroupement familial

Dans la mesure où le sujet du regroupement familial fait l'objet de plusieurs questions du postulat, il sera traité de manière détaillée au ch. 4.2.2.

b. Dissolution de l'union conjugale

La protection du bien de l'enfant constitue un principe fondamental devant guider l'appréciation des autorités, y compris lors de la dissolution de l'union conjugale ou familiale. Lorsque celle-ci est dissoute et que les critères de la durée de l'union conjugale et de l'intégration prévus à l'art. 50, al. 1, let. a, LEI ne sont pas remplis, l'autorité compétente en matière de migration prolonge l'autorisation de séjour du conjoint ou de l'enfant ayant fait l'objet d'un regroupement familial uniquement si la prolongation du séjour s'impose pour des raisons personnelles majeures (art. 50, al. 1, let. b, LEI et art. 31 OASA). Là encore, le bien de l'enfant (art. 3, par. 1, CDE) doit être pris en compte dans cette pesée des intérêts⁸⁵. Afin de déterminer si l'intérêt personnel d'un parent étranger à rester en Suisse est prépondérant, il convient de prendre en

⁸¹ Stämpflis Handkommentar, n° 12 *ad* art. 96 LEI

⁸² ATF 143 I 21 du 17 novembre 2016, consid. 5.5.1

⁸³ Arrêt du TF 2A. 348/2005 du 21 octobre 2005, consid. 4

⁸⁴ ATF 144 II 1 du 29 novembre 2017, consid. 6.5 ; ATF 147 I 149 du 16 juillet 2020, consid. 3.2

⁸⁵ Arrêt du TAF F-2718/2018 du 20 avril 2020, consid. 9

compte les critères développés en lien avec l'art. 8, par. 1, CEDH, en tant que normes minimales⁸⁶. Le maintien du lien parental avec un enfant bénéficiant d'un droit de séjour en Suisse après la dissolution de l'union conjugale peut, par exemple, constituer une raison personnelle majeure justifiant la poursuite du séjour en Suisse⁸⁷.

Depuis le 1^{er} janvier 2025, la LEI précise expressément que le fait que le conjoint ou un enfant soit victime de violences domestiques constitue aussi un motif personnel majeur pouvant justifier un séjour prolongé du parent en Suisse (art. 50, al. 1, let. b, et 2, let. a, LEI)⁸⁸, reflétant ainsi la nécessité de garantir la sécurité et le bien-être de l'enfant dans un contexte de vulnérabilité, conformément à l'obligation des autorités de veiller à son bien.

Ainsi, dans ces situations, l'autorité compétente en matière de migration doit procéder à une analyse individualisée de la situation de l'enfant et de ses besoins spécifiques, en tenant compte notamment de ses liens affectifs, de son environnement en Suisse et des conséquences qu'une séparation ou un éloignement du parent pourrait avoir sur son développement⁸⁹. Le bien de l'enfant joue donc un rôle central dans l'évaluation de la proportionnalité d'une mesure et dans la décision finale relative au séjour.

c. Cas de rigueur

Dans le cadre de l'examen d'une demande fondée sur un cas de rigueur au sens de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI et de l'art. 31 OASA, les autorités compétentes en matière de migration sont tenues de procéder à une analyse complète et individualisée des circonstances du cas d'espèce, ce qui implique de prendre en compte tous les éléments pertinents qui peuvent entraîner l'acceptation ou le rejet de la demande⁹⁰.

Le bien de l'enfant constitue un élément central dans cette pesée des intérêts. Conformément à la jurisprudence du TF, il doit être examiné de manière prioritaire et substantielle⁹¹. Cela signifie que, dans l'analyse du cas de rigueur, les autorités doivent notamment évaluer l'impact d'une éventuelle décision négative sur le bien-être de l'enfant, son développement, ses liens sociaux et familiaux en Suisse, ainsi que les risques d'une rupture avec son environnement de vie⁹².

En d'autres termes, lorsqu'un enfant est concerné par la demande du cas de rigueur, les considérations liées à son bien doivent guider l'autorité dans la détermination de la proportionnalité d'un refus ou d'une autorisation.

4.1.3.2 Principaux résultats de l'étude

Les auteurs de l'étude parviennent à la conclusion que les obligations découlant de l'art. 3, par. 1, CDE et le droit de l'enfant d'être entendu garanti par l'art. 12, par. 1, CDE ne sont que partiellement mis en œuvre dans le cadre des procédures relevant du droit des étrangers. Leur appréciation repose sur une analyse de la jurisprudence et des dossiers individuels mis à disposition par les cantons, ainsi que sur des entretiens avec des experts et une enquête en ligne.

L'une des raisons pour lesquelles le bien de l'enfant n'est pas toujours pris en compte en tant que considération primordiale dans l'établissement des faits réside dans l'absence de procédure spécifique. La loi ne prévoyant pas une telle procédure, il arrive souvent, en pratique, que

⁸⁶ Directives LEI, ch. 6.15.3.1 ; arrêt du TF 2C_934/2021 du 15 février 2022, consid. 4.2

⁸⁷ ATF 143 I 21 du 17 novembre 2016, consid. 4.1

⁸⁸ FF 2024 1449 ; RO 2024 713

⁸⁹ Arrêt du TF 2C_934/2021 du 15 février 2022, consid. 4.6.3

⁹⁰ ATF 124 II 110 du 23 janvier 1998 ; ATF 128 II 200 du 25 avril 2002

⁹¹ Arrêt du TAF F-4110/2015 du 1^{er} février 2018, consid. 5.4 et 5.5

⁹² ATF 143 I 21 du 17 novembre 2016, consid. 5.5

Le bien de l'enfant ne soit pas évalué de manière systématique et approfondie. Les données personnelles des enfants ont certes été documentées dans presque tous les dossiers examinés, mais, lorsqu'une évaluation plus poussée a eu lieu, elle était souvent limitée en matière de contenu et portait principalement sur la relation affective et économique entre le parent et l'enfant, sur l'environnement familial et les conditions de vie dans le pays de provenance et, pour quelques-uns, sur l'état de santé. Il ressort en outre de l'étude que les enfants concernés par la décision jouent un rôle plutôt marginal dans les dossiers et que l'examen de l'état de fait se concentre principalement sur la situation des parents. En revanche, un examen plus complet de la situation a généralement été effectué pour les enfants placés sous curatelle. Le manque d'expertise, mais aussi de ressources humaines et financières, est cité comme une autre raison pouvant expliquer les lacunes dans l'établissement des faits. Un problème central réside également dans la tendance à se focaliser, lors de la pesée des intérêts, sur les intérêts publics en présence, ce qui rend encore plus difficile la prise en compte du bien de l'enfant.

À propos de la participation à la procédure, les auteurs de l'étude indiquent que le TF reconnaît l'applicabilité directe de l'art. 12 CDE, sans pour autant en déduire un droit fondamental de l'enfant à être entendu personnellement. Dans les faits, il est donc possible, sous certaines conditions, de renoncer à une audition personnelle. En outre, le droit d'être entendu n'est inscrit dans la loi que de manière ponctuelle (art. 47, al. 4, LEI). Selon les directives LEI, il existe une certaine marge de manœuvre en ce qui concerne l'application de l'art. 12 CDE, le droit de l'enfant d'être entendu devant être limité aux procédures dans lesquelles des intérêts essentiels concernant sa personne sont en jeu. De nombreuses autorités cantonales compétentes en matière de migration ne disposent d'aucune instruction spécifique en la matière et s'appuient plutôt sur la jurisprudence générale et les directives du SEM. L'audition directe des enfants, telle qu'elle est recommandée par le CRC, fait clairement figure d'exception en pratique. Lorsque l'opinion de l'enfant est recueillie dans la procédure, c'est généralement de manière indirecte, par l'intermédiaire des parents ou de leur représentant juridique. Dans certains dossiers, elle n'est même pas recueillie. L'une des causes de ce problème pourrait résider dans la pratique du TF, qui permet de renoncer à une audition personnelle. Cette pratique pose tout d'abord des problèmes en ce qui concerne l'établissement des faits, d'autant que les parents ont souvent leurs propres intérêts dans les procédures concernées et ne peuvent donc qu'exceptionnellement convenir comme représentants de leurs enfants. En outre, tant les parents que les enfants ne seraient pas suffisamment informés sur la procédure. Cette pratique est également problématique au regard du droit de participation lié à la personnalité consacré par l'art. 12 CDE, car elle ne permet pas à l'enfant de participer suffisamment à la procédure. Il y a lieu de parer aux risques éventuels liés à la participation personnelle de l'enfant en prenant des mesures appropriées. Dans le cas d'une participation indirecte de l'enfant, le fait que la représentation soit assurée par une personne ayant suivi une formation spécifique, indépendante des parents, devrait donner lieu à des améliorations.

La jurisprudence et les directives du SEM accordent une grande importance au bien de l'enfant dans la pesée des intérêts, même si d'autres éléments sont aussi pris en compte. Certains cantons, comme Zurich, Vaud et Genève, disposent de directives spécifiques en la matière. Le bien de l'enfant est généralement traité comme un élément des intérêts privés des parents. Certaines motivations des décisions reposent en outre sur des présomptions générales concernant l'enfant, de sorte que les décisions de première instance examinées ne donnent pas assez de place à la perspective de l'enfant. Globalement, il s'avère qu'on n'accorde généralement pas à l'enfant et à sa situation le poids nécessaire dans la décision et que le bien de l'enfant n'est parfois pas assez pris en compte en tant que critère à part entière et prépondérant qui ne doit pas être tenu pour équivalent à celui de la situation des parents.

Même si certains progrès au niveau de la prise en compte des intérêts de l'enfant dans les procédures relevant du droit des étrangers ont pu être observés au cours des dernières années dans la jurisprudence et la pratique de certains cantons, il reste, selon les auteurs de l'étude, encore beaucoup à faire à cet égard.

C'est pourquoi ils recommandent d'introduire un stade de procédure spécifiquement consacré à l'évaluation et à la détermination du bien de l'enfant dans les procédures relevant du droit des étrangers et de confier cette tâche à des spécialistes en matière d'enfance. Une réglementation au niveau de la loi serait, selon eux, indiquée. Les nouvelles normes de procédure qui en découleraient viseraient à clarifier la situation de l'enfant concerné, en particulier en ce qui concerne les aspects suivants : ses relations, sa prise en charge, sa protection, sa sécurité, les situations de vulnérabilité, sa santé et son développement, son éducation, son opinion et la variabilité de sa situation (recommandation d'action 1). Les auteurs de l'étude estiment par ailleurs qu'il serait judicieux de proposer à tous les enfants une audition personnelle adaptée à leur âge. Si ce n'est pas possible, il faudrait recueillir leur opinion d'une autre manière, par exemple par l'intermédiaire d'un représentant. De plus, les enfants doivent être informés sur l'ensemble de la procédure dans un langage adapté (recommandation d'action 2). L'intérêt de l'enfant doit en outre être un critère à part entière, et la motivation de la décision doit indiquer comment il a été pris en compte concrètement dans la pesée des intérêts. Il faut à cet égard éviter de fonder les décisions sur des présomptions générales.

Par rapport à la pratique actuelle, il est nécessaire d'accorder une plus grande importance aux intérêts de l'enfant (recommandation d'action 3). La mise en œuvre de toutes ces recommandations d'action nécessite d'affecter davantage de temps et de personnel aux autorités compétentes en matière de migration.

4.1.3.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

Lors de la séance du 6 novembre 2024, les résultats de l'étude concernant le bien de l'enfant dans les procédures relevant du droit des étrangers et les recommandations d'action qui en ont découlé ont été présentés au groupe d'accompagnement. Ont notamment été abordées les questions de l'établissement des faits, de la participation et de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la décision.

En ce qui concerne l'établissement des faits dans les procédures relevant du droit des étrangers, les membres du groupe d'accompagnement ont exprimé notamment les préoccupations suivantes.

L'ASM estime que les autorités cantonales et communales compétentes en matière de migration respectent les obligations de clarification et de vérification que leur imposent les lois, les ordonnances, la jurisprudence cantonale et fédérale ainsi que les directives du SEM. Cette pratique administrative permet, selon elle, de mettre en œuvre dans une large mesure les exigences de la CDE. L'ASM considère qu'il est important de continuer à sensibiliser les autorités compétentes à la nécessité de respecter les exigences de la CDE.

En ce qui concerne les recommandations d'action 1.2 et 1.3 relatives à l'établissement des faits, la CFM souhaite que l'on mentionne non seulement le bien de l'enfant, mais aussi son intérêt⁹³. C'est le seul moyen, selon elle, de garantir que l'opinion de l'enfant soit également prise en compte dans l'établissement des faits.

⁹³ Cette remarque de la CFM a été prise en compte dans l'étude en ajoutant la note de bas de page 1 (p. 1).

Certains membres du groupe d'accompagnement soulignent que les divergences d'opinions entre les représentants juridiques constatées par les auteurs de l'étude dans les procédures relevant du droit des étrangers ne doivent pas être interprétées simplement au détriment des autorités compétentes en matière de migration : les représentants juridiques ont tendance à se concentrer davantage sur les dispositions de la CDE, tandis que les responsables de cas au sein des autorités compétentes en matière de migration s'appuient plutôt sur les bases légales nationales et la jurisprudence du TF (CCDJP, ASM). En outre, une majorité des membres du groupe d'accompagnement estime qu'il serait important d'apporter des précisions et de fixer des priorités dans ce domaine, notamment en ce qui concerne les destinataires des recommandations d'action et leurs compétences respectives (CFM, dans le même esprit ACS et CCDJP).

En outre, la CCDJP et l'ASM considèrent que la pleine mise en œuvre des recommandations d'action engendrerait une charge supplémentaire considérable pour les autorités. De l'avis de l'ASM, une évaluation systématique et approfondie de la situation de chaque enfant dans le cadre des procédures relevant du droit des étrangers, incluant une audition régulière, entraînerait en effet un surcroît de travail très important. Il conviendrait donc que, lors de l'utilisation de la marge de manœuvre offerte par la CDE, les autorités suisses prennent également en compte le caractère proportionné au but visé de la charge qui en résulterait pour elles.

En outre, le HCR revient sur la conclusion de l'étude selon laquelle, dans les procédures relevant du droit des étrangers, les enfants n'interviennent, le cas échéant, qu'indirectement, par l'entremise de leurs parents ou de leur représentant juridique, qui leur servent donc d'intermédiaires, entraînant des risques spécifiques tant en ce qui concerne l'établissement des faits que le droit de participation. Cette situation pourrait s'expliquer en partie par la jurisprudence du TF, qui permet de renoncer à une audition personnelle lorsque les intérêts des enfants concordent avec ceux de leurs parents et sont défendus de manière indirecte par ces derniers. Dans ce contexte, certains membres du groupe d'accompagnement (par ex. UVS) recommandent qu'une personne de confiance soit également désignée pour les enfants accompagnés. Afin de permettre la participation directe recommandée par le CRC, les auteurs de l'étude préconisent de proposer aux enfants concernés une audition personnelle ou un entretien individuel (recommandation d'action 2.1), ce à quoi le HCR est favorable.

En ce qui concerne cette recommandation, certains membres du groupe d'accompagnement (par ex. ASM) estiment que la jurisprudence actuelle, selon laquelle les enfants doivent être entendus lorsque leurs intérêts divergent de ceux de leurs parents, est pertinente. Il n'est toutefois pas réaliste d'entendre systématiquement tous les enfants concernés. Des critères clairs doivent être fixés à cet égard. Plusieurs membres du groupe d'accompagnement (par ex. CFM et ASM) verraient par conséquent d'un bon œil le fait que des précisions soient ici apportées dans la loi. Certains (par ex. RSDE) souhaitent que la notion de « procédures adaptées aux enfants » soit précisée dans ce contexte.

Enfin, quelques membres du groupe d'accompagnement (par ex. RSDE, OSAR, CRS et HCR) souscrivent à la recommandation d'action selon laquelle les décisions administratives ne doivent pas être fondées sur des présomptions générales mais doivent tenir compte de la situation spécifique de chaque enfant (recommandation d'action 3.4). Le RSDE et le HCR sont également favorables à la recommandation d'action visant à introduire un stade de procédure spécifiquement consacré à l'évaluation et à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la procédure probatoire (recommandation d'action 1.1).

4.1.3.4 Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral est conscient de l'importance de mettre en place des procédures relevant du droit des étrangers adaptées aux enfants et d'appliquer de manière rigoureuse la CDE, en particulier ses art. 3 (primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant) et 12 (droit d'être entendu). La LEI et la jurisprudence du TF exigent déjà que les autorités examinent de manière approfondie le bien de l'enfant dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation (art. 96 LEI). Dans les procédures concernées, par exemple celles relatives à la dissolution de l'union conjugale ou dans les cas de rigueur, le bien de l'enfant constitue un élément clé de la pesée des intérêts.

Le Conseil fédéral considère que le cadre juridique actuel, complété par la jurisprudence, offre déjà les outils nécessaires pour intégrer le bien de l'enfant dans la pratique. Il souligne toutefois qu'une mise en œuvre cohérente et rigoureuse de ces exigences reste indispensable, notamment par une instruction individualisée, une appréciation complète de la situation de chaque enfant et une motivation explicite dans chaque décision de renvoi.

Concernant la recommandation d'action visant à introduire un stade de procédure standardisé pour évaluer le bien de l'enfant et documenter de façon structurée les mesures correspondantes (recommandations d'action 1.1 et 1.2), le Conseil fédéral suggère, comme il l'a déjà fait au ch. 4.1.1.4, que le DFJP (SEM) travaille en collaboration avec les autorités cantonales concernées afin de définir des critères communs et une approche uniforme pour évaluer et déterminer le bien de l'enfant dans les procédures relevant du droit des étrangers, tant à l'échelon cantonal que fédéral. Les normes communes et les bonnes pratiques qui en découleraient pourraient par exemple être intégrées dans les directives LEI ou dans un formulaire.

En ce qui concerne le droit de participation consacré par l'art. 12 CDE, le Conseil fédéral constate que la jurisprudence du TF prévoit une application différente de ce droit selon les cas : une audition personnelle doit être réalisée notamment lorsque les intérêts de l'enfant divergent de ceux de ses parents ou que des circonstances particulières le justifient. Le Conseil fédéral se montre toutefois réservé quant à une audition personnelle systématique de tous les enfants, telle que le recommande le CRC. S'il apparaît judicieux de recueillir directement l'opinion de l'enfant dans les procédures ayant des conséquences particulièrement graves – par exemple une séparation d'avec l'un des parents –, il convient de noter qu'une audition personnelle n'est pas opportune ni raisonnablement exigible dans toutes les situations. D'autres formes de participation peuvent être envisagées, par exemple en faisant appel à un tiers qualifié ou en rendant un avis écrit avec un contenu adapté à l'enfant. Il faudrait examiner dans chaque cas particulier si l'enfant peut être entendu personnellement et si une audition personnelle sert ou non son intérêt supérieur.

Le Conseil fédéral estime qu'il serait judicieux de proposer aux enfants des informations sur la procédure qui soient plus adaptées à leur âge (recommandation d'action 2). La mise en œuvre concrète, par exemple sous forme d'informations ou de vidéos standardisées conçues pour les enfants et adaptées à leur âge, devra être examinée en concertation avec les services compétents. Pour ce faire, il est possible de s'inspirer des bonnes pratiques déjà en place.

Le Conseil fédéral se félicite en outre du travail de sensibilisation effectué auprès des autorités compétentes pour ce qui est de l'adaptation des procédures relevant du droit des étrangers aux enfants, ainsi que du développement ciblé des connaissances spécialisées de ces autorités dans ce domaine. Il propose donc d'ajouter des observations sur la protection du bien de l'enfant dans les directives LEI.

Le Conseil fédéral considère qu'il n'est pas indiqué, pour l'instant, de procéder à des modifications législatives qui demanderaient beaucoup de temps. Il est possible d'assurer la prise en

compte nécessaire du bien de l'enfant en utilisant la marge de manœuvre existante et en développant les pratiques de manière coordonnée. À cette fin, il sera essentiel d'impliquer notamment la CCDJP, la CDAS et les instances cantonales compétentes.

4.1.4 Focus : renvois relevant du droit des étrangers

4.1.4.1 Règlementation et pratique en vigueur

Le bien de l'enfant constitue également un critère d'appréciation essentiel dans les procédures de renvoi relevant du droit des étrangers : toute décision autorisant un enfant ou sa famille à rester en Suisse ou prononçant leur renvoi doit être rendue en considérant ce critère, qu'il convient d'évaluer de manière approfondie lors de la pesée des intérêts⁹⁴.

Conformément à l'art. 64, al. 1, LEI, les autorités compétentes en matière de migration, soit les autorités cantonales ou le SEM (OA-DFJP), peuvent prononcer le renvoi d'un étranger lorsque celui-ci ne dispose pas de l'autorisation requise, ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée prévues à l'art. 5 LEI ou s'est vu refuser une autorisation, ou encore que son autorisation a été révoquée ou n'a pas été prolongée⁹⁵.

La décision de renvoi oblige la personne concernée à quitter la Suisse pour son État d'origine ou un autre État qui l'accueille. Dans le cadre d'une procédure de renvoi relevant du droit des étrangers, la garantie des intérêts d'un enfant accompagné est habituellement assurée par ses parents ou ses représentants légaux. On procède rarement à une audition personnelle d'un enfant accompagné. Lorsqu'il s'agit d'un étranger mineur non accompagné, la loi prévoit la désignation d'une personne de confiance (art. 64, al. 4, LEI ; art. 88a OASA), chargée de défendre ses intérêts tout au long de la procédure⁹⁶, ce qui permet de garantir le droit des mineurs, qu'ils soient accompagnés ou non, de participer à la procédure qui découle de leur droit d'être entendus.

Les autorités doivent motiver toute décision de renvoi concernant un enfant, qu'il soit accompagné ou non, en procédant à une évaluation individuelle du bien de l'enfant et en exposant des motifs propres aux faits et au droit pour chaque mineur concerné⁹⁷. Cette évaluation ne peut être complète sans prendre en compte l'avis de l'enfant lui-même, dans la mesure où celui-ci est en mesure d'exprimer son opinion de manière pertinente. À cet égard, le TAF estime que la capacité de discernement varie selon l'âge et la maturité de l'enfant : les enfants de 6 à 10 ans peuvent avoir une capacité de discernement partielle selon les thèmes abordés ; les enfants de 11 et 12 ans se situent dans une zone variable selon leur développement personnel, les adolescents dès 13 ans étant, quant à eux, en principe dotés d'une pleine capacité de discernement⁹⁸. Ainsi, la décision sur l'audition personnelle de l'enfant et sur la manière dont sa participation est organisée doit tenir compte de ce degré de discernement, afin de garantir un véritable droit de participation et d'assurer une prise en compte authentique de son bien dans la décision de renvoi. Comme nous l'avons expliqué plus haut, les enfants accompagnés sont rarement entendus personnellement car ce sont généralement leurs parents ou leur représentant juridique qui assurent la défense de leurs intérêts.

En cas de retrait de l'autorisation de séjour d'un parent ou des deux parents d'origine étrangère en vertu des art. 62 ou 63 LEI, l'autorité compétente en matière de migration apprécie au préalable dûment le type et l'étendue des relations familiales. Cet examen porte principalement

⁹⁴ Directives LEI, ch. 8.6.1

⁹⁵ Voir également les directives LEI, ch. 8.6.1, et les art. 64, 64b et 64d à 64f LEI

⁹⁶ Voir également les directives LEI, ch. 8.6.7

⁹⁷ Directives LEI, ch. 8.6.1

⁹⁸ ATAF E-4098/2018 du 25 juillet 2018, consid. 2.4 ; voir également les directives LEI, ch. 8.6.7

sur les contacts effectivement vécus et entretenus entre les parents concernés et leurs enfants. L'intégration, notamment la scolarisation des enfants, et l'exigibilité d'un départ de Suisse ou d'un retour dans le pays d'origine s'ajoutent à l'examen de la pesée des intérêts. L'autorité effectue une pondération objective de la situation personnelle, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes⁹⁹. Selon la jurisprudence, le départ de Suisse est considéré comme raisonnablement exigible lorsque les enfants sont en âge de s'adapter facilement¹⁰⁰. Si les relations sont étroites, intenses et effectivement vécues, et que le ou les enfants sont bien intégrés en Suisse au point de constituer des raisons personnelles majeures, rien ne s'oppose à la poursuite de leur séjour. Enfin, pour les enfants qui possèdent la nationalité suisse, seule une atteinte d'une certaine gravité à l'ordre et à la sécurité publics peut l'emporter sur le droit de l'enfant de rester en Suisse^{101 102}.

Les motifs de révocation prévus par les art. 62 et 63 LEI s'appliquent également si ce n'est pas le retrait de l'autorisation d'un parent, mais celle d'un enfant qui est en discussion, celui de l'atteinte à la sécurité et à l'ordre publics étant ici déterminant¹⁰³. Toutefois, dans le cas de mineurs délinquants, le bien de l'enfant requiert qu'une attention particulière soit portée aux éléments suivants lors de l'examen de la proportionnalité prévu par l'art. 96 LEI : la durée du séjour en Suisse, le degré d'intégration, la situation personnelle et familiale, le parcours scolaire et professionnel, l'environnement social et la gravité de l'infraction. Globalement, des critères plus sévères sont appliqués lorsque la révocation concerne non pas des adultes mais des délinquants mineurs, afin de tenir compte de manière appropriée de leur développement. Toutefois, lors d'infractions très graves (par ex. des homicides ou des infractions sexuelles graves), il y a lieu de révoquer l'autorisation lorsque l'intérêt public à renvoyer le mineur prime l'intérêt privé de ce dernier à poursuivre son séjour en Suisse¹⁰⁴.

Enfin, dans le cadre de la procédure de révocation, on examine aussi la question d'une éventuelle violation de l'art. 8 CEDH. Selon son par. 1, toute personne a droit au respect de sa vie familiale. Ce droit n'est toutefois pas illimité ; en particulier, la CEDH ne garantit pas un droit direct d'entrée ou de séjour dans un État donné. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible selon l'art. 8, par. 2, CEDH, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire au regard des conditions liées à l'intérêt public qui y sont énoncées. Cette ingérence requiert donc une mise en balance des intérêts privés à l'octroi de l'autorisation et des intérêts publics à son refus¹⁰⁵. Plus le séjour est long et plus l'intégration est bonne, plus les liens du mineur ou de la famille avec la Suisse doivent être pris en compte dans la pesée des intérêts¹⁰⁶. Après un séjour régulier d'environ dix ans, on peut généralement partir du principe que les relations sociales dans le pays concerné sont devenues si étroites que seules des raisons particulièrement graves peuvent justifier de mettre fin au séjour. Une intégration sociale, linguistique, professionnelle et économique particulièrement marquée peut, avant même l'expiration de ce délai, déjà constituer un motif valable pour obtenir le droit de rester dans le pays¹⁰⁷.

⁹⁹ Directives LEI, ch. 8.6.1

¹⁰⁰ ATF 2C_648/2014 du 6 juillet 2015

¹⁰¹ ATF 136 I 285 du 29 mars 2010

¹⁰² Voir Fiche n°24a (II) Intérêt supérieur de l'enfant – Droit d'asile et droit des étrangers, Présentation rapports CDE, 20 septembre 2021, Genève¹⁰³ Directives LEI, ch. 8.4.2.3

¹⁰³ Directives LEI, ch. 8.4.2.3

¹⁰⁴ Voir également les directives LEI, ch. 8.6.6

¹⁰⁵ Voir l'ATF 137 I 247 du 19 mai 2011, consid. 4.1.1 et 4.1.2, avec les références citées, ainsi que l'arrêt du TAF C-1682/2011 du 14 juin 2012, consid. 3.1

¹⁰⁶ ATF 144 I 266 du 8 mai 2018, consid. 3.9 ; ATF 139 I 16 du 12 octobre 2012, consid. 2.2.1 ; ATF 130 II 281 du 1^{er} juin 2004, consid. 3.2.1

¹⁰⁷ ATF 144 I 266 du 8 mai 2018

En résumé, dans toute décision de renvoi impliquant un enfant, les autorités doivent procéder à une évaluation approfondie et individualisée du bien de l'enfant, en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas. Le bien de l'enfant doit guider la décision, au-delà de simples considérations administratives ou migratoires, afin d'assurer une protection effective de ses droits fondamentaux.

L'exécution des renvois relève de la seule compétence des autorités cantonales (art. 64 LEI et art. 46, al. 1, LAsi). Les directives LEI précisent simplement qu'une décision de renvoi concernant une personne mineure non accompagnée ou une famille avec des enfants doit inclure, pour chaque personne mineure, des motifs individuels de fait et de droit, avec une évaluation individuelle du bien de l'enfant¹⁰⁸. Compte tenu du caractère très vaste des questions soulevées dans le postulat, le Conseil fédéral a décidé de concentrer aussi bien l'étude que le présent rapport sur les domaines qui relèvent principalement de la compétence de la Confédération. Comme l'exécution des renvois est du ressort des cantons et que plusieurs études ont déjà été réalisées à ce sujet (voir le postulat 18.4300 sur les mesures de contrainte, le postulat 19.3182 sur les recommandations de la CNPT et l'interpellation 19.3580 sur la détention administrative), elle n'est pas abordée plus en détail dans le présent rapport.

4.1.4.2 Principaux résultats de l'étude

L'étude se concentre, dans ce domaine, sur l'analyse de la jurisprudence suisse relative aux renvois d'enfants après un séjour de longue durée, les dossiers individuels fournis par les cantons n'ayant pas été pris en compte ici. Les auteurs précisent qu'un séjour est en principe considéré comme « de longue durée » à partir de cinq années de résidence régulière.

Ils soulignent que la CDE impose, à cet égard des exigences à la fois de fond et de procédure. En cas de renvoi d'un enfant vers son pays d'origine, sa réintégration devrait être assurée. Les auteurs ajoutent que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait faire l'objet d'un examen approfondi, notamment lorsque le renvoi entraîne une séparation d'avec l'un des parents.

Selon l'étude, la jurisprudence du TF et du TAF accorde une importance particulière à l'âge de l'enfant. En matière de droit des étrangers, le TF distingue plusieurs degrés de capacité d'adaptation en fonction de l'âge : les enfants en bas âge et préscolarisés (« âge d'adaptation »), notamment, seraient généralement considérés comme ayant une très grande capacité d'adaptation, ce qui rendrait leur renvoi avec le parent gardien en principe raisonnablement exigible.

Les auteurs relèvent cependant que la capacité d'adaptation diminue au fil de la scolarité obligatoire. À ce stade, il conviendrait d'évaluer soigneusement le degré d'intégration de l'enfant en Suisse ainsi que sa familiarité avec le pays d'origine. Une fois la scolarité obligatoire achevée, l'enfant n'est plus considéré comme étant en âge de s'adapter, ce qui rendrait le renvoi beaucoup moins exigible.

Il est précisé que, selon la jurisprudence du TF, le renvoi d'enfants scolarisés est en principe considéré comme raisonnablement exigible si ceux-ci sont familiarisés avec les conditions de leur pays d'origine (connaissances linguistiques, précédents séjours, culture véhiculée au sein de la famille). Le degré d'intégration en Suisse entre toutefois aussi en ligne de compte : une intégration réussie peut, dans certaines circonstances, rendre le renvoi inexigible.

La jurisprudence varie également selon la configuration familiale. Si les deux parents disposent de la garde et de l'autorité parentale, le renvoi d'un seul parent n'implique pas nécessairement

¹⁰⁸ Voir les directives LEI, ch. 8.6.1

celui de l'enfant. Dans ces cas-là, l'enfant peut rester en Suisse avec le parent non renvoyé. En revanche, si seul le parent titulaire de l'autorité parentale et de la garde est concerné par le renvoi, l'enfant partage en règle générale le sort de celui-ci.

Les auteurs de l'étude parviennent à la conclusion que le seuil à partir duquel on peut admettre l'exigibilité d'un renvoi est parfois fixé trop bas. Ils constatent une tendance à baser les décisions sur des limites d'âge et des présomptions générales qui n'est pas sans poser de problèmes. Ils indiquent aussi qu'il existe un risque de violation de la CDE, si lors du renvoi d'un enfant avec son parent gardien, une trop grande importance est accordée au sort du parent en matière de droit des étrangers. Même si, de manière générale, les parents tendent à être au centre des décisions, il serait important de considérer l'enfant comme un sujet de droit à part entière.

Les auteurs de l'étude recommandent par conséquent d'apporter des améliorations dans les procédures de renvoi relevant du droit des étrangers concernant l'établissement des faits, la participation de l'enfant à la procédure et la pondération de l'intérêt supérieur de l'enfant (recommandation d'action 10.1). Enfin, ils déconseillent fortement de se baser uniquement sur des limites d'âges rigides et des considérations générales lorsqu'il s'agit de prendre une décision concernant le renvoi d'un enfant après un séjour de plusieurs années (recommandation d'action 10.2). Les conséquences du renvoi sur l'intérêt supérieur de l'enfant devraient, selon eux, être évaluées de manière concrète.

4.1.4.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

Lors de la séance du 27 février 2025, les membres du groupe d'accompagnement ont exprimé, sur la base des résultats de l'étude, des préoccupations spécifiques concernant le renvoi d'enfants en vertu du droit des étrangers après un séjour de longue durée.

Certains d'entre eux soulignent la nécessité de mieux prendre en compte et pondérer les circonstances individuelles et l'intégration des enfants concernés (par ex. CFM et RSDE). Le RSDE et le HCR appuient, quant à eux, la recommandation d'action visant à ne plus fonder les décisions sur des limites d'âge rigides et des présomptions générales (recommandation d'action 10.2). Ils précisent notamment à cet égard que la fin de la scolarité obligatoire ne doit pas être considérée comme le seul facteur déterminant. Certains membres mettent en effet en avant que la phase qui suit, comme celle de la formation professionnelle, est elle aussi particulièrement délicate et mérite d'être davantage prise en compte dans l'examen de l'exigibilité du renvoi (par ex. CFM).

Le groupe d'accompagnement souligne, en se référant à la jurisprudence du TF, la nécessité de définir la notion d'« exigibilité du renvoi ». Il ne faut, selon lui, pas confondre l'exigibilité de l'exécution d'un renvoi avec celle du renvoi en lui-même (CFM)¹⁰⁹. Les remarques relatives aux discussions du groupe d'accompagnement sur l'exigibilité du renvoi en matière de droit d'asile (voir le ch. 4.1.2) valent également pour les renvois en matière de droit des étrangers. Le RSDE et le HCR recommandent, eux aussi, de mettre en place un stade de procédure spécifique en vue d'évaluer et de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁰⁹ À la suite de cette séance du groupe d'accompagnement, la direction de l'étude a précisé la notion d'exigibilité dans l'étude.

4.1.4.4 Position du Conseil fédéral

S'agissant de la prise en compte du bien de l'enfant dans les décisions de renvoi en matière de droit des étrangers, le Conseil fédéral rappelle que le SEM et les autorités cantonales compétentes sont tenus, conformément à la jurisprudence du TF et du TAF, de procéder à une évaluation individualisée et complète de la situation de chaque enfant concerné. Cette évaluation doit intégrer, dans la motivation de la décision, l'ensemble des éléments pertinents relatifs à son bien.

À cet égard, les critères développés par la pratique judiciaire – notamment l'âge, le degré de discernement, la durée du séjour en Suisse, le degré d'intégration sociale et scolaire, la familiarité avec le pays d'origine, les perspectives de formation, ainsi que la situation familiale – offrent un cadre approprié permettant d'apprécier de manière équilibrée les intérêts privés et publics en présence. Le Conseil fédéral souligne que ces critères ne sont pas appliqués de manière mécanique : l'âge ou la phase de scolarité ne constituent pas à eux seuls un facteur déterminant, mais sont évalués en combinaison avec les autres circonstances du cas d'espèce, conformément à l'art. 96 LEI.

Le Conseil fédéral prend note des critiques formulées par l'étude quant à l'usage de limites d'âge rigides et à la tendance à se fonder sur des présomptions générales. Il rappelle à cet égard que, si le droit en vigueur ne fixe pas de limites d'âge précises, le TAF et le TF distinguent eux aussi différents degrés de capacité d'adaptation en fonction de l'âge. Néanmoins, lorsqu'elle examine le caractère raisonnablement exigible du renvoi, l'autorité compétente doit procéder à une appréciation globale qui tient compte de la situation spécifique de l'enfant indépendamment de celle de ses parents et qui respecte les garanties procédurales prévues par la CDE.

En résumé, le Conseil fédéral estime que le cadre juridique actuel, complété par la jurisprudence, offre déjà les outils nécessaires pour intégrer pleinement le bien de l'enfant dans les décisions de renvoi en matière de droit des étrangers. Les résultats de l'étude et les discussions du groupe d'accompagnement ont toutefois révélé que des questions fondamentales se posent, notamment dans le cadre des renvois en matière de droit des étrangers après un séjour de longue durée. Dans ce contexte, le Conseil fédéral propose que ces questions soient également discutées au sein d'un groupe de travail réunissant les autorités cantonales concernées (à propos de ce groupe de travail, voir également les ch. 4.1.1.4 et 4.1.3.4) et que des recommandations (« meilleures pratiques ») soient formulées si nécessaire. Ce groupe de travail pourrait également s'intéresser à la recommandation d'action relative à la mise en place d'une procédure standardisée d'évaluation du bien de l'enfant ainsi qu'à celle concernant la suppression des limites d'âge rigides et les ajustements qui pourraient en découler.

4.2 Garantie du bien de l'enfant dans le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale

Selon l'art. 8 CEDH, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Ce droit est également garanti par l'art. 13 Cst. La protection de la sphère privée inclut non seulement l'identité individuelle, mais aussi les relations familiales, les liens affectifs et le développement de la personnalité à l'abri d'ingérences étatiques arbitraires¹¹⁰.

¹¹⁰ Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, n° 15 ad art. 13 Cst.

La CDE consacre expressément la protection de la vie privée et familiale de l'enfant à ses art. 8, 9 et 16. L'art. 8 CDE garantit le droit de l'enfant à préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales. L'art. 9 CDE reconnaît le rôle central de la famille dans le développement de l'enfant et interdit, sauf nécessité, toute séparation de l'enfant d'avec ses parents contre leur gré. Enfin, l'art. 16 CDE protège l'enfant contre toute ingérence illégale ou arbitraire dans sa vie privée, familiale ou dans sa correspondance.

Selon l'Observation générale n° 14 du CRC, ces garanties sont inséparables de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant : le respect de la vie familiale, de l'identité personnelle et des liens affectifs doit constituer un élément essentiel dans toute décision concernant un enfant, y compris dans les procédures d'asile et de regroupement familial.

Dans la mesure où les questions posées par l'auteure du postulat concernant avant tout la garantie du droit à la vie familiale et privée dans le cadre des procédures de regroupement familial relevant du droit de l'asile et des étrangers, le rapport examinera en particulier la situation dans ces procédures. Par la suite, le sujet du regroupement familial sera abordé en fonction des différents statuts de séjour prévus par la LAsi et la LEI.

4.2.1 Droit au respect de la vie privée et familiale en droit de l'asile

4.2.1.1 Règlementation et pratique en vigueur

a. Requérants d'asile

Les requérants d'asile n'ont pas de droit au regroupement familial avec des proches restés dans un pays tiers (hors espace Dublin). Toutefois, lorsque les membres de la famille se trouvent dans un autre État appliquant le règlement Dublin III, le principe de l'unité familiale peut justifier une dérogation aux critères stricts de compétence afin de réunir les proches. Dans la mesure où le règlement Dublin III sera remplacé par le règlement AMMR (entrée en force : juin 2026), renvoi est également fait aux explications figurant aux ch. 3.3.1 et 4.1.2.1.

b. Réfugiés reconnus avec asile

Selon l'art. 51, al. 1, LAsi, les conjoints et enfants mineurs de réfugiés reconnus se voient également octroyer l'asile, sauf circonstances particulières. Si la famille a été séparée par la fuite, l'art. 51, al. 4, LAsi prévoit une autorisation d'entrée sur demande. Les enfants nés en Suisse après l'octroi du statut de réfugié bénéficient aussi d'un élargissement de l'asile (art. 51, al. 3, LAsi).

Lorsque les conditions du regroupement familial prévues par la LAsi ne sont pas remplies, une demande est aussi possible au titre du droit des étrangers (art. 44 LEI), étant donné que les réfugiés disposent d'une autorisation de séjour (permis B).

Dans le cadre de la procédure de regroupement familial au titre du droit de l'asile, les enfants sont en principe représentés par leurs représentants légaux – généralement leurs parents –, ce qui signifie qu'il appartient en premier lieu à ces derniers de décider si le regroupement familial est dans leur intérêt (voir le ch. 3.2.1 ci-dessus). Si nécessaire, les enfants peuvent être entendus par les représentations suisses à l'étranger. Après leur entrée sur le territoire, les enfants ont le droit, le cas échéant, de faire valoir leurs propres motifs d'asile et d'être entendus à ce sujet (art. 3, al. 1, LAsi en relation avec l'art. 5 OA 1).

Selon la pratique générale en vigueur en Suisse en matière de droit de l'asile, le regroupement familial d'un enfant nécessite que le parent qui en fait la demande dispose au moins d'une

autorité parentale partagée et que l'autre parent consente à ce que l'enfant le rejoigne seul¹¹¹. Cette mesure vise à empêcher qu'un enfant mineur ne soit retiré à une personne qui en a la garde contre sa volonté¹¹².

Une exception à cette pratique peut être envisagée s'il est impossible d'obtenir le consentement, que ce soit parce qu'on ne connaît pas le lieu de résidence de l'autre parent ou que celui-ci est décédé, ou encore que la prise de contact pourrait mettre en péril le bien de l'enfant (par ex. en cas de persécution de la part du parent).

Dans le cadre d'un regroupement familial au titre du droit de l'asile, il convient également d'examiner s'il existe des « circonstances particulières »¹¹³ au sens de l'art. 51, al. 1, LAsi, qui pourraient s'opposer à la demande. Le fait que le parent qui fait cette dernière n'ait plus eu de relations avec l'enfant pendant plusieurs années pourrait, par exemple, être considéré comme une circonstance particulière. C'est pourquoi divers aspects de la situation de l'enfant, tels que son âge, ses conditions de vie actuelles à l'étranger, le risque de déracinement et ses relations avec ses personnes de référence, y compris avec le parent qui demande le regroupement familial¹¹⁴, doivent être pris en compte lors de l'examen de la demande.

c. Réfugiés et étrangers admis à titre provisoire

Les personnes mariées ou liées par un partenariat enregistré avec des réfugiés admis à titre provisoire ainsi que leurs enfants mineurs présents en Suisse sont reconnus comme réfugiés¹¹⁵, sauf circonstances particulières contraires (art. 51, al. 1, LAsi). Si les membres de la famille nucléaire¹¹⁶ se trouvent à l'étranger, une demande de regroupement familial peut être déposée au plus tôt trois ans après l'admission provisoire, comme le prévoit l'art. 85c, al. 1, LEI. Les conditions définies par cet article s'appliquent également aux demandes de regroupement familial des personnes admises à titre provisoire (sans la qualité de réfugié).

La stricte application du délai de trois ans n'est pourtant plus pratiquée. En effet, en vertu de la nouvelle jurisprudence en vigueur¹¹⁷, le SEM doit examiner au cas par cas, au plus tôt six mois avant que le délai d'attente approche les deux ans, si l'application d'un délai plus bref que les trois ans prévus par la loi s'impose pour protéger la vie familiale. Cet examen tiendra compte de nombreux facteurs, tels que le bien de l'enfant, le niveau d'intégration en Suisse et l'existence d'obstacles insurmontables au maintien de la vie familiale dans le pays d'origine ou dans un pays tiers.

Comme c'est le cas pour l'asile familial (voir le pt b de cette section), les enfants concernés par le regroupement familial de personnes admises à titre provisoire sont en règle générale représentés légalement par leurs parents (voir le ch. 3.2.1). Le point de vue de l'enfant est généralement recueilli par l'intermédiaire des parents, mais l'enfant peut être entendu individuellement au besoin, notamment auprès d'une représentation suisse à l'étranger (art. 47, al. 4, LEI). Selon la jurisprudence, l'intérêt de l'enfant est un élément central à retenir lors de l'examen d'une demande de regroupement familial¹¹⁸. Cela inclut la prise en considération des éléments liés à

¹¹¹ Voir les ATF 137 I 284 du 1^{er} avril 2011, consid. 2.3.1, et 136 II 78 du 15 janvier 2010, consid. 4.8, et les arrêts du TAF F-2860/2018 du 5 décembre 2019, consid. 6.1, et E-3961/2023 du 30 août 2023, consid. 5.2

¹¹² Arrêt du TAF E-3961/2023 du 30 août 2023, consid. 5.2, avec les références citées

¹¹³ Les « circonstances particulières » énoncées à l'art. 51, al. 1, LAsi constituent une notion juridique non définie, concrétisée par la pratique. Cette disposition vise à faire cesser les abus et à donner aux autorités la possibilité de refuser l'asile aux personnes qui n'ont objectivement pas besoin de cette protection spécifique (FF 1996 II 1, art. 48 « Asile accordé aux familles », p. 69) (voir le manuel Asile et retour, art. F3, ch. 2.1.7 ss).

¹¹⁴ Arrêt du TAF E-957/2018 du 25 avril 2019, consid. 6.2

¹¹⁵ Arrêt du TAF E-5669/2016 du 18 janvier 2019, consid. 4.1, précisant l'ATAF 2017 VII/8 du 21 juin 2017, consid. 5.3

¹¹⁶ Conjoint, concubin, partenaire enregistré, enfant mineur

¹¹⁷ Arrêt du TAF F-2739/2022 du 24 novembre 2022

¹¹⁸ ATF 143 I 21 du 17 novembre 2016, consid. 5.5.1

la vie de l'enfant tels que l'âge, l'état de santé, le degré d'intégration dans l'environnement actuel, les liens familiaux et les risques de déracinement.

d. Regroupement familial inversé en droit de l'asile

Le regroupement familial est limité au cercle défini par la loi (art. 51, al. 1, LAsi : conjoints et enfants mineurs). Il n'est pas possible d'en étendre le bénéfice à d'autres proches¹¹⁹. En effet, en abrogeant l'art. 51, al. 2, aLAsi¹²⁰ (« autres proches parents ») lors de la modification de la LAsi, le législateur a souhaité restreindre le champ des bénéficiaires de l'asile familial aux seules personnes visées explicitement par l'art. 51, al. 1, LAsi. Cette disposition ne peut donc pas faire l'objet d'une interprétation plus large pour y englober également les ascendants ou frères et sœurs d'un mineur bénéficiaire de l'asile en Suisse¹²¹. Il n'est donc pas possible pour les enfants mineurs de faire suivre leurs parents (« regroupement familial inversé ») sur la base de l'art. 51 LAsi.

L'art. 51 LAsi constitue une disposition spéciale, permettant d'accorder aux personnes qui en remplissent les conditions un statut plus favorable que celui – ordinaire – d'une autorisation cantonale de séjour fondée sur les prescriptions de la LEI. Renvoi est dès lors fait au ch. 4.2.2.1., pt c, ci-après.

4.2.1.2 Principaux résultats de l'étude

Les auteurs de l'étude constatent une meilleure sensibilisation à la situation des mineurs en matière de regroupement familial. Toutefois, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant peine-rait encore à s'imposer comme critère déterminant, comme le prévoit la CDE. En pratique, les besoins spécifiques des enfants ne seraient pas toujours pris en compte de manière adéquate.

Concernant le regroupement familial dans le cadre de l'asile, les auteurs critiquent l'application trop rigide du délai d'attente imposé aux personnes admises à titre provisoire, en particulier les enfants. Ce délai constituerait un frein à l'exercice effectif de leur droit à une vie familiale. Il est donc recommandé d'interpréter les dispositions existantes de manière conforme au droit international, en permettant une prise en compte anticipée de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les auteurs de l'étude proposent du reste la suppression complète du délai d'attente.

Ils invitent par ailleurs à envisager la levée générale des délais dans les demandes impliquant des mineurs (recommandation d'action 9.4), notamment celui s'appliquant aux enfants de plus de 12 ans (art. 47, al. 1, LEI), afin de garantir un regroupement dans des délais raisonnables, mieux adaptés à chaque situation individuelle.

De même, l'impossibilité pour les mineurs non accompagnés d'être rejoints par leur famille en Suisse (regroupement familial inversé) est également critiqué, notamment lorsque la possibilité de se réunir à l'étranger serait impossible. Les auteurs relèvent que le droit suisse n'accorde pas aux mineurs le droit de faire venir leurs parents, contrairement au droit international et européen, ce qui constituerait une lacune majeure.

Les auteurs recommandent donc l'introduction du regroupement familial inversé pour les mineurs réfugiés non accompagnés (recommandation d'action 9.6), ainsi que pour certains enfants ayant une perspective de séjour durable sans possibilité de rejoindre leur famille à l'étranger (recommandation d'action 9.5).

¹¹⁹ ATAF 2015/29 du 13 juillet 2015, principe directeur 4, consid. 4.2.4 ; ATAF 2020 VI/7 du 20 mai 2020, consid. 2.2. s.

¹²⁰ Art. 51, al. 2, aLAsi abrogé : « D'autres proches parents d'un réfugié vivant en Suisse peuvent obtenir l'asile accordé à la famille, si des raisons particulières plaident en faveur du regroupement familial. »

¹²¹ Arrêt du TAF E-2413/2014 du 13 juillet 2015, consid. 4.2.3

Enfin, les auteurs soulignent l'importance d'une évaluation systématique et précoce du bien-être de l'enfant dans le cadre des procédures d'asile afin de garantir au mieux le respect du droit à la vie privée et familiale. Cette évaluation devrait s'appuyer non seulement sur la législation nationale, mais aussi sur la jurisprudence et les standards internationaux de protection de la famille et de l'enfance, afin que l'intérêt supérieur de l'enfant soit toujours placé au cœur des décisions, garantissant ainsi que chaque situation soit examinée de manière individuelle et approfondie.

4.2.1.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

S'agissant du regroupement familial, la majorité des membres du groupe d'accompagnement a exprimé son adhésion aux recommandations d'action formulées, tout en insistant sur la nécessité de modifications substantielles afin de mieux respecter l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures de regroupement familial. Il a été relevé que, dans le cadre juridique actuel et compte tenu de l'intention du législateur, ce principe serait encore trop souvent négligé, notamment pour les personnes admises à titre provisoire (ASM, CRS). La situation économique des parents resterait le critère prédominant (par ex. HCR).

Plusieurs membres ont également dénoncé la durée excessive des procédures de regroupement familial, en particulier dans le domaine de l'asile, ce qui serait jugé incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant et le principe de célérité garanti par la CDE et la Cst. (art. 10, par. 1, CDE et art. 29 Cst.). Dans certains cas, les enfants concernés atteindraient leur majorité avant même que la décision de regroupement familial les concernant soit rendue (par ex. CRS, HCR).

La discussion a aussi porté sur le délai d'attente de trois ans pour le regroupement familial des personnes admises à titre provisoire. Il a été rappelé que le Conseil fédéral a mis en consultation une révision de la loi visant à réduire ce délai à deux ans, mesure qui a été approuvée par plusieurs membres (CRS, HCR). La CRS a même soutenu la suppression complète de ce délai, conformément à la recommandation d'action 9.4 de l'étude. Certains participants ont toutefois insisté sur la nécessité d'élargir le débat aux autres conditions du regroupement familial, telles que l'indépendance de l'aide sociale et l'accès à un logement adéquat, en soulignant que la réduction du délai ne devrait pas compromettre le respect de ces critères (CRS, HCR).

Enfin, la question du regroupement familial inversé pour les mineurs non accompagnés a également été abordée. Il a été rappelé que l'étude recommande d'introduire une base légale conférant ce droit aux réfugiés mineurs non accompagnés (recommandation d'action 9.6), proposition qui a été soutenue par plusieurs membres (par ex. CRS, RSDE, OSAR et HCR). La CRS a suggéré d'étendre cette possibilité aux frères et sœurs pour garantir l'unité familiale. Elle a également évoqué une interprétation plus large de l'art. 51 LAsi, qui tiendrait compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, à la place d'une révision législative – bien qu'une telle révision offrît une base juridique plus solide.

4.2.1.4 Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral reconnaît les défis que pose pour les enfants le regroupement familial au titre du droit de l'asile qui ont été mis en évidence dans l'étude, et partage le souci fondamental de mettre davantage l'accent sur la protection de la vie privée et familiale ainsi que sur le bien de l'enfant. Il est conscient qu'il faut veiller à respecter ce dernier, en particulier dans le cadre des décisions de regroupement familial.

En ce qui concerne la recommandation d'action relative à la nécessité d'interpréter les règles sur le délai d'attente conformément au droit international (recommandation d'action 9.4), le Conseil fédéral fait savoir que le SEM a déjà revu sa pratique à la suite de l'arrêt de principe rendu par le TAF le 24 novembre 2022¹²². Depuis, l'application systématique et automatique du délai d'attente de trois ans prévu par l'art. 85c, al. 1, LEI n'est plus admise. Il convient désormais de procéder, sur demande, à un examen au cas par cas, en prenant explicitement en compte le bien de l'enfant. Il est à noter que cette modification de la pratique a été inscrite dans les directives du SEM s'appliquant dans ce domaine.

Le Conseil fédéral renvoie en outre au projet de loi qui prévoit une réduction du délai d'attente de trois à deux ans¹²³, projet envoyé en consultation en mai 2024. La modification proposée tient non seulement compte de la jurisprudence et des obligations internationales, mais elle s'inscrit aussi dans le cadre de la marge de manœuvre laissée par l'art. 8 CEDH à la Suisse. Le Conseil fédéral continue néanmoins de penser qu'une suppression totale du délai d'attente, comme le propose la recommandation d'action 9.2, nécessiterait une réévaluation complète du droit au regroupement familial. Il faudrait prendre en compte d'autres conditions, telles que l'indépendance économique. À cet égard, le Conseil fédéral renvoie à plusieurs interventions parlementaires récentes, qui demandent notamment des restrictions dans ce domaine, et aux réponses qu'il leur a apportées¹²⁴. La diversité des préoccupations et des avis exprimés montre clairement que le regroupement familial est un thème d'actualité. Le Conseil fédéral suggère que cette question essentielle soit réexaminée de manière approfondie avec les autorités fédérales compétentes et les acteurs concernés, par exemple au sein du groupe de travail déjà mentionné aux ch. 4.1.1.4, 4.1.3.4 et 4.1.4.4. D'autres questions en lien avec le regroupement familial, telles que celle de l'élargissement de la notion de famille, pourront également être étudiées plus en détail dans ce cadre.

Les auteurs de l'étude recommandent d'instaurer un droit au regroupement familial inversé pour les réfugiés mineurs non accompagnés (recommandation d'action 9.6). Même si le Conseil fédéral comprend dans une certaine mesure cette volonté, il souligne que le regroupement familial inversé comporte également un risque d'instrumentalisation des enfants par leurs parents. Une réglementation légale en ce sens pourrait s'accompagner, dans les faits, du risque que des parents se servent de leurs enfants pour obtenir un titre de séjour en Suisse. Un tel risque pourrait être contraire à la protection du bien de l'enfant et doit être évité. Enfin, le Conseil fédéral souligne que le pacte de l'UE, et plus particulièrement le règlement AMMR, qui énonce la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme garantie fondamentale accordée aux mineurs (art. 23 du règlement AMMR), ne prévoit pas de regroupement familial inversé. Au contraire, l'AMMR consacre le principe du transfert de l'enfant vers l'État où réside un membre de sa famille et non l'inverse, à savoir le transfert du membre de la famille vers l'État où se trouve l'enfant, sauf s'il est démontré que cela n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 24 et 25, par. 2 et 3, du règlement AMMR), ce qui permet de tenir compte de manière appropriée de cet intérêt.

¹²² Disponible sous : www.sem.admin.ch > Publications & services > Directives et circulaires > III. Loi sur l'asile > 6. Situation juridique, ch. 6.3.9

¹²³ Voir le [communiqué de presse](#) du 1^{er} mai 2024 « Regroupement familial : le Conseil fédéral propose de réduire le délai d'attente »

¹²⁴ Motion 24.3511 Friedli Esther « Pas de regroupement familial pour les personnes admises à titre provisoire », motion 24.3057 Groupe de l'Union démocratique du Centre « Pas de regroupement familial pour les personnes admises à titre provisoire », motion 24.4506 Riner Christoph « Accorder le regroupement familial aux personnes admises à titre provisoire uniquement après remboursement de l'aide sociale perçue », motion 24.4320 Groupe de l'Union démocratique du Centre « S'inspirer du Danemark et de la Suède pour gérer le regroupement familial dans l'intérêt de la Suisse », motion 24.4444 Stark Jakob « S'inspirer du Danemark et de la Suède pour gérer le regroupement familial dans l'intérêt de la Suisse » et initiative parlementaire 24.453 « Migration. S'inspirer du modèle suédois »¹²⁵ Directives LEI, ch. 6.1.1

4.2.2 Droit au respect de la vie privée et familiale en droit des étrangers

4.2.2.1 Règlementation et pratique en vigueur

a. Cadre général du regroupement familial

Le but du regroupement familial est de permettre et d'assurer la vie familiale commune en Suisse¹²⁵.

Le regroupement familial ordinaire relève en principe de la compétence des cantons. Les conditions du regroupement familial dépendent du statut juridique en matière du droit des étrangers de la personne qui en fait la demande. Plus le droit de séjour de cette personne est stable, moins les exigences posées au regroupement familial sont strictes.

Ces conditions sont définies aux art. 42 à 52 LEI. Ainsi, les enfants mineurs peuvent rejoindre leurs parents vivant en Suisse si certaines conditions sont remplies, notamment le dépôt d'une demande dans les délais, des conditions de logement appropriées et l'indépendance financière de la personne de référence. Enfin, les art. 73 à 77 OASA précisent les exigences relatives au regroupement familial, notamment en ce qui concerne les délais, la capacité financière et le logement. Lors de l'examen de la demande, il convient de mettre soigneusement en balance les intérêts privés à l'octroi ou au maintien du droit de séjour et les intérêts publics à son refus (art. 96 LEI et art. 8, par. 2, CEDH), ce qui nécessite de prendre en compte le bien de l'enfant¹²⁶.

Lorsqu'une autorisation de séjour est octroyée au titre du regroupement familial, elle est valable une année et peut être prolongée de deux ans (art. 58, al. 1, OASA).

Attendu que le présent rapport est du ressort du Conseil fédéral, seules les procédures de regroupement familial et celles relatives à l'art. 8 CEDH soumises à l'approbation du SEM (art. 3, let. f, et 6 OA-DFJP) qui concernent le bien de l'enfant sont examinées par la suite.

b. Le regroupement familial hors délai

Le regroupement familial est soumis à des délais (art. 47 LEI). Ces délais visent à favoriser une intégration précoce en Suisse. En cas de demande hors délai, des raisons familiales majeures doivent être invoquées (art. 47, al. 4, LEI et art. 75 OASA), en tenant compte du droit au respect de la vie familiale (art. 8 CEDH et art. 13 Cst.) ainsi que de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 CDE).

Dans le cadre de ses compétences (art. 6, let. a, OA-DFJP), le SEM traite également les cas de regroupement familial hors délai, en tenant compte notamment du bien de l'enfant comme un critère d'examen important, à mettre en perspective toutefois avec l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce¹²⁷. Dans ce contexte, les autorités procèdent à une évaluation individualisée et circonstanciée de la situation de l'enfant concerné. Cette évaluation prend notamment en considération l'âge de l'enfant, la durée de son séjour à l'étranger, l'importance de ses liens dans son pays de résidence actuel, ainsi que les conséquences d'un changement de cadre de vie sur son développement personnel et sa stabilité affective¹²⁸.

¹²⁵ Directives LEI, ch. 6.1.1

¹²⁶ ATF 143 I 21 du 17 novembre 2016, consid. 5.1 ss

¹²⁷ Directives LEI, ch. 6.10.2

¹²⁸ Arrêts du TF 2C_1198/2012 du 26 mars 2013, consid. 4.2, 2C_132/2012 du 19 septembre 2012, consid. 2.3.1, 2C_555/2012 du 19 novembre 2012, consid. 2.3, et 2C_909/2019 du 7 avril 2020, consid. 4.6.8

La décision sur l'audition personnelle de l'enfant et sur la manière dont sa participation est organisée doit tenir compte de son degré de discernement, afin de garantir un véritable droit de participation et d'assurer une prise en compte authentique de son bien¹²⁹. À cet égard, l'art. 47, al. 4, LEI dispose que les enfants âgés de plus de 14 ans sont entendus dans le cadre du regroupement familial hors délai si nécessaire. Cette base légale concrétise la manière dont le bien de l'enfant peut être pris en compte, conformément au droit de participation que lui confère l'art. 12 CDE. Cette audition vise à garantir que le point de vue de l'enfant soit pris en considération dans l'examen global de son bien. En règle générale, l'audition se déroule dans les locaux de la représentation suisse du lieu de séjour (art. 73, al. 3, et 74, al. 4, OASA). Cependant, la procédure en matière de droit des étrangers étant essentiellement écrite, il n'est pas indispensable que les enfants soient entendus personnellement et oralement, à condition toutefois que leur point de vue puisse s'exprimer de façon appropriée¹³⁰.

c. Le regroupement familial inversé fondé sur l'art. 8 CEDH

S'agissant du regroupement inversé, il n'existe aucun article de loi spécifique détaillant les conditions d'octroi d'une autorisation de séjour aux parents (regroupés) qui rejoignent leur enfant (regroupant). Cependant, la jurisprudence a reconnu à plusieurs reprises l'existence d'un tel cas de figure en lien avec l'art. 8 CEDH¹³¹.

La jurisprudence rappelle aussi que la protection découlant de l'art. 8 CEDH ne garantit pas un droit inconditionnel de séjour : une relation familiale intacte et effectivement vécue avec des parents proches est une condition nécessaire¹³², de même que la démonstration qu'il ne serait pas raisonnablement exigible de poursuivre la vie familiale à l'étranger¹³³. Ainsi, lorsque la vie familiale pourrait se réaliser dans un autre pays sans atteinte excessive aux droits fondamentaux, les autorités peuvent refuser une autorisation sans violer la CEDH.

Selon la protection de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH, l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale des instances nationales comme européennes (CourEDH) dans la pondération des intérêts¹³⁴.

Sous l'angle du droit des étrangers, le bien de l'enfant ne constitue cependant qu'un élément à considérer parmi d'autres. Dans le cadre d'une procédure administrative relevant du droit des étrangers, l'autorité compétente doit dûment apprécier le type et l'étendue des contacts effectivement entretenus entre parents et enfants¹³⁵.

Ainsi, l'art. 8 CEDH peut accorder aux parents d'enfants mineurs qui ont un droit de séjour en Suisse un droit à une autorisation de séjour lorsque des liens étroits existent entre les personnes concernées et que le séjour a pour but d'assurer une vie familiale effective¹³⁶. Il ne s'agit toutefois pas d'un droit absolu. Une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible, pour autant qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure nécessaire au regard des conditions liées à l'intérêt public qui y sont énoncées. Elle requiert donc une mise en balance des intérêts privés à l'octroi d'une autorisation et des intérêts publics à son refus. Dans

¹²⁹ ATAF E-4098/2018 du 25 juillet 2018, consid. 2.4

¹³⁰ Arrêt 2C_576/2011 du 13 mars 2012, consid. 3.3

¹³¹ ATF 122 II 289 du 31 mai 1996, consid. 1c, p. 292 ss ; arrêt 2C_372/2008 du 25 septembre 2008, consid. 1.4, avec les références citées

¹³² Telle qu'elle est définie dans les directives LEI, ch. 6.17.2.1.

¹³³ Directives LEI, ch. 6.17.2.4.3

¹³⁴ Directives LEI, ch. 6.17.2.4.3 ; arrêt de la CourEDH EI Ghatet contre Suisse, § 46

¹³⁵ Directives LEI, ch. 6.17.2.4.3

¹³⁶ Voir les ATF 135 I 143 du 2 février 2009, consid. 1.3.1, avec les références citées, 136 II 497 du 1^{er} octobre 2010, consid. 3.2, et 130 II 137 du 16 janvier 2004, consid. 2.1

cette pesée des intérêts, l'intérêt de l'État à mener une politique restrictive en matière d'immigration entre également en ligne de compte¹³⁷.

4.2.2.2 Principaux résultats de l'étude

L'étude se concentre sur l'analyse des jurisprudences internationale et suisse en matière de regroupement familial, en accordant une attention particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à ce que requiert la CDE.

Cette analyse révèle que, même si l'on peut constater une sensibilité croissante à la situation des enfants dans la jurisprudence – notamment internationale –, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est toujours pas pris en compte pleinement et systématiquement dans la pratique suisse, comme le voudrait la CDE. C'est particulièrement flagrant dans l'interprétation de notions juridiques indéterminées et dans les décisions fondées sur l'appréciation des autorités.

Les résultats empiriques ont montré que, tant dans les procédures de première instance que dans les procédures de recours, on n'accorde guère à l'intérêt supérieur de l'enfant l'importance qui lui revient selon les exigences de la CDE. La situation réelle des enfants concernés n'est pas suffisamment prise en considération et, dans les cas de séparation avec l'un des parents, il est souvent constaté qu'aucune évaluation approfondie de l'impact de celle-ci sur l'enfant n'a été effectuée. En outre, les exigences procédurales requises par la CDE, notamment en ce qui concerne l'audition et la participation des enfants, ainsi que les prescriptions de fond sur la pesée des intérêts, ne sont mises en œuvre que de manière ponctuelle.

L'application restrictive des délais légaux prévus par l'art. 47 LEI pour les demandes de regroupement familial constitue un problème majeur. Sont principalement concernés les enfants de plus de 12 ans, pour lesquels un regroupement familial n'est autorisé, après expiration du délai de 12 mois, que pour des « raisons familiales majeures ». En pratique, cette notion est interprétée de manière trop restrictive et l'intérêt supérieur de l'enfant ne serait que rarement considéré comme un critère décisif, la situation réelle n'étant pas suffisamment prise en compte. Cette pratique est contraire aux exigences de la CDE, qui requiert une mise en balance au cas par cas des intérêts en présence, prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale.

L'étude s'attarde plus particulièrement sur le regroupement familial inversé : les enfants ayant un statut de séjour garanti en Suisse n'auraient, à l'heure actuelle, aucune possibilité de faire suivre leurs parents. Or, exclure catégoriquement le regroupement familial inversé ne serait, selon les auteurs de l'étude, guère compatible avec les exigences de la CDE.

Les auteurs concluent en formulant plusieurs recommandations d'action concrètes en vue d'améliorer la pratique actuelle, dont celles-ci :

- établir les faits de manière plus systématique et en plaçant l'intérêt supérieur de l'enfant au centre des préoccupations, mais aussi assurer une participation effective de l'enfant à la procédure (recommandation d'action 9.1) ;
- dans le cas du regroupement d'enfants, envisager de supprimer complètement les délais (art. 47 LEI). À défaut, les auteurs recommandent de prolonger considérablement le délai prévu pour les enfants de plus de 12 ans (recommandation d'action 9.2) ;

¹³⁷ ATF 137 I 247 du 19 mai 2011, consid. 4.1.1 et 4.1.2, avec les références citées ; arrêt du TAF C-1682/2011 du 14 juin 2012, consid. 3.1

- adapter la pratique en matière de décisions de regroupement familial différé (raison familiales majeures) aux exigences de la CDE, notamment en ce qui concerne l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et sa participation (recommandation d'action 9.3) ;
- examiner l'introduction d'un droit au regroupement inversé pour les enfants dans des situations spécifiques, comme ceux ayant une perspective de séjour et sans possibilité de rejoindre leur famille à l'étranger (recommandation d'action 9.5).

4.2.2.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

Comme ils l'avaient déjà fait pour les procédures relevant du droit de l'asile, certains membres du groupe d'accompagnement ont également insisté sur la nécessité de prendre, dans le cadre des procédures relevant du droit des étrangers, davantage en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions en matière de regroupement familial et les autres décisions en matière de droit de séjour. Une approche plus différenciée de chaque situation familiale est nécessaire (par ex. CRS et HCR). Le HCR, notamment, indique qu'il serait également souhaitable dans ce contexte de mettre en place une procédure pluridisciplinaire pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. L'ASM fait remarquer que les autorités compétentes respectent les prescriptions légales et la jurisprudence du TF.

Certains déplorent le fait que l'opinion des enfants ne soit pas prise en compte ou ne le soit que de manière très limitée dans le cadre des procédures relevant du droit des étrangers (RSDE, ACS). Aussi recommandent-ils d'impliquer davantage les enfants dans le processus décisionnel pour toutes les décisions relatives au droit de séjour, notamment celles en matière de regroupement familial, que ce soit en les entendant personnellement ou en prenant en compte de manière ciblée leurs intérêts et leurs besoins (par ex. CFM, CRS).

Certains font également part de leurs préoccupations concernant la durée relativement longue des procédures relevant du droit des étrangers, qui peut retarder le regroupement familial (par ex. CRS, HCR). Cette situation est, selon eux, contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, car elle prive ce dernier de liens familiaux et d'une stabilité appropriés. Dans ce contexte, certains remettent également en cause les délais prévus par la loi pour le regroupement familial différé, qu'ils jugent trop courts et trop peu flexibles (art. 47 LEI). Ces délais rigides ne seraient pas toujours dans l'intérêt de l'enfant.

Quelques membres estiment qu'il faudrait apporter des précisions à la recommandation d'action 9.5 visant à examiner l'introduction d'un droit spécifique au regroupement familial inversé pour les enfants, par exemple en indiquant si ce droit devrait être inscrit dans la loi (par ex. CCDJP).

Enfin, le groupe d'accompagnement souligne qu'il ne faut pas sous-estimer la charge administrative liée à la mise en œuvre des recommandations d'action.

4.2.2.4 Position du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral comprend et reconnaît les défis posés par le regroupement familial au titre du droit des étrangers qui ont été mis en évidence par les auteurs de l'étude et le groupe d'accompagnement. Il soutient donc la volonté de mettre davantage l'accent sur la protection de la vie privée et familiale ainsi que sur le bien de l'enfant dans la pratique administrative. Le bien de l'enfant revêt en effet une importance particulière dans les décisions de regroupement familial.

Plusieurs interventions parlementaires prévoyant une restriction du droit au regroupement familial sont actuellement en suspens (voir, par ex., les motions 24.4320, 24.4444, 25.3921, 23.3658). Dans ses réponses, le Conseil fédéral a indiqué que la marge de manœuvre pour modifier les conditions légales du regroupement familial était limitée par des dispositions du droit constitutionnel et du droit international (en particulier la CEDH). Dans ce contexte, il y a lieu de prendre en compte les engagements de la Suisse avec l'UE (art. 3 de l'annexe I de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes [ALCP, RS 0.142.112.681]). Avant de procéder à un éventuel réexamen des dispositions relatives au regroupement familial contenues dans la LEI ou à une modification de la pratique en matière de regroupement familial différé (art. 47 LEI), il apparaît judicieux d'attendre les décisions concernant ces interventions parlementaires.

Le Conseil fédéral souligne en outre que les délais prévus actuellement pour le regroupement familial différé visent à permettre aux membres de la famille de réussir leur intégration en Suisse, notamment grâce à une scolarisation aussi rapide que possible. Un tel regroupement peut toutefois être autorisé pour des raisons familiales majeures, le bien de l'enfant figurant là aussi au centre des préoccupations. Les enfants de plus de 14 ans doivent être entendus si nécessaire.

Dans leur pratique, les autorités compétentes en matière de migration tiennent compte de l'évolution de la jurisprudence relative à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.) et au droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Si les conditions légales du regroupement familial (art. 42 à 45 et 85c LEI) ne sont pas remplies, une autorisation de séjour peut néanmoins être octroyée dans certains cas d'espèce, lorsqu'il s'agit de cas individuels d'une extrême gravité (art. 30, al. 1, let. b, LEI). On examine alors également si l'octroi de cette autorisation est nécessaire au regard du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). C'est notamment le cas pour le regroupement familial inversé, c'est-à-dire pour le regroupement d'un parent avec son enfant bénéficiant d'un statut de séjour légal en Suisse.

Le Conseil fédéral reconnaît les préoccupations exprimées par les auteurs de l'étude et certains membres du groupe d'accompagnement concernant la nécessité de rendre plus systématiques l'évaluation du bien de l'enfant et la participation des enfants aux procédures relevant du droit des étrangers. Compte tenu de la répartition des compétences inhérente au fédéralisme et des pratiques qui en découlent, il estime judicieux d'approfondir ces questions au sein d'un groupe de travail réunissant les services cantonaux concernés (voir aussi les ch. 4.1.1.4, 4.1.3.4, 4.1.4.4 et 4.2.1.4).

4.3 Garantie du bien de l'enfant dans le contexte de l'hébergement, de l'encadrement et de l'éducation

4.3.1 Compétences

Lorsqu'une personne demande l'asile en Suisse, elle est d'abord hébergée dans un CFA pendant la durée de la procédure. Dans ce cas, l'octroi de l'aide sociale relève de la compétence du SEM (art. 80, al. 1, LAsi). Pour les requérants d'asile, cette aide doit, dans la mesure du possible, être fournie sous la forme de prestations en nature (art. 82, al. 3, LAsi). Elle comprend l'hébergement, l'encadrement, l'alimentation, la distribution de l'argent de poche et les soins médicaux de base.

Dans le cas des RMNA, les tâches du SEM vont au-delà de l'octroi de l'aide sociale ordinaire. L'assignation à un CFA crée, en effet, un lien nourricier particulier entre le RMNA et la direction

du centre concerné. Ce lien comprend la prise en charge effective, et le statut juridique de la direction s'apparente à celui des parents nourriciers au sens de l'art. 300, al. 1, CC. Cette prise en charge peut être déléguée au personnel d'encadrement compétent, généralement des éducateurs sociaux. Elle comprend en particulier les tâches quotidiennes d'éducation et d'encadrement¹³⁸. La représentation dans la procédure d'asile incombe au représentant juridique désigné. En tant que personne de confiance (voir le ch. 3.2.4), ce dernier conseille et soutient le RMNA dans sa vie quotidienne, mais ne dispose d'aucun pouvoir de représentation en dehors de la procédure d'asile¹³⁹.

Dans le cas des mineurs accompagnés, la prise en charge et la représentation juridique incombent aux parents (voir le ch. 3.2.1). Le SEM reste toutefois compétent en matière d'octroi de l'aide sociale, d'hébergement, d'encadrement, d'alimentation et de soins médicaux, et doit s'assurer que le bien de l'enfant est pris en compte de manière adéquate (art. 11 Cst.).

Lorsque le bien des enfants, qu'ils soient accompagnés ou non, est menacé ou qu'une représentation juridique est nécessaire pour des RMNA incapables de discernement, c'est l'APEA du canton où est situé le CFA qui est responsable. Les autorités compétentes en matière d'asile et les APEA exercent donc une responsabilité complémentaire en matière de protection¹⁴⁰.

Au plus tard après 140 jours dans un CFA ou après la clôture de la procédure d'asile, les requérants d'asile sont attribués à un canton. La responsabilité de l'octroi et de l'organisation de l'aide sociale est alors transférée de la Confédération au canton d'attribution (art. 80a et 82 LAsi ainsi qu'art. 115 Cst.). Il en va de même pour l'aide d'urgence. La Confédération n'a aucun droit de donner des instructions aux cantons ni d'exercer une surveillance sur ces derniers pour ce qui est de l'organisation de l'aide sociale et de l'aide d'urgence.

Quelle que soit l'autorité compétente (fédérale, cantonale ou communale), l'obligation de prendre en considération le bien de l'enfant dans l'organisation des prestations sociales s'applique dans tous les cas (art. 3 CDE). Cela comprend notamment le droit à un logement approprié, l'accès à l'éducation et aux soins médicaux, ainsi que la protection et le bon développement de l'enfant (art. 27, 28, 24, 6 et 19 CDE).

4.3.2 Hébergement, encadrement et éducation au niveau fédéral

4.3.2.1 Règlementation et pratique en vigueur

a. Hébergement et encadrement

Au début de la procédure d'asile, tous les requérants d'asile sont hébergés dans un CFA. En cas de procédure accélérée, ils y restent jusqu'à l'octroi de l'asile ou de l'admission provisoire, ou jusqu'à leur départ. En cas de procédure Dublin, ils y restent jusqu'à leur départ, tandis qu'en cas de procédure étendue ils y restent jusqu'à leur attribution au canton (art. 24, al. 3, LAsi).

L'hébergement et l'encadrement des enfants dans les CFA sont régis par la législation nationale en vigueur et les principes de la CDE. Sont à cet égard pertinents les art. 6 (garantie de la survie et du développement de l'enfant dans toute la mesure possible), 24 (droit à la santé),

¹³⁸ Affolter-Fringeli Kurt et Vogel Urs, Encadrement des requérants d'asile mineurs non accompagnés dans les centres fédéraux pour requérants d'asile – Du rôle de la personne de confiance, de la représentation de l'enfant dans la procédure d'asile, de la représentation juridique de manière générale et de l'instauration d'éventuelles mesures de protection de l'enfant, Gléresse et Kulmerau 2023, p. 16 s. (ci-après « Affolter/Vogel »)

¹³⁹ Affolter/Vogel, p. 17 et 27

¹⁴⁰ CDAS, Recommandations de la CDAS relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile

et 27 de cette dernière (droit à un logement approprié) et, pour les RMNA, son art. 20 (protection des enfants temporairement ou définitivement privés de leur milieu familial). En droit national, la Cst. contient des dispositions relatives à la protection des enfants et des jeunes (par ex. l'art. 11 Cst. [Protection des enfants et des jeunes]). La LAsi prévoit par ailleurs qu'il y a lieu de tenir compte autant que faire se peut des besoins particuliers des enfants lors de leur hébergement (art. 82, al. 3^{bis}, LAsi). L'art. 5 de l'ordonnance du DFJP du 4 décembre 2018 relative à l'exploitation des centres de la Confédération et des logements dans les aéroports (ordonnance du DFJP ; RS 142.311.23) vient apporter des précisions à cette règle. Il établit par ailleurs que les requérants d'asile doivent être logés dans des dortoirs non mixtes. Les familles sont, quant à elles, hébergées dans des locaux qui permettent une vie commune et qui prennent en compte, autant que possible, le besoin de disposer d'une sphère privée. Selon l'infrastructure du CFA, les familles sont logées soit dans une chambre individuelle, soit dans une chambre plus grande qu'elles partagent avec d'autres familles.

Ces principes, ainsi que d'autres, ont été énoncés et précisés spécifiquement pour les RMNA dans le manuel relatif à l'hébergement et l'encadrement de ces requérants dans les CFA¹⁴¹. Les prestataires en matière d'encadrement sont tenus de respecter et d'appliquer les règles contenues dans ce manuel. On y trouve ainsi des directives socio-pédagogiques (partie II, p. 12 ss) ainsi que des directives concernant l'encadrement et l'hébergement des RMNA (partie III et IV, p. 29 ss et 43 ss), mais aussi les principes à appliquer pour garantir le bon fonctionnement des CFA, notamment des directives pour l'élaboration du programme quotidien (partie III, ch. 2, p. 30 ss), la procédure en suivre en cas de disparition (partie IV, ch. 4, p. 50) et le régime de sanctions (partie III, ch. 2.13, p. 38). De plus, le manuel donne des précisions concernant les compétences en matière de représentation des RMNA (partie IV, ch. 5 et 6, p. 50 ss) et présente les bases légales applicables (partie I, ch. 2.1, p. 6 s.).

Dans les CFA, les RMNA sont logés dans des espaces distincts de ceux accueillant les adultes (art. 5, al. 3, de l'ordonnance du DFJP), un étage ou un bâtiment leur étant en général réservé¹⁴². Ils sont pris en charge par une équipe spécialisée (équipe responsable des RMNA), composée du personnel d'encadrement et d'éducateurs sociaux. Cette équipe s'occupe de la prise en charge quotidienne, établit le programme des journées et organise les activités. Elle s'appuie pour ce faire sur les directives du manuel RMNA (parties III et IV), qu'elle met en œuvre. Les éducateurs sociaux jouent également le rôle de personne de référence pour les RMNA. Dans le cadre de la recommandation 14 b) du CRC du 22 octobre 2021, le SEM examine actuellement sous quelle forme le personnel d'encadrement des CFA pourrait être davantage formé aux droits de l'enfant et à la protection de l'enfance¹⁴³.

Les principes fondamentaux qui s'appliquent à l'encadrement des enfants accompagnés sont définis dans le plan d'exploitation Hébergement (PLEX)¹⁴⁴. Si les capacités le permettent, l'équipe responsable des RMNA aide également à l'encadrement des familles. Tous les CFA

¹⁴¹ Version 2.0 du 1.11.2023, disponible sous : www.sem.admin.ch > Page d'accueil > Asile / Protection contre la persécution > La procédure d'asile > Autres thèmes (ci-après « manuel RMNA »)

¹⁴² Les RMNA de moins de 12 ans ne sont en principe pas hébergés dans les CFA. Un placement externe adapté est organisé en collaboration avec l'APEA compétente.

¹⁴³ Dans ses observations finales concernant le rapport de la Suisse valant cinquième et sixième rapports périodiques, le CRC du 22 octobre 2021 recommande d'améliorer la formation et la sensibilisation aux droits de l'enfant des personnes qui travaillent au service ou au contact des enfants, en particulier dans le domaine de l'asile (recommandation 14 b). Dans son rapport du 14 mars 2025 sur le suivi de la mise en œuvre des recommandations du CRC, le Conseil fédéral fait référence à cette recommandation et définit une mesure ad hoc (mesure 6 ; rapport disponible sous : www.ofas.admin.ch > Générations et société > Enfance et jeunesse > Droits de l'enfant).

¹⁴⁴ www.sem.admin.ch > Asile / Protection contre la persécution > La procédure d'asile > Structures régionales et centres fédéraux pour requérants d'asile (sous *Documentation*)

sont dotés d'une salle de séjour adaptée aux enfants, dans laquelle sont organisées des activités spécifiques pour les enfants et les familles.

Le respect des directives du manuel RMNA et du PLEX et donc la prise en compte du bien des enfants lors de leur hébergement et de leur encadrement sont garantis par des audits internes¹⁴⁵ et des contrôles réguliers de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT)¹⁴⁶.

À leur admission dans un CFA, tous les requérants d'asile reçoivent impérativement des informations médicales complètes et peuvent, s'ils le souhaitent, bénéficier d'une première consultation médicale facultative, qui permet également de s'enquérir de leur santé mentale. Les requérants d'asile bénéficient d'une assurance maladie et peuvent recourir aux prestations médicales couvertes par la caisse-maladie. En cas de problèmes de santé, ils peuvent s'adresser au service de soins infirmiers présent dans le CFA, qui peut, si nécessaire, demander aux médecins du centre de procéder à des examens complémentaires. En outre, il existe des accords avec des institutions spécialisées, notamment en psychiatrie pour enfants et adolescents, qui proposent régulièrement des consultations dans les CFA. Toutefois, en raison de la pénurie de personnel qualifié que connaît actuellement le secteur de la santé, des délais d'attente ne sont pas à exclure, y compris dans le domaine de l'asile. Assurer une prise en charge médicale efficace et adaptée reste néanmoins une priorité majeure pour le SEM.

Enfin, des informations adaptées sont également fournies aux enfants sur la vie dans le CFA. Ainsi, tous les RMNA reçoivent, à leur admission dans le centre, une fiche contenant les informations les plus importantes sur l'école et d'autres activités, ainsi que sur les sorties et les différents interlocuteurs auxquels ils peuvent s'adresser¹⁴⁷.

b. Éducation

L'art. 28 CDE reconnaît le droit de chaque enfant à l'éducation et oblige les États parties à assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances, notamment en rendant l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous, en développant des formes d'enseignement secondaire, en offrant une aide financière en cas de besoin, en assurant l'accès à l'enseignement supérieur, en fonction des capacités de chacun, en offrant des services d'orientation scolaire et en prenant des mesures pour encourager la réduction des taux d'abandon scolaire. L'art. 29 CDE établit que l'éducation doit viser le plein développement de l'enfant, notamment en favorisant l'épanouissement de sa personnalité et le développement de ses aptitudes, en lui inculquant le respect des droits de l'homme et de son identité, en lui apprenant la tolérance et en éveillant sa conscience environnementale. L'art. 19 Cst. garantit, lui aussi, le droit à un enseignement de base pour tous les enfants se trouvant en Suisse.

Sur la base de ces fondements juridiques internationaux et nationaux, tous les enfants âgés de 4 à 15 ans ont accès à un enseignement scolaire pendant leur séjour dans le CFA (art. 9 de l'ordonnance du DFJP). Les cours ont lieu dans des salles de classe qui se trouvent au sein de ce dernier ou qui sont mises à disposition par le canton à l'extérieur. En règle générale, les enfants concernés ne fréquentent pas l'école ordinaire pendant leur séjour dans le CFA, en raison notamment des différences de niveaux scolaire et des compétences linguistiques insuffisantes de certains d'entre eux, mais aussi de la courte durée de leur séjour. La composition

¹⁴⁵ PLEX, p. 86

¹⁴⁶ En vertu de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la Commission de prévention de la torture (RS 150.1), la CNPT effectue régulièrement, depuis 2017, des visites de contrôle dans les CFA.

¹⁴⁷ Les informations de cette fiche d'information figurent également sur le portail asile-info.ch dans l'encadré « Les requérants d'asile mineurs non accompagnés » ([asile-info.ch propose des informations destinées aux réfugiés / requérants d'asile en Suisse | Asile Info](http://asile-info.ch/propose-des-informations-destinees-aux-refugies-requerants-d-asile-en-Suisse-Asile-Info)).

des classes change d'ailleurs chaque semaine du fait des attributions aux cantons et des transferts vers d'autres CFA pour des raisons liées à la procédure. Les cantons abritant les CFA sont responsables de l'organisation et de la mise en œuvre de l'enseignement (art. 62 Cst. et art. 80, al. 4, LAsi). Certains d'entre eux¹⁴⁸ ont décidé de dispenser un enseignement non seulement aux requérants d'asile âgés de 4 à 15 ans, mais aussi à ceux de 16 et 17 ans qui sont hébergés dans les CFA. Étant donné que ce domaine relève de la compétence des cantons, la décision leur appartient. Les RMNA qui ne sont plus en âge de scolarité obligatoire et qui ne peuvent pas aller à l'école suivent des cours de langue proposés dans les CFA¹⁴⁹.

4.3.2.2 Principaux résultats de l'étude

Selon l'étude, le principal problème que posent l'hébergement et l'encadrement réside dans le fait que les dispositions de la CDE, en particulier celles relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant, ne sont pas suffisamment prises en compte dans les CFA, l'accent étant plutôt mis sur la procédure d'asile que sur les besoins individuels des enfants ou leur condition d'enfant. Il manque ainsi des possibilités de jeu et de repli ainsi que du personnel qualifié. De plus, les changements fréquents de structures d'hébergement et d'encadrement entraînent des ruptures sociales et géographiques qui posent un problème du point de vue des droits de l'enfant. Selon les spécialistes interrogés, les besoins des enfants accompagnés passent généralement inaperçus faute de clarifications spécifiques. L'hypothèse selon laquelle les intérêts des enfants coïncident avec ceux de leurs parents est souvent admise, mais elle ne se vérifie pas toujours. Cette situation s'explique également par l'absence de normes obligatoires en matière d'hébergement.

Les auteurs de l'étude soulignent néanmoins que des efforts ont été consentis et des améliorations réalisées ces dernières années. Même si des normes professionnelles font toujours défaut pour les enfants accompagnés, le PLEX révisé et le manuel RMNA ont, selon eux, conduit à des évolutions positives. Les efforts déployés par le SEM pour garantir la qualité, tels que les audits internes, le projet pilote visant à créer un bureau de signalement externe et les contrôles effectués par la CNPT, sont également vus d'un bon œil. Des améliorations restent toutefois encore possibles s'agissant des informations à fournir aux enfants sur les possibilités dont ils disposent pour soumettre leurs réclamations concernant l'hébergement et l'encadrement.

Les auteurs se sont également intéressés aux soins médicaux de base dispensés aux enfants dans les CFA. Ces soins sont assurés, mais il existe encore des lacunes, notamment en matière de dépistage et de traitement des troubles psychiques. En ce qui concerne l'accès à l'éducation, les auteurs notent que la majorité des enfants âgés de 4 à 15 ans bénéficient d'un enseignement, tandis que ceux de 16 et 17 ans n'y ont, pour certains, qu'un accès restreint.

S'agissant de l'hébergement et de l'encadrement des enfants faisant l'objet d'une procédure d'asile, les auteurs de l'étude recommandent de créer des structures en dehors des CFA (recommandations d'action 11 et 12), mais aussi d'harmoniser les bases légales et les normes en la matière de manière qu'elles s'appliquent à tous les enfants, quel que soit leur statut au regard du droit de l'asile et des étrangers. Étant donné que la mise en œuvre de ces recommandations d'action requiert des modifications structurelles importantes, les auteurs préconisent, dans un premier temps, de poursuivre l'amélioration des mesures pratiques destinées à garantir l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment celles qui concernent la transmission des informations, les

¹⁴⁸ Des accords additionnels concernant l'enseignement destiné aux RMNA de 16 et 17 ans existent avec les cantons BE, BS, GE, SO, SG, TI et ZH.

¹⁴⁹ Manuel RMNA, p. 33 (partie III, ch. 2.5)

possibilités de soumettre les réclamations, l'accès à une prise en charge psychosociale rapide et complète ainsi que l'éducation (recommandations d'action 13 à 16).

Pour en savoir plus sur l'appréciation du groupe d'accompagnement et l'avis du Conseil fédéral, voir le ch. 4.3.4 ci-dessous.

4.3.3 Hébergement, encadrement et éducation au niveau cantonal

4.3.3.1 Règlementation et pratique en vigueur

a. Hébergement et encadrement

Comme l'indique le ch. 4.3.1, la compétence en matière d'octroi de l'aide sociale, et donc celle en matière d'hébergement et d'encadrement des requérants d'asile, est transférée aux cantons une fois que ceux-ci ont quitté le CFA. Les coûts de l'aide sociale supportés par les cantons, y compris les coûts supplémentaires liés à l'hébergement et à l'encadrement des RMNA, font l'objet d'une indemnisation forfaitaire de la Confédération (art. 88 LAsi et ordonnance 2 sur l'asile du 11 août 1999 [OA 2 ; RS 142.312]). Les communes jouent, elles aussi, un rôle essentiel dans l'hébergement et l'intégration à long terme des personnes relevant du domaine de l'asile. Il existe différents modèles de collaboration avec les communes selon les cantons.

Au vu de la disparité des pratiques cantonales, il est impossible d'énoncer des généralités sur la façon dont l'hébergement et l'encadrement sont assurés dans le domaine de l'asile. Il n'existe notamment pas de directives uniformes. Si les réglementations cantonales viennent s'appliquer en plus des dispositions de la CDE, de la Cst. et de la LAsi (voir le ch. 4.3.2.1), la mise en œuvre concrète relève toutefois de la compétence des cantons.

Les modalités d'hébergement et d'encadrement des RMNA varient selon les cantons et les communes. En règle générale, les jeunes sont hébergés dans des logements collectifs adaptés, des foyers éducatifs ou des familles d'accueil. Dans la plupart des cantons, le soutien se poursuit au-delà de leurs 18 ans¹⁵⁰. Afin de faire face à la forte augmentation du nombre de demandes d'asile des RMNA, les cantons et les communes ont développé ces dernières années leurs structures d'accueil spécialisées. Dans le but d'harmoniser les pratiques cantonales, la CDAS a publié en 2016 des recommandations relatives à l'hébergement des RMNA¹⁵¹, qui portent notamment sur le taux d'encadrement, la qualification du personnel d'encadrement, l'accès à la formation et les modalités d'hébergement. En février 2025, elle a publié en complément les « aides pratiques MNA »¹⁵², qui sont mises à jour régulièrement et traitent des défis auxquels sont actuellement confrontés les cantons. Les recommandations de la CDAS ne sont toutefois pas juridiquement contraignantes.

Il n'existe pas de recommandations équivalentes pour les enfants accompagnés relevant du domaine de l'asile. Selon les cantons et les communes, les familles sont hébergées dans des appartements ou des logements collectifs. La CDAS examine actuellement la possibilité d'élaborer des recommandations relatives à l'hébergement des enfants dans des structures collectives cantonales et communales.

¹⁵⁰ Des informations sur l'hébergement et l'encadrement des RMNA dans les cantons figurent dans la section II.C.3 de l'étude et dans la « Cartographie cantonale des structures de prise en charge pour MNA » du Service social international (SSI Suisse). En outre, les « Aides pratiques MNA » de la CDAS (voir note de bas de page 149) fournissent des exemples pratiques issus des cantons. Les p. 11 à 13 présentent différentes offres de soutien destinées aux RMNA ayant atteint la majorité dans les cantons BS, ZH, VD, VS, AG, GE, FR, SZ et SO.

¹⁵¹ Recommandations de la CDAS du 20 mai 2016 relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile, disponibles sous : www.sodk.ch > Documentation > Communiqués de presse

¹⁵² Aides pratiques MNA du 8 novembre 2024 en complément aux recommandations de la CDAS relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile, disponibles sous : www.sodk.ch > Documentation > Communiqués de presse

Les personnes n'ayant pas de droit de séjour en Suisse ne reçoivent pas l'aide sociale, mais uniquement l'aide d'urgence. L'organisation concrète de cette dernière relève également de la compétence des cantons (art. 82 LAsi). Une étude publiée par la CFM en 2024¹⁵³ parvient à la conclusion que les conditions de vie des enfants bénéficiant de l'aide d'urgence ne sont compatibles ni avec la Cst. ni avec la CDE. La protection de leur développement physique, mental et social mais aussi de leur santé n'est pas suffisamment garantie¹⁵⁴. La CDAS a donc mis en place un groupe de travail chargé de s'intéresser à la situation des enfants recevant l'aide d'urgence.

b. Éducation

En Suisse, tous les enfants, quel que soit leur statut de séjour, sont soumis à l'obligation d'aller à l'école. Certains cantons misent sur des classes d'intégration ou des classes passerelles spéciales pour les enfants relevant du domaine de l'asile, tandis que d'autres les intègrent directement dans les écoles ordinaires de leurs communes. Des disparités importantes apparaissent en ce qui concerne l'accès à la formation postobligatoire (voir aussi le chap. II.C.3.d de l'étude). Outre des mesures destinées à promouvoir cette dernière, l'Agenda Intégration Suisse (AIS) prévoit des mesures destinées à encourager l'acquisition précoce de la langue¹⁵⁵. Dans le cadre de ce programme, la Confédération apporte son soutien aux cantons et a défini des objectifs précis pour ces deux domaines.

4.3.3.2 Principaux résultats de l'étude

Les auteurs de l'étude constatent que les déclarations sur l'hébergement et l'encadrement dans les structures cantonales et communales ne se fondent que sur des observations ponctuelles. Ils soulignent toutefois que l'absence de normes professionnelles obligatoires et uniformes en matière d'hébergement et d'encadrement des enfants est un problème général. Il existe certes des recommandations et des manuels spécifiques pour les RMNA (par ex. ceux de la CDAS et du SSI Suisse¹⁵⁶), mais ils ne sont pas appliqués de manière uniforme et n'ont aucune force obligatoire d'un point de vue juridique.

Les auteurs relèvent également qu'il existe entre les cantons des différences considérables en ce qui concerne les structures et les normes. C'est le cas notamment pour la surveillance des centres d'hébergement et les possibilités de soumettre des réclamations. Alors que certains cantons disposent de processus de surveillance ou, du moins, de contrôle, ceux-ci font largement défaut dans d'autres. Les contrôles des hébergements collectifs par des organes indépendants sont rares. L'accès à l'école et aux offres de formation postobligatoire varie également considérablement d'un canton à l'autre, un accès limité ayant même été observé dans certains d'entre eux.

De manière générale, il manque du personnel qualifié et des logements adaptés. Le fait que certains enfants et RMNA continuent d'être hébergés dans les logements collectifs mis à dis-

¹⁵³ Lannen Patrizia, Paz Castro Raquel et Sieber Vera (2024), « Enfants et adolescents à l'aide d'urgence dans le domaine de l'asile. Enquête systématique sur la situation en Suisse » ; Amarelle Cesla et Zimmermann Nesa (2024), « Le régime d'aide d'urgence et les droits de l'enfant. Avis de droit et étude de conformité à la lumière de la Constitution fédérale suisse et de la Convention relative aux droits de l'enfant », publiée par la Commission fédérale des migrations CFM, 2024, Berne ; documents disponibles sous : www.ekm.admin.ch > Page d'accueil > Conseils politiques > Études

¹⁵⁴ Les réponses du Conseil fédéral aux questions soulevées dans cette étude figurent dans les interpellations suivantes : 24.4446 « L'aide d'urgence respecte-t-elle les obligations prévues par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ? » et 24.4462 « Asile. Respecter les droits des enfants et des jeunes dans le cadre de l'aide d'urgence ».

¹⁵⁵ L'AIS est un programme commun de la Confédération et des cantons visant à promouvoir de manière ciblée l'intégration des réfugiés reconnus et des personnes admises à titre provisoire. L'objectif est de parvenir à une intégration rapide et efficace.

¹⁵⁶ Manuel de prise en charge des mineur-e-s non accompagné-e-s en Suisse. Guide pratique à l'usage des professionnel-le-s, SSI, 2017, disponible sous : www.ssi-suisse.org > Publications > Manuels

position par les cantons après la fin de la procédure est également pointé du doigt. Cette pratique ne contribue pas à assurer une prise en charge stable et appropriée des enfants concernés.

Globalement, les auteurs de l'étude constatent qu'au niveau cantonal l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas complètement garanti dans les domaines de l'hébergement et de l'encadrement. C'est pourquoi ils recommandent notamment de ne pas héberger les mineurs dans des logements collectifs une fois la procédure d'asile terminée (recommandation d'action 11.2). Ils formulent, par ailleurs, les mêmes recommandations que pour l'hébergement et l'encadrement au niveau fédéral (voir le ch. 4.3.2.2).

4.3.4 Principales constatations du groupe d'accompagnement (niveaux fédéral et cantonal)

Le groupe d'accompagnement s'est concentré plus particulièrement sur les recommandations d'action qui concernent le domaine de l'hébergement et de l'encadrement.

Quelques membres considèrent que l'ensemble des mesures proposées dans ce domaine est trop vaste¹⁵⁷. Certaines de ces mesures suscitent en outre des interrogations quant à leur faisabilité (par ex. en raison d'un manque de personnel qualifié ou de ressources). La question de la nécessité de procéder à des modifications structurelles se pose également (CCDJP, CDAS)¹⁵⁸. Le groupe d'accompagnement souhaite par ailleurs que des précisions soient apportées, par exemple en établissant une distinction entre les différents niveaux de compétence (Confédération, cantons, communes) (par ex. UVS).

Le RSDE soutient la recommandation d'action visant à ne pas héberger les mineurs dans des logements collectifs (recommandation d'action 11.2). Il considère que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas suffisamment pris en compte dans ces derniers. Il se dit favorable à une mise en œuvre de cette recommandation aux niveaux national, cantonal et communal (la CFM partage ce point de vue pour ce qui des recommandations d'action concernant l'aide d'urgence).

Certains membres du groupe d'accompagnement voient par ailleurs d'un bon œil la recommandation d'action visant à améliorer le flux d'informations lors des transferts entre les différents niveaux étatiques (UVS, CFM, RSDE) (recommandation d'action 13.3) et estiment qu'il conviendrait également de réduire le nombre de transferts entre les différents lieux d'hébergement. La CFM souligne que les informations ne circulent pas toujours, y compris lors de changements au sein d'un même canton.

Indépendamment des besoins identifiés dans l'étude (voir la recommandation d'action 13.2), les membres du groupe d'accompagnement se félicitent des mesures déjà prises au niveau fédéral, telles que l'avis de droit de Vogel et Affolter sur les responsabilités à l'égard des RMNA pendant leur séjour dans les CFA¹⁵⁹. Les conclusions de cet avis de droit doivent néanmoins être communiquées de manière plus ciblée aux professionnels et aux autorités compétentes. À cet égard, la COPMA souligne que la collaboration entre les CFA et les APEA compétentes et, de manière plus générale, entre le SEM et la COPMA, s'est intensifiée ces dernières années. Selon le RSDE, il subsiste néanmoins des lacunes et des incertitudes concernant les compétences en matière de protection de l'enfance. D'autres mesures visant à apporter des

¹⁵⁷ À la suite de cette séance, la direction de l'étude a revu le nombre de recommandations à la baisse et simplifié leur présentation.

¹⁵⁸ Les auteurs ont ajouté à la p. 111 une remarque concernant le lien entre les recommandations d'action concernées.

¹⁵⁹ Affolter/Vogel

améliorations doivent donc être mises en œuvre aux niveaux fédéral, cantonal et communal (RSDE).

Lors de la discussion portant sur les recommandations d'action relatives à la surveillance et aux possibilités de soumettre des réclamations (recommandation d'action 14), les membres du groupe d'accompagnement ont accueilli favorablement les mesures déjà prises par le SEM pour garantir la qualité, telles que les audits internes et les contrôles de la CNPT. Ils ont toutefois insisté sur la nécessité de soumettre l'hébergement et l'encadrement à la surveillance d'une autorité indépendante, aux niveaux tant fédéral que cantonal. Le RSDE partage le point de vue des auteurs de l'étude selon lequel une autorité de surveillance indépendante devrait non seulement pouvoir émettre des recommandations, mais aussi ordonner des mesures. Il estime en outre qu'il devrait exister des possibilités d'effectuer des signalements et de soumettre des réclamations qui soient adaptées aux enfants aux niveaux fédéral, cantonal et communal.

En ce qui concerne l'accès à l'éducation (recommandation d'action 16), les membres soulignent qu'il faut continuer à œuvrer à son amélioration pour tous les requérants d'asile mineurs, et plus particulièrement pour les plus jeunes et les plus de 16 ans. En effet, ces derniers, tout comme les enfants bénéficiant de l'aide d'urgence, n'y ont qu'un accès limité dans certains cantons (RSDE, CFM). Le groupe d'accompagnement renvoie à cet égard à des exemples positifs existant à certains endroits et auxquels il est possible de se référer, tout en reconnaissant l'importance d'harmoniser les normes à l'échelle nationale et de renforcer la collaboration entre les autorités compétentes (RSDE, UVS). En outre, il estime que l'accès à l'école ordinaire devrait être amélioré. Dans l'idéal, l'enseignement devrait avoir lieu dans le cadre de classes d'intégration ou d'accueil au sein des écoles publiques (HCR, RSDE, UVS).

L'ASM relève qu'il n'est généralement question que des enfants dans l'étude, alors que ces derniers sont souvent accompagnés. Afin de garantir leur bien, il est donc important, selon elle, de soutenir également les parents en tant que représentants légaux et de les impliquer davantage.

L'UVS, l'ASM, la CDAS et la CCDJP indiquent qu'il serait judicieux d'adopter une approche plus différenciée en ce qui concerne la répartition des compétences et des tâches entre la Confédération et les cantons. Elles font également remarquer qu'il conviendrait de mieux mettre en évidence le niveau auquel l'intégration s'opère en fin de compte, à savoir dans les villes et les communes, ainsi que le rôle de ces collectivités (en particulier l'UVS).

4.3.5 Position du Conseil fédéral (niveaux fédéral et cantonal)

Le Conseil fédéral considère comme une priorité d'assurer le bien-être, la protection de la santé et le développement normal des enfants hébergés et pris en charge en Suisse qui relèvent des domaines de l'asile et des étrangers. Pour atteindre cet objectif, il est nécessaire de respecter la CDE, et plus particulièrement ses art. 3, 6, 19, 24, 27 et 28, qui requièrent la prise en compte du besoin de protection particulier des enfants en matière d'hébergement, d'encadrement, d'éducation et de soins médicaux.

Le Conseil fédéral précise néanmoins que, dans le cas des enfants accompagnés, ce sont en principe les parents qui ont la responsabilité de satisfaire leurs besoins fondamentaux et de veiller à leur bon développement, comme le prévoit d'ailleurs le CC (art. 296 ss CC). Les autorités fédérales et cantonales compétentes ne sont pour autant pas dispensées de leur obligation de tenir compte des besoins des enfants et, si nécessaire, de prendre des mesures ciblées,

dans les limites de leurs compétences. Elles sont ainsi tenues d'intervenir en particulier lorsque le bien de l'enfant est menacé.

À propos des lacunes dans la protection de l'enfance relevées par les auteurs de l'étude dans le domaine de l'hébergement et de l'encadrement, le Conseil fédéral relève que de nombreuses recommandations d'action formulées à cet égard ne pourront être mises en œuvre qu'au prix d'un déploiement significatif de moyens supplémentaires sur les plans structurel, financier et humain à tous les niveaux de l'État. Au-delà du fait qu'elle irait à l'encontre des principes sur lesquels repose actuellement le système d'asile – à savoir un hébergement centralisé et des procédures accélérées –, la mise en œuvre de la recommandation d'action visant à héberger les enfants dans des unités séparées au niveau fédéral (recommandation d'action 11) entraînerait ainsi des coûts très élevés à tous les échelons. De même, l'intégration directe des RMNA dans le système cantonal d'aide à l'enfance et à la jeunesse qui est proposée (recommandation d'action 12) nécessiterait une redistribution complète des compétences ainsi que des ajustements considérables en matière de ressources à tous les niveaux de l'État.

Les auteurs de l'étude reconnaissent que, malgré les défis qui se posent, des améliorations fondamentales ont été apportées ces dernières années. Des mesures concrètes ont ainsi déjà été mises en œuvre dans plusieurs domaines où ils ont identifié des problèmes. Concernant la recommandation d'action 13, le Conseil fédéral fait savoir, par exemple, que la collaboration entre le SEM, les APEA et la COPMA s'est intensifiée ces dernières années. Le projet pilote visant à créer un bureau de signalement externe a également pu être mené à bien ; les autorités travaillent actuellement à une mise en œuvre à long terme (recommandation d'action 14). Dans la plupart des régions Asile, une collaboration avec les services régionaux de psychiatrie pour enfants et adolescents a en outre pu être mise en place. La pénurie persistante de personnel qualifié, notamment dans le domaine de la psychiatrie pour enfants et adolescents, reste toutefois un frein. Soumettre tous les enfants concernés à un examen et à un suivi psychologiques généralisés, comme le préconise la recommandation d'action 15, est une mesure qui est impossible à mettre en œuvre dans ces conditions et qui ne permettra pas, de l'avis des spécialistes, d'atteindre l'objectif visé. Le Conseil fédéral continue de travailler sans relâche pour améliorer l'hébergement et l'encadrement des mineurs mais aussi pour optimiser la mise en œuvre de la CDE dans le cadre des ressources et des bases légales existantes.

L'approche pragmatique souhaitée par le Conseil fédéral se reflète également dans son analyse différenciée de la résilience des systèmes. Il met ainsi en avant que les fluctuations importantes du nombre de demandes d'asile, qui se sont multipliées ces dernières années, nécessitent une planification à long terme des ressources et une gestion flexible des structures d'hébergement, ce qui est un véritable défi au vu de la pénurie structurelle de personnel qualifié qui touche notamment le secteur pédiatrique et de la grande diversité des infrastructures existant dans les cantons et les communes.

En ce qui concerne le droit à l'éducation, le Conseil fédéral rappelle qu'il incombe aux cantons de le garantir. Il se dit néanmoins prêt, dans le cadre de ses compétences, à les soutenir dans l'examen et la mise en œuvre de mesures appropriées dans ce domaine, visant notamment à améliorer l'accès à l'éducation des plus de 16 ans et des enfants recevant l'aide d'urgence (recommandation d'action 16).

Le Conseil fédéral reconnaît que l'harmonisation des normes et le renforcement des mécanismes de surveillance et de réclamation, qui sont proposés par les auteurs de l'étude et le groupe d'accompagnement, peuvent jouer un rôle essentiel dans l'amélioration de la protection du bien de l'enfant. À cette fin également, le groupe de travail mentionné plus haut (voir les ch. 4.1.1.4, 4.1.3.4, 4.1.4.4, 4.2.1.4 et 4.2.2.4) pourrait examiner des solutions aux problèmes

identifiés. Le rapport rédigé dans le cadre des mandats de suivi de l' AIS, rapport dans lequel la Confédération et les cantons ont formulé des recommandations communes en matière d'hébergement, d'encadrement, de formation et d'intégration mais aussi souligné la nécessité d'une collaboration entre les services compétents (projet partiel 1 : adaptation du système de financement – rapport, 21 décembre 2020), pourrait notamment servir de base de discussion. Ce rapport demande, par exemple, la création d'espaces propices à la formation pour les enfants et les adolescents. On pourrait s'appuyer sur ces recommandations et, dans un premier temps, examiner leur mise en œuvre¹⁶⁰.

Enfin, en ce qui concerne la situation des enfants recevant l'aide d'urgence, le Conseil fédéral renvoie à ses réponses aux interventions parlementaires sur le sujet¹⁶¹ déposées lors de la session d'hiver 2024 et aux travaux du groupe de travail ad hoc placé sous la direction de la CDAS (voir le ch. 4.3.3.1, pt a).

5 Bilan et conclusion

L'étude commandée par le SEM et les discussions auxquelles elle a donné lieu au sein du groupe d'accompagnement ont permis de réaliser une analyse approfondie et nuancée de la prise en compte du bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers. Il ressort que les bases légales existent déjà en Suisse et donc que les garanties essentielles conférées par la CDE sont mises en œuvre. Cependant, leur application concrète fait apparaître des défis structurels et organisationnels qui rendent difficile une mise en œuvre cohérente et rigoureuse.

Les auteurs de l'étude portent un regard critique sur le fait que, en pratique, l'intérêt supérieur de l'enfant ne soit pas systématiquement pris en compte à toutes les étapes de la procédure. Ils déplorent notamment que les auditions ne soient pas ou pas toujours adaptées aux enfants, que la pesée des intérêts soit parfois insuffisamment documentée et que la prise en considération des besoins individuels dépende trop de l'autorité compétente et des personnes impliquées. Une autre problématique a été identifiée dans le domaine des renvois : si le bien de l'enfant est régulièrement pris en compte dans les décisions en la matière, il ne peut pas toujours prévaloir sur les dispositions du droit des migrations, ce qui n'est pas sans poser de problèmes au regard des obligations découlant du droit international public. Enfin, l'étude pointe du doigt des disparités dans les pratiques cantonales.

Les membres du groupe d'accompagnement sont d'accord avec l'essentiel de ces critiques, même s'ils mettent l'accent sur des aspects différents. Alors que certains réclament l'adoption de normes plus strictes pour les procédures et une prise en compte accrue du bien de l'enfant dans chaque cas d'espèce, d'autres plaident en faveur d'une meilleure coordination et d'une sensibilisation accrue dans le cadre existant. Les auteurs de l'étude et les membres du groupe d'accompagnement sont notamment en désaccord sur la question de savoir s'il faut accorder une plus grande place au bien de l'enfant dans la loi, en créant de nouvelles normes spécifiques, ou s'il convient plutôt d'appliquer de manière rigoureuse les instruments existants et d'améliorer la collaboration interinstitutionnelle. Tous s'accordent en revanche sur la nécessité

¹⁶⁰ Voir à ce sujet « Agenda Intégration Suisse : modification du système de financement de l'asile – Rapport final à l'intention du groupe de coordination », Ecoplan, SEM, CdC, CDAS, du 17.06.2020, disponible sous : www.sem.admin.ch > Intégration & naturalisation > Encouragement de l'intégration > Programmes d'intégration cantonaux et Agenda Intégration > Agenda Intégration Suisse > Rapports de la mise en œuvre de l'Agenda Intégration Suisse Phase II

¹⁶¹ Interpellation 24.4462, disponible sous : www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 24.4462 Roth Franziska « Asile. Respecter les droits des enfants et des jeunes dans le cadre de l'aide d'urgence », et interpellation 24.4446, disponible sous : www.parlament.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > 24.4446 Prelicz-Huber Katharina « L'aide d'urgence respecte-t-elle les obligations prévues par la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ? »

de développer systématiquement les compétences des professionnels travaillant au contact des enfants, mais aussi d'intensifier le partage d'expériences entre la Confédération, les cantons et les acteurs de la société civile.

Prenant acte de ces résultats, le Conseil fédéral reconnaît que le principe du bien de l'enfant n'est pas encore appliqué de manière rigoureuse dans tous les domaines du droit de l'asile et des étrangers. Il attire toutefois l'attention sur le fait que les bases légales existantes (en particulier l'art. 8 CEDH) sont globalement suffisantes pour assurer sa prise en compte. Il estime donc qu'il convient de concentrer les efforts sur l'application de ce principe. Dans ce contexte, il est prévu que le DFJP convoque un groupe de travail chargé d'examiner de manière approfondie les questions concrètes relatives au bien de l'enfant dans le domaine de la migration à tous les niveaux étatiques. Ce groupe de travail réunira, au niveau technique, des représentants de la Confédération, des cantons, des communes et de la société civile, avec pour objectif de formuler des recommandations visant à harmoniser la pratique. L'implication de différents niveaux étatiques et disciplines permettra non seulement d'améliorer la qualité technique, mais aussi d'accroître l'acceptation et la faisabilité des recommandations. Il s'agira de combler les éventuelles lacunes dans l'évaluation et la détermination du bien de l'enfant, de mettre en commun les expériences pratiques et de fournir des normes cohérentes pour le travail quotidien. Le Conseil fédéral juge cette approche efficace et considère qu'elle est, compte tenu de la structure fédéraliste de la Suisse, la mieux adaptée pour obtenir des améliorations durables.

Dans le cadre de la stratégie en matière d'asile 2027, qui vise à optimiser le système d'asile en s'appuyant sur les expériences acquises jusqu'à présent avec le nouveau système, il convient d'accorder une priorité absolue au bien de l'enfant dans les travaux correspondants. Ceux-ci doivent tenir compte de l'objectif d'accélération des procédures fixé dans cette stratégie pour soulager le système d'asile. Qui dit procédures courtes et nombre réduit de cas en suspens dit également décisions rapides et, donc, séjours plus courts dans les structures provisoires pour les enfants.

Dans les domaines relevant de la seule compétence du SEM, des mesures pour répondre aux recommandations formulées dans l'étude en lien avec la procédure d'asile sont déjà en cours de développement afin notamment d'améliorer, d'une part, l'information destinée aux enfants mineurs et, d'autre part, la prise en compte de leur bien.

En résumé, on peut retenir que le principe du bien de l'enfant est déjà inscrit dans le droit suisse de l'asile et des étrangers, mais qu'il existe encore des incohérences et des lacunes dans sa mise en œuvre concrète. Alors que les auteurs de l'étude formulent des recommandations d'action parfois ambitieuses, le groupe d'accompagnement est favorable à des améliorations pragmatiques concernant la collaboration et la standardisation. Le Conseil fédéral reconnaît la nécessité de prendre des mesures, mais estime qu'une réorientation législative fondamentale est moins nécessaire qu'un développement coordonné des pratiques. Le groupe de travail à constituer aura pour objectif de garantir que le bien de l'enfant soit à l'avenir pris en compte de manière encore plus systématique, cohérente et vérifiable. Il sera chargé d'examiner de manière approfondie les problèmes et les questions soulevés dans le présent rapport, mais aussi de formuler des recommandations ainsi que des mesures concrètes et réalisables. Il devra notamment s'intéresser à la question de la mise en place de procédures relevant du droit de l'asile et des étrangers adaptées aux enfants ainsi qu'à celle de l'hébergement, de l'encadrement et de l'éducation.