

L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT DANS LE CADRE DU DROIT DES ÉTRANGERS ET DE L'ASILE

Auteurs et auteurs :

Oliver Diggelmann, Professeur (Université de Zurich)
Samuel Keller (ZHAW)
Nina Hadorn, Professeure (ZHAW)
Eva Mey, Professeure (ZHAW)
Valerio Priuli, Professeur (ZHAW)
Andrea Hartmann (ZHAW)
Gisela Kilde, Professeure (ZHAW)
Thomas Schaad (Université de Zurich)

Mandant :

Secrétariat d'État aux migrations (SEM)

6 octobre 2024 (état 15 mai 2025)

I.	Introduction.....	1
A.	Contexte.....	1
B.	Considérations de base concernant l'intérêt supérieur de l'enfant dans le droit en vigueur.....	1
C.	Démarche et méthode.....	6
II.	Résultats de l'étude.....	13
A.	Procédures en droit des étrangers.....	13
1.	Détermination de l'état de fait.....	13
2.	Participation.....	20
3.	L'intérêt de l'enfant dans la décision.....	28
4.	Conclusion partielle.....	32
5.	Recommandations d'action.....	33
B.	Procédures relevant du droit de l'asile.....	37
1.	Détermination de l'état de fait.....	38
2.	Forme de la procédure.....	51
3.	L'intérêt de l'enfant dans la décision.....	57
4.	Conclusion partielle.....	61
5.	Recommandations d'action.....	63
C.	Thèmes transversaux.....	69
1.	Regroupement familial.....	69
2.	Renvoi après un séjour de longue durée.....	82
3.	Hébergement, encadrement et éducation.....	87
4.	Conclusion partielle.....	106
5.	Recommandations d'action.....	108
	Références.....	118

MANAGEMENT SUMMARY (FR)

Le 22 septembre 2022, le Conseil national a adopté le *postulat 20.4421 « Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers »*, qui traite des droits de l'enfant dans les procédures relevant du droit de l'asile ou des étrangers, de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre du regroupement familial et des renvois, ainsi que de la situation des enfants du point de vue de leur hébergement, de leur encadrement et de leur éducation. La postulante charge le Conseil fédéral d'établir un rapport dans lequel il analysera dans quelle mesure l'intérêt supérieur de l'enfant est garanti dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers. En vue de préparer le rapport correspondant, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a mandaté la présente étude, qui répond aux questions soulevées dans le postulat en combinant des méthodes d'analyse juridiques et sociologiques.

Si l'on peut constater une certaine sensibilisation à la question des droits de l'enfant dans les procédures relevant du droit de l'asile ou des étrangers, les art. 3 et 12 CDE ne sont pas entièrement mis en application. L'analyse a identifié trois domaines problématiques, à savoir l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant lors de l'établissement de l'état de fait, l'implication de l'enfant dans la procédure et la prise en compte de la perspective de l'enfant dans la décision. Les procédures examinées, tant en droit des étrangers qu'en droit de l'asile, ne comportaient pas de stade prévu spécifiquement pour évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le domaine du droit des étrangers, l'examen a porté sur des procédures de regroupement familial et de révocation de l'autorisation. Souvent, les questions de fait liées à l'intérêt supérieur de l'enfant n'étaient évaluées et déterminées que partiellement. Bien que fortement touché par les procédures, l'enfant n'y était impliqué que faiblement : s'il intervenait, c'était en général par l'entremise de ses parents ou de leur représentante ou représentant juridique, ce qui entraîne des risques spécifiques. Il était rare qu'il soit entendu personnellement. Une majorité des décisions étudiées ne tenait pas suffisamment compte de la perspective de l'enfant. Le tableau est un peu plus favorable en droit de l'asile, domaine dans lequel l'enfant jouit d'une position formelle plus avantageuse et dont certains stades de procédure servent entre autres à évaluer et déterminer ce qui est bon pour lui. Il n'est toutefois pas exclu que l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant demeure partiel et passe à côté d'éléments importants. Dans la pratique, la détermination concrète de l'obligation de participation de

l'enfant en droit de l'asile et l'implication personnelle des enfants accompagnés posent problème. Bien que les procédures aient évolué d'une manière mieux adaptée aux enfants, des potentiels d'amélioration demeurent notamment pour ce qui est de l'information, de la tenue des auditions et de la gestion des transitions (changement de lieu d'hébergement, détermination de l'âge, majorité). L'étude des décisions relatives à l'exécution des renvois a révélé que les difficultés spécifiques aux droits de l'enfant sont généralement prises en compte pour les RMNA, mais pas systématiquement pour les enfants accompagnés.

Le postulat soulève des questions transversales spécifiques concernant le regroupement familial (pesée des intérêts, délai d'attente et regroupement familial inversé), le renvoi après un séjour de plusieurs années ainsi que l'hébergement, l'encadrement et l'éducation. Pour ce qui est des regroupements familiaux et des renvois, l'on a constaté que les décisions se fondent sur des délais (regroupement) et des seuils d'exigibilité définis forfaitairement en fonction de l'âge (renvoi) ; les intérêts de l'enfant n'ont pas systématiquement une importance primordiale. Concernant l'hébergement, l'encadrement et l'éducation, force est de constater que l'hébergement et l'encadrement des enfants dans le domaine de l'asile sont régis essentiellement par la procédure et non par les besoins concrets de l'enfant. Cela se révèle dans l'aménagement des hébergements (collectifs), qui peuvent présenter d'importants déficits par rapport aux besoins des enfants, malgré les mesures prises. Les conditions d'hébergement et d'encadrement varient fortement d'un établissement à l'autre. Des améliorations sont possibles au niveau des compétences, de la mise en place d'organes de surveillance indépendants spécialisés dans l'intérêt supérieur de l'enfant et de la disponibilité de canaux faciles d'accès permettant aux enfants de faire valoir leurs plaintes. L'accès à des soins médicaux n'est garanti qu'en partie, surtout en lien avec les problèmes psychiques. L'accès à l'éducation est parfois restreint, surtout pour les enfants âgés de 16 ans et plus.

Au vu des déficits identifiés, il n'est pas possible d'affirmer sans réserve, en réponse au postulat, que l'intérêt supérieur de l'enfant est effectivement garanti dans le cadre du droit de l'asile et du droit des étrangers. L'étude recommande des mesures dans 16 domaines thématiques.

MANAGEMENT SUMMARY (DE)

Am 22. September 2022 nahm der Nationalrat das *Postulat 20.4421 «Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht»* an. Es betrifft die kindgerechte Ausgestaltung von asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren, die Gewährleistung des Kindeswohls beim Familiennachzug und bei Wegweisungen sowie die Situation von Kindern in den Bereichen Unterbringung, Betreuung und Bildung. Der Bundesrat wird beauftragt, die Gewährleistung des Kindeswohls im Asyl- und Ausländerrecht in einem Bericht zu analysieren. Zur Vorbereitung des Berichts gab das Staatssekretariat für Migration (SEM) die vorliegende Studie in Auftrag. Die Studie beantwortet die vom Postulat aufgeworfenen Fragen mittels einer Kombination rechts- und sozialwissenschaftlicher Untersuchungsmethoden.

In ausländer- und asylrechtlichen Verfahren kann teilweise eine Sensibilisierung für kindrechtliche Fragen festgestellt werden, die Vorgaben von Art. 3 und 12 KRK werden aber nur teilweise umgesetzt. Drei Problembereiche wurden identifiziert: Die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls bei der Sachverhaltsermittlung, der Einbezug des Kindes in das Verfahren und die Berücksichtigung der Kinderperspektive im Entscheid. Sowohl in den untersuchten ausländer- als auch in asylrechtlichen Verfahren fehlte ein spezifischer Verfahrensabschnitt, der sich ausschliesslich der Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls widmet. Im Ausländerrecht wurden Familiennachzugsverfahren und Bewilligungswiderrufsverfahren untersucht. Die das Kindeswohl betreffenden Umstände wurden oft nur partiell ermittelt und bestimmt. Hierbei wurde das Kind trotz starker Betroffenheit wenig in das Verfahren einbezogen: Die persönliche Anhörung des Kindes bildete die Ausnahme, die mit spezifischen Risiken einhergehende mittelbare Mitwirkung über die Eltern oder deren Rechtsvertretung den Regelfall. Die Kinderperspektive wurde in den untersuchten Entscheiden oft zu wenig berücksichtigt. Das Bild erscheint im Asylrecht etwas günstiger als im Ausländerrecht. Das Kind verfügt hier über eine günstigere formale Stellung und einzelne Verfahrensabschnitte dienen zumindest auch der Ermittlung und Bestimmung seines Wohls. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass das Kindeswohl nicht umfassend abgeklärt wird und Wichtiges unentdeckt bleibt. Schwierigkeiten bereitet die konkrete Bestimmung der asylrechtlichen Mitwirkungspflicht des Kindes und der persönliche Einbezug von begleiteten Kindern. Das Verfahren wurde in den letzten Jahren kindgerechter ausgestaltet, weist aber weiterhin Verbesserungspotenzial auf,

insbesondere betreffend Information, Durchführung von Anhörungen und Gestaltung von Übertritten (Unterkunftswechsel, Altersbestimmung und Volljährigkeit). Bei Entscheidungen betreffend den Vollzug von Wegweisungen ergab sich, dass die kinderrechtlichen Hindernisse beim Wegweisungsvollzug bei UMA in der Regel geprüft wurden, bei begleiteten Kindern hingegen nicht durchgehend.

Als Querschnittsthemen werden im Postulat spezifische Fragen zum Familiennachzug (Interessenabwägung, Wartefrist und umgekehrter Familiennachzug), zur Wegweisung nach langjährigem Aufenthalt und zur Unterbringung, Betreuung und Bildung aufgeworfen. Beim Familiennachzug und bei den Wegweisungen wurde eine Orientierung an Fristen (Familiennachzug) und altersschematischen Zumutbarkeitsschwellen (Wegweisungen) beobachtet. Den Interessen des Kindes kommt nicht durchwegs vorrangige Bedeutung zu. Betreffend Unterbringung, Betreuung und Bildung ist festzustellen, dass die Unterbringung und Betreuung von Kindern im Asylbereich wesentlich durch das Verfahren bestimmt ist, nicht durch die konkreten Bedürfnisse des Kindes. Dies zeigt sich in der Ausgestaltung von (Kollektiv-)Unterkünften, die in Bezug auf die Bedürfnisse von Kindern trotz ergriffenen Massnahmen teils erhebliche Defizite aufweisen. Die Unterbringungs- und Betreuungsstandards zwischen den einzelnen Unterkünften variieren stark. Bei der Regelung der Zuständigkeiten, der Einrichtung von unabhängigen und auf Kindeswohlfragen spezialisierten Aufsichtsstellen, und niederschweligen Beschwerdemöglichkeiten besteht Verbesserungspotenzial. Der Zugang zur medizinischen Versorgung ist teilweise gewährleistet, aber nicht durchgehend, insbesondere mit Blick auf psychische Schwierigkeiten. Der Zugang zu Bildung ist teilweise beschränkt, vor allem bei Kindern ab 16 Jahren.

Die Hauptfrage des Postulats, ob dem Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht entsprochen wird, lässt sich aufgrund der identifizierten Defizite nicht vorbehaltlos bejahen. Die Studie empfiehlt Massnahmen in 16 Themenbereichen.

MANAGEMENT SUMMARY (IT)

Il 22 settembre 2022, il Consiglio nazionale ha accolto il *postulato 20.4421 «Bene del figlio nel diritto d'asilo e degli stranieri»*. Esso riguarda l'impostazione a misura di minore delle procedure di diritto d'asilo e degli stranieri, la garanzia dell'interesse superiore del fanciullo nel quadro del ricongiungimento familiare e dell'allontanamento nonché la situazione dei minorenni negli ambiti dell'alloggio, dell'assistenza e della formazione. Il Consiglio federale è incaricato di analizzare in un rapporto la garanzia dell'interesse superiore del fanciullo nel quadro del diritto d'asilo e degli stranieri. Per preparare il rapporto, la Segreteria di Stato della migrazione (SEM) ha commissionato il presente studio. Lo studio risponde alle domande sollevate dal postulato combinando metodi d'indagine delle scienze giuridiche e delle scienze sociali.

Nelle procedure di diritto degli stranieri e d'asilo si può in parte constatare una sensibilizzazione sulle questioni relative ai diritti del fanciullo, ma le prescrizioni degli articoli 3 e 12 CDF vengono attuate solo parzialmente. Sono state individuate tre aree problematiche: l'accertamento e la determinazione dell'interesse superiore del fanciullo nell'accertamento dei fatti, il coinvolgimento del minore nella procedura e la considerazione del suo punto di vista nella decisione. Sia nelle procedure di diritto degli stranieri sia in quelle di diritto d'asilo prese in esame mancava una fase procedurale specifica dedicata esclusivamente all'accertamento e alla determinazione dell'interesse superiore del fanciullo. Riguardo al diritto in materia di stranieri sono state esaminate la procedura per il ricongiungimento familiare e la procedura di revoca del permesso. Spesso le circostanze concernenti l'interesse superiore del fanciullo sono state accertate e determinate solo parzialmente. Il minore veniva coinvolto poco nella procedura, pur essendone fortemente interessato: l'audizione personale del minore costituiva l'eccezione, mentre di regola la partecipazione era indiretta tramite i genitori o il loro rappresentante legale, con conseguenti rischi specifici. La prospettiva del minore è stata spesso troppo poco considerata nelle decisioni analizzate. Il quadro appare un po' più favorevole nel diritto d'asilo che nel diritto degli stranieri. Il minore gode qui di una posizione formale più favorevole e alcune fasi della procedura servono almeno a verificare e determinare anche il suo bene. Non si può tuttavia escludere che l'interesse superiore del minore non sia accertato compiutamente e che aspetti importanti vengano trascurati. La determinazione concreta

dell'obbligo di collaborazione del minore secondo il diritto in materia d'asilo e il coinvolgimento personale di minorenni accompagnati presentano delle difficoltà. Negli ultimi anni la procedura è stata impostata in maniera maggiormente conforme alle esigenze dei minori, ma vi sono ancora margini di miglioramento, in particolare per quanto riguarda l'informazione, lo svolgimento di audizioni e l'organizzazione dei trasferimenti (cambiamento dell'alloggio, determinazione dell'età e maggiore età). Nel caso delle decisioni relative all'esecuzione degli allontanamenti è emerso che, di regola, gli ostacoli posti dai diritti del fanciullo all'esecuzione degli allontanamenti erano esaminati nel caso di minorenni non accompagnati, mentre nel caso dei minorenni accompagnati non erano esaminati in modo sistematico.

Trattandosi di temi trasversali, nel postulato sono sollevate questioni specifiche concernenti il ricongiungimento familiare (ponderazione degli interessi, periodo di attesa e ricongiungimento familiare inverso), l'allontanamento dopo un soggiorno pluriennale e l'alloggio, l'assistenza e la formazione. Nel caso del ricongiungimento familiare e degli allontanamenti è stato osservato un orientamento riguardo a termini (ricongiungimento familiare) e soglie di esigibilità in modo schematico in funzione dell'età (allontanamenti). Gli interessi del minore non sono sempre prioritari. Per quanto riguarda l'alloggio, l'assistenza e la formazione, va osservato che l'alloggio e l'assistenza dei minori nel settore dell'asilo sono essenzialmente determinati dalla procedura e non dalle esigenze specifiche del minore. Ciò si riflette nell'allestimento di alloggi (collettivi), alcuni dei quali presentano notevoli lacune per quanto riguarda le esigenze dei minori, nonostante le misure adottate. Gli standard di alloggio e assistenza variano notevolmente tra le singole strutture. Vi sono margini di miglioramento per quanto riguarda la regolamentazione delle competenze, l'istituzione di autorità di vigilanza indipendenti e specializzate nelle questioni relative all'interesse superiore del minore e le possibilità di ricorso a bassa soglia. L'accesso all'assistenza sanitaria è garantito in parte, ma non in modo sistematico, in particolare per quanto riguarda le difficoltà psichiche. L'accesso alla formazione è in parte limitato, soprattutto per i minori a partire dai 16 anni d'età.

Viste le lacune identificate, alla questione principale del postulato, ossia se l'interesse superiore del fanciullo sia effettivamente assicurato nell'ambito del diritto d'asilo e degli

stranieri, non può essere data una risposta incondizionatamente positiva. Lo studio raccomanda misure in 16 ambiti tematici.

I. INTRODUCTION

A. Contexte

Le 22 septembre 2022, le Conseil national a adopté le *postulat 20.4421 « Bien de l'enfant dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers »*, qui charge le Conseil fédéral d'établir un rapport dans lequel il analysera dans quelle mesure l'intérêt supérieur de l'enfant est garanti dans le cadre du droit de l'asile et des étrangers. En vue de la préparation du rapport correspondant, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a mandaté une étude qui soumettra les questions soulevées dans le postulat à une analyse scientifique et dont les résultats seront intégrés et joints au rapport du Conseil fédéral.

Le postulat vise spécifiquement quatre *domaines thématiques* : (1) les droits de l'enfant dans les procédures relevant du droit de l'asile ou des étrangers ; (2) la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de regroupement familial ; (3) la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant en cas de renvoi ; (4) la situation des enfants du point de vue de leur hébergement, de leur encadrement et de leur éducation. L'étude ne traite pas de l'exécution des renvois, des mesures de contrainte, des moyens de droit extraordinaires et de la naturalisation.

B. Considérations de base concernant l'intérêt supérieur de l'enfant dans le droit en vigueur

L'*intérêt supérieur de l'enfant* est au centre des thèmes visés dans le postulat¹. C'est à la fois la notion centrale et le concept juridique primordial de la Convention de l'ONU

* Les auteures et auteurs remercient Andreas Jud, Professeur (ZHAW), Anna Laura Elmer, Rona Jung, Xenia Schlatter, Aurora Meier (Université de Zurich) pour leur excellent soutien dans le cadre des recherches et de la rédaction de l'étude. Ils tiennent également à remercier les personnes responsables au sein du SEM et de l'ASM pour leur collaboration et leur important soutien en matière d'accès au terrain, tout comme les offices des migrations et les tribunaux cantonaux pour la mise à disposition de dossiers et documents. Nous remercions tout aussi chaleureusement les expertes et experts interviewés, ainsi que les spécialistes ayant répondu à l'enquête en ligne, d'avoir pris le temps de partager leurs précieuses connaissances. Enfin, un grand merci aux membres du groupe d'accompagnement pour leurs remarques importantes et la discussion factuelle des résultats de la présente étude.

¹ Tandis que le postulat emploie l'expression « bien de l'enfant », la présente étude utilise « intérêt supérieur de l'enfant », conformément à l'art. 3, al. 1, CDE, qui peut inclure divers aspects tels que le fait de

relative aux droits de l'enfant (CDE), qui énonce les règles essentielles du droit international applicables aux enfants^{2,3}. La question principale de la présente étude est de savoir comment ces dispositions sont mises en œuvre et appliquées en Suisse en droit des étrangers et en droit de l'asile. Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU (Comité des droits de l'enfant), qui a pour mandat de contrôler la mise en œuvre et l'application de la CDE⁴, joue un rôle important dans l'interprétation de cette convention. L'étude s'appuie entre autres sur ses recommandations pour interpréter les dispositions de la CDE.

Le *but* essentiel de la CDE est d'assurer que les enfants ne soient considérés et traités ni comme des « *kleine Erwachsene* » [petits adultes]⁵, ni comme des « *Anhängsel Ihrer Eltern* » [simples appendices de leurs parents]⁶, afin d'éviter que leurs intérêts ne soient négligés, oubliés, ignorés, vidés de leur sens ou instrumentalisés⁷. Les enfants sont des

clarifier les faits qui concernent l'enfant, l'implication de l'enfant dans la procédure, ou encore le fait d'interpréter les notions juridiques indéterminées d'une manière qui corresponde à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'expression « intérêt de l'enfant » désigne les intérêts concrets de l'enfant, qui sont à prendre en compte lors de la pesée des intérêts selon le droit administratif. Concernant la critique du Comité des droits de l'enfant à l'égard de l'expression « bien de l'enfant » : Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le rapport de la Suisse 2021, par. 19 : « Le Comité reste préoccupé par le fait que la notion de « bien de l'enfant » inscrite dans la Constitution ne corresponde pas au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention, ce qui concourt à une application insuffisante du principe de l'intérêt supérieur des enfants dans les décisions qui concernent ces derniers » ; cf. CARONI, p. 7 s.

² Au sens juridique, un « enfant » est toute personne n'ayant pas encore atteint l'âge 18 ans, aussi bien en droit suisse que sous l'égide de la CDE. C'est dans ce sens que le terme est employé dans la présente étude.

³ La CDE est entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997. Elle fait dès lors partie de l'ordre juridique suisse, exception faite des normes à l'égard desquelles la Suisse a formulé des réserves (art. 10, al. 1, art. 37, let. c, et art. 40 CDE). Trois protocoles facultatifs, également entrés en vigueur en Suisse, sont venus la compléter : Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés du 25 mai 2000 (RS 0.107.1) ; Protocole facultatif 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 du 25 mai 2000 (RS 0.107.2) ; Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications du 19 décembre 2011 (RS 0.107.3).

⁴ Art. 43 ss CDE ; art. 1 ss Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications du 19 décembre 2011 (RS 0.107.3). Les instruments du Comité incluent (1) les observations générales ; (2) les observations finales dans le cadre des rapports soumis par les États ; (3) les constatations et communications dans le cadre des procédures de présentation de communications.

⁵ CARONI, p. 1

⁶ ILLES, n. 30 ad art. 84 LEtr

⁷ SCHMAHL, n. 2 ad art. 3 CDE

sujets de droit autonomes ayant des besoins, des désirs et des points de vue spécifiques⁸. L'art. 3, al. 1, CDE formule l'impératif normatif essentiel selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants. Cet impératif se décline en trois axes prescriptifs : (1) il consacre un droit subjectif de l'enfant à la prise en compte de ses intérêts dans les décisions en tant que considération à part entière revêtant une importance primordiale. (2) Sur le plan procédural, il impose d'évaluer et de déterminer spécifiquement les besoins des enfants. (3) Et enfin, il établit une règle qui oblige à tenir compte, de manière générale, des intérêts des enfants lors de l'interprétation de dispositions ambiguës ou peu claires⁹.

L'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale déploie ses effets en combinaison avec les autres dispositions de la CDE et oriente leur interprétation. Le second principe essentiel dans le contexte de la présente étude est le *droit de l'enfant à être entendu*, énoncé à l'art. 12 CDE. Lorsqu'un enfant est en mesure de se faire sa propre opinion, il a le droit de l'exprimer librement et il convient de la prendre au sérieux et d'en tenir compte à raison de son âge et de son niveau de maturité.

Parmi les *autres droits importants de l'enfant* qu'il sied d'interpréter en gardant à l'esprit la prépondérance de l'intérêt supérieur de l'enfant et qui ont leur importance dans le contexte migratoire, on peut citer l'interdiction de discriminer (art. 2 CDE), le droit de l'enfant à la vie, à la survie et au développement (art. 6 CDE), son droit à l'identité (art. 8 CDE), son droit à ne pas être séparé de ses parents et son droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents en cas de séparation (art. 9 et art. 10, al. 2, CDE), le droit de l'enfant à ce que les demandes de réunification familiale soient traitées dans un esprit positif, avec humanité et diligence (art. 10, al. 1, CDE), le droit à la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée et familiale (art. 16 CDE), le droit à la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer

⁸ Notion réaffirmée dans le préambule du Protocole facultatif à la CDE établissant une procédure de présentation de communications (n. 3) : « [...] réaffirmant également le statut de l'enfant en tant que sujet de droits et en tant qu'être humain dont la dignité doit être reconnue et dont les capacités évoluent [...] ».

⁹ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 6

son développement (art. 18 CDE), le droit à une protection et une aide spéciales de l'État pour les enfants qui sont temporairement ou définitivement privés de leur milieu familial ou qui, dans leur propre intérêt, ne peuvent être laissés dans ce milieu (art. 20 CDE), ou encore les droits spécifiques des enfants ayant fui leur pays ou reconnus comme réfugiés (art. 22 CDE).

Il faut souligner que la CDE met un *accent sur la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que « considération primordiale »*. Ce critère n'est donc pas seulement à prendre en considération, il est prioritaire. Cette obligation s'adresse aussi bien aux institutions sociales publiques et privées qu'aux tribunaux, aux autorités administratives et aux organes législatifs. Des questions liées à l'intérêt supérieur de l'enfant se posent dans des contextes extrêmement variés, typiquement les procédures de divorce en droit civil qui concernent des enfants, les procédures pénales impliquant des adolescents, les procédures de protection de l'enfant et les procédures en droit des étrangers et de l'asile.

Pour une meilleure compréhension des résultats présentés dans la présente étude, les auteurs et auteurs formulent les *quatre remarques préliminaires* suivantes pour poser certaines bases.

- Il faut mentionner tout d'abord que chaque État est en droit de régler l'entrée et le séjour des personnes étrangères sur son territoire conformément à la politique migratoire qu'il a choisie, et que ce droit s'étend aux enfants. Les droits découlant de la CDE ne changent rien à cette compétence étatique : ce sont les États qui accordent, ou n'accordent pas, les droits des enfants à entrer sur leur territoire et à y séjourner. La CDE ne donne pas naissance à un droit général des enfants à séjourner dans un État déterminé¹⁰. Les États sont toutefois tenus de respecter les obligations de droit international qu'ils ont souscrites. Dans le cas des enfants migrants, de telles obligations découlent notamment de la CEDH, de la CDE, de la Conv. réfugiés, de l'ALCP et de la Convention AELE, ainsi que des accords de Schengen et de Dublin. Tous ces actes sont à prendre en compte lors de l'élaboration de normes générales et abstraites et peuvent donner lieu à un droit d'entrée ou de séjour pour un enfant.

¹⁰ Cf. Cour EDH, *Dabo v. Sweden*, n° 12510/18, 18 janvier 2024, § 120.

- L'intérêt supérieur de l'enfant est une notion juridique peu précise, faute d'une définition de portée générale¹¹. Or c'est justement cette indétermination qui doit permettre à l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant de remplir sa fonction, cet aspect étant à déterminer individuellement en fonction de l'enfant et de sa situation concrète¹². Selon le Comité des droits de l'enfant, le but est la réalisation de tous les droits reconnus dans la CDE¹³. Cette dernière précise à divers égards la manière de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant dans le détail. En pratique toutefois, on peut distinguer plusieurs « *Qualitätsstufen* » [niveaux de qualité] de l'intérêt supérieur de l'enfant en fonction du contexte d'application¹⁴. Dans nombre de procédures relevant du droit des étrangers, le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant fait principalement office de fil conducteur dans la pesée des intérêts en présence, mais dans le domaine de l'asile se pose par exemple la question de savoir si un retour au pays risque de mettre en péril l'intérêt supérieur de l'enfant. La doctrine juridique ne fournit aucune théorie systématique sur le fonctionnement de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale¹⁵.

- La vulnérabilité particulière des enfants est un aspect crucial de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour éclairer quelque peu cette notion, la vulnérabilité désigne une « *erhöhte Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit, verletzt oder beschädigt zu werden* » [une probabilité ou un risque accru de subir des blessures ou des dommages]¹⁶. L'enfance est considérée comme un état vulnérable de manière générale, car l'individu n'a pas fini de se développer. C'est d'autant plus vrai pour les jeunes enfants, exposés à des contraintes et des dangers supplémentaires justement dans le contexte des migrations, et tout particulièrement les enfants réfugiés, dont la santé psychique et physique est mise en péril par le fait de fuir leur pays, l'omniprésence des procédures

¹¹ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 1 et 11

¹² BIDERBOST, n. 8 ad art. 307 CC

¹³ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 4

¹⁴ GERBER, p. 71

¹⁵ Voir p. ex. KILKELLY, p. 51 ss sur le fonctionnement de l'intérêt supérieur de l'enfant en général ; EEKE-LAAR, p. 99 ss sur la distinction entre enfants touchés directement et indirectement dans les procédures en droit des migrations ; COLLINSON, p. 703 ss sur l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que droit subjectif dans les procédures en droit des migrations.

¹⁶ BURGHARDT/DEDERICH/DZIABEL/HÖHNE/LOHWASSER/STÖHR/ZIRFAS, p. 13

administratives, des conditions parfois précaires dans les hébergements, la pauvreté ou encore le fait de perdre famille et amis. Ces facteurs, parmi d'autres, accroissent le risque que les obstacles au développement dus au contexte migratoire supplantent ou évincent les difficultés propres au jeune âge. Ces risques ne sont pas suffisamment reconnus et pris en compte actuellement¹⁷.

- Les procédures en droit des étrangers et de l'asile visées par la présente étude présentent des différences importantes en ce qui concerne la situation des enfants. (1) Une première différence concerne l'hébergement. Dans le domaine du droit des étrangers, les enfants se meuvent en général avec leur unité familiale et le logement tout comme l'encadrement sont en mains privées. Dans les procédures d'asile, en revanche, l'hébergement et l'encadrement sont organisés par l'État et ce sont les autorités qui déterminent le quotidien de l'enfant et le milieu dans lequel il évolue. (2) La deuxième différence concerne l'accès des enfants à une représentation et à un conseil juridiques. En droit des étrangers, actuellement, l'accès à ces ressources n'est possible que si les parents y font appel, tandis que le domaine de l'asile prévoit en principe une représentation juridique gratuite pour les enfants. (3) Une troisième différence porte sur la nature de la décision juridique centrale. En droit des étrangers, il s'agit typiquement d'une décision d'appréciation consistant en une pesée entre l'intérêt public à la non-entrée sur le territoire ou au renvoi, d'une part, et l'intérêt privé de la personne concernée à entrer en Suisse ou à y demeurer, d'autre part. En matière d'asile, il s'agit en revanche de déterminer, en premier lieu, si une personne a la qualité de réfugié ou non. À défaut, l'autorité ordonne le retour dans le pays d'origine ou de provenance ou dans un État tiers, sauf si des obstacles s'opposent à l'exécution.

C. Démarche et méthode

Le postulat soulève de nombreuses questions touchant à une variété de domaines thématiques, qui s'adressent à toute une panoplie d'acteurs et de procédures différentes dans les domaines du droit des étrangers et de l'asile, et concernent aussi bien des aspects de droit matériel que de procédure. Il s'agit d'étudier aussi bien la mise en œuvre juridique de

¹⁷ HARTMANN/ESER DAVOLIO/MEY/KELLER, p. 5

l'intérêt supérieur de l'enfant que son application pratique, tant dans le cadre de la procédure que dans l'hébergement, l'encadrement et l'éducation. Conformément au mandat du SEM, l'étude se focalise sur les procédures. Elle répond aux questions du postulat en mobilisant une *combinaison de méthodes d'analyse juridiques et sociologiques* afin d'effectuer des analyses ponctuelles de manière retraçable et ciblée et d'éclairer de manière analytique certains domaines et champs d'action névralgiques. Les questions du postulat formulées de manière ouverte sont traitées selon des axes d'analyse basés sur les prescriptions de la CDE, ce qui permet de porter un regard différencié sur cette thématique, dont la complexité se déploie notoirement à plusieurs échelons.

L'étude a été réalisée en trois parties principales comprenant chacune trois modules. La première partie consistait en des recherches et analyses juridiques, la seconde était consacrée à des études sociologiques et la troisième partie dressait la synthèse des observations et des résultats tout en les consolidant.

Les modules de la partie I (analyse juridique) dans le détail :

- Le *module 1* analysait dans les grandes lignes la situation juridique nationale et internationale, à titre de point de départ de l'étude, s'appuyant sur la jurisprudence et la doctrine ainsi que sur des études spécifiques consacrées à l'intérêt supérieur de l'enfant et à son droit d'être entendu.
- Le *module 2* était consacré à la mise en œuvre générale et abstraite des prescriptions de droit international dans les actes normatifs (lois, ordonnances et directives). Il étudiait également les documents des autorités qui concrétisent l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit d'être entendu (guides, manuels, etc.). (a) L'examen en matière de droit des étrangers a exploité notamment des documents du SEM (surtout les directives publiées) et des offices des migrations des cantons de BS, BL, SG, AG, VD, NE et GE. Les autres offices cantonaux des migrations ayant répondu à nos

demandes¹⁸ ne disposaient pas de documents spécifiques¹⁹. (b) Dans le domaine de l’asile, les auteures et auteurs ont analysé les articles de manuels publiés et 30 documents supplémentaires, ainsi que huit vidéos de formation consacrées aux enfants dans la procédure d’asile. Le Tribunal administratif fédéral n’a pas de documents spécifiques.

- Le *module 3* a examiné la mise en œuvre des prescriptions légales au niveau individuel et concret dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, en approfondissant l’analyse par l’examen de dossiers concrets. 100 dossiers individuels relevant de procédures en droit des étrangers et de l’asile ont été étudiés au moyen d’une méthode d’analyse axée sur la procédure²⁰. Les critères d’appréciation s’alignaient pour l’essentiel sur les prescriptions du Comité des droits de l’enfant²¹. (a) L’analyse en droit des étrangers a porté sur 44 dossiers concernant un total de 74 enfants, mis à disposition par les offices des migrations des cantons d’AG, NE et VD et les tribunaux administratifs des cantons de GR et ZH. Les auteures et auteurs ont veillé à avoir une diversité de dossiers en termes de région linguistique, de cadre ville/campagne et de nombre de cas²².²³ Tous les dossiers de première instance examinés dans le domaine du droit des étrangers concernaient des refus en matière de regroupement familial, de révocation de l’autorisation de séjour et de renvoi ; les dossiers des tribunaux administratifs concernaient également des décisions

¹⁸ ZH, BE (canton de Berne, villes de Berne, Thoune et Bienne), LU, UR, SZ, OW, ZG, FR, SO, SH, AI, AR, GR, TG, TI, VS et JU

¹⁹ Le Tribunal fédéral et les autres offices des migrations n’ont pas fourni de renseignements.

²⁰ LEHMANN/KLUG, p. 301 ss

²¹ Comité des droits de l’enfant, observations générales 14, 12 et 6. Les critères concernaient notamment l’évaluation et la détermination de l’intérêt supérieur de l’enfant, la prise en compte de l’intérêt supérieur de l’enfant dans la pesée des intérêts, l’élaboration de scénarios et les mécanismes de révision des décisions, l’opinion de l’enfant, l’audition personnelle de l’enfant, l’information et la représentation.

²² Sur la base des statistiques 3-50 (Regroupement familial de la population étrangère permanente par motifs d’immigration Cantons ; nations ; cantons/nations) avec déduction des naissances issues des statistiques 3-10 (Augmentations et diminutions de la population résidante étrangère par groupe d’étrangers, Détails augmentations et diminutions Suisse ; cantons) des cinq dernières années, accessibles à l’adresse www.sem.admin.ch > Publications & services > Statistiques > Statistiques des étrangers > Archives dès 2008.

²³ Ont été examinés des dossiers de deux cantons germanophones (AG, ZH), deux francophones (NE, VD) et un trilingue (GR) ; quatre des cinq cantons sont plutôt urbains (AG, NE, VD et ZH), un plutôt rural (GR) ; trois cantons ont plus de cas que la moyenne (AG, VD et ZH), et deux en ont moins (GR, NE) ; trois cantons disposent de documents spécifiques en première instance (AG, NE et VD), deux autres non (GR, ZH).

favorables dans de telles procédures²⁴. (b) Dans le domaine de l’asile, l’examen a porté sur 56 cas d’enfants, avec autant de dossiers du SEM²⁵, concernant des procédures nationales et des procédures Dublin d’enfants accompagnés ou non ainsi que des regroupements familiaux. Les dossiers examinés impliquaient cinq pays d’origine ou de provenance²⁶ et tous portaient sur des procédures achevées, voies de droit incluses le cas échéant²⁷, avec aussi bien des décisions d’admission que de rejet.

Les modules de la partie II (analyse sociologique) dans le détail :

- Le *module 4* dépouillait la bibliographie sociologique actuelle consacrée aux thématiques en question (enfance et croissance, bases de psychologie du développement, théories du lien, sociopédagogie des âges de vie, fuite et migration). Il se penchait aussi sur des études pertinentes concernant l’hébergement et l’encadrement, l’hébergement extrafamilial en général et les guides et recommandations en matière d’audition dans la procédure d’asile et la procédure de protection de l’enfant. L’examen incluait certaines statistiques existantes²⁸, d’autres statistiques n’ont pas pu être obtenues²⁹.
- Le *module 5* recensait les expériences, observations et appréciations pertinentes de spécialistes au moyen d’entretiens thématiques structurés selon des fils conducteurs,

²⁴ À l’exception de quatre dossiers, toutes les procédures ont été ouvertes après le 1^{er} janvier 2019.

²⁵ Pour les enfants accompagnés, le choix s’est porté sur des dossiers relevant de deux classes d’âge (9 à 10 ans et 16 à 17 ans). L’examen a porté uniquement sur le dossier de l’enfant concerné, sans prise en compte des éventuels frères et sœurs.

²⁶ Enfants non accompagnés : Afghanistan, Algérie, Érythrée, Guinée, Turquie ; enfants accompagnés : Afghanistan, Algérie, Érythrée, Turquie, Irak ; il s’agissait d’avoir une diversité en termes de région d’origine géographique et du taux de protection (octroi de l’asile et admissions provisoires).

²⁷ Toutes les procédures ont été ouvertes après le 1^{er} juillet 2021. Le SEM a modifié sa pratique en matière d’audition des enfants accompagnés le 3 juin 2021.

²⁸ Notamment la statistique SEM 3-50, avec prise en compte des statistiques 2-21, 2-41, 2-22, 3-10, 3-20, 3-30 et 3-31 pour les années 2019 à 2024 (accessibles à l’adresse www.sem.admin.ch > Publications & services > Statistiques > Statistique des étrangers)

²⁹ Il s’agit notamment des statistiques sur les renvois d’enfants en constellation familiale relevant du droit des étrangers, les demandes de regroupement familial rejetées en droit des étrangers et, de manière générale, les rejets de demandes d’entrée et de séjour en droit des étrangers. Les auteures et auteurs recommandent de recenser, évaluer et publier systématiquement ces données (dans ce sens, voir Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l’enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 16).

réalisés avec 26 personnes et d'une durée de 30 à 60 minutes, les données ayant été récoltées et évaluées selon une méthode d'analyse reconstructive³⁰. Les entretiens se focalisaient sur la question de la mise en œuvre et de l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale et sur le droit d'être entendu. Ont été interviewés des collaboratrices et collaborateurs des autorités de migration (4)³¹, une personne d'une autorité de recours cantonale supérieure (1), des représentantes et représentants juridiques et des conseillères et conseillers juridiques (7)³², des collaboratrices et collaborateurs d'ONG (4), des spécialistes de l'hébergement et de l'encadrement (5), une personne spécialisée dans le domaine de la thérapie (1) et des professionnelles et professionnels du domaine curatelle/APEA (3), actifs en partie au niveau national, en partie au niveau régional³³. Ont également été interrogés cinq jeunes adultes étant passés par des procédures d'asile lors de leur enfance/adolescence (« experts témoins »)³⁴. En complément, le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) a mis à disposition une évaluation anonymisée de 13 entretiens avec des requérantes et requérants d'asile mineurs, réalisés en 2021 et 2022³⁵.

- Le *module 6* complétait les analyses au moyen d'une enquête quantitative, menée anonymement en ligne auprès d'expertes et experts, sur la base des découvertes faites et des questions restées ouvertes dans les modules précédents. L'effectif comportait 509 spécialistes des quatre domaines pertinents en lien avec les questions soulevées

³⁰ GLÄSER/LAUDES, p. 1 ss

³¹ Un entretien avec la direction d'une autorité cantonale des migrations, un avec une personne responsable de cas en droit des étrangers, deux avec des personnes responsables de cas dans le domaine de l'asile

³² Trois entretiens avec des représentantes et représentants juridiques en droit des étrangers, quatre avec des représentantes et représentants ainsi que des conseillères et conseillers juridiques mandatés et non mandatés dans le domaine de l'asile

³³ Six au niveau national, treize au niveau Suisse alémanique, cinq au niveau Suisse romande, une personne pour le Tessin et une pour les Grisons

³⁴ Il s'agit de personnes âgées de 19 à 21 ans qui se sont trouvées dans une procédure d'asile en tant que mineur non accompagné au cours des trois à six dernières années.

³⁵ En 2021 et 2022, le HCR a réalisé des entretiens (individuellement ou en petits groupes) avec des RMNA et des familles avec enfants dans les six régions d'asile afin d'étudier la situation en matière d'hébergement. Les entretiens, qui se déroulaient dans un environnement confidentiel et auxquels les personnes participaient volontairement, incluaient souvent une question sur la procédure. Les déclarations proviennent de treize personnes, majoritairement des RMNA de sexe masculin, quelques familles et quelques rares RMNA de sexe féminin.

dans le postulat : (a) procédures en droit des étrangers³⁶ (102 spécialistes) ; (b) procédures en droit de l'asile³⁷ (112 spécialistes) ; (c) hébergement et encadrement³⁸ (210 spécialistes)³⁹ ; (d) curatelle et APEA⁴⁰ (85 spécialistes). Les questionnaires contenaient des questions spécifiques au domaine et à la fonction ainsi que des questions communes d'ordre général. Les questions fermées ont été évaluées de manière statistique et descriptive. Les questions ouvertes ont subi une analyse du contenu suivie d'un codage.

Les modules de la partie III (synthèse et consolidation des résultats) dans les détails :

- Le *module 7* correspondait à une discussion des accès au terrain, des méthodes de recensement et des résultats de la présente étude avec le groupe d'accompagnement et le SEM (septembre 2023 à février 2025), point de départ de précisions et de compléments ponctuels apportés à la présentation des résultats et des recommandations issues de l'étude.

³⁶ Les personnes interrogées à titre d'expertes et experts en droit des étrangers étaient des responsables de cas des autorités cantonales des migrations et des représentantes et représentants juridiques en droit des étrangers. Les offices des migrations des cantons d'AG, NE et VD n'ont pas été sollicités puisqu'ils participaient à l'analyse des dossiers. Toutes les autres autorités cantonales des migrations ont été sollicitées par l'intermédiaire de l'ASM. En ce qui concerne les représentantes et représentants juridiques, la demande a été adressée à toutes les personnes mentionnant le « Droit des étrangers » parmi les domaines d'activité sur le site de la Fédération suisse des avocats (SAV/FSA), à l'adresse mail enregistrée (n=333, excepté le canton de TI, le questionnaire n'ayant été rédigé qu'en allemand et français). Comme la page d'accueil de l'enquête en ligne délimitait les groupes de professions habilitées à y répondre, les expertes et experts sollicités ont été invités à transmettre le lien à leurs collègues.

³⁷ Responsables de cas du SEM (n=11) et représentantes et représentants juridiques mandatés via le SEM (n=57) ; représentantes et représentants juridiques non mandatés, directement via les adresses d'organisations correspondantes (n=8)

³⁸ Spécialistes dans les centres fédéraux d'asile via le SEM (n=23 éducatrices et éducateurs sociaux qui ont diffusé l'enquête au sein de leurs équipes) et spécialistes actifs dans les structures cantonales via les coordinations d'asile cantonales (n=31), ce qui permettait d'avoir également des personnes externes aux centres (responsables de cas au niveau communal, coachs professionnels, spécialistes de l'accompagnement familial, collaborateurs en coordination d'asile) et des cadres isolés dans l'échantillon. L'effectif comptait 129 éducatrices et éducateurs sociaux et membres du personnel d'encadrement actifs directement dans les centres fédéraux ou cantonaux.

³⁹ En raison des abandons d'enquête relativement fréquents dans ce groupe, l'effectif se décompose par complexes thématiques (questions sur l'orientation professionnelle n=210 ; questions sur l'hébergement et l'encadrement des enfants accompagnés n=200 ; hébergement et encadrement des RMNA n=173 ; admission provisoire spécifiquement n=151 ; aide d'urgence spécifiquement n=97).

⁴⁰ Curatrices et curateurs, membres des directions d'APEA et collaboratrices et collaborateurs d'APEA via les adresses des APEA de Suisse (n=126), sans les APEA tessinoises, le questionnaire n'ayant été rédigé qu'en allemand et français.

- Le *module 8* faisait la synthèse des diverses analyses effectuées, en se concentrant sur la coordination des modules et l'évaluation des résultats. Ces derniers ont été pondérés eu égard aux questions soulevées par le postulat, d'après l'état de la mise en œuvre et de l'application des prescriptions de la CDE en Suisse.

- Le *module 9* consistait en la rédaction de l'étude.

II. RÉSULTATS DE L'ÉTUDE

A. Procédures en droit des étrangers

Le postulat pose la question de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit des enfants à être entendus dans les procédures relevant du droit des étrangers. L'étude a examiné la mise en œuvre des prescriptions de la CDE dans la loi, les ordonnances, les directives et autres documents des autorités compétentes (autorités cantonales des migrations et SEM) (modules 1, 2 et 4). Elle a aussi évalué l'application des prescriptions inscrites dans la CDE dans le cas particulier sur la base de la jurisprudence et de dossiers individuels (module 3). Les résultats ont été complétés par des entretiens avec des expertes et experts et une enquête en ligne (modules 5 et 6).

Un quart des enfants vivant en Suisse sont des étrangers⁴¹. Dès lors, un enfant sur quatre est concerné par une forme ou autre de procédure relevant du droit des étrangers, qui peut avoir pour objet l'entrée, la prolongation du séjour, une amélioration du statut ou la mobilité géographique et professionnelle. Eu égard à l'importance particulière des procédures visant à décider où et avec qui un enfant passera sa vie, l'étude se concentre sur les procédures de regroupement familial et de révocation de l'autorisation.

1. Détermination de l'état de fait

a. Procédure spécifique visant à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant

Le premier domaine problématique identifié dans les procédures relevant du droit des étrangers concerne la détermination de l'état de fait. Le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant donne lieu à une *règle de procédure* imposant *d'évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant*. L'évaluation consiste à examiner et mettre en balance

⁴¹ Fin 2023, sur 1,6 millions d'enfants en Suisse, près de 400 000 faisaient partie de la population résidente permanente étrangère (voir www.bfs.admin.ch > Statistiques > Population > Effectif et évolution > Âge > Pyramide des âges de 0 à 17 ans et www.sem.admin.ch > Publications & services > Statistiques > Statistique des étrangers > Archives dès 2008 > Statistique des étrangers, décembre 2023 > 2-21 Effectif de la population résidente permanente étrangère par âge). Il faut également compter les enfants à l'étranger concernés par des procédures relevant du droit des étrangers en Suisse.

l'ensemble des éléments à prendre en considération pour arrêter une décision concernant un enfant dans une situation particulière. La détermination correspond au processus formel ayant pour objet de définir ce qui sert l'intérêt supérieur de l'enfant⁴². Dans toute procédure concernant des enfants, la détermination de l'état de fait doit inclure un examen de la situation de l'enfant. Pour obtenir les informations, il faut s'adresser en premier lieu à l'enfant lui-même ; d'autres sources d'informations importantes sont les personnes qui lui sont proches (parents, famille, pourvoyeurs de soins, personnel enseignant, etc.)⁴³. La procédure visant évaluer la situation de l'enfant doit jouir de la protection de garanties procédurales spécifiques. Il faut au moins garantir des stades de procédure spécifiques pour l'évaluation de la situation, ainsi que la documentation de la procédure et de ses résultats⁴⁴.

L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en particulier, a révélé que l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale est considérée comme engendrant des contraintes renforcées en termes de détermination de l'état de fait⁴⁵. Une *procédure spécifique* visant à l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant ne figure pas dans la loi et n'a été observée ni dans la jurisprudence, ni dans les dossiers examinés. De plus, aucun des cantons participant à l'étude n'avait de documents concernant cette question. Des spécialistes ainsi que l'enquête en ligne ont confirmé ce constat⁴⁶. Force est de constater qu'une procédure (ou étape de procédure) spécifiquement destinée à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant fait défaut dans les procédures relevant du droit des étrangers. Combiné aux règles plutôt vagues établies dans la jurisprudence, ce déficit entraîne le risque d'une évaluation et d'une prise en compte incomplètes des intérêts de l'enfant.

⁴² L'évaluation requiert la participation de l'enfant et doit, si possible, être effectuée par une équipe pluridisciplinaire ; la détermination doit être assortie de sauvegardes procédurales rigoureuses, Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 47 ss.

⁴³ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 53 s. et 92

⁴⁴ Eu égard à une éventuelle séparation de l'enfant et de ses parents : Comité des droits de l'enfant, *O.M. c. Danemark*, communication 145/2021, 19 septembre 2023, § 8.5 avec référence à Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 58 s. et Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 30 et 32, al. e et f

⁴⁵ Pour le détail, voir le chap. II.C.1.a. ci-après.

⁴⁶ 82,4 % des représentantes et représentants juridiques interrogés n'ont pas été d'accord avec l'affirmation selon laquelle une procédure standardisée existe. Le taux était de 65,5 % chez les responsables de cas.

b. Évaluation et détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant

Un deuxième aspect névralgique de la détermination de l'état de fait est l'absence d'une *évaluation systématique de l'intérêt supérieur de l'enfant* en tant que tel, défaut manifestement problématique au vu des intérêts en jeu pour les enfants. Dans une majorité des dossiers de première instance étudiés, les enfants ont été séparés de leurs parents (en cas de renvoi du parent) ou n'ont pas été réunis avec eux (en cas de regroupement familial)⁴⁷. Il s'agit pour eux de modifications ayant un impact majeur (cf. art. 9, al. 1, CDE), qui déclenche une obligation de tenir compte de leur bien à titre de considération primordiale⁴⁸. Afin de pouvoir réaliser ce principe, il faut d'abord élucider les faits pertinents⁴⁹, et force est de constater des déficits à cet égard.

Sur le *plan matériel*, on constate que les données personnelles des enfants (nom, âge, religion et nationalité) ont été recueillies au moyen de formulaires dans presque tous les dossiers de première instance. Ce n'est toutefois pas le cas dans la totalité des dossiers, les enfants n'étant que mentionnés, sans être individualisés, dans quelques affaires de révocation ou de non-prolongation de l'autorisation de séjour d'un parent. Dans la mesure où d'autres mesures d'évaluation ont eu lieu, elles ont été limitées en termes de contenu et ont porté principalement sur la relation affective et économique entre un parent et l'enfant, ainsi que sur l'environnement familial et les conditions de vie dans le pays de provenance et le pays de destination. Une évaluation de l'état de santé a eu lieu dans une poignée de cas (trois enfants). De manière générale, il s'avère que les enfants touchés par la décision jouent un rôle plutôt marginal dans les dossiers de première instance. Cela se révèle de manière flagrante dans le fait que pour quatorze enfants, les dossiers n'ont pas permis d'identifier le moment de leur arrivée en Suisse.

En termes de *mesures concrètes* pour évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, l'analyse des dossiers brosse un tableau mitigé. Sur 30 dossiers impliquant 56 enfants

⁴⁷ 40 enfants sur 56 ont été séparés d'un de leurs parents ou n'ont pas été réunis avec celui-ci.

⁴⁸ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 19 s. ; Comité des droits de l'enfant, *O.M. c. Danemark*, § 8.5 et *Y.B. et N.S. c. Belgique*, communication 12/2017, 27 septembre 2018, § 8.3

⁴⁹ Il faut accorder une importance particulière à l'impact particulier que la séparation ou la non-réunion aurait sur l'enfant, Comité des droits de l'enfant, *O.M. c. Danemark*, § 8.7.

concernés, on n’observe, pour 25 enfants, aucune mesure d’évaluation allant au-delà de la saisie des données personnelles et de l’octroi aux parties à la procédure du droit d’être entendu, par écrit, avant le prononcé de la décision ; pour les 31 enfants restants, l’évaluation effectuée reste très limitée⁵⁰. En revanche, la situation des enfants sous curatelle a fait l’objet d’un examen plus complet dans les dossiers de première instance. Dans le cas de quatre enfants, l’autorité cantonale des migrations a invité les curatrices et curateurs à s’exprimer sur la situation et sur l’opinion de l’enfant, ce qu’ils ont fait de manière relativement détaillée, en se focalisant toutefois sur la situation concrète des enfants. Ce sont les seuls cas dans lesquels l’autorité a demandé spécifiquement l’appréciation d’une personne spécialiste spécifique pour les enfants. Dans la plupart des dossiers, l’examen de l’état de fait s’est concentré sur la situation des adultes et il a en général été renoncé à une analyse complète de l’intérêt supérieur de l’enfant⁵¹.

À la différence de ce constat dans les dossiers de première instance, les responsables de cas ayant répondu à l’enquête en ligne ont estimé majoritairement que l’intérêt supérieur de l’enfant est toujours évalué de manière exhaustive. En revanche, les représentantes et représentants juridiques interrogés ont majoritairement pensé le contraire⁵². Les entretiens avec des expertes et experts de ce domaine de procédure confirment que la détermination de l’état de fait n’est pas systématique. Les raisons évoquées pour expliquer ce déficit sont une focalisation sur l’adulte impliqué, la forme écrite de la procédure, ainsi qu’un manque de connaissances et de ressources. Une personne assurant la représentation juridique souligne que la jurisprudence selon laquelle les enfants partagent en principe le sort de leurs parents en droit des étrangers fait qu’ils « *mit den Eltern mitlaufen* » [sont traités comme des accessoires des parents] dans la procédure, ce qui est aussi lié au fait que les

⁵⁰ Les mesures suivantes ont été observées dans les dossiers : communications des parents, d’un des parents ou des représentantes et représentants juridiques sur invitation de l’autorité (21 enfants), communications des curatrices et curateurs sur invitation de l’autorité (4 enfants) et invitations de l’autorité aux parents à communiquer des informations, restées sans suite (5 enfants). Dans un dossier, la police a interrogé la mère de l’enfant à la demande de l’office des migrations, se limitant toutefois à demander si des enfants étaient issus d’une certaine relation. Une audition personnelle des enfants a eu lieu dans deux autres dossiers. Des communications spontanées des parents, d’un des parents ou de la représentante ou du représentant juridique s’observent dans le cas de quatorze enfants.

⁵¹ Voir le chap. II.A.1.c. ci-après.

⁵² Près de 79,4 % des personnes responsables de cas sont plutôt ou entièrement d’accord avec l’affirmation « L’intérêt supérieur de l’enfant est toujours évalué de manière exhaustive dans les procédures relatives au droit des étrangers (toutes les circonstances susceptibles d’affecter l’enfant sont évaluées) », alors que 73,3 % des représentantes et représentants juridiques ne sont plutôt pas ou pas du tout d’accord.

clients des représentantes et représentants juridiques sont les parents plutôt que les enfants.

La focalisation sur l'adulte impliqué se reflète dans la *jurisprudence du Tribunal fédéral*. Bien qu'on trouve régulièrement dans ses arrêts une appréciation de critères pertinents pour l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment un exposé relatif à la situation de l'enfant et des parents, à la relation parents-enfants et au pays de provenance, l'examen se limite souvent à une partie seulement de ces critères et vise en première ligne à trancher le droit de séjour du parent concerné. Le critère de décision prépondérant semble être le comportement du parent plutôt que l'importance présente et future de sa présence physique pour le développement de l'enfant. Même lorsque l'enfant dispose d'un droit de séjour originaire, c'est-à-dire qu'il possède un titre de séjour autonome, non dérivé de ses parents, il ne joue généralement qu'un rôle secondaire dans la décision. On peut prendre pour exemple l'arrêt 2C_513/2022 du 12 mai 2023 :

Le cas concernait un regroupement familial inversé d'un père titulaire d'un droit de visite par sa fille, née en 2020 en Suisse, établie dans le pays et reconnue comme réfugiée. Les instances précédentes avaient étudié les modalités concrètes des visites, comment se passait l'encadrement, la relation entre les parents eu égard à l'autorité parentale conjointe et les possibilités effectives d'avoir un contact à distance entre père et fille (consid. 3.2). Le comportement du père était le critère déterminant pour l'examen du droit au séjour (consid. 5.3.1 à 5.3.3). Si le tribunal a reconnu, au niveau général et abstrait, qu'il convenait de tenir compte en particulier de l'intérêt de la fille à pouvoir grandir avec ses deux parents dans la mesure du possible et à ne pas être séparée d'eux, il s'est borné à constater que le contact serait réduit en raison de la distance entre la Suisse et l'Éthiopie (consid. 5.3.4). En raison du comportement du père, les intérêts publics l'ont emporté et il a dû quitter le pays.

Cette impression de *focalisation sur la situation des adultes* (et l'élucidation incomplète de l'intérêt supérieur de l'enfant qui en découle) s'explique probablement en partie par la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les conditions du droit au séjour ne découlent pas directement de la CDE⁵³. Par conséquent, la détermination de l'état de fait se

⁵³ Concernant la CDE de manière générale : ATF 126 II 377 consid. 5, avec renvoi à ATF 124 II 361 consid. 3.b ; concernant l'art. 3 CDE : ATF 143 I 21 consid. 5.5.2 et 144 I 91 consid. 5.2, récemment confirmé dans TF, arrêt 2C_113/2023 du 27 septembre 2023 consid. 5.7.4 ; concernant les art. 9 et 10 CDE : ATF 124 II 361 consid. 3.b et 139 I 315 consid. 2.4, 140 I 145 consid. 3.2

concentre sur la question de savoir si les conditions des normes donnant droit au séjour (pour l'adulte) sont remplies. Or la CDE exige, en complément, une seconde focalisation sur l'enfant concerné, dont il faut également évaluer et apprécier entièrement la situation. L'introduction d'un stade de la procédure spécifiquement consacré à l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant contribuerait à une meilleure prise en considération des intérêts des enfants concernés dans la procédure.

c. Point focal de la détermination de l'état de fait

Troisième aspect critique de la détermination de l'état de fait par les autorités, ces dernières *se focalisent beaucoup sur les intérêts publics*. Les questions de l'aide sociale et de la délinquance sont au premier plan dans les dossiers de première instance étudiés en matière de révocation et de non-prolongation des autorisations. De plus, les intérêts de l'enfant touché par la décision sont pour la plus grande part examinés du point de vue du parent, sans élucidation exhaustive de la situation de l'enfant lui-même. Dans les cas de regroupement familial, l'attention porte en première ligne sur le respect des conditions légales au regroupement et un examen de la situation concrète des enfants touchés par la décision, dans le pays de provenance et en Suisse, ne se rencontre pour ainsi dire pas. L'examen des dossiers de première instance brosse le tableau d'une disproportion entre le niveau de détail avec lequel sont examinés les intérêts publics en présence, d'une part, et ceux de l'enfant, d'autre part.

Deux dossiers pertinents permettent d'illustrer ce constat :

Le premier cas concernait une demande de regroupement familial d'un père de famille n'ayant pas la nationalité suisse, qui s'était vu révoquer son autorisation de séjour pour cause d'infraction et renvoyer de Suisse avec interdiction d'entrée. Après avoir passé quelque temps à l'étranger, cet homme a requis l'annulation de l'interdiction d'entrée et l'octroi d'une autorisation d'entrer en Suisse ainsi que d'une autorisation de séjour afin de vivre auprès de son épouse et de ses enfants. Le dossier, qui fait plusieurs centaines de pages, démontre que l'autorité a beaucoup étudié le cas, mais on n'y trouve aucune analyse des intérêts des enfants. La décision parle en détail des intérêts publics extrêmement élevés à l'éloignement de la personne et des intérêts privés faibles à modérés de la famille à la vie commune, sans tenir compte des intérêts des enfants dans la pesée.

Un second cas concernait une demande de regroupement familial différé d'un père ayant la nationalité suisse, qui souhaitait faire venir en Suisse son épouse résidant à l'étranger et leur enfant. L'office cantonal des migrations a cherché à savoir s'il existait des raisons majeures pour autoriser ce regroupement différé. Le père a produit divers documents médicaux, faisant valoir que la mère souffrait de troubles psychiques depuis la naissance de leur fille, que l'enfant avait des problèmes de santé, et que le regroupement n'était devenu possible que récemment, grâce à la stabilisation de leur état de santé. L'office des migrations a rejeté la demande sans procéder à des examens plus poussés, justifiant sa décision par l'argument qu'ils avaient pu vivre séparément jusque là et que la relation pouvait être maintenue par le biais de visites et grâce aux moyens de communication modernes. La décision ne mentionne pas l'état de santé de la mère et de l'enfant. Sur opposition du père, l'autorité compétente a annulé la décision et admis la demande.

Au niveau des autorités de recours, la disproportion constatée dans l'examen des intérêts en présence est un peu moins marquée. Dans certains dossiers, la décision sur recours annule la décision de première instance pour cause d'élucidation insuffisante de l'état de fait et ordonne expressément d'autres mesures pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant. On observe également dans certains dossiers des examens approfondis de l'intérêt de l'enfant, bien qu'il n'appartienne en principe pas à l'autorité de recours de constater les faits. On peut citer l'exemple d'un cas de rigueur différé au sens de l'art. 50, al. 1, let. b, LEI en lien avec l'art. 13 Cst et l'art. 8 CEDH, étudié dans le cadre de l'analyse des dossiers et où ce n'est que le tribunal, en tant que troisième instance, qui a interrogé la curatrice par écrit et a demandé à l'enfant s'il souhaitait être entendu. Suite à ces mesures supplémentaires d'évaluation, le tribunal a déterminé, contrairement aux deux premières instances, que l'intérêt de l'enfant à pouvoir grandir avec sa mère l'emportait sur les intérêts publics à mettre fin au séjour de la mère dans le cadre de l'examen de la proportionnalité.

La disproportion dans l'examen des intérêts en présence, constatée dans les dossiers de première instance, correspond à l'avis exprimé par les représentantes et représentants juridiques dans l'enquête en ligne (75,6 % d'entre eux étant « plutôt » d'accord avec ce point de vue). En revanche, 70 % des personnes interrogées qui étaient responsables de

cas n'étaient « pas » ou « plutôt pas » d'accord⁵⁴. Une évaluation et une détermination plus complètes et systématiques de l'intérêt supérieur de l'enfant (voir chap. II.A.1.a. et b. ci-avant) devrait permettre d'éliminer ou d'atténuer le problème de la disproportion constatée lors de l'analyse des dossiers et identifiée par la majorité des représentantes et représentants juridiques.

2. Participation

a. Audition personnelle de l'enfant

Le deuxième domaine problématique fondamental de la procédure en droit des étrangers, en plus de la détermination de l'état de fait ou en tant qu'aspect de cette dernière, concerne la *participation des enfants*. En vertu de la CDE, l'enfant doit être reconnu comme un sujet de droit à part entière et pris au sérieux. C'est pourquoi l'art. 12, al. 1, CDE oblige les États parties à laisser l'enfant s'exprimer sur toute question l'intéressant⁵⁵. À cet effet, l'art. 12, al. 2, CDE prévoit que l'enfant doit être entendu dans les procédures judiciaires ou administratives « soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié »⁵⁶. Le Comité des droits de l'enfant préconise toutefois d'entendre directement l'enfant dans la mesure du possible⁵⁷.

Le *droit suisse des étrangers* ne thématise le droit de l'enfant à être entendu que de manière ponctuelle, à l'art. 47, al. 4, LEI relatif au regroupement familial, qui prévoit l'audition des enfants de plus de 14 ans en cas de regroupement familial différé « si

⁵⁴ La divergence entre les perceptions des différents acteurs concernant l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant se dessinait déjà dans les entretiens avec les expertes et experts. Il est possible qu'elle résulte des points de vue et des rôles différents de ces intervenants dans la procédure.

⁵⁵ Y compris dans les cas ne concernant l'enfant qu'indirectement (voir déjà HITZ QUENON/MATTHEY, *Justice adaptée aux enfants*, p. 101).

⁵⁶ Concernant la relation entre les art. 3 et 12 CDE, voir p. ex. ATAF 2024 VII/2 consid. 5.3.2. ZERMATTEN parle d'un « *Tandem* » (ZERMATTEN, p. 330 ss).

⁵⁷ Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 35 ss ; dans le même sens, WYTENBACH, n° 57 ad art. 11 Cst. Dans la présente étude, l'audition de l'enfant s'entend comme l'exercice du droit d'être entendu, en tant qu'aspect de l'art. 12 CDE. L'audition peut être directe ou indirecte par le biais d'une représentante ou d'un représentant. En termes d'auditions directes, il faut distinguer l'audition orale et l'audition écrite. Le Tribunal fédéral désigne l'audition directe orale par l'expression « audition personnelle » et l'art. 298 CPC emploie une tournure analogue. C'est dans ce sens qu'il convient de lire « audition personnelle » dans la présente étude également.

nécessaire »⁵⁸. Le contexte d'application est extrêmement restreint⁵⁹. Le droit suisse des migrations ne comporte aucune autre norme qui transpose l'art. 12 CDE⁶⁰. Sur ce plan, la législation sur la procédure civile, par exemple, va plus loin : l'art. 298 CPC dispose que l'audition personnelle de l'enfant est la norme pour les questions de droit de la famille qui l'intéressent⁶¹. Cette différence met en lumière l'importance que revêt le droit d'être entendu au sens de l'art. 12 CDE dans les procédures relevant du droit des migrations⁶².

Selon le *Tribunal fédéral*, l'art. 12 CDE est une norme du droit conventionnel directement applicable⁶³. Un enfant peut donc se prévaloir directement de cette disposition en Suisse, sans qu'il soit nécessaire de la transposer dans une loi nationale⁶⁴. Il est sans objet de savoir si l'enfant a formellement la qualité de partie dans la procédure de droit des étrangers, il faut plutôt déterminer s'il peut être considéré comme étant touché par la décision. Ce n'est pas le cas uniquement lorsque son propre droit de séjour est en question⁶⁵, mais également lorsque cela concerne l'un de ses parents ou une personne proche⁶⁶. Le Tribunal fédéral n'exige toutefois pas impérativement que les enfants soient entendus

⁵⁸ Dans le droit d'exécution, l'art. 73, al. 3 et l'art. 74, al. 4, OASA sont également formulés ainsi. Selon l'art. 75 OASA, des raisons familiales majeures peuvent être invoquées lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être garanti que par un regroupement familial en Suisse.

⁵⁹ Concernant la relation entre l'art. 47, al. 4 et l'art. 12 CDE : TF, arrêt 2C_723/2018 du 13 novembre 2018 consid. 3.1 ; SPESCHA, n. 18 ad art. 47 LEI et les références citées ; CARONI, n. 35 ss ad art. 47 LEI

⁶⁰ Pour une vue d'ensemble de la mise en œuvre législative de l'art. 12 CDE dans les autres pays européens : WEBER KAHN/HOTZ, *Studie Partizipationsrecht*, p. 46 ss

⁶¹ En procédure civile, l'audition de l'enfant est en principe impérative, d'une part, du fait de la maxime inquisitoire (illimitée, art. 296, al. 1, CPC) et, d'autre part, pour la sauvegarde des droits de personnalité de l'enfant (MICHEL/STECK, n. 10 ad art. 298 CPC).

⁶² Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29, al. 2, Cst. n'est acquis qu'aux parties à la procédure ; or les enfants n'ont pas toujours cette qualité dans les procédures de droit des étrangers qui les concernent (voir TF, arrêt 2C_641/2019 du 3 octobre 2019 consid. 2.3 avec référence à l'ATF 130 II 521 consid. 2.8). Le droit à une audition personnelle inscrit à l'art. 6 CEDH ne s'applique pas dans les procédures relevant du droit des étrangers (cf. ATF 137 I 128 consid. 4.4.2).

⁶³ Voir ATF 124 III 90 consid. 3.a. ; 147 I 149 consid. 3.2.

⁶⁴ ATF 124 II 361 consid. 3.c. ; 147 I 149 consid. 3.2. Le CSDH a conclu dans une étude de 2019 que l'art. 12 CDE est « *anerkannt* » [reconnu] en Suisse comme un « *Grundrecht und Persönlichkeitsrecht* » [droit fondamental et un droit de la personnalité] (WEBER KAHN/HOTZ, *Studie Partizipationsrecht*, p. 212).

⁶⁵ Notamment parce qu'il partage le sort des parents titulaires de l'autorité parentale ou d'un des parents (cf. art. 25, al. 1, art. 301, al. 3 et art. 301a CC) ; voir GÜNTERT/NÜSSLE, p. 52 et les références citées.

⁶⁶ La condition étant qu'il s'agisse d'une relation personnelle importante et vivante (voir TF, arrêt 2C_81/2021 du 29 juillet 2021 consid. 4.1, avec les références citées). Concernant l'applicabilité des art. 3 et 12 CDE aux relations familiales de facto : Comité des droits de l'enfant, *Y.B. et N.S. c. Belgique*, § 8.3 et 8.8.

personnellement. Il demande une audition appropriée, autrement dit en fonction des circonstances du cas concret, et admet qu'elle puisse avoir lieu par écrit ou par l'entremise d'une représentante ou d'un représentant⁶⁷. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les auditions personnelles sont en principe possibles à partir de l'âge de six ans⁶⁸.

Les *directives du SEM* font état d'une certaine « marge de manœuvre » en lien avec le champ d'application de l'art. 12 CDE⁶⁹. Selon le SEM, le droit d'être entendu doit « raisonnablement » être restreint aux procédures dans lesquelles des intérêts essentiels concernant la personne de l'enfant sont directement en jeu, ce qui est notamment le cas lorsqu'il est question de le séparer de sa famille ou lorsqu'il s'agit de décider qui aura la garde suite à un divorce⁷⁰. Puisque les procédures relevant du droit des étrangers concernent généralement des « intérêts essentiels concernant la personne » des enfants, cette condition devrait être remplie dans la majorité des cas. Le SEM estime que, la procédure en matière de droit des étrangers étant essentiellement écrite, il n'est pas indispensable que les enfants soient entendus personnellement et oralement, la condition déterminante étant que leur point de vue puisse s'exprimer de façon appropriée⁷¹.

La majorité des *offices cantonaux des migrations* ne dispose pas d'instructions spécifiques concernant la gestion du droit d'être entendu de l'enfant. Certains renvoient aux instructions susmentionnées du SEM ou à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷². Le canton de Bâle-Ville a des aide-mémoires sur les droits des enfants en général et sur la participation des enfants en vertu de l'art. 12 CDE. Un descriptif de procédure interne prévoit des investigations spécifiques en vue de l'octroi du droit d'être entendu en cas de renvoi

⁶⁷ Voir ATF 124 II 361 consid. 3.c.

⁶⁸ Ce seuil s'entend comme une ligne directrice générale. Une audition orale peut s'imposer aussi pour des enfants plus jeunes (voir p. ex. TF, arrêt 2C_81/2021 du 19 juillet 2021 consid. 4.1, avec référence à l'ATF 131 III 553 consid. 1.2.3 ; TF, arrêt 2C_870/2016 du 21 décembre 2016 consid. 3.4 concernant un enfant de cinq ans). Le Tribunal fédéral prend donc pour référence la capacité à s'entretenir plutôt que la capacité de discernement.

⁶⁹ SEM, directives LEI, ch. 10.2

⁷⁰ Ibidem, ch. 10.2 et les références citées

⁷¹ Ibidem, ch. 6.10.2 et les références citées

⁷² Canton de Zurich, direction de la sécurité, Weisung Familiennachzug, ch. 4.2.1.1. concernant l'audition en cas de regroupement familial différé ; canton de Saint-Gall, office des affaires sociales, Empfehlungen für kindergerechte Verfahren im Kanton St. Gallen, p. 6

d'enfants. Le canton de Neuchâtel dispose d'une instruction détaillée concernant l'audition personnalisée des enfants par la représentation suisse dans le pays de provenance dans les cas de regroupement familial différé (art. 47, al. 4, 2^e phrase, LEI), qui prescrit que les enfants de plus de 14 ans doivent toujours être entendus personnellement. L'analyse des dossiers a confirmé que ces auditions ont effectivement lieu.

Une étude réalisée par le CSDH en 2017 a constaté que moins de la moitié des cantons auditionnaient les enfants dans les procédures relevant du droit des étrangers. Un peu moins de la moitié des cantons ont indiqué entendre les enfants « parfois » et deux cantons ont indiqué qu'ils le faisaient⁷³. La présente étude donne elle aussi à penser que l'audition directe des enfants, telle que recommandée par le Comité des droits de l'enfant, fait *clairement figure d'exception* en pratique. Parmi les dossiers de première instance examinés, une audition personnelle n'a été observée que pour 2 enfants concernés sur 56⁷⁴. L'enquête en ligne⁷⁵ tout comme les entretiens réalisés avec des expertes et experts ont eux aussi révélé que l'audition personnelle des enfants n'intervenait qu'exceptionnellement. Les expertes et experts membres d'ONG ont aussi fait remarquer, que dans les procédures relevant du droit des étrangers, les enfants sont généralement considérés comme capables de discernement, et donc auditionnables personnellement, à partir de 14 ou 12 ans, ce qui n'est pas le cas dans le domaine de la protection de l'enfant. Certaines personnes interrogées ont toutefois rapporté que même des enfants de 16 ou 17 ans, âge où la capacité d'être entendu n'est plus en doute, n'étaient pas toujours entendus personnellement. De nombreux expertes et experts ont estimé que si les enfants n'étaient pas entendus, c'était surtout en raison d'un manque de connaissances et de ressources correspondantes, ainsi que du fait que les procédures étaient essentiellement menées en la forme écrite.

⁷³ Voir HITZ QUENON/MATTHEY, Justice adaptée aux enfants, p. 80 ss en particulier.

⁷⁴ À noter que dans les dossiers de première instance étudiés, huit enfants avaient entre zéro et quatre ans au début de la procédure, des âges où il faut plutôt partir du principe qu'ils n'étaient pas capables de s'entretenir au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'âge de trois enfants est resté indéterminé.

⁷⁵ La question était de savoir comment, généralement, l'enfant faisait valoir son opinion dans la procédure. 17,5 % ont indiqué que c'était directement (10,9 % par audition personnelle, 6,6 % par intervention écrite de l'enfant).

b. Implication directe de l'enfant

L'absence d'auditions personnelles s'explique en partie par la *pratique du Tribunal fédéral*, qui permet de renoncer à effectuer une audition personnelle si trois conditions sont remplies⁷⁶ : (1) l'enfant doit être représenté par ses parents⁷⁷. (2) Les intérêts de l'enfant doivent être considérés comme coïncidant avec ceux des parents, condition présumée remplie par exemple lorsque la question concerne aussi bien le droit de séjour de ces derniers que de leurs enfants⁷⁸. (3) L'état de fait pertinent en droit peut être élucidé à satisfaction d'autre manière et une audition personnelle n'est pas requise⁷⁹. Cette pratique explique à un certain degré pourquoi la plupart des enfants n'ont été entendus qu'indirectement dans les cas faisant l'objet des dossiers de première instance analysés. L'enquête en ligne a confirmé ce constat, la majeure partie des participants indiquant qu'en règle générale, si l'avis de l'enfant intervient dans la procédure, il est recueilli par écrit, le plus souvent par l'intermédiaire de la représentante ou du représentant juridique des parents ou de ces derniers eux-mêmes⁸⁰.

La *pratique d'audition indirecte par l'intermédiaire des parents* (ou de leur représentante ou représentant juridique) donne lieu à deux problèmes spécifiques. Premier point problématique, l'implication indirecte des enfants dans la détermination de l'état de fait tend

⁷⁶ TF, arrêt 2C_303/2014 du 20 février 2015 consid. 5.1, opinion qui s'est généralisée au cours des années suivantes jusqu'à devenir une pratique constante dans toutes les procédures relevant du droit des étrangers (voir p. ex. TF, arrêt 2C_182/2016 du 11 novembre 2016, consid. 2.3 ; ATF 144 II 1 consid. 6.5 ; 147 I 149 consid. 6.5 ; TF, arrêt 2C_724/2017 du 18 juillet 2018 consid. 3.2 ; 2C_488/2019 du 4 février 2020 consid. 3.2 ; 2C_513/2022 du 12 mai 2023 consid. 4.4.1 ; 2C_113/2023 du 27 septembre 2023 consid. 3.2).

⁷⁷ ATF 144 II 1 consid. 6.5. Dans ses arrêts ultérieurs 2C_342/2024 du 3 décembre 2024, consid. 3.2, et 2C_411/2024 du 22 janvier 2025, consid. 3.1, le Tribunal fédéral semble admettre aussi la représentation de l'enfant par d'autres personnes.

⁷⁸ ATF 147 I 149 consid. 3.3. Une étude menée par le CSDH en 2017 a aussi permis de constater que la « quasi-totalité » des cantons était d'avis que l'intérêt de l'enfant coïncidait avec celui du parent renvoyé (cf HITZ QUENON/MATTHEY, Justice adaptée aux enfants, p. 94). Le Comité des droits de l'enfant a réfuté l'argument de la coïncidence des intérêts en tant que justification pour renoncer à une audition dans le domaine du droit de l'asile : Comité des droits de l'enfant, V.A. c. Suisse, communication 56/2018, 28 septembre 2020, § 7.3.

⁷⁹ Voir p. ex. ATF 144 II 1 consid. 6.5 s. ; TF, arrêt 2C_837/2022 du 19 avril 2023 consid. 3.1 ; 2C_818/2018 du 25 novembre 2019 consid. 3.2 ; 2C_411/2024 du 22 janvier 2025 consid. 3.1. Dans le sens contraire, TF 2C_17/2021 du 18 juin 2021 consid. 3.6 s.

⁸⁰ L'enquête visait à savoir comment, généralement, l'enfant faisait valoir son opinion dans la procédure. 72 % des répondants ont indiqué que c'était indirectement (22,7 % par communication écrite des parents ou de l'un d'entre eux, 31,3 % par écrit via le représentant juridique des parents ou du parent et 18 % par écrit via le représentant juridique de l'enfant).

à renforcer la présomption que leurs intérêts coïncident avec ceux des parents qui les représentent. Selon le Comité des droits de l'enfant, lorsque l'enfant est entendu par l'intermédiaire d'une représentante ou d'un représentant, il faut veiller à prévenir tout conflit d'intérêts entre cette personne et l'enfant⁸¹, raison pour laquelle le Comité exige que les représentantes et représentants défendent « exclusivement » les intérêts des enfants et non pas ceux des parents, et préconise l'élaboration de codes de conduite à cet effet⁸². Dès lors, les parents qui sont eux-mêmes concernés par une procédure (et ont leurs propres intérêts légitimes dans ce contexte) ne peuvent qu'exceptionnellement convenir comme représentants de leurs enfants. En ce sens, il n'est pas admissible de présumer de manière générale que les intérêts des parents et des enfants coïncident⁸³. Des faits importants risquent de passer inaperçus. De plus, dans une part non négligeable des dossiers étudiés, les enfants n'ont pas été entendus du tout, même indirectement, et n'ont donc aucunement pu faire valoir leur opinion dans la procédure⁸⁴. Les dossiers de première instance n'indiquaient souvent pas pourquoi les enfants avaient été auditionnés ou non. En particulier, il n'en ressortait en général pas si l'enfant était en mesure de se former sa propre opinion, ni s'il avait été informé de la procédure et des enjeux en cause.

Dans les *entretiens* également, les expertes et experts se sont montrés critiques à l'égard de la situation des enfants en matière de représentation. Ils déplorent notamment le fait que, dans le cas des familles, on part en général du principe que les parents sont responsables d'assurer l'intérêt supérieur de l'enfant bien que les possibilités de garantir cet intérêt soient limitées pour une personne faisant l'objet d'une procédure stressante. Selon les spécialistes, les enfants ne connaissent quasiment pas leurs droits et disposent de très peu d'informations sur la procédure ; de plus, la plupart ne comprennent que dans une mesure limitée l'enjeu pour eux et leur famille. Il ressort aussi des entretiens effectués qu'il n'existe pas d'informations générales, adaptées aux enfants, concernant la procédure en droit des étrangers et que les parents eux-mêmes sont nombreux à ne pas avoir une idée suffisamment claire. Selon une experte en matière d'auditions, les enfants ne

⁸¹ Voir également Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 36.

⁸² *Ibidem*, par. 37

⁸³ Dans une optique similaire : HITZ QUENON/MATTHEY, *Justice adaptée aux enfants*, p. 101.

⁸⁴ C'était le cas de 17 enfants concernés sur 56 (près de 30 %). Dans l'enquête en ligne, 8,1 % des participants ont indiqué que l'opinion de l'enfant n'était pas du tout prise en compte dans la procédure.

comprennent souvent pas la cause du stress et du comportement de leurs parents. Une personne responsable de cas dans un office des migrations indique que les procédures se déroulent par écrit entre autres pour la protection de l'enfant, et que le canton s'adresse systématiquement à des autorités spécialisées pour évaluer la situation de l'enfant. Un expert qui officie notamment comme représentant dans des procédures impliquant des enfants a recommandé d'accorder la qualité de partie aux enfants, surtout lorsque la famille subit un stress particulier. L'expert regrette aussi un échange d'informations entre spécialistes souvent insuffisant, dans les cas complexes, aux points d'intersection décisifs. Il affirme en outre que l'enfant ne bénéficie que rarement d'un représentant juridique uniquement pour lui⁸⁵. Selon lui, ceci fait que beaucoup d'enfants souffrent directement ou indirectement de la procédure, sans que quelqu'un s'en rende compte ou les accompagne, et le problème est plus marqué en droit des étrangers qu'en droit de l'asile, où l'on accorde une plus grande attention à l'intérêt supérieur de l'enfant, du moins pour les enfants non accompagnés. Les expertes et experts consultés ont aussi été nombreux à noter que la représentation de l'enfant par ses parents ne permet pas toujours de garantir une élucidation adéquate de l'état de fait concernant l'enfant, ce qui est vrai aussi de la représentation juridique des parents, surtout lorsque la famille est sous le stress.

D'autre part, avec une participation indirecte, l'art. 12 CDE risque de ne pas être suffisamment mis en œuvre en ce qu'il consacre un *droit de participation lié à la personnalité*. Ce droit ne sert pas uniquement l'élucidation des faits ; la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit d'être entendu en droit de la famille conformément à l'art. 298 CPC mentionne expressément l'aspect « droit de la personnalité », en soulignant que le droit d'être entendu n'est pas qu'un moyen de constater l'état de fait, mais aussi une émanation de la personnalité de l'enfant⁸⁶. Le Tribunal fédéral précise aussi que, même si les faits pertinents sont parfaitement établis, l'audition reste un droit personnel de l'enfant, qui doit pouvoir dire s'il entend exercer ce droit, et que le juge est donc obligé d'informer l'enfant à ce propos⁸⁷.

⁸⁵ L'analyse des dossiers de première instance confirme ce constat : seuls 2 des 57 enfants concernés étaient représentés individuellement.

⁸⁶ Voir p. ex. ATF 146 III 203 consid. 3.3.2.

⁸⁷ TF, arrêt 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 5.1

Les analyses effectuées suggèrent donc que *les enfants, bien que fortement touchés par les procédures, y participent peu*. L'audition directe recommandée par le Comité des droits de l'enfant est rare, ce qui est notamment lié à la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral relative au droit d'être entendu en vertu de l'art. 12 CDE.

c. Modalités de l'audition personnelle

Une grande partie des expertes et experts consultés ont pesé les *opportunités et les risques de l'audition personnelle*. Une personne responsable de cas auprès d'un office cantonal des migrations a expliqué que les auditions pouvaient être très éprouvantes pour l'enfant et nécessitaient l'intervention de spécialistes bien formés. Selon cette personne, la participation des enfants est essentielle justement quand ils sont livrés au jugement d'autrui. Une collaboratrice d'une APEA a confirmé ce point, soulignant aussi que le droit d'être entendu des enfants était bien un droit et non une obligation, et que l'exercice de ce droit comportait certains défis. Une experte qui représente notamment des enfants dans le cadre de procédures a souligné la pertinence d'une implication sensible, en ce sens que l'audition devait être comprise comme la possibilité de participer tout au long de la procédure plutôt que comme une audition formelle à la fin du processus, mentionnant également l'importance de l'interprétariat communautaire. Une autre personne expérimentée dans le domaine de l'audition des enfants a relevé que pour prévenir autant que possible une mise en péril de l'intérêt supérieur de l'enfant lors d'une audition, il fallait connaître ses besoins et ses vulnérabilités avant de l'entendre.

Les dossiers étudiés comportent aussi un *exemple de préparation réussie à l'audition personnelle*. Le cas concernait le tribunal administratif de Zurich⁸⁸ et impliquait un enfant de dix ans dont le père allait être renvoyé dans l'État d'origine. L'enfant a été invité personnellement à son audition par une lettre qui l'informait, en langage adapté à l'enfant, de la procédure ainsi que de l'objet et des modalités de l'audition, en mentionnant la personne qui allait l'entendre et le fait qu'il pouvait entrer en contact en cas de questions : « *Wenn du Fragen hast, gebe ich dir gerne Auskunft. Meine Telefonnummer im Büro*

⁸⁸ Concernant la pratique du tribunal administratif du canton de Zurich et la réalisation concrète des auditions personnelles, voir GÜNTERT/NÜSSLE, p. 64 ss.

lautet [...] » [Si tu as des questions, n'hésite pas à me contacter. Mon numéro de téléphone au bureau est le ...].

Enfin, il convient de mentionner que *l'audition personnelle ne suffit pas à réaliser de manière garantie les buts du droit d'être entendu*. Cependant, la présence de l'enfant accroît la probabilité que ce soit le cas. Il faudrait donc proposer à l'enfant de l'entendre personnellement pour mettre en œuvre les recommandations du Comité des droits de l'enfant. Dans le cas d'une participation indirecte de l'enfant, la représentation par une personne au bénéfice d'une formation spécifique, indépendante des parents, devrait donner lieu à des améliorations⁸⁹.

3. L'intérêt de l'enfant dans la décision

Le troisième domaine problématique identifié concerne concrètement *l'influence de la perspective de l'enfant dans la décision*. Bien qu'étant en lien avec les domaines traités ci-avant, cet aspect a une portée plus large. Dans ce contexte, le point important est que l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de critère primordial, en vertu de l'art. 3, al. 1, CDE, entraîne certaines contraintes concernant l'examen de proportionnalité et la motivation de la décision, dans le but d'éviter de vider ladite obligation de sa substance. Selon le Comité des droits de l'enfant, la décision doit « indiquer expressément tous les éléments de fait se rapportant à l'enfant, quels éléments ont été jugés pertinents [...], la teneur des éléments du cas considéré et la manière dont ils ont été mis en balance »⁹⁰. De plus, comme les enfants sont en développement, les décisions doivent pouvoir être revues⁹¹. Une décision qui s'écarte de l'opinion exprimée par l'enfant nécessite une motivation particulière. Si, de plus, elle ne concorde pas avec le bien (objectif) de l'enfant, une motivation qualifiée est requise. Par exemple, s'il est

⁸⁹ Voir dans le même sens Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 36 et 37 : « le représentant doit être conscient qu'il représente exclusivement les intérêts de l'enfant ».

⁹⁰ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 97. Concernant les exigences procédurales dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH, voir le chap. II.C.1.a. ci-après.

⁹¹ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 84

question de séparer l'enfant de ses parents, il faut en particulier examiner les conséquences pour l'enfant et les possibilités d'assurer le contact⁹².

La *jurisprudence du Tribunal fédéral et les directives du SEM* accordent une importance de plus en plus fondamentale à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la pesée des intérêts, tout en le considérant néanmoins comme seulement « un élément à considérer parmi d'autres »⁹³. Le Tribunal fédéral laisse une marge d'interprétation. Certains offices cantonaux des migrations se réfèrent à l'instruction du SEM, d'autres possèdent leurs propres instructions ou directives ayant une portée sur la pesée des intérêts. Le *canton de Zurich*, par exemple, a une directive sur les mesures relevant du droit des étrangers pour les personnes bénéficiant de l'aide sociale, qui accorde un « *erhebliches Gewicht* » [poids considérable] à l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'examen de la proportionnalité, notamment pour les enfants suisses et les enfants nés et scolarisés en Suisse avec droit d'établissement⁹⁴. Le *canton de Vaud* a un ordre de service qui régit l'examen des renvois impliquant des enfants⁹⁵ et mentionne que la situation des enfants peut constituer un cas de rigueur au sens de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI, et justifier un droit de séjour pour toute la famille. La situation peut donc être le critère de décision déterminant. Le même document indique aussi que l'évaluation Schengen de 2018 appelait à développer la situation des enfants dans les décisions et qu'il est impératif d'examiner ce critère de manière approfondie dans les décisions officielles. L'ordre de service préconise de recenser au minimum des faits comme l'entrée en Suisse, l'âge, la scolarisation le cas échéant, l'état de santé, les pathologies et les obstacles à l'intégration dans le pays de provenance. Le *canton de Genève* a élaboré une directive similaire sur la base de l'évaluation Schengen⁹⁶.

⁹² Comité des droits de l'enfant, *O.M. c Danemark*, § 8.5 ; voir aussi HITZ QUENON/MATTHEY, Justice adaptée aux enfants, p. 23.

⁹³ TF, arrêt 2C_541/2019 du 22 janvier 2020 consid. 4.5 ; voir également ATF 143 I 21 consid. 5.5.1 et 5.5.4, confirmé dans TF, arrêt 2C_499/2022 du 23 mars 2023 consid. 8.3 ; SEM, directives LEI, ch. 6.17.2.4.3.

⁹⁴ Canton de Zurich, direction de la sécurité, *Massnahmenpraxis bei Sozialhilfeabhängigkeit*, p. 12

⁹⁵ Canton de Vaud, Examen de la situation des enfants

⁹⁶ Le canton de Genève dispose en plus d'un recueil propre de la jurisprudence relative à la CEDH et à la CDE, qui contient également des informations sur la pesée des intérêts.

L'analyse des dossiers de première instance montre que l'intérêt supérieur de l'enfant joue un rôle nettement subordonné dans la motivation des décisions. Seule une poignée de dossiers contient des réflexions sur la possibilité de revoir les décisions ayant un impact majeur sur l'enfant⁹⁷. L'argumentation développe avant tout l'exposé des bases légales, les intérêts publics, la situation d'un des parents et la situation des parents en général. L'intérêt supérieur de l'enfant est généralement traité comme un élément des intérêts privés des parents, ou d'un des parents ayant qualité de partie, et figure rarement comme un intérêt à part entière. La situation de l'enfant est typiquement décrite depuis la perspective d'un des parents et à la lumière de sa relation affective et économique avec l'enfant. Un grand nombre de décisions ne comporte aucune section spécifique à la situation des enfants. Les présomptions générales jouent un rôle important. Dans certains cas de renvoi d'enfants, par exemple, la capacité d'adaptation dans le pays de provenance est réputée établie en fonction de l'âge, sans clarification concrète⁹⁸. Dans des cas où les enfants ont été séparés de leurs parents, nombre de décisions renvoient, de manière générale, aux moyens de communication modernes et aux séjours de visite comme moyen de maintenir la relation⁹⁹. 70 % des représentantes et représentants juridiques ayant répondu à l'enquête en ligne ont confirmé ce constat, indiquant que les autorités ne vérifiaient pas si le maintien du contact avec le ou les parents était effectivement possible par ces moyens, ni les conséquences possibles sur les enfants. Les dossiers de première instance étudiés concernent uniquement des refus. L'absence de motivations spécifiques en lien avec l'enfant est particulièrement frappante dans ce contexte, car ces décisions ne sont généralement pas dans l'intérêt de l'enfant. La motivation était manifestement insuffisante dans la majorité des cas. L'analyse des dossiers au niveau des instances de recours,

⁹⁷ La possibilité de revoir la décision n'est examinée que dans un dossier : la décision négative indique une date dans un avenir proche à partir de laquelle l'intérêt de l'enfant prévaudrait par rapport à l'intérêt à l'éloignement du père et où la décision serait par conséquent différente. Deux dossiers comportent un examen abstrait de différents scénarios pour l'enfant, deux autres un examen concret.

⁹⁸ Concernant cette présomption, voir TF, arrêt 2A.377/2005 du 15 juin 2005 consid. 2.3 ; 2C_648/2014 du 6 juillet 2015 consid. 3.4 ; SEM, directives LEI, ch. 6.17.2.4.3. et, en détail, le chap. II.C.2. ci-après.

⁹⁹ La mention des séjours de visite et des moyens de communication modernes est très répandue dans la jurisprudence. On peut citer comme cas extrême l'arrêt 2C_513/2022 du 12 mai 2023, dans lequel l'autorité inférieure avait estimé qu'on pouvait raisonnablement exiger d'une fille de deux ans qu'elle maintienne la relation avec son parent au moyen de lettres et de moyens de communications modernes (consid. 3) ; le Tribunal fédéral a reconnu que cela ne pouvait pas compenser l'absence physique du père, en tout cas pour un enfant en bas âge (consid. 5.3.4). Le Comité des droits de l'enfant a exprimé clairement que ce genre d'outils ne permettait pas de garantir des « relations personnelles suffisantes et satisfaisantes et des contacts directs » avec le parent et qu'il fallait en tous les cas accorder une importance particulière à l'impact concret que la séparation aurait sur l'enfant (voir Comité des droits de l'enfant, *O.M. c. Danemark*, § 8.6).

qui sont certes moins nombreux, ne confirme que partiellement ce constat. En particulier, à cet échelon procédural, l'opinion et les intérêts de l'enfant sont le plus souvent représentés et pris en compte dans l'appréciation, du moment qu'ils ont été évalués et déterminés, et les décisions ne se contentent en règle générale pas d'un renvoi générique à la possibilité de maintenir le contact par les moyens de communication modernes et les séjours de visite.

Les *expertes et experts* consultés à cet égard ont exprimé des avis divergents en fonction de leur rôle et de leur tâche dans la procédure. Une personne responsable de cas a souligné que les intérêts de l'enfant étaient toujours analysés et qu'ils étaient suffisamment pris en compte car ils étaient étroitement liés à ceux des parents, alors que les représentantes et représentants juridiques ont estimé que les intérêts des enfants n'étaient pas pris en compte de manière assez concrète dans les décisions. L'*enquête en ligne* tend à étayer le constat selon lequel les intérêts de l'enfant ne sont pas assez pris en considération : deux tiers des personnes interrogées (responsables de cas ainsi que représentantes et représentants juridiques) sont d'accord que les décisions mentionnent les normes juridiques et la pratique en matière d'intérêt supérieur de l'enfant. En revanche, seul un tiers est d'accord que la perspective de l'enfant est concrètement prise en considération dans la décision. Ici aussi, les avis des représentantes et représentants juridiques et des responsables de cas divergent : 50 % des responsables de cas pensent que la pesée des intérêts expose quels sont les intérêts des enfants concernés par la décision et que, de plus, ces intérêts sont une considération primordiale par rapport à d'autres intérêts. À cet égard les représentantes et représentants juridiques se montrent plus sceptiques, estimant à plus de 70 % que ce n'est « plutôt pas » ou « pas » le cas.

Pour résumer, les *décisions de première instance étudiées ne donnent souvent pas assez de place à la perspective de l'enfant*, parfois même pas du tout, ce qui affecte l'importance accordée aux intérêts de l'enfant par rapport aux autres intérêts en présence. Par conséquent, les motivations ne satisfont pas entièrement aux exigences de la CDE. Globalement, il s'avère que les décisions tendent à ne pas assez tenir compte de la situation de l'enfant en tant que critère à *part entière et prépondérant* et qui ne doit pas être tenu pour équivalent à celui de la situation des parents.

4. Conclusion partielle

Au cours des années écoulées, certains progrès au niveau de la prise en compte des intérêts de l'enfant ont pu être observés dans les procédures relevant du droit des étrangers. La jurisprudence reconnaît en particulier l'importance croissante des enfants et certains cantons ont développé des pratiques prometteuses. Cependant, l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale, conformément à l'art. 3, al. 1, CDE, et celle de lui accorder le droit d'être entendu, conformément à l'art. 12, al. 1, CDE, ne sont toujours pas entièrement mises en œuvre.

Force est notamment de constater les déficits suivants :

- (1) Une procédure spécifique visant à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant fait défaut.
- (2) La situation des enfants n'est souvent pas déterminée de manière suffisante.
- (3) La détermination de l'état de fait se focalise en général sur les intérêts publics concernés et les intérêts privés des parents.
- (4) En règle générale, il n'y a pas d'audition personnelle des enfants et ceux-ci interviennent indirectement, par l'intermédiaire de leurs parents ou de la représentante ou du représentant juridique de ceux-ci, ce qui entraîne des risques spécifiques.
- (5) La représentation exclusive des enfants par leurs parents ou par une représentante ou un représentant juridique des parents ne garantit pas automatiquement une juste prise en considération des intérêts de l'enfant dans la procédure.
- (6) Le droit de l'enfant à être entendu est majoritairement interprété comme un moyen d'établir l'état de fait plutôt que comme un droit de participation lié à la personnalité.
- (7) La décision n'accorde souvent pas le poids qui convient à la situation des enfants.

5. Recommandations d'action

1. *Élucidation systématique de la situation de l'enfant (voir notamment chap. II.A.1.)*

1.1 *Les auteures et auteurs recommandent d'introduire dans la procédure probatoire un stade spécifiquement destiné à l'évaluation et à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, de documenter les mesures correspondantes et le résultat dans le dossier et de faire appel à des spécialistes en matière d'enfance¹⁰⁰.*

1.2 *Une évaluation complète de l'intérêt supérieur de l'enfant implique en particulier d'élucider les aspects suivants :¹⁰¹*

- l'opinion de l'enfant ;*
- l'identité de l'enfant, notamment le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine nationale, la religion et les convictions, l'identité culturelle et la personnalité ;*
- les relations de l'enfant : ses rapports avec les membres de sa famille (étant précisé que le terme « famille » doit s'interpréter au sens large en englobant les parents biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les frères et sœurs et d'autres membres de la famille élargie) ; les relations extrafamiliales de l'enfant (typiquement ses attaches à sa famille élargie, dont les grands-parents, oncles et tantes, ainsi qu'au reste de son environnement social, soit à ses amis, à l'école, ou encore ses relations médicales. Ces relations ont une importance particulière si les parents sont séparés et vivent dans des lieux différents) ;*
- la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant : notion qui englobe la satisfaction de ses besoins matériels, physiques, éducatifs et affectifs fondamentaux, ainsi que de ses besoins d'affection et de sécurité (droit à la protection contre toute forme de violence physique ou mentale, de harcèlement sexuel et d'exploitation), en anticipant dans la mesure du possible les évolutions et les risques futurs ;*
- les situations de vulnérabilité : détermination des charges et risques particuliers (environnement, signes d'instabilité psychique, suicidalité) ;*
- la santé et le développement : état de santé et de développement psychique et physique en général, accès aux traitements ;*

¹⁰⁰ Voir notamment chap. II.A.1.a. Voir Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 32 (c) : « L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être menée de manière pluridisciplinaire par des acteurs indépendants des autorités migratoires, notamment avec la participation effective des autorités responsables de la protection des enfants et de l'aide à l'enfance et d'autres acteurs concernés, tels que les parents, les tuteurs et les représentants légaux, ainsi que l'enfant lui-même. »

¹⁰¹ Sur la base de la liste non exhaustive figurant dans Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 52 ss

- *l'éducation : compétences linguistiques, scolarisation antérieure, accès actuel et futur à l'éducation et à la formation ainsi qu'à des offres de formation informelles pendant le temps libre ;*
- *la variabilité de la situation : penser en termes de scénarios et vérifier périodiquement si les mesures prises sont susceptibles de révision¹⁰².*

1.3 *Il faut affecter plus de temps et de ressources à l'évaluation et à la détermination de 'l'intérêt supérieur de l'enfant dans la procédure'¹⁰³.*

Appréciation du volet de mesures 1 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible¹⁰⁴
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales¹⁰⁵ : **recommandée**

¹⁰² Voir notamment chap. II.A.1.b. et c. ainsi que chap. II.A.3.

¹⁰³ Voir notamment chap. II.A.1.c.

¹⁰⁴ Appréciation : des frais uniques sont à attendre au début (adaptation des directives, processus, supports de formation, etc.), mais les frais supplémentaires devraient être faibles une fois passée la phase initiale (mesures d'investigation supplémentaires). D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à une diminution du recours aux voies de droit et à une baisse du coût de ces procédures.

¹⁰⁵ Concerne la modification de lois et/ou d'ordonnances. Une modification est « nécessaire » si elle est indispensable pour mettre en œuvre les actions recommandées. Des modifications législatives sont « recommandées » lorsque les recommandations sont réalisables dans le cadre des bases légales en vigueur (moyennant l'adaptation de directives, etc. le cas échéant), mais qu'une adaptation semble indiquée en vue d'une meilleure mise en œuvre et d'une meilleure application des prescriptions du droit de l'enfant.

2. *Participation de l'enfant (voir notamment chap. II.A.2.)*

- 2.1 *Il faut proposer aux enfants une audition personnelle et éviter les présomptions générales dans la prise de décision relative à l'audition personnelle (en particulier l'idée que les intérêts des enfants se confondent avec ceux des parents). La décision relative à l'audition personnelle doit être documentée dans le dossier¹⁰⁶.*
- 2.2 *Si on renonce à une audition personnelle (ou si elle ne semble pas s'imposer), il faut obtenir l'opinion de l'enfant d'une autre manière directe ou par l'intermédiaire d'une représentante ou d'un représentant. Cette personne doit représenter uniquement l'enfant et ses intérêts. Pour garantir l'authenticité de l'avis de l'enfant et pallier les conflits d'intérêts, la représentation par les parents ou leur représentante ou représentant juridique est à proscrire¹⁰⁷.*
- 2.3 *Il faut informer les enfants à propos de la procédure, de leur droit d'y participer et des modalités correspondantes, dans un langage adapté aux enfants¹⁰⁸.*
- 2.4 *L'audition personnelle doit être adaptée à l'enfant¹⁰⁹.*

Bonnes pratiques : pour organiser les auditions personnelles, se référer à la pratique du tribunal administratif du canton de Zurich et aux examens de l'intérêt supérieur de l'enfant des APEA.

Appréciation du volet de mesures 2 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible¹¹⁰
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération – cantons**
- Modification des bases légales : **recommandée**

¹⁰⁶ Voir notamment chap. II.A.2.a. et b.

¹⁰⁷ Voir notamment chap. II.A.2.b, ainsi que Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 37 : « Les enfants devraient être entendus indépendamment de leurs parents et leur situation individuelle devrait être prise en considération dans l'examen du dossier de la famille ».

¹⁰⁸ Voir notamment chap. II.A.2.b. et e.

¹⁰⁹ Voir notamment chap. II.A.2.c.

¹¹⁰ Appréciation : des frais uniques sont à attendre au début (adaptation des directives, processus, supports de formation, formation de collaboratrices et collaborateurs, infrastructure, etc.). Sur le long terme, la mesure entraînera probablement des frais de personnel et d'infrastructures supplémentaires pour les offices cantonaux des migrations. D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à une diminution du recours aux voies de droit et à une baisse du coût de ces procédures.

3. *Les intérêts de l'enfant dans la décision (voir notamment chap. II.A.3.)*

- 3.1 *L'intérêt de l'enfant doit être un critère à part entière dans l'examen de la proportionnalité. Il n'est pas admissible de le traiter comme un simple aspect des intérêts privés des parents dans la pesée.*
- 3.2 *À la lumière de l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale au sens de l'art. 3, al. 1, CDE, il faut accorder une plus grande importance aux intérêts des enfants par rapport à la pratique actuelle.*
- 3.3 *La motivation de la décision doit indiquer comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte, concrètement, dans la pesée des intérêts. Elle doit mentionner expressément :*
- *l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas concret : exposé de la situation de l'enfant telle qu'établie, pertinence des divers éléments, contexte de ces éléments dans le cas particulier, pondération des éléments (notamment l'opinion de l'enfant) ;*
 - *la pondération des intérêts du public, des parents et de l'enfant dans la décision ;*
 - *la mise en œuvre de l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme « considération primordiale » en vertu de l'art. 3, al. 1, CDE ;*
 - *le cas échéant, un exposé détaillé des motifs ayant poussé à s'écarter de l'intérêt supérieur de l'enfant.*
- 3.4 *Il ne faut pas se baser sur des présomptions générales (p. ex. qu'il est possible de maintenir le contact grâce aux moyens de communication modernes ou que l'enfant est capable de s'adapter) sans tenir compte de la situation spécifique de l'enfant.*
- 3.5 *Il est conseillé d'élaborer des modèles de décision avec des éléments de motivation obligatoires.*

Appréciation du volet de mesures 3 :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – moyenne – **faible**¹¹¹
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération – cantons**

¹¹¹ Appréciation : des frais uniques sont à attendre au début (adaptation des directives, processus, supports de formation, modèles de décision, etc.). La mesure entraînera vraisemblablement de faibles coûts supplémentaires sur le long terme (travail de motivation). D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à une diminution du recours aux voies de droit et à une baisse du coût de ces procédures. Cette appréciation ne tient pas compte des effets d'un éventuel changement de pratique matérielle sur les coûts.

B. Procédures relevant du droit de l'asile

Le postulat pose la question de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit des enfants à être entendus dans les procédures relevant du droit de l'asile. L'étude a examiné la mise en œuvre des prescriptions de la CDE dans la loi, les ordonnances, les directives et autres documents du SEM (modules 1, 2 et 4). Elle a aussi évalué l'application des prescriptions inscrites dans la CDE dans le cas particulier sur la base de la jurisprudence et de dossiers individuels (module 3). Les résultats ont été complétés par des entretiens avec des expertes et experts et l'enquête en ligne (modules 5 et 6).

Plusieurs améliorations marquantes sont intervenues dans le domaine de l'asile ces dernières années. En particulier, la loi prévoit depuis 2014 le traitement prioritaire des demandes d'asile de requérantes et requérants mineurs non accompagnés (RMNA, art. 17, al. 2^{bis} LAsi)¹¹². Les RMNA se voient aussi attribuer une personne de confiance chargée de défendre leurs intérêts (art. 17, al. 3, LAsi)¹¹³. Dans les CFA et les aéroports, cette fonction est assurée par le représentant juridique désigné. Après l'attribution des intérêts à un canton, l'APEA institue une curatelle ou une tutelle¹¹⁴. Une autre amélioration concerne les enfants demandant l'asile avec leur famille (enfants accompagnés) : ils bénéficient d'une représentation juridique (familiale, art. 102f ss LAsi). Des mesures ont aussi été prises pour mieux adapter l'audition personnelle aux enfants. Malgré ces améliorations, des lacunes demeurent dans la mise en œuvre et l'application des obligations consacrées par la CDE.

¹¹² Dans la réalité, cette obligation est en grande partie remplie. Cependant, les expertes et experts consultés ont mentionné que dans le cadre des procédures accélérées, le temps à disposition demeurerait insuffisant pour informer les enfants de manière adaptée, les préparer, établir un rapport de confiance et élucider l'état de fait de manière assez approfondie.

¹¹³ Concernant le rôle de la personne de confiance, voir AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, étude Encadrement RMNA CFA, p. 17 s.

¹¹⁴ Ibidem, p. 18

1. Détermination de l'état de fait

a. Procédure spécifique visant à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant

Un premier domaine problématique identifié dans la procédure d'asile, non sans ressemblance avec le constat fait en droit des étrangers, est l'*absence d'une procédure spécifique* consacrée à l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il n'y a pas d'étapes clairement structurées au préalable pour l'établissement de l'état de fait. Ni les normes de droit applicables, ni la jurisprudence, ni les documents du SEM ne contiennent de règles procédurales à cet égard. Les dossiers étudiés ne comportent aucune documentation écrite concernant la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, bien que la situation de l'enfant fasse l'objet de notes internes relativement approfondies dans certaines décisions positives. Les entretiens avec les expertes et experts ont confirmé ce constat : les personnes consultées ont été nombreuses à penser que les besoins de l'enfant étaient trop rarement évalués et déterminés de manière systématique. Une experte en encadrement a résumé la situation comme suit : « *Kindeswohlfragen laufen maximal nebenher, neben Verfahren, neben Bildung, neben BAZ, neben Kindsein, neben allem, was sonst läuft* » [les questions relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant sont toujours en deuxième place, après la procédure, après la formation, après le CFA, après le fait d'être enfant, après tout le reste]. Un expert du domaine des soins a affirmé que cette perspective étroite engendrait des risques spécifiques, soulignant en particulier le caractère délicat du développement de l'identité lors de la transition à l'âge adulte. Près de la moitié des responsables de cas du SEM ayant répondu à l'enquête en ligne (44,7 %) sont « plutôt d'accord » qu'il existe une procédure standardisée pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant. 7,9 % sont « tout à fait d'accord » avec cette affirmation, 28,9 % « plutôt pas d'accord » et 10,5 % « pas du tout d'accord » (avec 7,9 % d'abstentions).

Il convient de relever que la *position formelle de l'enfant est plus favorable* dans la procédure d'asile qu'en droit des étrangers. Les enfants capables de discernement ont droit à ce que *leurs propres* motifs d'asile soient examinés (art. 17, al. 2 LAsi et art. 5 OA 1), ont formellement la qualité de partie et sont entendus en personne (audition personnelle). L'examen de la demande d'asile implique l'élucidation de *certaines* faits pertinents également pour l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant (date de naissance, sexe,

compétences linguistiques, ethnique, santé, situation dans le pays de provenance, relations familiales). Certaines des normes de droit applicables et une partie de la jurisprudence imposent des obligations de diligence accrues en matière d'élucidation de l'état de fait¹¹⁵. Les documents du SEM contiennent des indications détaillées sur certains aspects de la détermination de l'état de fait (p. ex. constat de la minorité et évaluation de l'exigibilité de l'exécution du renvoi) et décrivent aussi l'établissement de l'état de fait au moyen d'auditions personnelles (art. 29 LAsi).

Le point qui intéresse ici est le stade de procédure spécial consacré au *premier entretien* avec les RMNA¹¹⁶. D'après la jurisprudence et les documents du SEM, cet entretien doit permettre de se faire une idée aussi précise que possible de la capacité de discernement de l'enfant¹¹⁷. Il sert également à évaluer la minorité alléguée et déterminer s'il est nécessaire d'ordonner d'autres mesures pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Le manuel du SEM indique qu'il convient de récolter des informations détaillées sur la personne du RMNA et sur les membres de sa famille résidant dans son pays de provenance ou dans un État tiers, ainsi que sur l'encadrement familial et sur les personnes ou institutions qui en avaient la charge et la responsabilité avant le départ du pays d'origine¹¹⁸, dans le but d'apprécier plus tard la vraisemblance des données personnelles, d'entreprendre d'éventuelles investigations sur place et de se déterminer, le cas échéant, sur la question du renvoi¹¹⁹. Même si ce stade de procédure ne sert pas exclusivement à évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant, il y contribue de manière significative.

¹¹⁵ L'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte lors de l'examen de l'exigibilité de l'exécution d'un renvoi (ATAF 2015/30 consid. 7.2 et les références citées). À cet égard, l'art. 69, al. 4, LEI prévoit une précision pour les RMNA : avant de renvoyer ces derniers, l'autorité compétente doit s'assurer qu'ils seront remis à un membre de la famille, à un tuteur ou à une structure d'accueil dans l'État de retour (voir aussi l'art. 10 de la directive UE sur le retour). Des obligations d'examen spécifiques existent aussi lorsque la Suisse envisage d'appliquer la clause de souveraineté dans le cadre de la procédure Dublin (art. 17 du Règlement Dublin III, art. 29a OA 1) (concernant l'état de santé, les intérêts de sécurité et les obligations d'examiner les infractions alléguées : TAF, arrêt E-2056/2020 du 31 août 2020 consid. 6.3; D-1251/2023 du 23 février 2023 consid. 4.6).

¹¹⁶ Le premier entretien avec les RMNA n'est pas inscrit dans la loi (voir TAF, arrêt E-3902/2019 du 22 octobre 2019 consid. 7.3) ; le SEM qualifie cet entretien d'audition au sens de l'art. 26 LAsi dans la phase préparatoire (voir SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.1).

¹¹⁷ ATAF 2023 VI/4 consid. 6.4 ; SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.1

¹¹⁸ SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.1

¹¹⁹ Ibidem

Dès lors, *l'évaluation de l'état de fait se présente sous un jour plus favorable dans la procédure d'asile que dans le domaine du droit des étrangers*. L'examen des faits pertinents tend à être plus approfondi, surtout dans le cas des RMNA, qui sont en général entendus personnellement (à plusieurs reprises). Force est néanmoins de constater, ici aussi, l'absence d'une évaluation systématique¹²⁰. Plus précisément, dans le domaine de l'asile également, l'accent n'est pas mis sur l'intérêt supérieur de l'enfant mais plutôt sur la minorité (pour les RMNA), la question de la compétence selon les règles Dublin, la qualité de réfugié et les éventuels obstacles à l'exécution du renvoi. Les faits qui concernent l'enfant et l'impact de la procédure sur son bien ne sont examinés qu'à titre accessoire. 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. L'absence d'une évaluation systématique réglementée constitue un déficit au moins en partie inconciliable avec les prescriptions de la CDE. Examiner l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale implique entre autres de tenir compte de manière adéquate des faits qui concernent l'enfant.

b. Principe de la maxime inquisitoire et obligation de collaborer de l'enfant

Un aspect problématique dans la détermination de l'état de fait est l'*obligation de collaborer* des enfants, évoquée dans le postulat. En pratique, cette question se pose surtout avec les RMNA, car leur collaboration a une influence déterminante sur l'établissement de l'état de fait. Le postulat demande spécifiquement s'il faut « vraiment que le fardeau de la preuve incombe essentiellement aux requérants ». Le Comité des droits de l'enfant s'est exprimé ponctuellement à cet égard, indiquant que la charge de la preuve ne saurait incomber exclusivement à l'enfant requérant d'asile en cas de renvoi, car les autorités et les requérants d'asile n'ont pas un accès égal aux informations pertinentes¹²¹. Dans ce contexte, le Comité des droits de l'enfant s'est exprimé sur la charge de la preuve en matière de détermination de l'âge dans le cadre d'une constatation rendue récemment

¹²⁰ Pour des lignes directrices applicables à une telle procédure, voir p. ex. HCR, Principes directeurs pour la procédure relative à l'intérêt supérieur.

¹²¹ Comité des droits de l'enfant, *M.K.A.H c. Suisse*, communication 95/2019, 22 septembre 2021, § 10.5 avec renvoi à Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 29 et 33

contre la Suisse : les autorités ne sauraient faire peser la charge de la preuve de la minorité entièrement sur la personne requérant l'asile¹²² et en cas de doute, elles doivent procéder à une évaluation complète du développement physique et psychologique.

En Suisse, la procédure d'asile est soumise à la *maxime inquisitoire* (art. 6 LAsi en lien avec l'art. 12 PA). Les autorités, concrètement le SEM, doivent établir l'état de fait de manière exacte et exhaustive. Dans ce contexte, l'on parle de fardeau « subjectif » de la preuve ou de « charge de la preuve » et les moyens de preuve envisageables sont notamment les documents, les expertises ou les renseignements de la personne requérant l'asile (art. 12 PA). Quant à savoir s'il faut « vraiment que le fardeau de la preuve incombe essentiellement aux requérants », comme le demande la postulante, force est de constater que le droit en vigueur oblige déjà le SEM à déterminer l'état de fait pertinent de manière exhaustive. Il convient de distinguer ce fardeau subjectif de la preuve (qui a l'obligation de constater l'état de fait ?) du fardeau « objectif » de la preuve, qui détermine qui supporte *les conséquences du défaut de preuve* à l'issue de la procédure. Dans la procédure d'asile, la disposition topique est l'art. 7 LAsi : la personne requérant l'asile doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'elle a la qualité de réfugié. Si elle n'y parvient pas, elle doit supporter les conséquences du défaut de preuve¹²³. Concrètement, elle ne sera pas reconnue comme réfugiée et se verra refuser l'asile. Par conséquent, les requérantes et requérants d'asile ont généralement un intérêt marqué à participer à la constatation de l'état de fait.

Cependant, la loi sur l'asile prévoit certaines *obligations de collaborer* pour toutes les personnes requérant l'asile, y compris les enfants, en particulier l'obligation de collaborer à la constatation des faits (art. 8, al. 1, LAsi). Ainsi, les requérantes et requérants d'asile doivent fournir des renseignements sur leur identité et remettre leurs documents de voyage ainsi que leurs pièces d'identité. Lorsqu'ils sont entendus, ils doivent exposer les raisons qui les ont incités à demander l'asile. Les obligations de collaborer permettent de tenir compte du fait que les informations fournies par les requérantes et requérants d'asile sont souvent cruciales pour la procédure et pour une décision juste sur le fond. Il est pour

¹²² Comité des droits de l'enfant, *A.M. c. Suisse*, communication 80/2019, 21 mai 2020, § 4.8

¹²³ KILDE, *Asylrechtliche Verfahren*, ch.m. 9.74

ainsi dire impossible d'établir l'état de fait de manière complète sans cette participation. Du point de vue juridico-technique, les obligations de collaborer à la constatation de l'état de fait sont des *incombances* ; une personne qui ne collabore pas, sans motifs justificatifs, ne s'expose pas à des sanctions (pénales), mais risque de subir des désavantages procéduraux majeurs¹²⁴ : elle peut notamment être réputée avoir renoncé à la poursuite de la procédure (art. 8, al. 3^{bis}, LAsi) et à son droit d'être entendu (art. 36, al. 1, let. c, LAsi). Il est aussi possible que la poursuite de la procédure se base sur un état de fait défavorable à la personne requérante¹²⁵. Les conséquences d'une violation des obligations de collaborer ne peuvent toutefois intervenir que si elles sont *proportionnées*¹²⁶ et *exigibles*¹²⁷. La question de savoir s'il y a une obligation de collaborer et dans quelle mesure elle a été violée nécessite toujours une évaluation individuelle¹²⁸. La question de la collaboration est spécialement importante pour les enfants. En général, il faut prévoir des exigences plus souples que pour les adultes dans ce domaine, comme l'indiquent également le Tribunal administratif fédéral et le SEM¹²⁹. Eu égard à tous ces points, il faut clairement répondre par l'affirmative à la question « l'obligation de collaborer devrait-elle être évaluée selon des critères différents pour les mineurs et pour les adultes », formulée dans le postulat, ne serait-ce qu'en vertu du principe de proportionnalité consacré par la doctrine et la jurisprudence. Il ne faut admettre qu'avec retenue qu'un enfant a violé ses obligations de collaborer¹³⁰.

¹²⁴ Concernant la délimitation, voir MEYER, ch.m. 661 ss ; HERZIG, p. 79.

¹²⁵ En raison du principe de la libre appréciation des preuves : art. 19 PA et art. 40 PCF

¹²⁶ SCHÄDLER, p. 790 et 793

¹²⁷ MEYER, ch.m. 175 ; HRUSCHKA n. 1 ad art. 8 LAsi

¹²⁸ HADATSCH/BRUNNER, p. 28.

¹²⁹ TAF, arrêt E-6114/2010 du 11 octobre 2010 consid. 5.6. L'ATAF 2021 VI/3 consid. 11.5.2 mentionne le critère de la formation en plus de l'âge et de la maturité. Voir déjà JICRA 1996/17 et 1999/2. SEM, manuel Principe de l'instruction d'office, obligation de collaborer et administration des preuves, p. 6 s. et les références citées.

¹³⁰ Ce d'autant plus que, selon la conception de base de la CDE, la collaboration de l'enfant est volontaire (Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 16). Si l'on tenait pour admissibles des obligations étendues de collaborer, cela reviendrait à vider de son sens l'aspect volontaire de la collaboration. Concernant la violation de l'obligation de collaborer en lien avec l'exécution du renvoi, voir ATAF 2021 VI/3 consid. 11.5.2 : une violation par le mineur de son obligation de collaborer qui a pour conséquence d'exempter l'État de son obligation d'élucider l'état de fait ne doit être admise « *nur in Ausnahmefällen, in welchen das Ausmass der Mitwirkungspflichtverletzung eine Abklärung durch die Vorinstanz vollkommen verunmöglicht, da dieser jegliche Anhaltspunkte fehlen* » [que dans des cas exceptionnels où l'ampleur de la violation rend absolument impossible toute instruction par l'autorité inférieure du fait qu'elle ne dispose d'aucune information].

Le postulat se réfère également à un passage spécifique du manuel du SEM, qui suggère d'effectuer une audition au sens de l'art. 29 LAsi, à laquelle s'appliquent les obligations de collaborer de l'art. 8 LAsi¹³¹ *dès qu'un enfant est capable de discernement* (c.-à-d. qu'il a treize ou quatorze ans)¹³². La signification de cette instruction n'est pas parfaitement claire. Si les passages visés ont pour but d'imposer dans tous les cas une « pleine » obligation de collaborer aux enfants entendus personnellement, il faudrait adapter cette pratique dans le sens des points exposés ci-avant. L'obligation de collaborer des enfants doit être relativisée par rapport à celle des adultes : l'on ne saurait admettre qu'elle est automatique et entière, c'est la situation concrète qui détermine la proportionnalité et l'exigibilité.

Dès lors, il faut déterminer *l'étendue et l'objet de l'obligation de collaborer* des enfants selon les circonstances du cas concret. Ce thème pose plusieurs difficultés en pratique. Les expertes et experts consultés confirment ce constat. Selon certains d'entre eux, appartenant à quasi tous les domaines professionnels impliqués, l'intérêt supérieur de l'enfant et sa capacité de discernement font rarement l'objet d'un examen professionnel et factuel. Les intervenants soulignent en général le poids de facto de la personne responsable du cas et de ses points de vue et indiquent que l'interprétation reste individuelle malgré l'existence de lignes directrices sur l'importance à accorder aux affirmations en fonction de l'âge. D'après des expertes et experts du domaine des ONG ou de l'encadrement/hébergement, les représentantes et représentants juridiques (mandatés) des enfants ne disposent pas non plus de fils directeurs spécialisés et homogènes, ni de connaissances spécifiques de cette question. De plus, il n'est pas possible d'apporter une réponse abstraite à la question des critères pertinents, car les cas particuliers sont trop différents les uns des autres. Du point de vue de la CDE, il ne paraît pas souhaitable d'introduire des règles schématiques et des seuils d'âge. L'aspect fondamental est plutôt que l'étendue et l'objet de l'obligation de collaborer (sur quels points elle porte) soient évalués d'après la situation individuelle de l'enfant et consignés par écrit. Les dossiers ne comportent pas de réflexions en ce sens et ne définissent pas l'obligation de collaborer pendant la procédure. Un problème séparé se pose lorsque des *incertitudes* demeurent malgré un examen

¹³¹ SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.3 et 2.4.4

¹³² Concernant la capacité de discernement, voir le chap. II.B.1.c ci-après.

diligent du SEM et la collaboration volontaire de l'enfant. On peut alors se demander si on peut « contraindre » l'enfant à collaborer afin de combler les lacunes au niveau de l'état de fait. Le HCR et Comité des droits de l'enfant ne sont pas de cet avis : s'il est impossible d'établir les faits avec certitude ou si l'enfant n'est pas en mesure de motiver totalement sa demande d'asile, il faut prendre une décision sur la base de toutes les circonstances connues¹³³. En cas de doute, il faut trancher en faveur de l'enfant¹³⁴. Il en va de même en cas de questions quant à la crédibilité de ses affirmations¹³⁵. L'obligation de collaborer ne doit pas servir de prétexte permettant de fonder la décision sur un état de fait désavantageux pour l'enfant.

Une autre facette du thème de la maxime inquisitoire et de l'obligation de collaborer concerne la *détermination de l'âge* des RMNA, qui ne sera que brièvement mentionnée ici. Sont notamment considérés comme problématiques les méthodes employées et le manque de pluridisciplinarité lors de la réalisation de cette étape de procédure¹³⁶. Sur ce plan aussi, le Comité des droits de l'enfant a développé des prescriptions¹³⁷ qui ne sont que partiellement mises en œuvre en Suisse.

¹³³ HCR, Principes directeurs sur la protection internationale, ch. 73

¹³⁴ Comité des droits de l'enfant, observation générale 6, par. 71

¹³⁵ HCR, Principes directeurs sur la protection internationale, ch. 73

¹³⁶ HCR, Table ronde Droits de l'enfant, p. 6. Certains expertes et experts consultés critiquent la disproportion entre le caractère vague des méthodes employées et la charge psychique massive que la procédure, respectivement son issue entraînent chez les jeunes. Une partie des expertes et experts interrogés fait toutefois remarquer que les méthodes et la démarche ont connu des améliorations ces dernières années, bénéficiant désormais d'une optique plus large et comprenant plusieurs mesures d'instruction.

¹³⁷ Il recommande une évaluation pluridisciplinaire exhaustive du développement physique et psychologique de l'enfant, effectuée par des spécialistes (Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 4/23, par. 4 ; Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le rapport de la Suisse 2021, par. 43, let. c ; Comité des droits de l'enfant, *N.B.F. c. Espagne*, communication 11/2017, 27 septembre 2018, § 12.4, ainsi que SCHMAHL, n. 11 ad art. 22 CDE). Le Comité des droits de l'enfant rejette les analyses osseuses et dentaires en raison de leur imprécision (Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 4/23, par. 4). Il appelle également à une interdiction des méthodes qui supposent que l'enfant se dénude ou comprennent un examen de ses parties intimes (*R.Y.S. c. Espagne*, communication 76/2019, 4 février 2021, § 8.8). Le nouveau règlement de l'UE sur la procédure d'asile, qui n'a pas force obligatoire pour la Suisse, contient lui aussi des prescriptions sur l'évaluation de l'âge des mineurs (dont une évaluation pluridisciplinaire ; examens médicaux uniquement en dernier recours, voir l'article 25).

c. Droit de participation de l'enfant

Il faut distinguer l'obligation de collaborer et le *droit de participation (volontaire)*¹³⁸. Des questions importantes se posent également sur les contours de ce droit. Le Comité des droits de l'enfant recommande l'audition directe de l'enfant dans la mesure du possible¹³⁹. Dans ses manuels, le SEM se base sur le critère de la capacité de discernement et sur des directives en matière d'âge pour ce qui est de l'audition personnelle¹⁴⁰. Il distingue trois niveaux de capacité de discernement : capacité relative pour les enfants de six à dix ans, capacité variable de onze à douze ans et capacité pleine et effective à partir de treize ans¹⁴¹. Les RMNA capables de discernement sont entendus conformément à l'art. 29 LAsi¹⁴². Dans d'autres documents qui concernent les enfants accompagnés, la capacité de discernement et, partant, la capacité d'être entendu, est présumée à partir de quatorze ans, bien qu'une audition personnelle soit aussi possible avant cet âge selon les cas¹⁴³. La CDE garantit à tout enfant, et dès lors de manière catégorique, un droit de participation, du moment qu'il est « capable de discernement ». Il ne faut pas confondre ce « discernement » avec la notion telle qu'elle est comprise en droit suisse (au sens de l'art. 16 CC)¹⁴⁴. Cette expression dans la CDE ne doit pas être perçue comme une restriction, les autorités devraient au contraire partir de l'idée que l'enfant possède par principe cette capacité¹⁴⁵. Le critère déterminant pour la capacité à se forger une opinion doit être que l'enfant a une compréhension suffisante pour être capable de se forger de manière adéquate sa propre opinion sur la question, ce qui peut être le cas dès le plus jeune âge¹⁴⁶. Il n'est pas indispensable qu'il ait une connaissance complète de tous les aspects de la question le concernant. Des limites d'âge fixes sont contraires à cette idée fondamentale et ne doivent être introduites ni en droit, ni en pratique, si le but est de mettre entièrement

¹³⁸ Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 16

¹³⁹ Voir le chap. II.A.2.a. ci-avant.

¹⁴⁰ SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.3 et 2.4.4

¹⁴¹ SEM, manuel RMNA, 2.4.3. En revanche, la capacité de discernement au sens du CC est une notion binaire : elle existe ou n'existe pas (voir FANKHAUSER, p. 260).

¹⁴² SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.3 et 2.4.4

¹⁴³ SEM, manuel Audition, ch. 2.2.7 ; SEM, manuel CDE, ch. 2.2. Voir le chap. II.B.1.c. ci-après.

¹⁴⁴ Pour le tout, voir KILDE, Anhörung, p. 208 s.

¹⁴⁵ Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 20

¹⁴⁶ Ibidem, par. 21

en œuvre la CDE¹⁴⁷. La CDE impose un seuil bas pour la « capacité de discernement » de l'enfant. Son but est de permettre à l'enfant de participer volontairement à la procédure et de l'encourager à le faire. Cela peut être le cas même face à une incapacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. De plus, le seuil applicable à l'exercice d'un droit de participation doit être (nettement) moins élevé que celui permettant d'admettre une obligation de collaborer assortie de désavantages en cas de violation.

La situation des RMNA se distingue de celle des enfants accompagnés à cet égard également. Le premier entretien avec les RMNA sert entre autres à vérifier leur capacité de discernement¹⁴⁸ et les RMNA capables de discernement sont entendus personnellement conformément à l'art. 29 LAsi¹⁴⁹. En pratique, cela concerne généralement les enfants de plus de douze ans¹⁵⁰. L'analyse des dossiers le confirme : dans tous les cas de RMNA étudiés, les enfants âgés de treize à dix-sept ans ont été entendus personnellement¹⁵¹. Il en va autrement des enfants accompagnés, dont la situation sera examinée plus en détail ci-après.

d. Le droit de participation de l'enfant accompagné en particulier

La participation des enfants accompagnés constitue un point sensible en lien avec l'établissement de l'état de fait. Une question centrale sur ce point est de savoir si les autorités peuvent exclure une participation de l'enfant afin de lui éviter des expériences éprouvantes¹⁵². Du point de vue du Comité des droits de l'enfant, cela se résout relativement aisément. La genèse de la CDE et la structure de son texte incitent à accorder un poids

¹⁴⁷ Ibidem

¹⁴⁸ SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.1. Voir aussi le chap. II.B.1.a. ci-avant.

¹⁴⁹ SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.4

¹⁵⁰ OSAR, Droit d'être entendu, p. 8. Voir aussi, implicitement, SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.3 et 2.4.4.

¹⁵¹ Une motivation était à disposition pour deux cas où l'enfant n'avait pas été entendu personnellement (dans un cas, le requérant ne s'était pas présenté, dans l'autre il s'agissait d'un requérant traumatisé âgé de treize ans).

¹⁵² Une telle interprétation ressort notamment de documents internes du SEM qui indiquent que les enfants relativement jeunes ne doivent pas systématiquement être exposés aux contraintes d'une audition personnelle. Pour une vue d'ensemble de la pratique des États européens, voir EMN, *Accompanied children's right to be heard in international protection procedures*.

plus important qu'auparavant à l'opinion de l'enfant¹⁵³. C'est un argument pour la participation de l'enfant. Ce dernier est également en droit de ne pas exercer son droit de participation. S'il souhaite participer, il doit aussi pouvoir décider s'il veut le faire en personne, c'est-à-dire directement¹⁵⁴. L'État doit faire en sorte que l'enfant ne subisse pas de souffrances du fait de l'exercice de son droit, par exemple dans le cadre d'une audition personnelle, grâce à des préparatifs et un suivi appropriés, en prodiguant les informations nécessaires et en créant un environnement adapté aux enfants. Le Comité des droits de l'enfant souligne, justement en considérant la Suisse, que la participation de l'enfant est essentielle également pour l'établissement de l'état de fait. L'audition personnelle est importante aussi chez les enfants accompagnés, afin de pouvoir examiner *leur* situation¹⁵⁵. La majorité des expertes et experts consultés s'exprime dans le même sens, en insistant sur le fait qu'il appartient à l'État de mettre en place un cadre adapté à l'exercice du droit d'être entendu. Plusieurs expertes et experts du domaine de l'audition (responsables de cas ainsi que représentantes et représentants juridiques) précisent toutefois que dans des cas particuliers, il peut être nécessaire d'exclure des enfants particulièrement vulnérables afin de les protéger.

La jurisprudence récente du Tribunal administratif fédéral aussi vise à accorder un poids plus important à l'opinion des enfants accompagnés, *sans toutefois leur reconnaître un droit général à une audition personnelle (fondé sur la CDE)*¹⁵⁶. Le TAF estime ainsi qu'en règle générale, on peut admettre que les intérêts de l'enfant sont suffisamment pris en considération lorsque (1) les parents s'expriment explicitement sur la situation des enfants et (2) une représentante ou un représentant juridique est impliquée¹⁵⁷. Dans son manuel, le SEM se base sur des limites d'âge : il prévoit, à titre de fil conducteur, une audition personnelle des enfants accompagnés âgés de quatorze ans et plus. Pour les

¹⁵³ Voir déjà Conseil fédéral, message CDE, p. 12.

¹⁵⁴ Comité des droits de l'enfant, *M.K.A.H. c. Suisse*, § 10.11

¹⁵⁵ Comité des droits de l'enfant, *V.A. c. Suisse*, § 7.3 ; Comité des droits de l'enfant, *Z.S. et A.S. c. Suisse*, communication 74/2019, 10 février 2022, § 7.8

¹⁵⁶ Instructif : TAF, arrêt E-3427/2021 du 28 mars 2022 consid. 4.4. Cette observation se confirme aussi par les entretiens avec les expertes et experts et par les résultats de l'enquête en ligne.

¹⁵⁷ TAF, arrêt E-5856/2022 du 5 janvier 2023 consid. 4.3.1 s. Dans la lignée de l'ancienne jurisprudence : TAF, arrêt E-3831/2024 du 27 juin 2024 consid. 5.3.2, selon lequel on peut renoncer à entendre l'enfant si ses intérêts coïncident avec ceux de ses parents et si l'état de fait pertinent peut être constaté sans audition.

enfants plus jeunes, la question fait l'objet d'un examen au cas par cas¹⁵⁸. En juin 2021, le SEM a aussi transposé une constatation du Comité des droits de l'enfant concernant la Suisse dans ses documents internes, en disposant que les enfants accompagnés sont systématiquement entendus à partir de quatorze ans alors que pour les enfants moins âgés, ce n'est le cas que si c'est nécessaire pour constater l'état de fait. Selon le SEM, l'expérience montre que les enfants plus jeunes ne savent souvent pas pourquoi les parents recherchent une protection pour la famille. Par conséquent, il appartient à la représentante ou au représentant juridique de chercher à savoir, en s'entretenant avec la famille, si les enfants peuvent faire valoir leurs propres motifs d'asile ou leurs propres arguments contre le renvoi et s'il y a un conflit d'intérêts avec les parents. Par ailleurs, les enfants dès l'âge de six ans sont entendus personnellement s'ils en expriment clairement le souhait. Or, le Comité des droits de l'enfant semble vouloir aller plus loin : il estime que, dans la procédure d'asile, l'on ne saurait présumer que les intérêts des enfants coïncident avec ceux de leurs parents¹⁵⁹. En effet, les expériences vécues ne les affectent pas de la même manière¹⁶⁰. Compte tenu de ces arguments, dans le cadre de son obligation d'instruction, le SEM devrait évaluer la situation des enfants au moyen d'une audition personnelle¹⁶¹. Il ne s'agit pas seulement d'accorder à l'enfant le droit de participer, mais également d'évaluer son bien, nonobstant les raisons ayant motivé la demande d'asile de leurs parents¹⁶².

Malgré le *changement de pratique de 2021* (audition des enfants accompagnés), aucun des onze dossiers concernant des enfants de moins de quatorze ans ne fait état d'une audition personnelle¹⁶³. Dans certains dossiers, on cherche en vain une motivation, d'autres invoquent le jeune âge de l'enfant dans le cadre de l'audition personnelle des parents¹⁶⁴, dans d'autres cas encore, les parents ont été invités à indiquer si l'enfant souhaitait faire valoir ses propres motifs ou s'il voulait être entendu personnellement. Les enfants de plus

¹⁵⁸ Voir SEM, manuel CDE, ch. 2.2 ; SEM, manuel Audition, ch. 2.2.7.

¹⁵⁹ Comité des droits de l'enfant, *V.A. c. Suisse*, § 7.3

¹⁶⁰ *Ibidem*, § 7.4

¹⁶¹ Dans le même sens, WYTENBACH, n. 75 ad art. 11 Cst. Voir aussi Comité des droits de l'enfant, *M.K.A.H. c. Suisse*, § 10.11.

¹⁶² *V.A. c. Suisse*, § 7.3. Le cas d'espèce impliquait des violations de l'art. 3 ainsi que de l'art. 12 CDE (voir § 8).

¹⁶³ Tous les dossiers ont été ouverts après le changement de pratique de juin 2021, susmentionné.

¹⁶⁴ Les enfants concernés avaient entre neuf et dix ans.

de quatorze ans non plus n'ont pas été entendus dans tous les cas. Les dossiers n'indiquent pas pourquoi les auditions n'ont pas été effectuées¹⁶⁵. Partant, les enfants n'ayant pas été entendus personnellement sont souvent moins présents dans les décisions correspondantes.

Les expertes et experts consultés *divergent* en ce qui concerne l'audition personnelle des enfants accompagnés. Selon une personne assurant la représentation juridique, il est peu utile d'effectuer avec les jeunes enfants accompagnés des entretiens quasi identiques à ceux menés avec les adultes, car ces enfants n'ont pas à justifier de motifs d'asile. Les expertes et experts critiquent également le fait que les jeunes enfants accompagnés (moins de quatorze, respectivement douze ans, selon les personnes) ne bénéficient de toute façon pas de la possibilité d'avoir un entretien. Les exceptions sont rares, il faut par exemple que le SEM soupçonne que l'enfant a ses propres motifs pour chercher l'asile. Pour ces intervenants, la pratique de ne pas entendre les enfants est une mauvaise alternative à l'audition par défaut, qui risque d'exacerber leur sentiment d'impuissance. D'après une experte membre d'une ONG, il est donc important de laisser aux enfants le choix en ce qui concerne la forme d'entretien adéquate. Plusieurs expertes et experts estiment aussi que souvent, la situation familiale problématique des enfants accompagnés ne vient au jour qu'après des signalements auprès de l'APEA, et que les risques de vulnérabilité des enfants au sein de leurs familles ne sont identifiés qu'avec difficulté, et donc souvent trop tardivement¹⁶⁶. Dans l'*enquête en ligne* également, nombre d'intervenants pensent que les enfants accompagnés ne bénéficient d'une audition personnelle qu'à partir d'un certain âge (douze ou quatorze ans) : 67,6 % des responsables de cas citent un âge inférieur à quatorze ans comme la principale raison de ne pas auditionner les jeunes enfants accompagnés, généralement car l'enfant est trop jeune et pas assez mature. Ils mentionnent également l'équivalence entre les intérêts de l'enfant et ceux de ses parents et l'opinion qu'il n'est pas nécessaire d'élucider l'état de fait plus en détail. « L'âge et la maturité » sont généralement considérés comme des critères pertinents pour déterminer si et comment un enfant est entendu (près de 65 % de réponses « assez » ou

¹⁶⁵ Les trois cas concernent des admissions.

¹⁶⁶ Les dossiers comportent aussi des indices en ce sens : dans une décision de renvoi pour cause de violence domestique du père, les enfants de la famille se sont vu assigner une curatelle et le père a été mis en détention préventive.

« beaucoup »). De plus, 91,4 % des personnes ayant répondu à l'enquête en ligne indiquent que les entretiens avec les enfants se déroulent dans les mêmes locaux que ceux avec les adultes, mais avec plus de pauses ou des auditions plus courtes.

Globalement, l'on peut constater une *sensibilité croissante à l'importance du fait que l'enfant puisse faire entendre sa voix personnellement*. Un certain changement de culture est indubitablement intervenu. Le constat est toutefois à relativiser puisque la pratique continue à se baser sur des limites d'âge et sur le critère de la capacité de discernement, qui ont plutôt tendance à restreindre le droit d'être entendu. Lorsque la CDE parle de discernement, le but est de consacrer un droit autonome de l'enfant. Fondamentalement, les modalités selon lesquelles le droit d'être entendu est accordé à l'enfant doivent reposer sur une évaluation fondée de sa capacité à comprendre la procédure et sa situation dans le cas concret. L'audition personnelle ne doit pas servir uniquement à constater les motifs d'asile et de renvoi, mais aussi à évaluer les besoins particuliers de l'enfant et son bien-être, dans la situation où il se trouve (pour vérifier si des actions sont requises en lien avec la procédure, l'hébergement ou encore l'encadrement). Un interrogatoire formel n'est pas la seule et unique option¹⁶⁷. Les expertes et experts mentionnent qu'il serait possible de mettre à profit les expériences et les pratiques en matière d'élucidation des faits dans les procédures de protection de l'enfant¹⁶⁸. Comme l'explique une experte : « *Im Kindes-schutzverfahren will man Kindern mit potentiell traumatischen Erlebnissen ja auch möglichst jung Gehör schenken. Das sind ähnliche Herausforderungen* » [dans la procédure de protection de l'enfant aussi, le but est d'accorder dès le plus jeune âge possible le droit d'être entendu à des enfants subissant potentiellement des expériences traumatisantes. Les défis sont similaires.]

Pour résumer, l'introduction d'une procédure spécifique, liée au cas concret et le fait de ne pas recourir à des présomptions schématiques pourrait *améliorer* significativement l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il faut veiller à ce que les enfants accompagnés puissent faire valoir leur perspective à eux, possiblement tout à

¹⁶⁷ Pour un recueil de bonnes pratiques, voir OSAR, Droit d'être entendu, p. 10 ss.

¹⁶⁸ Par exemple l'instrument berno-lucernois pour élucider l'intérêt supérieur de l'enfant (HAURI/JUD/LÄTSCH/ROSCH, p. 1 ss) ou le manuel de procédure de la FHNW sur l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant (BIESEL/FELLMANN/MÜLLER/SCHÄR/SCHNURR, p. 1 ss).

fait différente de celle des parents, dans la procédure. La décision relative à l'audition doit être documentée dans le dossier.

2. Forme de la procédure

Le droit à être entendu inscrit à l'art. 12, al. 1, CDE vise à garantir que *l'enfant puisse effectivement faire entendre sa voix*. Il ne s'agit pas d'une simple participation formelle, mais bien d'un véritable droit à part entière. Pour pouvoir exercer ce droit, l'enfant doit être informé d'une manière adaptée à son âge et à son niveau de développement, il doit comprendre ses possibilités de participation, les modalités selon lesquelles il peut exprimer son opinion et, le cas échéant, les options de décision ainsi que leurs conséquences. C'est à l'autorité compétente et, dans le cas des enfants accompagnés, aux parents (respectivement aux détenteurs de l'autorité, pour les enfants non accompagnés) d'assurer que les informations soient transmises¹⁶⁹.

La *loi sur l'asile* prévoit différentes prescriptions en matière d'information des requérants, qui toutefois ne concernent *pas spécifiquement les enfants*. Le point de départ, et également le point central, est que le SEM informe les enfants, tout comme les adultes, du déroulement de l'audition, des obligations de collaborer et de la suite de la procédure, dans le cadre de l'audition personnelle. Les *dossiers* étudiés suggèrent que c'est vrai dans la grande majorité des cas. Le cahier des charges du SEM prévoit en outre des obligations d'informer pour les représentantes et représentants juridiques ainsi que pour les conseillers et conseillers juridiques, là encore sans spécification pour les enfants. Il s'agit notamment de transmettre des informations sur les droits et obligations dans la procédure, sur les conséquences d'une violation de l'obligation de collaborer et sur les délais. Les *documents du SEM* prévoient *certaines étapes d'information spécifiques pour les enfants*, ici encore focalisées sur les RMNA. Elles concernent en particulier la clarification de l'âge et la protection juridique en cas de changement d'âge. Les *dossiers* étudiés ne suggèrent pas que les enfants reçoivent des informations de manière générale, y compris en dehors de l'audition personnelle et on y chercherait en vain des indices d'une préparation de l'audition et d'autres étapes de procédure. L'exposé ci-après concerne donc les

¹⁶⁹ Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 25

résultats issus des autres sources d'information. Les documents du SEM, par exemple, prètent à conclure que la tâche de fournir des informations plus poussées est en principe considérée comme déléguée aux représentantes et représentants juridiques ou aux conseillères et conseillers juridiques. Fait remarquable, il ressort de l'enquête en ligne auprès de spécialistes de l'hébergement et de l'encadrement ainsi que des entretiens avec de jeunes adultes s'étant réfugiés en Suisse lorsqu'ils étaient mineurs (expertes et experts témoins¹⁷⁰) que presque tous les RMNA se sentent insuffisamment informés, voire désorientés, à partir de leur arrivée (concernant la procédure d'asile en soi, leurs droits, le rôle de la représentante ou du représentant juridique, de la personne de confiance et de la conseillère ou du conseiller juridique, ainsi qu'à l'égard des nombreuses autres actrices et acteurs dans les CFA).

Concernant les *modalités* de l'audition personnelle, le droit d'exécution suisse prévoit une obligation de tenir compte des aspects particuliers de la minorité (art. 7, al. 5, OA 1), que le Tribunal administratif fédéral a concrétisée dans un *arrêt de principe* daté de 2014¹⁷¹. Selon cette jurisprudence, il faut notamment prendre en considération l'âge et la maturité de l'enfant et la complexité de l'affaire. Le tribunal a dérivé des prescriptions légales et des directives internationales des exigences détaillées en matière de réalisation de l'audition personnelle. Les *articles de manuel* du SEM se réfèrent à cet arrêt. Le SEM dispose aussi de *supports et vidéos de formation internes et d'autres documents* qui concernent les enfants de divers âges et mettent en œuvre ces prescriptions. De manière générale, une sensibilisation marquante est intervenue dans ce domaine au cours des années écoulées. Les *expertes et experts consultés* distinguent néanmoins une série de points névralgiques beaucoup trop peu considérés dans les modalités selon lesquelles l'enfant peut faire entendre sa voix. Par exemple, nombre d'enfants entrent dans les procédures complexes d'asile avec des charges préexistantes et peu de ressources psychiques et sociales. Tous se trouvent dans des situations exceptionnelles généralement stressantes, et voyagent parfois sans leurs parents. Cependant, une majorité des personnes interviewées expertes du domaine de l'audition considèrent qu'en pratique, les enfants sont rarement entendus de manière adaptée à leur âge et à leur trauma, et bénéficient rarement d'un soutien

¹⁷⁰ En plus de l'enquête réalisée par le HCR auprès des RMNA dans les CFA (voir chap. I.C. ci-avant).

¹⁷¹ ATAF 2014/30 consid. 2.3

adéquat lors de la préparation et du suivi. Les expertes et experts témoins estiment eux aussi que l'entrée dans la procédure est difficile. Comme l'exprime une de ces personnes : « *Du kommst in ein Land, du kannst die Sprache nicht, du kennst niemanden und weisst nichts* » [tu arrives dans un pays, tu ne connais pas la langue, tu ne connais personne et tu ne sais rien]. La plupart des expertes et experts mentionnent que la procédure est focalisée sur le fait d'examiner la demande d'asile de manière standardisée et aussi efficiente que possible, et que si l'intérêt supérieur de l'enfant est thématiqué, c'est surtout pour les RMNA et généralement aux phases tardives de la procédure. Même lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant reçoit plus d'attention, le but demeure de régler rapidement la question de la qualité de réfugié, en se basant sur d'autres facteurs. Un expert en matière de protection de l'enfant et de l'adulte estime par conséquent que la barre est placée différemment en termes d'intérêt supérieur de l'enfant dans la procédure d'asile que dans les procédures de protection de l'enfant. Plusieurs expertes et experts mentionnent qu'il existe des lignes directrices aussi bien générales que spécifiques¹⁷².

Les expertes et experts sont unanimes concernant les *contours judiciaires de l'information et de la communication*. Tout d'abord, il faut que l'enfant soit informé de manière adaptée à propos des diverses étapes de la procédure. Il doit pouvoir saisir et maîtriser les éventuelles conséquences directes des étapes de procédure, telles que l'audition personnelle ou une détermination de l'âge. Certains enfants n'ont que très peu de ressources psychiques et sociales pour gérer ces événements. Les entretiens avec les expertes et experts des domaines de l'hébergement et de l'encadrement, de la thérapie, des ONG et de la curatelle prêtent à conclure que les enfants sont exposés à des risques de traumatisme et de retraumatisme, surtout lorsqu'ils sont dans l'incapacité d'influer sur leur situation¹⁷³. Dans ce contexte, les expériences vécues en route et dans le pays d'origine se font remarquer. Selon une experte en matière d'hébergement et encadrement, il y a des phases où l'on a l'impression qu'un enfant sur deux est traumatisé : « *Zum Beispiel haben wir mehrfach von massivster bulgarischer und serbischer Polizeigewalt gehört, oder von brutalen*

¹⁷² Ont notamment été mentionnés MMI/UNICEF, « L'audition de l'enfant. C'est de toi qu'il s'agit – ton opinion compte » ; UNICEF/MMI, « L'audition de l'enfant dans la procédure de droit civil » ; UNICEF/MMI, « Participation et audition des enfants dans les procédures d'asile » ; UNICEF, « Dépliant. Tes droits dans la procédure d'asile ».

¹⁷³ Voir la recherche en la matière, p. ex. HARGASSER, p. 1 ss ; MANNHART/FREISLEDER, p. 38 ss.

Schlepperbanden, vom Miterleben, wie einem Nahestehende im Meer ertrinken, oder auch, wie die Mutter neben dem Kind erschossen wurde » [par exemple, nous avons de nombreux retours de violences policières massives en Bulgarie et en Serbie, ou de gangs brutaux de passeurs, d'avoir vu ses proches se noyer dans la mer, ou de mères fusillées devant leurs enfants]. Selon les expertes et experts, le traumatisme d'un enfant peut se révéler par exemple par le jeu. Les expertes et experts indiquent également que la plupart du temps, les parents aussi ont vécu des situations traumatisantes et que, de plus, dans les logements collectifs, il est difficile de reconnaître correctement la situation des enfants non accompagnés, et encore plus des accompagnés. De leur point de vue, le point déterminant est comment les enfants sont préparés aux diverses étapes, comment ils sont informés et s'ils sont accompagnés.

La quasi-totalité des expertes et experts consultés souligne aussi le *caractère hautement sensible de l'audition personnelle*, indiquant qu'elle ne saurait être réalisée de manière identique que pour les adultes. Leurs remarques concernant la réalisation de l'audition se recoupent en majeure partie avec l'arrêt de principe susmentionné du TAF de 2014¹⁷⁴. Un expert témoin raconte qu'on lui a posé plus de 100 questions, dans un cadre intimidant, avec une traductrice à côté de lui et une personne de l'autorité ainsi qu'une personne dressant le procès-verbal en face. Il se rappelle que son avocate était là, mais ne s'est pas exprimée. Un autre expert témoin formule la chose ainsi : « *Das Asylverfahren selbst empfand ich als äusserst belastend, insbesondere das erste Interview, das sieben Stunden dauerte. Dieses Interview diente dazu, den Fluchtweg und die Aufenthalte in anderen Ländern zu klären, während das zweite Interview die Fluchtgründe behandelte* » [j'ai trouvé la procédure d'asile en soi extrêmement éprouvante, surtout le premier entretien, qui a duré sept heures et servait à déterminer mon itinéraire et mes séjours dans d'autres pays. Le deuxième entretien portait sur les raisons de la fuite]. Les expertes et experts mentionnent aussi que, faute de prescriptions générales, la personne menant l'entretien revêt trop de poids. Une bonne formation est nécessaire pour garantir entièrement le droit d'être entendu sans courir le risque de retraumatiser la personne par des questions trop

¹⁷⁴ Notamment la prise en compte adéquate du comportement de l'enfant, de son niveau de développement et de ses expériences possibles, les modalités de l'entretien, surtout lorsque des expériences éprouvantes sont en jeu, le fait d'éviter les pressions et, enfin, le fait d'éviter les locaux stériles (aspect non mentionné dans l'arrêt de principe).

détaillées. Pour grand nombre d'expertes et experts, la formation de la personne responsable de cas représente un problème. Cette observation se confirme dans l'enquête en ligne auprès des responsables de cas et des représentantes et représentants juridiques : 26,4 % seulement se considèrent comme formés de manière entièrement adéquate pour pouvoir travailler avec des enfants et reconnaître leur bien (41,8 % « plutôt d'accord », 27,3 % « plutôt pas d'accord », 0,9 % « pas du tout d'accord »).

La plupart des expertes et experts consultés estime qu'une *communication adaptée à l'enfant* doit débiter dès l'arrivée au CFA. C'est le deuxième facteur-clé de la protection de l'enfant, après les circonstances de l'audition sensibles au cas particulier et à l'intérêt supérieur de l'enfant. La procédure n'est pas expliquée de manière assez simple et compréhensible, il n'est pas clair qu'il n'y a pas de bonnes ou de mauvaises réponses dans l'audition personnelle et que l'enfant peut demander des pauses. En lien avec les RMNA, le constat est qu'ils ont besoin de plus de temps avec la personne de confiance. Selon une experte témoin : « *Ich habe einfach einen Termin bekommen, dass wir in dieser Zeit ein Interview haben und sonst wegen Rechten, nein ... Erst später in der Schule habe ich gelernt, welche Rechte und Pflichten ich habe* » [on m'a simplement donné un rendez-vous pour un entretien, on ne m'a rien dit des droits, ce n'est que plus tard, à l'école, que j'ai appris mes droits et mes obligations]. L'audition reste une expérience éprouvante même si la représentante ou le représentant juridique fournit des informations compréhensibles au début de la procédure. Un expert membre d'une ONG indique qu'il faut de la constance, du calme, de petites unités et une stabilité. Selon son appréciation, incorrectement préparés et mal accompagnés, les jeunes n'ont aucune chance de mentionner les faits importants pour l'octroi de l'asile ; par exemple, lorsqu'un RMNA dit que sa famille ne va pas bien et est disséminée dans divers pays (dans le but d'un regroupement familial), cela n'a aucune incidence sur la décision en matière d'asile, et les RMNA ignorent souvent ce fait. Ce constat révèle que les enfants accompagnés sont fortement tributaires de ce que leur disent les parents.

Les expertes et experts relèvent aussi le fait que les *personnes de référence en savent généralement peu*, notamment, sur l'état de la procédure. Étant elles-mêmes insuffisamment informées, elles ne peuvent pas informer correctement les enfants. Pourtant, quelqu'un doit être là pour s'occuper de l'enfant, surtout en cas de décision négative. La

représentante ou le représentant juridique ne transmet pas automatiquement les informations aux personnes d'encadrement. Selon une experte en encadrement/hébergement, si la représentante ou le représentant juridique d'un RMNA ne dit rien, « *dann kriegen wir es auch nicht mit (...). Wir bekommen vor allem mit, wenn sie einen negativen Entscheid bekommen und in ein Loch fallen. Da versuchen wir sie einigermaßen aufzufangen, aber halt erst im Nachhinein* » [nous ne savons rien (...). Nous sommes surtout informés quand ils reçoivent une décision négative et tombent dans un trou. Nous essayons de nous en occuper dans la mesure du possible, mais c'est après coup]. La même experte indique qu'après la transmission au canton, il y a parfois des organes centraux spécialisés pour les RMNA, mieux équipés en termes d'information et d'accompagnement, mais qu'à ce moment-là la procédure d'asile est souvent déjà terminée définitivement ou provisoirement. Quelques expertes et experts de l'hébergement au niveau cantonal critiquent aussi le transfert d'informations entre les CFA et les cantons. Comme le formule une experte : « *Nur in sehr besonderen Situationen erfahren wir Kindeswohlrelevante Themen, die über rudimentäre physische Gebrechen hinausgehen* » [ce n'est que dans des cas très particuliers que nous avons des informations sur l'intérêt supérieur de l'enfant allant au-delà des problèmes physiques rudimentaires].

Le passage à la maturité est un moment particulièrement critique pour les RMNA. À ce moment-là, que ce soit par la décision constatant leur âge ou l'avènement du 18^e anniversaire, ils perdent toute protection, leur cadre et leurs contacts sociaux, souvent sans égard à leur niveau de maturité et de vulnérabilité¹⁷⁵. Cela peut se produire d'un jour à l'autre. Cette étape a des répercussions importantes sur la procédure : les règles de compétence de la procédure Dublin sont différentes pour les adultes et l'exécution du renvoi est assortie d'exigences moins élevées. Une majorité des experts consultés a décrit en particulier le changement abrupt suite à une procédure de détermination de l'âge comme un facteur important de charge mentale, qui déclenche de la peur et parfois des crises massives chez nombre de jeunes, et préconisent une transition en douceur eu égard aux droits de l'enfant. La CDE envisage le passage à l'âge adulte comme un processus et pas comme

¹⁷⁵ Une grande partie des responsables de cas et des représentantes et représentants juridiques ayant participé à l'enquête en ligne indique que les personnes passent dans la structure adulte dès qu'elles sont reconnues comme majeures (40,9 %) ou quelques jours plus tard (36,4 %). 8 % seulement indiquent que la transition fait l'objet d'une préparation et d'un accompagnement, et seuls 5,7 %, disent que les personnes concernées peuvent rester dans la structure RMNA (sous réserve de places disponibles).

un bond géant qui s’accomplit lorsqu’un enfant atteint 18 ans¹⁷⁶. En termes de psychologie du développement, il n’y a guère de différence entre une personne âgée de 17,8 ans et un jeune adulte de 18,2 ans. Certes, la CDE ne s’applique plus à partir de 18 ans, mais des délais transitoires adéquats et un cadre adapté aux jeunes adultes semblent néanmoins indiqués pour pallier les crises.

3. L’intérêt de l’enfant dans la décision

Un troisième aspect problématique dans les procédures relevant du droit de l’asile est la *prise en considération de l’intérêt concret de l’enfant dans les décisions relatives à l’exécution du renvoi*. Le postulat thématise explicitement cette question, appelant à clarifier si le SEM examine les obstacles au renvoi dans tous les cas et avec suffisamment d’attention et s’il respecte l’obligation de motiver sa décision. Le Comité des droits de l’enfant estime qu’une décision de retour n’est envisageable que si elle est compatible avec l’intérêt supérieur de l’enfant¹⁷⁷, et exige en tous les cas le respect du principe de non-refoulement¹⁷⁸. Il demande également que l’intérêt supérieur de l’enfant soit une considération primordiale en cas de renvoi et qu’à son retour, l’enfant soit pris en charge correctement et puisse exercer ses droits¹⁷⁹, ces exigences étant valables tant pour les enfants accompagnés que pour ceux qui ne le sont pas. Le Comité des droits de l’enfant exige d’examiner concrètement comment l’enfant sera accueilli dans son État d’origine ou dans l’État compétent selon les règles Dublin. En ce qui concerne les problèmes de santé toutefois, il concède que le principe de non-refoulement ne donne pas naissance à un droit à

¹⁷⁶ Dans le même sens : HCR, Table ronde Droits de l’enfant, p. 5 ss

¹⁷⁷ Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l’enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 32, al. k, et 33 ; en lien avec les enfants non accompagnés, voir Comité des droits de l’enfant, observation générale 6, par. 84. De manière générale concernant l’importance de l’art. 3 CDE dans les décisions en matière de retour, voir Comité des droits de l’enfant, *A.B. c. Finlande*, communication 51/2018, 4 février 2021, § 12 ; concernant le principe de précaution, voir Comité des droits de l’enfant, *I.A.M. c. Danemark*, communication 3/2016, 25 janvier 2018, § 11.3 et 11.8.

¹⁷⁸ L’enfant ne doit en aucun cas subir un dommage irréparable. Lorsqu’il existe un doute que l’État de destination ne puisse pas protéger l’enfant contre un tel dommage, il faut s’abstenir de le renvoyer (voir Comité des droits de l’enfant, *I.A.M. c. Danemark*, communication 3/2016, 25 janvier 2018, § 11.8. ; Comité des droits de l’enfant, *Z.S. et A.S. c. Suisse*, § 7.3 s. ; Comité des droits de l’enfant, *M.K.A.H. c. Suisse*, § 10.4 ; Comité des droits de l’enfant, *K.K. c. Suisse*, communication 110/2020, 25 janvier 2023, § 9.3, 9.4 et 9.6).

¹⁷⁹ Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l’enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 33 ; Comité des droits de l’enfant, *K.K. c. Suisse*, § 9.3

séjourner dans un État qui a un meilleur système de santé¹⁸⁰, sauf si le traitement est essentiel pour la vie et le bon développement de l'enfant et ne serait pas disponible et accessible dans l'État de renvoi. En cas de retour, la continuité du traitement doit être garantie pendant le trajet et après l'arrivée au pays, en coopération avec l'État de retour¹⁸¹. En pratique, le Comité des droits de l'enfant ne semble pas exiger que le choix se porte sur la solution qui est la meilleure pour l'enfant¹⁸², le point de référence est moins strict. La CDE offre toutefois une marge de manœuvre décisionnelle nettement plus étroite aux États dans le cas des enfants que celui des adultes.

Après le rejet d'une demande d'asile en Suisse, il faut examiner les potentiels *obstacles à l'exécution*. Si l'exécution du renvoi « ne peut être raisonnablement exigée », le SEM décide l'admission provisoire (art. 83, al. 1 et 4, LEI). Il ne s'agit pas d'une décision d'appréciation, comme on pourrait l'imaginer : la question de savoir si les conditions d'une admission provisoire sont remplies est une question de droit¹⁸³. Selon le Tribunal administratif fédéral, l'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance considérable dans la détermination de ce seuil d'exigibilité juridique, qui est très important en pratique¹⁸⁴. L'intérêt supérieur de l'enfant est, de jurisprudence constante, perçu comme un élément de la question de l'exigibilité¹⁸⁵. Il faut souligner que ce n'est pas que dans les situations d'urgence existentielle que le renvoi n'est pas réputé exigible¹⁸⁶ ; le seuil est moins haut pour les enfants que pour les adultes. Essentiellement, il s'agit de déterminer si un retour

¹⁸⁰ Comité des droits de l'enfant, *K.S. et M.S. c. Suisse*, communication 74/2019, 10 février 2023, § 7.3 ; Comité des droits de l'enfant, *K.K. c. Suisse*, § 9.4

¹⁸¹ Comité des droits de l'enfant, *K.K. c. Suisse*, § 9.6. Le Comité des droits de l'enfant semble considérer la question comme une modalité de l'exécution (ibidem).

¹⁸² Voir le chap. I.B. ci-avant.

¹⁸³ ATAF 2014/26 consid. 7.9.6

¹⁸⁴ ATAF 2009/51 consid. 5.6 et ATAF 2009/28 consid. 9.3.2

¹⁸⁵ Voir par exemple ATAF 2021 VI/3 consid. 11.5.2 ; 2015/30 consid. 7.2 ; 2014/26 consid. 7.6 ; 2012/31 consid. 7.3.2.3. D'une autre opinion : TF, arrêt E-6485/2014 du 8 décembre 2017 consid. 7.2 et 7.4. La notion de licéité suppose que l'exécution du renvoi ne soit pas contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (p. ex. le principe de non-refoulement au sens de l'art. 3 CEDH). Le SEM argumente régulièrement que la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant n'intervient pas dans le cadre de l'examen de l'exigibilité, faute d'applicabilité directe (voir SEM, manuel Renvoi, ch. 3.2.2.3.1).

¹⁸⁶ Voir entre autres ATAF 2014/26 consid. 7.6, avec référence à ATAF 2009/51 consid. 5.8 et 2009/28 consid. 9.3.4 s. ainsi que SEM, manuel Renvoi, ch. 3.2.2.3.2.

mettrait en péril l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸⁷. Peuvent notamment entrer en considération, pour les RMNA, l'âge, le degré de maturité, les dépendances, la nature de ses liens (proximité, intensité, robustesse), les caractéristiques de ses personnes de référence (surtout la disposition et la capacité à lui prêter soutien), l'état et le pronostic en matière de développement/éducation et son degré d'intégration en cas de séjour de longue durée en Suisse¹⁸⁸. S'ajoutent à cela d'autres garanties : les RMNA doivent pouvoir être remis à un membre de leur famille, à un tuteur ou à une structure d'accueil dans le pays de retour (art. 69, al. 4, LEI). S'il est impossible de localiser des proches, il faut vérifier concrètement si des options d'hébergement adaptées sont à disposition et, le cas échéant, obtenir des garanties de prise en charge¹⁸⁹. Ces prescriptions relatives à la protection de l'enfant se retrouvent aussi, pour l'essentiel, dans les documents du SEM¹⁹⁰. Les décisions en matière de renvoi doivent comporter une *motivation permettant de comprendre* comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte à titre de considération primordiale¹⁹¹.

L'exemple des *renvois en Guinée* permet de mettre en lumière ce que cela signifie concrètement. En pratique, une ONG fondée par un ressortissant suisse et qui exploite ou soutient des orphelinats en Guinée (rocCONAKRY) joue un rôle essentiel dans l'exécution des renvois vers ce pays. Sur demande du SEM, elle s'engage par écrit à aller chercher les RMNA renvoyés à l'aéroport et à s'en occuper jusqu'à leur maturité, en leur fournissant hébergement adéquat et nourriture, un accompagnement psychosocial, en encourageant leur intégration économique et en les encadrant de manière générale. Selon l'appréciation du Tribunal administratif fédéral, le SEM satisfait ainsi à son obligation d'instruction¹⁹². Les expertes et experts consultés estiment que de tels accords ne sont appropriés que si le séjour, le déplacement et la remise sont préparés et effectués avec un accompagnement professionnel, que l'établissement doit en outre se doter d'un concept permettant de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il faut vérifier si les prestations promises sont bien fournies.

¹⁸⁷ ATAF 2014/26 consid. 7.6

¹⁸⁸ ATAF 2015/30 consid. 7.2

¹⁸⁹ ATAF 2021 VI/3 consid. 11.5.2 ; voir aussi ATAF 2015/30 consid. 7.3.

¹⁹⁰ Voir p.ex. SEM, manuel Renvoi, ch. 3.2.2.3.2 ; SEM, manuel RMNA, ch. 2.5.2.

¹⁹¹ ATAF 2015/30 consid. 7.2

¹⁹² TAF, arrêt D-3060/2024 du 29 mai 2024 consid. 5.2

Dans les *procédures Dublin*, il faut vérifier les obstacles au transfert des enfants déjà lors de l'examen de la compétence. En effet, ils peuvent s'avérer pertinents pour l'application de la clause de souveraineté, qui permet à un État partie au système Dublin de se déclarer volontairement compétent pour une procédure qui relève en principe de la compétence d'un autre État (art. 17 du Règlement Dublin III, en lien avec l'art. 29a, al. 3, OA 1). Le bien d'un enfant impliqué peut être un motif d'application de ladite clause. Tout comme pour la pesée des intérêts en droit des étrangers, la décision relative à la compétence doit comporter une motivation permettant de comprendre comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en considération¹⁹³. D'après le Tribunal administratif fédéral, en fonction des conséquences qu'implique un transfert pour un enfant, il peut y avoir une obligation positive d'examiner une requête d'asile¹⁹⁴.

L'analyse des dossiers révèle un *tableau varié*. En comparaison avec les procédures en droit des étrangers, les décisions relatives à l'exécution d'un renvoi mentionnent généralement plus fréquemment l'intérêt de l'enfant, surtout dans le cas des RMNA. Le critère occupe aussi plus de place dans les motivations. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est toutefois pas toujours examiné spécifiquement dans le cas des *enfants accompagnés* : dans trois cas sur dix, les obstacles au renvoi ne sont examinés que pour les parents. Dans quatre cas, l'examen inclut les enfants mais se focalise sur les parents. Ce n'est que dans trois cas que l'examen porte spécifiquement sur l'enfant. Deux enfants ont eu une audition personnelle. La décision ne reproduit l'opinion de l'enfant que dans trois cas sur un total de 17, les enfants ayant aussi été entendus personnellement au préalable dans ces trois mêmes cas. Force est aussi de constater que la perspective des jeunes enfants accompagnés et des enfants accompagnés n'ayant pas eu d'audition personnelle n'est que peu prise en compte dans les décisions relatives à l'exécution du renvoi. Les entretiens avec les expertes et experts confirment ce constat. Les dossiers concernant des RMNA impliquent un examen plus poussé des obstacles et une motivation plus complète. Un examen des obstacles s'observe dans tous les dossiers, à une exception près¹⁹⁵. Dans tous les cas

¹⁹³ ATAF 2021 VI/1 consid. 15.5, avec référence à la jurisprudence correspondante de la Cour EDH. Voir aussi TAF, arrêt D-2505/2024 du 16 mai 2024 consid. 5 et 7.3.4 s. ; D-6865/2023 du 5 juillet 2024 consid. 6.3 ; D-1251/2023 du 23 février 2023 consid. 4.6 ; E-2056/2020 du 31 août 2020 consid. 6.3.

¹⁹⁴ ATAF 2021 VI/1 consid. 16.1

¹⁹⁵ L'exception concernait un requérant âgé de 15 ans qui avait déjà été reconnu comme réfugié dans un État Dublin et qui a obtenu un second asile en Suisse sur recours.

concernant des RMNA, la décision expose l'opinion de l'enfant, et explique pourquoi elle s'en écarte, le cas échéant.

Pour résumer, l'on constate que *dans le cas des RMNA, les obstacles à l'exécution du renvoi ont généralement été examinés* et que les décisions s'écartant de l'opinion de l'enfant comportent généralement une motivation plus approfondie. Le bien des enfants accompagnés n'est examiné que rarement ; la motivation tend à être plus complète lorsque l'enfant a été entendu personnellement au préalable.

4. Conclusion partielle

Ces dernières années, la mise en œuvre de plusieurs prescriptions de la CDE s'est nettement améliorée dans les procédures relevant du droit de l'asile. De manière générale, l'on peut constater une plus grande sensibilité à la situation des enfants, surtout pour les RMNA, que ce soit au niveau de la détermination de l'état de fait, de la participation des enfants ou de la prise en compte de leurs intérêts dans la décision. Il faut souligner en particulier des examens plus poussés chez les jeunes enfants accompagnés et le fait que le Tribunal administratif fédéral demande plus fréquemment des clarifications concrètes en cas de renvoi de RMNA. Pourtant, les obligations découlant de la CDE ne sont toujours pas entièrement mises en œuvre. Le constat s'applique aussi bien à l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale en vertu de l'art. 3, al. 1, CDE, qu'à l'obligation d'octroyer le droit d'être entendu selon l'art. 12, al. 1. CDE.

Les observations suivantes s'imposent, en vue de la discussion ultérieure :

- (1) Une procédure spécifique visant à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant fait défaut dans la procédure d'asile. La détermination de l'état de fait se focalise sur les motifs d'asile, la compétence selon les règles Dublin et les éventuels obstacles à l'exécution du renvoi. Un examen d'autres éléments de fait peut intervenir dans le cas des RMNA (p. ex. la détermination de l'âge).
- (2) L'objet et l'étendue de l'obligation de collaborer ne sont pas examinés selon les circonstances du cas *concret* en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

- (3) Des règles forfaitaires liées à l'âge créent des obstacles objectivement injustifiés à la participation des enfants, surtout des jeunes enfants accompagnés, ce qui engendre des risques spécifiques sur le plan de l'établissement des faits.
- (4) Globalement, la procédure d'asile ne tient pas suffisamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, surtout en ce qui concerne l'audition personnelle.
- (5) La procédure de détermination de l'âge ne prend pas suffisamment en considération les risques spécifiques de cette étape de procédure pour les adolescents. La préparation et l'accompagnement lors du passage à l'âge adulte sont insuffisants.
- (6) La situation des jeunes enfants accompagnés et leurs intérêts, qui peuvent diverger de ceux des parents, sont peu pris en compte dans la décision.

5. Recommandations d'action

4. *Élucidation systématique de la situation de l'enfant (voir notamment chap. II.B.1. et II.B.2)*

4.1 *Les auteures et auteurs recommandent d'introduire une première évaluation des besoins de l'enfant, faite par une personne spécialisée dans les questions d'intérêt supérieur de l'enfant, au début de la procédure d'asile, afin d'avoir une première évaluation professionnelle de sa situation (notamment en matière de santé). Ensuite, il est possible de procéder à des vérifications plus concrètes en vue de l'hébergement et de l'encadrement, pour déterminer l'obligation de collaborer, les modalités de la procédure, etc. Les spécialistes de l'intérêt supérieur de l'enfant doivent pouvoir agir de manière indépendante sur les plans organisationnel et personnel dans toute la mesure du possible¹⁹⁶.*

4.2 *Les auteures et auteurs recommandent d'introduire dans la procédure probatoire un stade spécifiquement destiné à l'évaluation et à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, de documenter les mesures correspondantes et le résultat dans le dossier et de faire appel à des spécialistes en matière d'enfance¹⁹⁷.*

4.3 *Une évaluation complète de l'intérêt supérieur de l'enfant implique en particulier d'élucider les aspects suivants :¹⁹⁸*

- *l'opinion de l'enfant ;*
- *l'identité de l'enfant, notamment le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine nationale, la religion et les convictions, l'identité culturelle et la personnalité ;*
- *les situations de vulnérabilité : parcours et vécu de l'enfant dans le pays d'origine, pendant la fuite et dans le pays de destination (violence, séparation de la famille ou décès de membres de la famille, développement social et émotionnel, accompagné ou non, handicap) ;*
- *les circonstances dans lesquelles il a grandi et les ressources : développement actuel et prospectif, bien-être physique et psychique, encadrement et croissance, famille, personnes de référence et relations importantes, autres ressources personnelles et sociales ;*
- *la situation dans le pays d'origine (ou dans l'État tiers / État Dublin) en cas de renvoi : encadrement, sécurité et protection, maintien de l'environnement familial et personnel, accès à l'éducation et au système de santé ;*

¹⁹⁶ Voir notamment chap. II.B.1.a et II.C.3.a. Voir Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 32 (c) : « L'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être menée de manière pluridisciplinaire par des acteurs indépendants des autorités migratoires, notamment avec la participation effective des autorités responsables de la protection des enfants et de l'aide à l'enfance et d'autres acteurs concernés, tels que les parents, les tuteurs et les représentants légaux, ainsi que l'enfant lui-même. »

¹⁹⁷ Voir notamment chap. II.B.1.a.

¹⁹⁸ D'après KALVERBOER/BELTMAN/VAN OS/ZIJLSTRA, notamment annexes I et II

- *la situation dans le pays de destination : durée du séjour (plus ou moins de cinq ans), risque éventuel pour le développement en cas de retour dans l'État d'origine (ou dans l'État tiers / État Dublin).*

Appréciation du volet de mesures 4 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible¹⁹⁹
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons
- Modification des bases légales (mesure 4.1) : nécessaire en fonction de la solution retenue concrètement

5. *Principe de la maxime inquisitoire et obligation de collaborer de l'enfant (voir notamment chap. II.B.1.b.)*

- 5.1 *Il faut définir l'objet et l'étendue de l'obligation de collaborer de manière proportionnée, en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas concret et documenter les mesures et le résultat dans le dossier. Les auteures et auteurs recommandent de vérifier en détail si la décision doit prendre la forme d'une décision incidente pouvant être contestée.*
- 5.2 *La procédure de détermination de l'âge doit être adaptée aux prescriptions internationales (voir p. ex. EASO, Guide pratique sur l'évaluation de l'âge). Dans le doute, il faut partir du principe que la personne est mineure.*

Appréciation du volet de mesures 5 :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – moyenne – **faible**²⁰⁰

¹⁹⁹ Appréciation : des frais uniques sont à attendre au début (adaptation des directives, processus, supports de formation, etc.), mais les frais supplémentaires devraient être faibles une fois passée la phase initiale (mesures d'investigation supplémentaires). D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à une diminution du recours aux voies de droit et à une baisse du coût de ces procédures. La *mesure 4.1* est susceptible d'engendrer certains coûts supplémentaires (ressources en personnel) après l'investissement initial (création de structures adaptées pour l'évaluation des besoins), mais elle devrait aussi entraîner des économies sur le long terme (diminution de certaines clarifications dans la procédure d'asile, prévention de situations de crise, intégration plus durable, réduction des coûts engagés pour des procédures de recours).

²⁰⁰ Appréciation : des frais uniques sont à attendre au début (adaptation des directives, processus, supports de formation, etc.), La *mesure 5.1* suscitera probablement des frais supplémentaires peu élevés sur le long terme (détermination de l'obligation de collaborer dans le cas concret, éventuelles mesures d'instruction supplémentaires). D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à une diminution du recours aux voies de droit et à une baisse du coût de ces procédures. Passé un certain coût initial (p. ex. meilleure base scientifique pour les méthodes, création de structures adaptées), il devrait être possible de mettre en œuvre la *mesure 5.2* sans répercussions en termes de coûts sur le long terme.

- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons

6. *Droit de participation de l'enfant (voir notamment chap. II.B.1.c. et d.)*

- 6.1 *Il faut proposer aux enfants une audition personnelle. Il faut éviter de manière générale de restreindre le droit de participation en se basant sur la capacité de discernement ou sur des limites d'âge²⁰¹. La décision relative à l'audition personnelle doit être documentée dans le dossier.*
- 6.2 *Si l'enfant renonce à une audition personnelle (ou si elle ne semble pas s'imposer en fonction des circonstances), il faut recueillir son opinion par l'intermédiaire d'une représentante ou d'un représentant. Cette personne doit représenter uniquement l'enfant et ses intérêts. Pour garantir l'authenticité de l'avis des enfants accompagnés et pallier les conflits d'intérêts, la représentation par les parents ou leur représentante ou représentant juridique est à éviter²⁰².*
- 6.3 *Les déclarations de l'enfant accompagné ne sauraient être utilisées pour évaluer la crédibilité des assertions des parents.*
- 6.4 *Les auteures et auteurs recommandent de rédiger un manuel « enfants accompagnés » (par analogie au manuel RMNA).*

Appréciation du volet de mesures 6 :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible²⁰³
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons
- Modification des bases légales : **recommandée**

²⁰¹ Voir notamment chap. II.B.1.c. et d.

²⁰² Voir notamment chap. II.B.1.c. et d. Voir Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 37 : « Les enfants devraient être entendus indépendamment de leurs parents et leur situation individuelle devrait être prise en considération dans l'examen du dossier de la famille ».

²⁰³ Appréciation : le SEM dispose de l'infrastructure et des procédures nécessaires pour réaliser des auditions. L'accroissement du nombre d'auditions et d'entretiens adaptés avec les enfants est susceptible de générer un certain coût supplémentaire sur le long terme. D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à une diminution du recours aux voies de droit et à une baisse du coût de ces procédures. Cela devrait aussi résulter en un allègement au niveau de la représentation juridique.

7. Adaptation des procédures aux besoins des enfants (voir notamment chap. II.B.2. et II.B.1.)

- 7.1 *Dans la procédure d'asile, il faut garantir que l'autorité ainsi que la représentante ou le représentant juridique informent tous les enfants d'une manière adaptée à leur âge, y compris les enfants accompagnés. Vu que cette tâche est majoritairement déléguée aux représentantes et représentants juridiques, il convient de planifier les ressources correspondantes²⁰⁴.*
- 7.2 *Il faut garantir que les enfants soient préparés en temps utile, de manière suffisante et adaptée à leur âge, aux étapes importantes de procédure, surtout aux auditions personnelles (p. ex. par une convocation personnelle en langage adapté aux enfants, une prise de contact avant l'audition, une visite des locaux, etc.). Dans la procédure accélérée, il faut également veiller à avoir assez de temps pour informer, préparer et assurer le suivi, et instaurer un rapport de confiance, entre les différentes étapes de la procédure. Il peut être nécessaire de renoncer à une procédure accélérée en fonction de la disposition de l'enfant et de ses besoins²⁰⁵.*
- 7.3 *Les auditions personnelles doivent être menées d'une manière adaptée aux enfants (p. ex. locaux, durée et créneaux horaires, apparence informelle). Pour les enfants en bas âge et les enfants traumatisés, en particulier, il faut envisager des formes d'entretien moins éprouvantes²⁰⁶.*
- 7.4 *Il faut garantir un accompagnement adéquat aux enfants après les étapes de procédure importantes (surtout après une audition personnelle)²⁰⁷.*
- 7.5 *Il faut veiller à ce que l'enfant bénéficie d'un accompagnement lui permettant de gérer les pressions accrues qu'il subit avant, pendant et après la procédure de détermination de l'âge²⁰⁸.*
- 7.6 *La transition vers l'âge adulte (après une procédure de détermination de l'âge ou à l'atteinte de la maturité) doit être aménagée de manière douce (p. ex. pas de changement subit d'hébergement, entretiens, encadrement, etc.)²⁰⁹.*

²⁰⁴ Voir notamment chap. II.B.2.

²⁰⁵ Voir notamment chap. II.B.2. et les remarques préliminaires au chap. II.B.

²⁰⁶ Voir notamment chap. II.B.1.c., d et 2.

²⁰⁷ Voir notamment chap. II.B.2.

²⁰⁸ Voir notamment chap. II.B.2.

²⁰⁹ Voir notamment chap. II.B.2.

Appréciation du volet de mesures 7 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible²¹⁰
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales : **nécessaire**

8. *Les intérêts de l'enfant dans la décision (voir notamment chap. II.B.3.)*

8.1 *La motivation de la décision doit indiquer comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte. La décision doit comporter les sections suivantes pour la motivation²¹¹ :*

- *évaluation et détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant : exposé de la situation de l'enfant telle qu'établie, pertinence des divers éléments, contexte de ces éléments dans le cas particulier, pondération des éléments (notamment l'opinion de l'enfant) ;*
- *vérification des motifs d'asile : interprétation de la LAsi et de la Conv. réfugiés à la lumière de la CDE (notamment les motifs de fuite spécifiques à l'enfant) ;*
- *vérification des obstacles à l'exécution du renvoi : preuve de la prise en compte, à titre de considération primordiale, de l'intérêt supérieur de l'enfant et de sa sécurité lors du retour, et de la garantie des conditions de la CDE (p. ex. développement mental et santé, éducation, conséquences du retour sur l'environnement social et personnel). En cas de doute, on tendra à renoncer au renvoi. Des mesures de protection supplémentaires s'appliquent dans le cas des RMNA ;*
- *la situation des enfants accompagnés doit être examinée de manière exhaustive et nonobstant les raisons ayant motivé la demande d'asile de leurs parents.*

²¹⁰ Appréciation : les mesures sont associées à des frais initiaux uniques du fait de l'adaptation des directives, procédures et supports de formation. Elles sont aussi susceptibles d'entraîner initialement une faible augmentation des frais pour la formation (ou l'engagement) du personnel et éventuellement pour l'aménagement de locaux adaptés aux entretiens avec les enfants, surtout les plus jeunes. De plus, améliorer l'information, la préparation et l'accompagnement fera probablement augmenter durablement le travail pour le SEM et les représentantes et représentants juridiques, qui devront pouvoir bénéficier des ressources nécessaires. En revanche, des économies sont à attendre sur le plan de l'établissement de l'état de fait puisque les enfants seront mieux préparés à participer à la procédure. Il est aussi possible que cela prévienne certaines situations de crise, ce qui implique des économies pendant ou après la procédure. La *mesure 7.6* concerne aussi les cantons. Les structures nécessaires existent. La mise en œuvre de la mesure entraînera vraisemblablement de faibles coûts supplémentaires sur le long terme, mais permettra aussi des économies grâce à la prévention des situations de crise et à une meilleure intégration.

²¹¹ D'après Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 97 et observation générale 6, par. 26 ss ; Comité des droits de l'enfant, *A.B. c. Finlande*, § 12 ; Comité des droits de l'enfant, *I.A.M. c. Danemark*, § 11.3 et 11.8

Appréciation de la mesure 8.1 :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – moyenne – **faible**²¹²
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons

²¹² Appréciation : des frais uniques sont à attendre au début (adaptation des directives, processus, supports de formation, modèles de décision, etc.). La mesure entraînera vraisemblablement de faibles coûts supplémentaires sur le long terme (travail de motivation). D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à une diminution du recours aux voies de droit. Cette appréciation ne tient pas compte des effets d'un éventuel changement de pratique matérielle sur les coûts.

C. Thèmes transversaux

Le postulat thématise également certaines problématiques plus complexes qui ne relèvent pas exclusivement soit du droit des étrangers, soit de la procédure d'asile. Ces questions seront traitées à la section C ci-après.

1. Regroupement familial

Le postulat pose la question de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit des enfants à être entendus en cas de regroupement familial. Dans les développements qui suivent, la présente étude répond à ces questions spécifiquement pour ce genre de procédure, en complément aux constats faits précédemment dans les chapitres A et B. L'analyse consiste majoritairement en une évaluation de la jurisprudence internationale et suisse (modules 1 et 3).

a. La pesée des intérêts en cas de regroupement familial

Le postulat demande comment l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents sont pris en compte dans la pesée des intérêts qui précède les décisions en matière de *regroupement familial*. Une brève remarque préalable sur la notion de regroupement familial est indiquée ici. Du point de vue juridique, le regroupement familial signifie aussi bien le « regroupement » au sens littéral (p. ex. des parents qui font venir leur enfant en Suisse) que le fait de ne pas séparer la famille, si l'un des membres est contraint à quitter la Suisse. Un droit au regroupement peut donc avoir pour conséquence la prolongation de l'autorisation de séjour d'une personne, cas dans lequel on ne parlerait pas de regroupement dans le langage courant.

Une pesée des intérêts n'intervient que dans une partie des regroupements familiaux. Le législateur prévoit diverses conditions préalables au regroupement familial, tels qu'un certain degré de parenté, un revenu suffisant ou le respect d'un certain délai. Le droit de la libre circulation des personnes, notamment, prévoit des droits relativement étendus en matière de regroupement, pour les enfants ainsi que les parents, notamment. Le droit de

l'asile reconnaît lui aussi un droit au regroupement, garanti par la loi, aux réfugiés s'étant vu octroyer l'asile. Les regroupements familiaux doivent pouvoir intervenir rapidement pour les réfugiés reconnus²¹³. Les dispositions de la LEI sur le regroupement familial opèrent une distinction en fonction du droit de résidence de la personne bénéficiant du regroupement. Elles soumettent parfois le droit au regroupement à des délais. Mais essentiellement, pour toutes ces constellations, le regroupement est accordé dès lors que les conditions sont remplies.

Il faut distinguer ces constellations de celles impliquant des *pesées d'intérêt*, où l'intérêt de l'enfant n'est, selon l'idée de base, que *l'un* des éléments de la décision de pondération. Son poids est mis en relation avec les intérêts privés et publics en présence et le résultat de la pesée informe la décision quant au regroupement. On peut distinguer trois sous-catégories. (1) Premièrement, les décisions d'appréciation des autorités quant à l'octroi du regroupement familial, caractérisées par des tournures potestatives dans la LEI, par exemple art. 44 LEI (personnes avec autorisation de séjour). Ces bases légales n'instaurent pas un droit fixe au regroupement²¹⁴. La loi se contente d'ouvrir la possibilité que les autorités accordent le regroupement. Dans ces cas, l'intérêt supérieur de l'enfant est un critère à prendre en considération selon les prescriptions de la CDE. (2) La deuxième sous-catégorie concerne l'interprétation de notions juridiques indéterminées en droit du regroupement. Les obligations en lien avec l'intérêt supérieur de l'enfant doivent être prises en considération dans la concrétisation des notions juridiques indéterminées pertinentes pour l'intérêt supérieur de l'enfant. La norme de la LEI sur le regroupement familial différé des enfants constitue un exemple (art. 47, al. 4, LEI). Dans ces cas, le droit au regroupement est lié à l'existence de « raisons familiales majeures ». Par conséquent, la notion doit être interprétée d'une manière sensible à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le *cas concret*. (3) La troisième sous-catégorie, la plus importante en pratique, correspond aux pesées en lien avec des violations alléguées de l'art. 8 CEDH ou de l'art. 13 Cst. (droit au respect de la vie familiale). Le droit à la vie familiale donne lieu à un droit au regroupement dans certaines situations

²¹³ L'art. 51 LAsi est conçu comme une *lex specialis* par rapport aux droits de regroupement accordés par la LEI : ATAF 2020 VI/7 consid. 2.2 s. En pratique, lors du regroupement familial en droit de l'asile, il peut être problématique de prouver la relation familiale (par des documents officiels) ou l'existence d'une réelle vie de famille avant la fuite.

²¹⁴ Dans les cas d'appréciation des autorités, un droit au regroupement peut toutefois naître du droit au respect de la vie privée inscrit à l'art. 13 Cst. et à l'art. 8 CEDH : ATF 146 I 185 consid. 5.

où le droit national ne confère pas de droit en ce sens. En cas d'atteinte au droit d'un enfant à sa vie familiale (par refus d'un droit de séjour), cette atteinte doit apparaître comme justifiée dans le cadre d'une pesée des intérêts. Les intérêts privés et publics sont mis en relation. La condition pour se prévaloir du droit à la famille est qu'il y ait effectivement une vie familiale²¹⁵. Il faut *toujours* peser les intérêts publics et privés en présence en cas d'atteinte²¹⁶.

La *pratique de la Cour EDH* est particulièrement pertinente pour la pesée. Il convient de relever tout d'abord que la Cour EDH *prend en considération les prescriptions de la CDE* dans sa jurisprudence²¹⁷. L'intérêt de l'enfant revêt une importance croissante²¹⁸. La Cour estime qu'il existe un large consensus international autour de l'idée que l'intérêt supérieur de l'enfant doit « primer » lors de la pesée d'intérêts²¹⁹. Rappelant les dispositions de la CDE, elle exige une pesée équilibrée de l'ensemble des intérêts en présence. À cet égard, la Cour EDH a développé un catalogue de critères à prendre en compte ; elle a également

²¹⁵ Concernant la notion de famille dans le droit conventionnel, voir MOTZ, étude Regroupement familial des réfugiés en Suisse, p. 28 et les références citées, ainsi qu'ATF 135 I 143 consid. 3.1 ; ATF 137 I 154 consid. 3.4.2. Concernant la notion de famille au sens de la CDE, voir l'art. 5 CDE et Comité des droits de l'enfant, *Y.B. et N.S. c. Belgique*, § 8.11 ainsi qu'*O.M. c. Danemark*, § 8.3 sur l'enfant non biologique. La jurisprudence suisse antérieure exigeait encore un droit de présence assuré des membres de famille à regrouper pour qu'un cas puisse relever de la protection de l'art. 8 CEDH. La Cour EDH estime qu'en présence d'une relation familiale effective, digne de protection, le champ de protection doit s'appliquer indépendamment du statut de séjour de la personne concernée ; la qualification juridique et les modalités concrètes du séjour sont prises en compte dans le cadre de la pesée d'ensemble (voir Cour EDH, *M.P.E.V. c. Suisse*, n° 3910/13, 8 juillet 2014, § 28, 31 s., 45 et 55 ss ; *Jeunesse c. Pays-Bas*, n° 12738/10, 3 octobre 2014, § 104 s. ; *M.A. c. Danemark*, n° 6697/18, 9 juillet 2021, § 135 [i]). La jurisprudence récente du Tribunal fédéral estime aussi que la question du droit de séjour ne concerne pas le champ de protection, mais la pesée des intérêts (ATF 144 I 266 consid. 3.8), position rejointe par le Tribunal administratif fédéral : voir par exemple ATAF 2018 VII/4 consid. 6 sur le droit de séjour des personnes admises à titre provisoire, ATAF 2021 VI/1 consid. 13.5 sur l'applicabilité de l'art. 8 CEDH dans les procédures Dublin et p. ex. TAF, arrêt F-3410/2021 du 8 avril 2022 consid. 6 sur l'art. 8 CEDH en tant que condition d'entrée en matière. Dans la pratique (y compris la jurisprudence), un droit de présence assuré demeure parfois exigé (formulation probablement obsolète dans SEM, directives LEI, ch. 6.17.2 et 6.17.2.2).

²¹⁶ La Cour EDH distingue l'obligation positive de réunir la famille une fois un droit au regroupement reconnu, d'une part, et l'obligation négative de ne pas séparer la famille, d'autre part. Les principes applicables sont similaires dans les deux cas, mais les obstacles pour admettre une obligation positive sont plus stricts (voir Cour EDH, *Jeunesse c. Pays-Bas*, § 104 ss ; *Pormes c. Pays-Bas*, n° 25402/14, 28 juillet 2020, § 54 s.).

²¹⁷ Cour EDH, *Mamousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, 6 décembre 2007, § 60 et les références citées

²¹⁸ Voir à ce sujet HELLAND/HOLLEKIM, p. 226 ss.

²¹⁹ Cour EDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, 6 juillet 2010, § 135 ; *X. c. Lettonie*, n° 27851/09, 26 novembre 2013, § 96 ; *Jeunesse c. Pays-Bas*, § 109 ; *El Ghatet c. Suisse*, n° 56971/10, 8 novembre 2016, § 46 ; *M.A. c. Danemark*, § 135 ; *B.F. et autres c. Suisse*, n° 13258/18, 15500/18, 57303/18, 9078/20, 4 juillet 2023, § 120

identifié des cas de figure qui font pencher pour ou contre le regroupement familial²²⁰. Le fait que des enfants soient concernés est en principe un motif d'admettre le regroupement²²¹. La question fondamentale est de savoir si et dans quelle mesure un refus rendrait impossible une vie familiale et si une véritable vie familiale serait possible dans le pays de provenance. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant signifie que la Cour prête une attention particulière à la situation de l'enfant et vérifie, notamment, si les tribunaux nationaux lui ont accordé le poids nécessaire²²². Ceci dit, c'est aux tribunaux étatiques d'évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant²²³. Ils doivent se pencher sur la situation concrète et réelle de l'enfant concerné, et ils ne sauraient se contenter de motivations d'ordre général. La Cour prête notamment attention à l'âge, à la situation dans le pays de provenance et au niveau de dépendance par rapport aux parents²²⁴. En cas de renvoi d'un membre de la famille, les autorités doivent examiner la faisabilité du maintien de la relation familiale et la proportionnalité²²⁵. En cas de regroupement à partir du pays de provenance, un aspect important est de savoir si le parent regroupé est le seul resté au pays et si l'autre parent sera aussi regroupé²²⁶. La Cour EDH émet aussi des règles procédurales : les requêtes de regroupement familial doivent être traitées de manière flexible, rapide et efficiente²²⁷. Une motivation rudimentaire ou la longue durée de la procédure aura plus tendance à être qualifiée de violation de l'art. 8 CEDH lorsqu'elle concerne des enfants²²⁸. Pour résumer, les prescriptions de la CDE signifient en pratique que la Cour EDH tendra à considérer que si des enfants sont concernés, c'est un argument en faveur

²²⁰ Cour EDH, *Jeunesse c. Pays-Bas*, § 106 ss ; *M.A. c. Danemark*, § 130 ss ; *M.T. et autres c. Suède*, n° 22105/108, 20 octobre 2022, § 58 ; *B.F. et autres c. Suisse*, § 88 ss ; *Dabo c. Suède*, n° 12510/18, 18 janvier 2024, § 88 ss et *Okubamichael Debru c. Suède*, n° 49755/18, 25 juillet 2024, § 56, et *D.H. et autres c. Suède*, n° 34210/19, 25 juillet 2024, § 54

²²¹ Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, § 135 et les références citées

²²² Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, § 46 ; *B.F. et autres c. Suisse*, § 120 ss

²²³ Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, § 47 avec référence à *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, § 138

²²⁴ Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, § 46 ; *B.F. et autres c. Suisse*, § 121 ss

²²⁵ Cour EDH, *Jeunesse c. Pays-Bas*, § 109

²²⁶ Cour EDH, *B.F. et autres*, § 120

²²⁷ Cour EDH, *Tanda-Muzinga c. France*, n° 2260/10, 10 juillet 2014, § 82 ; *Mugenzi c. France*, n° 52701/09, 10 juillet 2014, § 46

²²⁸ Cour EDH, *Senigo Longue et autres c. France*, n° 19113/09, 10 juillet 2014, § 73. Si la motivation est insuffisante, notamment faute d'une véritable pesée des intérêts évalués et déterminés, cela constitue déjà une violation de l'art. 8 CEDH (Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, § 47 ; également *I.M. c. Suisse*, n° 23887/16, 9 avril 2019, § 77 s.).

du regroupement familial, même si c'est la pesée de l'ensemble des critères dans le cas concret qui est déterminante.

Les *concrétisations de la CDE* opérées par le *Comité des droits de l'enfant* sont également pertinentes dans ce contexte. Il s'est exprimé spécifiquement sur diverses constellations. Il dérive de la CDE des exigences applicables aux décisions d'appréciation lors de regroupements familiaux²²⁹. La possibilité de séparer un enfant de son parent est un sujet particulièrement sensible. Se basant sur l'art. 3 et l'art. 9, al. 1, CDE, le Comité des droits de l'enfant estime qu'il existe un principe de non-séparation et une obligation d'évaluer les conséquences d'une éventuelle séparation sur l'enfant, et que la prévention des séparations et la préservation de l'unité familiale sont des pans importants du système de protection de l'enfance (voir art. 9, al. 1, CDE)²³⁰. De plus une séparation ne doit être ordonnée qu'en *dernier recours* et ne saurait être justifiée par des raisons économiques²³¹. Par principe, il faut éviter de séparer les parents de leurs enfants contre leur volonté, à moins que ce ne soit dans leur intérêt. Une potentielle séparation doit être examinée à la lumière des exigences strictes des art. 3 et 9 CDE. Il faut donc mener une procédure concrète dans le cas individuel, en évaluant et déterminant systématiquement l'intérêt supérieur de l'enfant, en prenant en considération son opinion²³². Outre l'âge de l'enfant, la manière dont les parents et l'enfant vivent leur relation et la manière dont ils pourraient la vivre après une séparation entrent en ligne de compte. Il faut peser la situation réelle et la potentielle situation future. La séparation n'est admissible que si elle est nécessaire et proportionnée. De plus le Comité des droits de l'enfant estime qu'en cas de séparation, il n'est pas possible de maintenir des relations personnelles uniquement par les moyens de communication modernes ; l'art. 9, al. 3, CDE impose au contraire que la famille puisse entretenir des relations personnelles suffisantes et satisfaisantes et des contacts directs²³³. L'État doit prendre des mesures efficaces pour préserver les relations personnelles, même si

²²⁹ Voir notamment Comité des droits de l'enfant, *O.M. c. Danemark*, § 8.1 ss et *Y.B. et N.S. c. Belgique*, § 8.1 ss.

²³⁰ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 60

²³¹ Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 61. Point à prendre en compte en cas de révocation de l'autorisation pour cause de dépendance de l'aide sociale, si elle aboutit à une séparation ou à la non-réunion de l'enfant avec les membres de sa famille.

²³² Voir Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 63.

²³³ Comité des droits de l'enfant, *O.M. c. Danemark*, § 8.6

l'enfant et le parent vivent dans des pays différents²³⁴. L'impossibilité de maintenir des relations suffisantes et satisfaisantes est un argument encore plus puissant contre la séparation.

La reconnaissance croissante de l'importance de la CDE se reflète aussi dans le *développement de la jurisprudence suisse*²³⁵. Selon le Tribunal fédéral, il faut prendre en considération les art. 3, art. 9, al. 3, art. 10, al. 1, art. 16, al. 1 et art. 18 CDE dans le cadre de l'interprétation juridique et des pesées d'intérêts²³⁶. La même règle s'applique à l'interprétation du droit national, par exemple l'art. 96 LEI²³⁷. La pratique antérieure était plus restrictive, considérant l'intérêt supérieur de l'enfant comme un élément à prendre en considération parmi d'autres²³⁸, sans préciser plus avant le poids qu'il fallait lui accorder. Le Tribunal fédéral s'est écarté de cette pratique restrictive dans l'ATF 143 I 21, reconnaissant l'importance fondamentale de la CDE pour toute considération concernant l'enfant²³⁹. Selon la jurisprudence, les dispositions de la CDE ne donnent pas directement naissance à un droit de séjour, mais la CDE détermine l'interprétation et l'application du droit suisse. La prise en considération croissante de la CDE a notamment été importante

²³⁴ Comité des droits de l'enfant, *N.R. c. Paraguay*, communication 30/2017, 10 mai 2017, § 8.4 et 8.8

²³⁵ Voir AMARELLE, p. 258 s. et les exemples cités. Le canton de Genève dispose d'un recueil propre de la jurisprudence relative à la CEDH et à la CDE, qui cite ces critères et les arrêts correspondants. De plus, les supports de formation du canton de Genève sur l'art. 8 CEDH et les cas de rigueur indiquent qu'il faut également examiner ces critères dans le cas particulier.

²³⁶ Concernant la CDE en général, voir ATF 126 II 377 consid. 5.d et TF, arrêt 2C_113/2023 du 27 septembre 2023 consid. 5.7.4. Concernant les dispositions en particulier, voir ATF 124 II 361 consid. 3.b ; TF, arrêt 2A.563/2002 du 23 mai 2003 consid. 2.5 ; ATF 135 I 143 consid. 2.3 ; 135 I 153 consid. 2.2.2 ; 136 I 285 consid. 5.2 ; 139 I 315 consid. 2.4 ; 140 I 145 consid. 3.2 ; TF, arrêt 2C_520/2016 du 13 janvier 2017 consid. 4.3 ou ATF 144 I 91 consid. 5.2 ; 143 I 21 consid. 5.5.1 ; TF, arrêt 2C_641/2019 du 3 octobre 2019 consid. 4.1 ad art. 96 LEI. Les art. 24 et 29 CDE, en revanche, ne sont pas à prendre en compte (voir TF, arrêt 2C_776/2022 du 14 novembre 2023 consid. 7.3).

²³⁷ TF, arrêt 2C_776/2022 du 14 novembre 2023 consid. 7.3. L'art. 9, al. 3, CDE s'applique donc également dans le contexte du droit des étrangers, ce qui était encore controversé lors de l'élaboration de la CDE (voir Conseil fédéral, message CDE, p. 34 s.).

²³⁸ Par exemple TF, arrêt 2C_648/2014 du 6 juillet 2015 consid. 2.3 ou 2C_608/2015 du 1^{er} février 2016 consid. 4

²³⁹ ATF 143 I 21 consid. 5.5.4 avec référence à Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, § 46. Nonobstant les arrêts suivants, qui continuent à comprendre la CDE plutôt comme un principe général et l'intérêt supérieur de l'enfant comme un élément parmi d'autres (p. ex. TF, arrêt 2C_608/2015 du 1^{er} février 2016 consid. 4 ; ATF 144 I 91 consid. 5.2 ; TF, arrêt 2C_904/2018 du 24 avril 2019 consid. 2.4 ; TF, arrêt 2C_488/2019 du 4 février 2020 consid. 5), la jurisprudence récente admet au minimum, selon les informations à disposition, que ce critère revêt une importance essentielle ou considérable (voir p. ex. TF, arrêt 2C_800/2018 du 12 février 2020 consid. 3.2 ; 2C_484/2020 du 19 janvier 2021 consid. 4.2.3 ; 2C_965/2021 du 5 avril 2022 consid. 4.7 ; 2C_998/2020 du 3 juin 2021 consid. 3.4).

dans l'évolution de la jurisprudence sur le regroupement familial inversé, une thématique particulière que nous étudierons ci-après²⁴⁰.

Or, la *réalité* des pesées d'intérêts lorsque des enfants sont impliqués ne correspond qu'en partie à la situation juridique évoquée. L'*analyse des dossiers*, l'*enquête en ligne*, les *entretiens avec les expertes et experts* et l'*analyse de la jurisprudence* mettent en lumière divers aspects névralgiques. Force est notamment de mentionner que dans la jurisprudence de première instance, et en partie aussi celle du Tribunal fédéral, l'intérêt supérieur de l'enfant ne revêt guère un poids conforme aux prescriptions normatives de la CDE²⁴¹ : l'intérêt de l'enfant est rarement considéré comme un critère décisif. De plus, un examen concret des possibilités de maintenir des relations personnelles significatives en cas de séparation au sens de l'art. 9, al. 3, CDE n'intervient que parcimonieusement. La situation réelle est insuffisamment prise en compte. Un autre aspect problématique est l'interprétation restrictive des règles relatives au regroupement familial différé (art. 47, al. 4, LEI). Il arrive qu'à l'échéance des délais, la question d'appréciation (présence de « raisons familiales majeures ») ne soit vue que comme le problème de savoir si l'encadrement nécessaire des enfants dans le pays de provenance reste garanti en cas de décès ou de maladie de la personne s'en occupant et s'il est impossible de trouver une autre alternative judiciaire au pays²⁴². C'est une restriction par rapport à la pesée d'ensemble nécessaire, qui reflète une interprétation restrictive de l'intérêt supérieur de l'enfant, inconciliable avec les prescriptions de la CDE²⁴³. Le délai de douze mois pour les enfants de plus de douze ans, en particulier, paraît forfaitaire au point d'être problématique. Si de plus les délais entraînent des séparations durables, cela peut être contraire à l'obligation de penser en termes de scénarios et de prendre des décisions susceptibles de révision. Enfin, les procédures de regroupement familial qui concernent des enfants doivent être organisées et menées de manière conforme aux prescriptions procédurales de l'art. 8 CEDH en lien avec l'art. 3 CDE, et donc être flexibles, rapides et efficaces.

²⁴⁰ Concernant le droit de séjour, voir n. 53 ci-avant et, concernant le regroupement familial inversé, le chap. II.C.1.c. ci-après.

²⁴¹ Voir p. ex. en lien avec la jurisprudence, AMARELLE, p. 270.

²⁴² En dernier lieu, par exemple, TF arrêt 2C_280/2023 du 29 septembre 2023 consid. 5.2 et les références citées

²⁴³ Selon CARONI aussi, la pratique contrevient aux obligations résultant de la CDE (CARONI, n. 33 ad art. 47 LEI).

Globalement, les prescriptions de forme et de fond sur la pesée des intérêts ne sont pas entièrement mises en œuvre. La pratique relative au regroupement familial différé se présente sous un jour spécialement problématique en termes d'évaluation et de détermination complète de l'intérêt supérieur de l'enfant, du poids accordé à ce critère et de la possibilité de révision des décisions prises.

b. Délais d'attente en cas de regroupement familial avec des personnes admises à titre provisoire

Le postulat aborde aussi la problématique du *délai d'attente* pour le regroupement familial de personnes admises à titre provisoire, une question controversée depuis des années, à l'international comme en Suisse²⁴⁴. En ce qui concerne la Suisse, le Comité des droits de l'enfant se montre remarquablement explicite en évoquant un besoin « urgent » de prendre des mesures²⁴⁵. Cette thématique nécessite un examen différencié, en partant du but de la disposition légale. L'art. 85c, al. 1, LEI prévoit un délai d'attente de trois ans pour le regroupement des enfants de personnes admises à titre provisoire, dans le but de prévenir une trop forte intégration de ce groupe de personnes. En effet, l'idée de base est de n'accorder le droit de séjour que jusqu'à ce que les obstacles à l'exécution du renvoi aient cessé d'exister. Le délai d'attente sert, fondamentalement, à empêcher la réunion des familles pendant cette période. Un problème essentiel de ce régime est que l'idée de base et la réalité ne se recoupent que rarement : la majorité (90 %) des personnes admises à titre provisoire en Suisse y restent durablement²⁴⁶. La probabilité effective de demeurer dans le pays s'oppose au principe directeur du statut provisoire. La question particulièrement prégnante dans ce contexte est de savoir à quel point une exclusion du regroupement

²⁴⁴ Pour la discussion politique, voir la vue d'ensemble dans Conseil fédéral, rapport explicatif Délai d'attente regroupement familial admission provisoire, p. 3 ss. Concernant les critiques internationales, voir l'exposé dans Cour EDH, *B.F. et autres c. Suisse*, § 56 ss. Pour les critiques à l'égard du délai d'attente suisse, voir Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le rapport de la Suisse 2021, par. 42, let. d ; voir aussi déjà Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le rapport de la Suisse 2015, par. 68. En doctrine, on peut se référer à UEBERSAX, p. 231 s. ; BOLZLI, n. 14 ad art. 85 LEI ; CARONI, n. 8 ss ad art. 85c LEI ; MOTZ, étude Regroupement familial des réfugiés en Suisse, p. 32 ss.

²⁴⁵ Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le rapport de la Suisse 2021, par. 4, 6 et 43, let. g.

²⁴⁶ Voir Cour EDH, *B.F. et autres c. Suisse*, § 100 et les références citées.

familial, prévue par la loi et censée être catégorique, est conciliable avec les règles internationales dans le cas des enfants.

La Cour EDH a traité de l'*admissibilité des délais d'attente dans le droit au regroupement de manière générale* dans deux arrêts²⁴⁷, rendus après l'acceptation du postulat. Dans la décision *M.A. c. Danemark*, qui date de 2021, il s'agissait de savoir dans quelle mesure un délai d'attente de trois ans est conciliable avec le droit à la vie familiale en vertu de l'art. 8 CEDH dans le cas des personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire. Il s'agissait en l'espèce de trancher sur le regroupement d'une épouse avec son mari qui avait fui la Syrie pour rallier le Danemark. Le cas ne concernait pas d'enfants. La Cour a déterminé qu'un examen du cas particulier devait intervenir au plus tard deux ans après l'octroi de la protection subsidiaire²⁴⁸. Ce faisant, elle a limité la liberté des États dans la fixation de délais d'attente. La décision *M.T. et autres c. Suède*, rendue un an plus tard en 2022, concernait un ancien RMNA qui s'était vu accorder la protection subsidiaire en Suède et qui souhaitait faire venir sa mère et un frère de Syrie. Les autorités avaient instauré un délai d'attente temporaire, assorti de dérogations légales, qui en l'espèce s'est appliqué pendant un an et demi environ. Eu égard aux circonstances du cas d'espèce, la Cour a décidé que le délai était compatible avec l'art. 8 CEDH²⁴⁹.

Le Tribunal administratif fédéral et le SEM ont adapté leur pratique suite à l'arrêt *M.A. c. Danemark*. Depuis lors, en cas de regroupement familial en Suisse, l'autorité compétente doit effectuer un examen individuel et détaillé du cas environ six mois avant l'échéance d'un délai de deux ans, une autorisation exceptionnelle avant l'expiration du délai n'étant pas exclue²⁵⁰. La présente étude n'a pas cherché à savoir à quelle fréquence le regroupement des enfants avant la fin du délai est accepté, mais la jurisprudence prête

²⁴⁷ Un examen de droit comparé réalisé par la Cour EDH a révélé que parmi les 36 États membres du Conseil de l'Europe qui connaissent un état de protection subsidiaire et le regroupement familial, cinq prévoient un délai d'attente relatif ou absolu (Lettonie, Liechtenstein, Suisse, Autriche et Macédoine du nord ; Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, § 69).

²⁴⁸ Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, § 162

²⁴⁹ Cour EDH, *M.T. et autres c. Suède*, § 72 ss et 84

²⁵⁰ ATAF 2022 VII/6 consid. 6.5 ; SEM, manuel Regroupement familial, ch. 2.3.1.1 ; SEM, directives Domaine de l'asile, ch. 6.3.9.1. Concernant la procédure législative en cours, voir Conseil fédéral, rapport explicatif Délai d'attente regroupement familial admission provisoire.

à penser que la pratique admet un « délai d'attente strict et a priori indifférencié »²⁵¹.²⁵² Il s'agit en tout cas, apparemment, de préserver un certain aspect schématique. Les conséquences de la jurisprudence relative au droit conventionnel sur un délai d'attente applicable au regroupement familial des enfants ne sont pas entièrement claires. Les auteures et auteurs proposent de répondre à cette question de manière *différenciée*. (1) Fixer un délai d'attente ne paraît pas catégoriquement inacceptable. Dans les deux cas cités, la Cour EDH devait examiner des délais d'attente « relatifs » fixés dans le cas concret sur la base de clauses dérogatoires expresses. Ce genre de dérogation vise à permettre une application du délai d'attente qui soit conforme aux droits humains et à la Convention relative aux droits des enfants. (2) Exclure strictement une pesée globale dans le cas d'enfants pendant une certaine période, en revanche, doit être qualifié comme problématique. Le seuil à partir duquel un examen du cas individuel s'impose doit être fixé moins haut en cas de regroupement d'enfants que dans le cas des adultes²⁵³. La raison principale en est la vulnérabilité des enfants. Ils ne ressentent pas le temps de la même manière que les adultes et de plus, la durée réelle de la séparation dépasse souvent les délais fixés²⁵⁴. Dans le cas *M.T. et autres c. Suède*, qui concernait également des enfants, le fait qu'une pesée globale individuelle soit prévue était un argument pour pouvoir admettre le délai d'attente dans le cas d'espèce. Par rapport à *M.A. c. Danemark*, le critère essentiel était qu'il ne s'agissait pas simplement d'une clause dérogatoire stricte²⁵⁵.

Il est possible de répondre à la question soulevée par le postulat qu'une évaluation et une détermination exhaustives de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas concret devrait être possible pour tous les enfants admis à titre provisoire, tout comme une pratique relativement souple dans l'octroi d'admissions exceptionnelles avant l'échéance du délai

²⁵¹ Ainsi dans l'ATAF 2022 VII/6 consid. 6.3.2

²⁵² La doctrine considère cette pratique suisse comme stricte : REBER, p. 30 ; GRAF, p. 24.

²⁵³ Voir aussi REBER, p. 30. Il faut aussi prendre en compte le fait que les réfugiés doivent bénéficier de dispositions plus favorables que les autres étrangers en matière de regroupement familial (voir Cour EDH, *B.F. et autres c. Suisse*, § 90, 98 et 103 s.).

²⁵⁴ Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, § 179

²⁵⁵ Voir Cour EDH, *M.T. et autres c. Suède*, § 83 s. et *M.A. c. Danemark*, § 192 avec référence aux § 63 s. et 176.

d'attente. Si l'on suit la critique du Comité des droits de l'enfant, il faudrait même renoncer entièrement à un délai d'attente lorsqu'il concerne des enfants²⁵⁶.

c. Regroupement familial inversé

Le *regroupement familial inversé* constitue un *cas particulier* de regroupement familial, où un enfant mineur fait suivre l'un ou les deux de ses parents en Suisse. On parle de regroupement « inversé » car normalement, ce sont les parents qui font suivre leurs enfants mineurs. Le postulat demande s'il convient d'instaurer un droit général au regroupement familial inversé. Il souhaite aussi savoir, plus spécifiquement, si les mineurs détenteurs d'un passeport suisse devraient pouvoir faire venir leurs parents étrangers.

Un droit au regroupement familial inversé peut exister dans *divers cas de figure*. Le droit de la libre circulation des personnes au sein du marché intérieur de l'UE en connaît deux, qui concernent les enfants scolarisés des (anciens) travailleurs migrants et les enfants ressortissants d'un État de l'UE/AELE dont les parents sont ressortissants d'un État tiers²⁵⁷. En dehors de la libre circulation au sein du marché intérieur de l'UE, le regroupement familial inversé concerne principalement les cas concernant la non-séparation d'une famille²⁵⁸. Dans la procédure d'asile, les décisions concernant les membres de la famille se trouvant en Suisse avec un enfant sont prises en tenant compte du droit fondamental au respect de la vie familiale²⁵⁹. Dans ce contexte, un droit au regroupement familial inversé peut résulter de la pesée des intérêts. Dans le domaine du droit des étrangers, il s'agit

²⁵⁶ L'abrogation générale devrait tenir compte du fait que les délais de regroupement familial en vertu de l'art. 47, al. 1, LEI commencent à courir plus tôt, ce qui pourrait faire qu'en pratique, les conditions matérielles au regroupement familial pourraient être plus difficilement réalisées pendant le délai. Pour cette raison, l'abrogation ou l'assouplissement du délai d'attente devrait s'accompagner d'une application des délais de regroupement conforme aux droits des enfants.

²⁵⁷ Voir, pour le premier cas de figure, art. 3, al. 6, annexe I ALCP et TF, arrêt 2C_185/2019 du 4 mars 2021 consid. 6 et pour le second, art. 24 annexe I ALCP et ATF 144 II 113 consid. 4.

²⁵⁸ Voir le chap. II.C.1.a. ci-avant.

²⁵⁹ Concernant le regroupement familial inversé dans les procédures Dublin, voir POLONI, p. 17 s. Concernant l'intégration dans l'admission provisoire, voir l'art. 44 LAsi et, entre autres, TAF, arrêt E-182/2021 du 30 avril 2024 consid. 9.6 et les références citées. Si par exemple l'exécution du renvoi est suspendue dans le cas d'une fille en raison du risque de mutilations génitales féminines, la pratique du Comité des droits de l'enfant veut que ses parents ou le parent qui s'en occupe soient également admis à titre provisoire (voir p. ex. Comité des droits de l'enfant, *R.H.M. c. Danemark*, communication 83/2019, 4 février 2021, § 9 et les références citées).

surtout de cas d'enfants où l'un des parents perd son droit à séjourner en Suisse, par exemple suite à la séparation des enfants ou en raison d'un motif d'extinction ou de révocation. Si l'enfant vit en Suisse avec le parent qui a la garde, il est possible de faire venir le parent titulaire du droit de visite si certaines conditions sont remplies²⁶⁰. En revanche, si c'est le droit de séjour du parent qui a l'autorité parentale et la garde qui est en question, il faut distinguer : les enfants suisses peuvent en principe faire venir le parent étranger qui détient l'autorité parentale²⁶¹. Les enfants étrangers ayant droit de séjour ou établis, eux, doivent en principe suivre le parent qui a la garde à l'étranger et ne peuvent rester en Suisse avec le parent qui a la garde que dans des cas exceptionnels²⁶². La doctrine critique la jurisprudence relative au regroupement familial inversé, estimant qu'elle est trop focalisée sur le comportement des parents et sur leurs relations, au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁶³.

Ces constellations de séparation ou non-séparation sont à distinguer de celles de *réunification des familles*²⁶⁴. Le droit suisse ne connaît pas un droit des enfants à faire suivre les membres de leur famille dans ce sens-là. Les enfants suisses résidant à l'étranger peuvent « emmener » leurs parents lorsqu'ils déménagent en Suisse²⁶⁵ et les parents vivant en Suisse sans autorisation de séjour peuvent aussi, à certaines conditions strictes, légaliser leur présence afin de rester auprès de leur enfant qui lui a droit de séjour²⁶⁶. Mais il

²⁶⁰ Concernant les enfants suisses, voir ATF 140 I 145 consid. 4.2 ; pour les enfants étrangers, voir ATF 139 I 315 consid. 2.3 ss et ATF 144 I 91 consid. 5 et consid. 5.2 sur les conditions en détail ; également TF, arrêt 2C_904/2018 du 24 avril 2019 consid. 4.2 concernant la condition d'une relation économique et ATF 147 I 149 consid. 3 à propos de l'art. 12 CDE dans cette constellation.

²⁶¹ ATF 135 I 153 consid. 2.2, précisé dans ATF 136 I 285 consid. 5.2, 137 I 247 consid. 5.1 et 140 I 145 consid. 4 : regroupement familial possible à moins que des motifs d'ordre ou de politique de sécurité d'une certaine gravité ne s'y opposent.

²⁶² ATF 137 II 247 consid. 4.2.3. Voir le chap. II.C.2. ci-après.

²⁶³ Voir AFFOLTER, p. 36 ss ; SPESCHA, n. 25 ad n° 21 (Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK) ; SCHMUCKI/RAVEANE/BÜCHLER, ch.m. 25.143.

²⁶⁴ Voir le chap. II.C.1.a. ci-avant.

²⁶⁵ TF, arrêt 2C_273/2023 du 30 mai 2024 consid. 5.5 ss. Voir aussi la mention dans TF, arrêt 2C_7/2018 du 10 septembre 2018 consid. 2.1.2. Puisque l'enfant suisse peut à tout moment venir en Suisse, contrairement à ses parents titulaires de l'autorité parentale vivant à l'étranger, et que cela entraînerait une séparation, les parents devraient pouvoir le rejoindre sur la base de cette jurisprudence. Mais d'après les informations à notre disposition, cette question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral.

²⁶⁶ ATF 144 I 91 consid. 5.2.1 avec référence à l'ATF 139 I 315 consid. 2.3 ss. Voir aussi Cour EDH, *Nunez c. Norvège*, n° 55597/09, 28 juin 2011, § 84.

n'existe aucun droit au regroupement familial inversé en tant que tel, pour les enfants étrangers résidant en Suisse.

Cette situation fait l'objet de critiques à deux égards. Un cas identifié comme problématique est celui d'enfants réfugiés non accompagnés qui se sont vu accorder l'asile, qui ont des chances de pouvoir rester en Suisse sur la durée mais n'ont pas le droit de faire venir leurs parents. Un autre aspect incriminé est que les enfants non accompagnés sont souvent admis (uniquement) à titre provisoire. Dans ces cas, ils ont souvent une probabilité élevée, de facto, de demeurer en Suisse, sans possibilité pour leurs parents de les rejoindre. L'impossibilité d'un regroupement familial inversé dans ces cas paraît difficilement compatible avec les prescriptions de la CDE. Dans ce contexte, on peut souligner en particulier que pour les enfants réfugiés, la CDE poursuit le but que la famille puisse vivre ensemble (art. 22, al. 2, CDE)²⁶⁷. Les États parties sont tenus de localiser les parents et ils doivent aussi vérifier où l'enfant peut être réuni à ses parents (dans la mesure où une telle réunification est dans son bien). Si une réunification n'est possible ni dans le pays de provenance, ni dans un État tiers, il faut au minimum examiner si elle peut avoir lieu dans le pays de séjour de l'enfant (en tenant compte des dispositions inscrites aux art. 9 et 10 CDE)²⁶⁸. Ce n'est qu'en présence de motifs importants qu'il faudrait exclure cette possibilité. Exclure *catégoriquement* le regroupement familial inversé n'est guère conciliable avec les prescriptions de la CDE. Voilà un argument fort pour au moins prévoir la possibilité d'un regroupement familial inversé pour les mineures et mineurs non accompagnés reconnus comme réfugiés (en le soumettant éventuellement à l'appréciation des autorités). Dans ce contexte, il convient de mentionner que tous les États de l'UE connaissent un regroupement familial inversé pour les enfants non accompagnés réfugiés²⁶⁹. La Suisse pourrait et devrait s'en inspirer.

²⁶⁷ Comité des droits de l'enfant, observation générale 6, par. 81 ss

²⁶⁸ Comité des droits de l'enfant, observation générale 6, par. 83, pris en considération dans Cour EDH, *Dabo c. Suède*, § 64. De l'avis du Comité des droits de l'enfant, l'art. 22 CDE ne fait pas, à lui tout seul, naître un droit au regroupement familial : Comité des droits de l'enfant, *L.S. c. Suisse*, communication 81/2019, 30 septembre 2020, § 6.4.

²⁶⁹ Voir article 10, paragraphe 3, point a et b directive UE sur le regroupement familial ; POLONI, p. 14 ss.

2. Renvoi après un séjour de longue durée

Une autre problématique spécifiquement abordée par le postulat correspond aux *renvois d'enfants après un séjour de longue durée* en Suisse (« séjour de plusieurs années » selon les termes employés par la postulante). La présente étude répond à cette question ci-après en examinant spécifiquement ce cas de figure, en complément aux constats faits dans les chapitres A et B. Puisque les dossiers de première instance analysés ne comportent aucun cas de renvoi après un séjour de longue durée, l'examen se concentre sur la jurisprudence suisse (module 3).

Le renvoi est une mesure d'éloignement qui contraint une personne concernée à quitter un territoire donné²⁷⁰. Généralement, on parle d'un séjour de longue durée à partir de cinq ans de séjour réglementaire²⁷¹. Le renvoi d'un enfant après un séjour de longue durée ne devrait en règle générale intervenir que dans le cas d'un renvoi ordinaire au sens de l'art. 64, al. 1, let. c, LEI, soit un renvoi ordonné suite au refus, à la révocation ou à la non-prolongation de l'autorisation de séjour selon les règles du droit des étrangers. La notion de séjour de longue durée implique une certaine probabilité d'intégration minimale associée à la longueur du séjour. À l'évidence, les renvois après un tel séjour sont délicats, compte tenu de l'importance de la continuité dans la vie d'un enfant. Un tel renvoi peut intervenir du fait qu'un des parents perd son droit de résidence, par exemple suite à la révocation ou à la non-prolongation de l'autorisation, par exemple pour cause de perte d'emploi, de délinquance, de dépendance de l'aide sociale, d'endettement durable, de dissolution du mariage ou de tromperie (voir art. 50 s. et art. 61a à 63 LEI). Ce peut aussi être l'enfant lui-même qui perd son droit, notamment pour les enfants se rendant coupables d'infractions²⁷². Ce cas de figure peut se présenter tant en droit des étrangers que dans le domaine de l'asile. Dans ce dernier domaine, la longue durée du séjour avant le prononcé d'une décision de renvoi au sens de l'art. 44 LAsi peut être due à la durée de la procédure d'asile. Un renvoi peut intervenir après des années de séjour, notamment en

²⁷⁰ Un renvoi peut être ordonné de manière ordinaire, par formulaire type, sans décision formelle, sur la base des accords de Dublin, à l'aéroport ou après le rejet d'une demande d'asile (art. 64, 64a et 65 LEI et art. 44 LAsi).

²⁷¹ Voir Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, recommandation 2000/15.

²⁷² Voir SEM, directives LEI, ch. 8.6.6.

cas de retrait de la qualité de réfugié ou de levée de l'admission provisoire. Face à un enfant non accompagné qui ne bénéficie ni d'une curatelle, ni d'une tutelle, les autorités cantonales désignent sans retard une personne de confiance chargée de représenter les intérêts de l'enfant pendant la procédure de renvoi (art. 64, al. 4, LEI et art. 88a OASA)²⁷³. Selon les directives du SEM, une décision de renvoi ordinaire concernant un enfant non accompagné ou une famille avec des enfants doit inclure, pour chaque personne mineure, des motifs individuels de faits et de droit, avec une évaluation individuelle de l'intérêt supérieur de l'enfant²⁷⁴.

La CDE s'applique dans tous ces cas de figure. Elle impose des *exigences de fond et de procédure à la décision* en cas de renvoi après un long séjour²⁷⁵. Si l'enfant est renvoyé à son État d'origine, la réintégration doit être garantie, par exemple grâce à l'élaboration d'un plan de réintégration en collaboration avec lui²⁷⁶. Une évaluation approfondie de l'intérêt supérieur de l'enfant s'impose notamment lorsqu'il est question de le séparer d'un de ses parents²⁷⁷. En pratique, l'évaluation a souvent lieu à l'aide de critères établis qui coïncident avec ceux utilisés par la Cour EDH²⁷⁸. En principe, les renvois d'enfants après un séjour de longue durée ont lieu dans le cadre familial. Le facteur clé pour les conséquences d'un renvoi sont les *relations familiales et apparentées à la famille* de l'enfant. Lorsque le renvoi ne vise qu'un seul des deux parents, la pratique distingue selon que l'autorité parentale et la garde reviennent aux deux parents ou non. Dans le premier cas, l'enfant a plus de possibilités. La question d'un renvoi de l'enfant reste généralement ouverte (dans le domaine des étrangers) et il n'y a pas de décision de le renvoyer²⁷⁹. L'enfant ne perd pas son droit de séjour et peut rester en Suisse auprès du parent qui n'a pas été renvoyé. En revanche, si le renvoi vise le parent qui a l'autorité parentale et la garde ou si aucun parent titulaire de l'autorité parentale et de la garde ne demeure en Suisse, les

²⁷³ Concernant le renvoi d'enfants non accompagnés, voir SEM, directives LEI, ch. 8.6.7.

²⁷⁴ SEM, directives LEI, ch. 8.6.1

²⁷⁵ Voir le chap. II.C.1.a. ci-avant.

²⁷⁶ Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 32, al. k

²⁷⁷ Ibidem, par. 32, al. e

²⁷⁸ Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour EDH, voir LELOUP, p. 53 ss. Confirmé récemment p. ex. dans Cour EDH, *P.J. et R.J. c. Suisse*, n° 52232/20, 17 septembre 2024, § 45 ss et les références citées.

²⁷⁹ TF, arrêt 2C_17/2021 du 18 juin 2021 consid. 3.6 ; 2C_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 3.2

enfants partagent en règle générale le sort du parent investi de l'autorité parentale et de la garde en droit des étrangers²⁸⁰.

La jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral relative au renvoi d'enfants après un séjour de longue durée attache une importance décisive au critère de l'âge, qui influence de manière importante la capacité d'adaptation de l'enfant et donc les possibilités réelles dans le pays d'origine après un renvoi. Dans le *domaine des étrangers*, le Tribunal fédéral distingue *divers degrés de capacité d'adaptation* en fonction de l'âge. Il estime en général que les enfants en bas âge et préscolarisés ont une capacité d'adaptation élevée. Par conséquent, il considère en principe qu'on peut exiger²⁸¹ de ces enfants qu'ils quittent la Suisse avec le parent titulaire de l'autorité parentale et de la garde²⁸². La capacité d'adaptation, dans ce contexte, n'est pas juste une capacité relative, mais une aptitude particulièrement prononcée. La capacité d'adaptation de l'enfant diminue pendant la scolarité obligatoire. Dans cette phase, on examine l'intégration en Suisse et la familiarité avec le pays d'origine²⁸³. En général, une fois la scolarité obligatoire achevée, l'enfant n'est plus considéré comme étant en âge de s'adapter, même pas au sens élargi applicable à la période allant de la scolarisation à la fin de l'obligation scolaire, et un renvoi n'est donc plus présumé exigible sans autre²⁸⁴. Les possibilités d'intégration de la petite enfance et des premières années de jeunesse ne sont plus ouvertes à ces adolescents. Dans le domaine de l'asile, la distinction est moins fine. En pratique, le Tribunal administratif fédéral distingue deux catégories d'âge : les jeunes enfants et les enfants plus âgés (ou adolescents). Si les premiers sont en principe présumés dotés d'une capacité

²⁸⁰ Voir le chap. II.C.1.c. ci-avant.

²⁸¹ La notion d'exigibilité du départ à l'étranger qu'utilise le Tribunal fédéral dans ce contexte n'est pas identique à celle de l'exigibilité de l'exécution du renvoi au sens de l'art. 83, al. 4, LEI. Les deux notions se distinguent notamment par les exigences en termes d'appréciation et par les conséquences juridiques. La première fixe la référence dans le cadre de la pesée des intérêts, lorsqu'un départ de l'enfant en compagnie de ses enfants entre en ligne de compte. Dans ce cas, l'inexigibilité peut avoir pour effet la prolongation de l'autorisation du parent concerné. La seconde représente un obstacle à l'exécution du renvoi, en présence duquel le SEM décide d'une admission provisoire.

²⁸² TF, arrêt 2C_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 6.2.2 avec renvoi à l'ATF 143 I 21 consid. 5.4 et consid. 6.3.6 ; 139 II 393 consid. 5.1 ; 122 II 289 consid. 3c

²⁸³ TF, arrêt 2C_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 6.2.2 et les références citées

²⁸⁴ TF, arrêt 2C_730/2020 du 6 mai 2021 consid. 4.5.4 ; 2C_870/2018 du 13 mai 2019 consid. 6.3

d'adaptation, un examen différencié des circonstances du cas concret s'impose dans le cas des adolescents²⁸⁵.

La prise en compte du *degré d'intégration* se fait également en fonction de l'âge chez les enfants. Le Tribunal fédéral part du principe que les enfants ayant une pleine capacité d'adaptation (jusqu'à l'âge de scolarité) sans droit de résidence autonome partagent le sort du parent titulaire de l'autorité parentale et de la garde en droit des étrangers²⁸⁶. Dans le cas des enfants scolarisés, la relation avec l'État d'origine et le degré d'intégration en Suisse deviennent des facteurs clés. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le renvoi d'enfants de cette catégorie d'âge dans leur pays d'origine est en principe exigible s'ils connaissent le pays grâce à des compétences linguistiques, du fait d'y avoir séjourné pour des vacances et que sa culture est véhiculée au sein de la famille²⁸⁷. Le degré d'intégration en Suisse entre aussi en considération²⁸⁸. Une intégration réussie, notamment, peut rendre le renvoi inexigible. Par exemple, dans un cas d'enfants nés en Suisse et y ayant résidé pendant dix ans, le Tribunal fédéral est parti du principe qu'ils avaient une relation solide avec la Suisse et étaient bien intégrés²⁸⁹. Les intérêts des enfants ont été pris en compte dans la pesée d'intérêts relative au séjour de la mère en Suisse et ont eu pour conséquence que les intérêts privés ont primé les intérêts publics à un renvoi. Dans d'autres cas, le renvoi a été estimé exigible, comme par exemple pour un enfant de onze ans qui avait grandi en Suisse, dont le Tribunal fédéral a constaté qu'il n'était plus pleinement capable de s'adapter du point de vue de l'âge, mais qu'il n'était pas non plus particulièrement intégré, raison pour laquelle le départ dans le pays d'origine paraissait exigible, même si cela signifiait d'arracher l'enfant à son environnement²⁹⁰. Un renvoi reste possible même si un enfant de cette catégorie d'âge est bien intégré. Dans le cas d'un enfant de onze ans,

²⁸⁵ TAF, arrêt E-182/2021 du 30 avril 2024 consid. 9.2.2. s. avec référence à ATAF 2009/28 consid. 9.3 ss, ATAF 2009/51 consid. 5.6, avec les références citées, ainsi que TAF, arrêt D-4726/2017 du 3 mai 2018 consid. 5 ; voir aussi TAF, arrêt E-5946/2020 du 3 juin 2024 consid. 9.2.1.

²⁸⁶ ATF 143 I 21 consid 5.4

²⁸⁷ ATF 143 I 21 consid. 5.4 avec les références citées ; TF, arrêt 2C_730/2020 du 6 mai 2021 consid. 4.5.3 ; 2C_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 6.2.2 ; 2C_1064/2017 du 15 juin 2018 consid. 6.5

²⁸⁸ TF, arrêt 2C_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 6.2.2

²⁸⁹ Ibidem, consid. 6.2.2 ss

²⁹⁰ TF, arrêt 2C_730/2020 du 6 mai 2021 consid. 4.5.3. En fin de compte, le renvoi n'a pas été ordonné, notamment eu égard à la sœur de 16 ans dont on ne pouvait exiger le retour.

bien intégré et qui avait grandi en Suisse, le Tribunal fédéral a constaté qu'il parlait la langue de son pays d'origine et y avait séjourné à plusieurs reprises pour des vacances. Il est donc parti du principe que l'enfant connaissait les us et coutumes locales et que le retour avec sa mère était exigible²⁹¹. Dans le cas d'une fille née en Allemagne qui avait rejoint la Suisse à l'âge d'un an et y avait suivi sa scolarité, le Tribunal fédéral a décidé qu'on pouvait exiger qu'elle suive sa mère titulaire du droit de garde en Azerbaïdjan, retenant qu'elle parlait la langue et connaissait les particularités du pays par le biais de sa mère, même si elle n'y était jamais allée²⁹².

Le Tribunal administratif fédéral tend à accorder un peu plus de poids à l'intérêt supérieur de l'enfant qu'à l'intégration effective et à la durée du séjour en Suisse²⁹³. Il expose sa démarche dans une décision datant de l'année 2020 : « *Während Kindern in einem anpassungsfähigen, sehr jungen Alter die Rückkehr in ihr Heimatland gegebenenfalls selbst nach einem mehrjährigen Aufenthalt im Gastland üblicherweise zuzumuten ist, verlangt ein Vollzug der Wegweisung eines langjährig anwesenden Adoleszenten ... eine differenzierte Betrachtung. Abzuwägen sind dabei insbesondere die besonderen Bindungen, welche die betreffende Person im Aufenthaltsstaat eingegangen ist* » [s'il est possible d'exiger des enfants assez jeunes, encore en âge de s'adapter, un retour dans leur pays d'origine malgré un séjour de longue durée dans le pays d'accueil, l'exécution du renvoi d'un adolescent ayant longuement séjourné en Suisse requiert une appréciation différenciée, tenant notamment compte des *relations particulières* que la personne a nouées dans l'État de résidence]²⁹⁴. D'après le Tribunal administratif fédéral, la pondération de la durée de résidence doit tenir compte de *l'intensité et de la nature du séjour*. Le cas d'un enfant de quinze ans ayant résidé en suisse depuis six ans permet d'exemplifier cette pondération légèrement différente. Le Tribunal administratif fédéral a jugé le retour au pays

²⁹¹ TF, arrêt 2C_538/2021 du 24 juin 2022 consid. 4.4.3

²⁹² TF, arrêt 2C_34/2023 du 19 octobre 2023 consid. 6.4

²⁹³ Concernant l'intérêt supérieur de l'enfant et l'intégration, voir TAF, arrêt E-3008/2019 du 3 janvier 2020 consid. 6.3.2.

²⁹⁴ TAF, arrêt E-5946/2020 du 3 juin 2024 consid. 9.2.1. avec les références citées (mise en évidence dans la citation par les auteures et auteurs)

d'origine inexigible car le déracinement aurait concrètement mis en danger la santé et le développement de l'enfant²⁹⁵.

Pour résumer, l'on peut retenir que la *question de l'exigibilité* du départ (en compagnie des parents) est le point central de la thématique. Chez les jeunes enfants, on part généralement du principe que le départ est exigible. Ensuite, les exigences deviennent de plus en plus strictes. Chez les enfants scolarisés et plus âgés, un procède à un examen du degré d'intégration en Suisse et de la familiarité avec la culture et la langue de leur pays d'origine, afin d'évaluer leurs possibilités de s'y (ré)intégrer. En cas de renvoi d'enfants, le fait d'accorder un trop grand poids au sort du parent titulaire du droit de garde en droit des étrangers peut être contraire au principe de la CDE qui dispose que l'enfant doit être pris au sérieux en tant que sujet de droit à part entière. Même si, de manière générale, les parents tendent à être au centre des décisions, les enfants ne doivent pas être traités comme de simples appendices des parents.

3. Hébergement, encadrement et éducation

Enfin, le postulat s'adresse à la situation des enfants du point de vue de leur hébergement, de leur encadrement et de leur accès à l'éducation. Diverses études récentes consacrées à ces questions ont été évaluées dans le cadre de la présente étude (module 4). Les résultats ont été complétés par les constats issus des entretiens avec des expertes et experts (module 5) et de l'enquête en ligne (module 6).

a. Hébergement et encadrement en général

L'État est soumis à une *responsabilité particulière* pour les enfants sous sa garde. Cette responsabilité découle directement de l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale dans *toutes* les questions l'intéressant, en vertu de l'art. 3, al. 1, CDE²⁹⁶. Les décisions de l'État exerçant la garde qui sont

²⁹⁵ Ibidem et consid. 9.2.2

²⁹⁶ Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, observation générale conjointe 3/22, par. 30 et 32, al. f ; Comité des droits de l'enfant, observation générale 6, par. 25 et 40

importantes pour l'enfant concernent l'hébergement et l'encadrement, mais aussi l'accès aux soins médicaux et à l'éducation. L'hébergement de l'enfant peut prendre différentes formes. Dans le domaine de l'asile par exemple, le Comité des droits de l'enfant estime que l'hébergement dans une famille d'accueil, ou éventuellement dans un établissement pour enfants approprié, est envisageable pour les RMNA²⁹⁷. La solution la plus adaptée se détermine en fonction des circonstances du cas concret. La continuité dans la vie de l'enfant doit toujours être un aspect central dans la décision relative à l'hébergement²⁹⁸. Il est difficile d'exagérer l'importance de la continuité dans le développement des enfants. Les changements, en particulier fréquents, sont synonymes de risque. Des solutions transitoires peuvent s'imposer dans les situations d'urgence, mais elles doivent constituer l'exception plutôt que la règle et être de courte durée pour ne pas compromettre le développement. Se sentir en sécurité est un facteur important pour un être qui se développe. Les décisions nécessitent des connaissances spécialisées aussi bien en matière d'hébergement que d'encadrement²⁹⁹. Les personnes non spécialisées n'arrivent souvent pas à déceler les risques spécifiques.

Une problématique fondamentale dans l'hébergement et l'encadrement est la *garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des cadres qui ne sont pas, en première ligne, conçus à cette fin*. Ce problème se pose principalement dans le domaine de l'asile, avec sa centralisation en début de procédure. Jusqu'à la clôture de la procédure ou jusqu'au transfert dans un canton, toutes les personnes requérant l'asile sont hébergées dans un CFA³⁰⁰. La durée du séjour dans ces centres est au maximum de 140 jours (art. 24, al. 4, LAsi) avant que la personne soit, le cas échéant, transférée à un canton³⁰¹. Après le transfert,

²⁹⁷ Comité des droits de l'enfant, observation générale 6, par. 40

²⁹⁸ Ibidem

²⁹⁹ Ibidem

³⁰⁰ Il y a des exceptions : par exemple, les RMNA sont logés en externe dans les cas de figure suivants : RMNA de moins de 12 ans ; RMNA de plus de 12 ans avec des frères et sœurs de moins de 12 ans; RMNA pouvant habiter un logement privé. La décision incombe au SEM (voir SEM, manuel Encadrement RMNA, p. 5 et 46).

³⁰¹ Le transfert peut intervenir plus tôt si des clarifications approfondies sont nécessaires (art. 24, al. 3, let. c, LAsi).

l'hébergement, l'encadrement et l'éducation sont du ressort des autorités cantonales³⁰² et la situation des requérantes et requérants d'asile sur ces plans varie fortement d'un canton à l'autre³⁰³. Le transfert dans un canton est parfois suivi de nouvelles solutions transitoires³⁰⁴. Dans ces cas, un premier régime provisoire au sein du CFA est suivi d'un second dans le canton, ce qui provoque inévitablement chez les personnes concernées un sentiment de grande instabilité. De plus, les structures cantonales et communales n'accueillent souvent pas que des requérantes et requérants d'asile : elles peuvent aussi héberger des réfugiées et réfugiés reconnus et des personnes admises à titre provisoire, sous la responsabilité du canton ou de la commune depuis un certain temps déjà³⁰⁵. Les règles en matière d'hébergement varient en fonction de la collectivité responsable. Pendant la phase CFA, ce sont de manière générale les dispositions de la LAsi et les prescriptions de la Confédération qui font foi³⁰⁶. Les centres fédéraux présentent donc une certaine homogénéité au niveau normatif. Dans les cantons, ce sont les législations sociales cantonales ou l'ordonnance sur le placement d'enfants (OPE) qui s'appliquent³⁰⁷. Il n'existe donc pas de cadre juridique applicable à la situation en matière d'hébergement pendant toute la procédure d'asile.

Les différences entre la situation en matière d'hébergement des enfants dans les structures d'asile et les structures d'aide à l'enfance et à la jeunesse (en dehors de la procédure d'asile) sont marquantes³⁰⁸. Ceci est dû essentiellement au fonctionnement et au but de

³⁰² Dans le canton de Zurich, par exemple, l'hébergement est divisé en deux phases. Au cours de la première, les personnes requérant l'asile passent 4 à 6 mois dans un centre de transit (§ 6, al. 1, AfV) ; elles sont ensuite réparties sur les communes (§ 6, al. 2, AfV).

³⁰³ Pour une vue d'ensemble des diverses formes d'encadrement des RMNA, voir SSI, Cartographie cantonale des structures de prise en charge pour MNA.

³⁰⁴ Dans le canton de Zurich par exemple, le séjour avec hébergement dans un centre de transit est également provisoire jusqu'à l'attribution à une commune.

³⁰⁵ Voir par exemple, dans le canton de Zurich, Erläuterungen Unterstützungszuständigkeit, ch. 3.2.

³⁰⁶ Les bases légales correspondantes se trouvent dans la loi sur l'asile ainsi que dans l'ordonnance du DFJP du 4 décembre 2018 relative à l'exploitation des centres de la Confédération et des logements dans les aéroports (RS 142.311.23). Un avis de droit datant de 2023 est parvenu à la conclusion que les règles spécifiques en matière d'hébergement et d'encadrement relevant du droit de l'asile constituent une *lex specialis* qui prime le CC et l'ordonnance sur le placement d'enfants (OPE) qui en découle (AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, étude Encadrement RMNA CFA, p. 23 et 25). Par conséquent, les dispositions de l'OPE ne s'appliquent pas à l'hébergement et à l'encadrement dans les CFA.

³⁰⁷ Art. 13, al. 2, let. a, OPE. L'OPE subira probablement une révision (postulat Roduit Benjamin [22.4407], Un cadre d'action moderne pour la prise en charge extrafamiliale, 14 décembre 2022).

³⁰⁸ BOMBACH, p. 1 ss ; MÖRGEN/RIEKER, p. 1 ss

la procédure d’asile, qui vise en premier lieu à déterminer si une personne a la qualité de réfugié ou non. Cette focalisation claire s’accompagne d’une très faible prise en compte des besoins réels des différents enfants dans le cadre de l’hébergement dans les CFA³⁰⁹. Après le transfert, en raison de leur statut, les enfants sont pris en charge dans des structures parallèles à l’offre en matière d’aide à l’enfance et à la jeunesse dans la quasi-totalité des cantons, et avec des normes de référence et des organes compétents distincts. Les expertes et experts consultés confirment ces constats, soulignant à quel point la logique et la phase de procédure, ainsi que le statut correspondant, influencent la situation des enfants. Ils citent notamment des locaux exigus et généralement pas adaptés aux enfants. Les résultats de l’enquête en ligne auprès de spécialistes de l’hébergement et de l’encadrement au niveau fédéral et cantonal confirment le constat aussi bien au niveau de la Confédération qu’au niveau des cantons. Seul un quart (26 %) indique que les RMNA sont logés conformément à leurs besoins. Pour les enfants accompagnés, un tiers (31 %) des personnes interrogées estime que la prise en charge correspond aux besoins. Selon elles, dans les CFA, l’on pense en termes d’efficience de la procédure plutôt qu’en termes de besoins des personnes³¹⁰, ce qui empêche de penser en priorité à l’intérêt supérieur de l’enfant, qu’il soit accompagné ou non. Bien que la phase CFA ne dure pas longtemps, les personnes interrogées considèrent qu’elle préconfigure de manière déterminante la situation de l’enfant en termes d’hébergement et d’encadrement.

Le législateur a tenté d’*atténuer* la problématique pour la phase CFA. Le problème a du moins été reconnu, de manière générale. Aux termes de l’art. 82, al. 3^{bis} LAsi, il faut tenir compte « autant que faire se peut » des besoins particuliers des enfants, des familles et des personnes ayant besoin d’un encadrement dans le cadre de l’hébergement. Ce principe a été précisé par voie d’ordonnance³¹¹. En outre, le SEM a investi ces dernières années des efforts considérables pour améliorer la situation des familles et des RMNA dans les structures collectives. Il a notamment retravaillé le Plan d’exploitation Hébergement

³⁰⁹ Voir aussi CNPT, Rapport de visite CFA Provence 2023, ch. 7.

³¹⁰ Voir aussi MEY/KELLER/ADILI/BOMBACH/ESER DAVOLIO/GEHRIG/KEHL/MÜLLER-SULEYMANOVA, Bericht Evaluation UMA-Pilotprojekt.

³¹¹ 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 (RS 142.311.23). Le manuel du SEM sur les CFA prévoit la possibilité de déroger à l’hébergement séparé des familles en cas d’afflux de demandes d’asile (SEM, manuel CFA, ch. 2.3.1).

(PLEX)³¹² et développé le manuel Encadrement RMNA³¹³, mentionné plusieurs fois aussi bien dans l'enquête en ligne que lors des entretiens avec les expertes et experts en hébergement et encadrement. Adapté pour la dernière fois en 2022, le PLEX définit les objectifs à atteindre et les normes applicables à l'hébergement dans les CFA. Conçu comme un instrument contraignant plutôt qu'un simple fil conducteur, il prévoit notamment des règles pour les RMNA et les familles. Le manuel Encadrement RMNA, établi en 2020 et révisé pour la dernière fois en 2023, contient également des règles contraignantes pour tous les CFA. Malgré les améliorations, les études récentes brossent toujours un tableau global insatisfaisant en ce qui concerne les enfants ; le problème ne saurait être considéré comme résolu. Par exemple, dans ses rapports récents, la CNPT parvient à la conclusion que l'hébergement et l'encadrement des enfants dans les CFA n'est souvent pas conforme aux prescriptions de la CDE, du moins en partie³¹⁴.

La présente étude n'a pas recensé systématiquement les prescriptions normatives applicables aux *structures cantonales et communales*. Bien qu'il soit dès lors impossible d'émettre des déclarations sur l'encadrement et l'hébergement dans ces structures au-delà d'observations ponctuelles, une certaine conclusion se dessine. Par exemple, les rares études à disposition qualifient en partie les structures d'hébergement cantonales, respectivement les normes qui les régissent, comme insuffisantes, déplorant en particulier la faible prise en compte des besoins des enfants, dont certains sont hautement vulnérables³¹⁵. Un autre aspect concerne la capacité des structures : lorsqu'elle est atteinte, cela influence irréfutablement les conditions d'hébergement des enfants. La volatilité générale qui caractérise les demandes d'asile exacerbe une situation déjà instable³¹⁶.

³¹² SEM, Plan d'exploitation Hébergement (PLEX), version 4.0 du 1^{er} janvier 2022

³¹³ SEM, Manuel relatif à l'hébergement et l'encadrement des requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA) dans les centres fédéraux pour requérants d'asile (CFA), Version 2.0 du 1^{er} novembre 2023

³¹⁴ Voir p. ex. CNPT, Bericht Überprüfung BAZ Tessin und Zentralschweiz 2023-2024, p. ex. ch. 4, 8, 18, etc. ; CNPT, Rapport de visite CFA Provence 2023, ch. 2, 7, 11, etc. ; CNPT, Besuchsbericht BAZ Basel und Aesch 2023, ch. 24 ss ; CNPT, Besuchsbericht BAZ Steckborn 2023, ch. 8 s. Voir déjà également CNPT, communiqué de presse « La Commission est préoccupée par les conditions de vie des enfants et des jeunes dans les centres de retour » du 10 février 2022 (accessible à l'adresse www.admin.ch > Documentation > Communiqués de presse) ; CNPT, Bericht Überprüfung BAZ 2021-2022, ch. 11 et 151 s.

³¹⁵ Voir p. ex. MÖRGEN/RIEKER, p. 1 ss.

³¹⁶ Voir ROULIN/JURT, p. 185 ss.

Les résultats des *entretiens avec les expertes et experts* concordent avec les points exposés, aussi bien au niveau fédéral qu'à l'échelon cantonal. Les entretiens ont beaucoup thématiqué la question de la place. Un expert en matière d'hébergement a notamment signalé que les logements collectifs cantonaux regroupent souvent dans un petit espace un grand nombre de personnes ayant subi de très fortes charges psychiques, ce qui accroît le risque de pathologies mentales et de violence. Des expertes et experts en psychologie et en sociopédagogie ont aussi souligné qu'il est important que l'enfant puisse exercer une certaine autodétermination par rapport à sa situation, surtout dans une phase où il est essentiellement livré au jugement d'autrui, comme dans la procédure d'asile. Ils ont aussi relevé la problématique des dortoirs sans intimité ni options de jeu ou de repli³¹⁷. Selon ces spécialistes, des locaux aménagés de manière adaptée aux enfants peuvent contribuer significativement à prévenir les comportements déviants, un enjeu crucial sachant que l'enfance est une phase essentielle pour le développement et non rattrapable. Les jeunes adultes consultés font également état de difficultés à construire une relation avec les personnes de référence et à être intégrés dans la société en tant que jeunes réfugiés. Pour eux, le placement dans une famille (d'accueil) présente des avantages sur ces points. Pour reprendre les mots de l'un d'entre eux : « *Die Pflegefamilie hat mich immer motiviert und mich ermutigt, nicht aufzugeben* » [ma famille d'accueil m'a toujours encouragé et m'a motivé à ne pas baisser les bras]. Selon ces personnes, un environnement familial et adaptable aide à surmonter le défi de s'adapter à de nouvelles langues et de nouvelles cultures.

L'association entre insécurité générale et charge psychique était aussi au premier plan dans les *entretiens du HCR avec des RMNA et des familles* hébergés dans les CFA. Il ressort que les enfants, accompagnés ou non, subissent de manière généralisée une forte pression mentale. Les incertitudes par rapport à la procédure et à l'avenir, le manque d'informations et le sentiment d'impuissance se cumulent et peuvent donner lieu à des situations de détresse et des états anxieux. Assister à l'exécution de renvois peut être traumatisant pour un enfant. Ce genre d'expérience suscitera inéluctablement la sensation que la structure d'asile n'est pas un lieu sûr. Des parents rapportent le cas d'enfants qui se cachent ou s'enfuient, de peur de se faire expulser. Un autre problème cité est le manque

³¹⁷ Voir aussi CNPT, Bericht Überprüfung BAZ Tessin und Zentralschweiz 2023-2024, ch. 6 ss.

de prise en charge psychologique des enfants pendant la nuit, période où les états émotionnels oppressants peuvent se manifester de manière encore plus prononcée.

Les résultats de l'*enquête en ligne* révèlent également une appréciation majoritairement critique de la situation dans les structures d'hébergement et d'encadrement, les répondants identifiant en particulier la situation psychique des RMNA comme un point névralgique. Un tiers des personnes interrogées (32 %) est d'accord que les RMNA « se portent majoritairement bien sur le plan psychique dans les centres »³¹⁸ (4 % étant « entièrement d'accord »). Un plus grand nombre n'est pas d'accord (41 %, dont 11 % « pas du tout »). Les curatrices et curateurs de RMNA au niveau cantonal étaient encore plus préoccupés quant à la situation psychique, 25 % étant très critiques et 40 % plutôt critiques (pour 10 % d'abstentions). Dans les grandes lignes, le tableau est identique pour la question de savoir si les enfants sont globalement pris en charge de manière adaptée. Une prise en charge « globalement » adaptée se réfère à l'établissement, abords compris, et aux locaux qu'il contient, ainsi qu'à la présence en nombre suffisant de personnel et de spécialistes disponibles. Parmi les spécialistes de l'hébergement et de l'encadrement, 33 % répondent par la négative pour les enfants accompagnés et 27 % pour les RMNA, avec 25 % d'abstentions dans chaque cas³¹⁹. Les curatrices et curateurs indiquent que dans la majorité des centres, un hébergement adapté aux enfants n'est « pas du tout » (10 %) ou « plutôt pas » (40 %) disponible. Un aspect critique concerne surtout la protection contre les conséquences des situations dangereuses. 40 % des éducatrices et éducateurs sociaux et des encadrantes et encadrants actifs dans les CFA ou les centres cantonaux estiment que les RMNA ne sont pas en sécurité par rapport aux situations dangereuses impliquant des adultes. Concernant les enfants accompagnés, 44 % sont de cet avis, part qui monte à 51 % pour les spécialistes de l'asile. La proportion est encore plus élevée chez les curatrices et curateurs consultés, soit 70 %. Autre point jugé insuffisant, le taux d'encadrement pour les RMNA : près de la moitié (46 %) des spécialistes actifs dans les CFA ou

³¹⁸ Cette question et les suivantes ne distinguaient pas entre CFA et hébergements cantonaux.

³¹⁹ La proportion relativement élevée d'abstentions est majoritairement du fait de personnes qui ne sont pas intégrées dans l'encadrement au sein des CFA ou des centres cantonaux, qui travaillent avec le groupe cible dans un cadre ambulatoire (p. ex. encouragement de l'intégration) ou occupent des fonctions de direction et de coordination au niveau des autorités (p. ex. coordination d'asile). En tenant compte uniquement des réponses des spécialistes en sociopédagogie et encadrement qui interagissent directement avec les enfants dans les centres, seuls 20 % estiment que le cadre est adapté aux besoins, 66 % pensant le contraire (pour 14 % d'abstentions).

les centres cantonaux estiment que le taux d'encadrement n'est « pas du tout » ou « plutôt pas » approprié. Les réponses à la question complémentaire concernant le taux d'encadrement actuellement pratiqué varient. Plusieurs réponses font état d'un taux de 1:20, une réponse mentionne même 1:30³²⁰, mais le spectre va jusqu'à 1:4. Une grande variabilité qui se reflète aussi dans les réponses à la question de savoir si le taux est adéquat. 60 % des curatrices et curateurs déplorent qu'une personne spécialiste ne soit pas disponible en continu, surtout pendant la nuit, période propice à l'exacerbation des problèmes.

Une problématique générale de l'hébergement et de l'encadrement est l'absence très répandue de *normes professionnelles*, qui seraient à même d'améliorer sensiblement la culture et la situation générale dans les structures. Les directives, recommandations, bonnes pratiques, etc. mettent à profit le savoir empirique disponible, idéalement systématisé de manière scientifique, à des fins pratiques. Chez les RMNA, la situation est globalement plus favorable que pour les enfants accompagnés : plusieurs normes spécialisées applicables à ce groupe existent en Suisse, notamment les recommandations de la CDAS relatives aux RMNA³²¹, les recommandations de la CDAS/COPMA sur le placement extra-familial³²² et le manuel du Service social international suisse sur l'accompagnement des jeunes migrants³²³. Ces guides n'ont toutefois pas d'effet contraignant. Par conséquent, les méthodes appliquées ne sont pas homogènes. Un effet contraignant, appliqué éventuellement aux normes centrales, pourrait contribuer à une pratique plus basée sur les connaissances professionnelles³²⁴. Dans ce contexte, il convient de mentionner que la prise en compte contraignante de manuels a généralement donné lieu à des améliorations au niveau fédéral. Les éducatrices et éducateurs sociaux consultés rapportent que depuis l'introduction du manuel Encadrement RMNA, tous les RMNA arrivant dans les CFA bénéficient d'entretiens d'entrée sociopédagogiques ; si le bien des RMNA n'est toujours pas évalué de manière systématique, il y a au moins une tendance claire vers

³²⁰ À titre de comparaison, la valeur de référence dans les établissements d'aide à l'enfance et à la jeunesse est de 1:4 (p. ex. canton de Zurich : § 18 KJV). Toutefois, rares sont les établissements qui respectent cette valeur pendant la phase de l'arrivée des RMNA dans certains cantons.

³²¹ CDAS, Recommandations relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile.

³²² CDAS/COPMA, recommandations Placement extra-familial

³²³ SSI, Accompagnement des jeunes migrant-e-s

³²⁴ Voir aussi OSAR, Standards minimaux pour l'hébergement des personnes requérantes d'asile, p. 9 s.

l'harmonisation et une approche professionnelle contraignante. En revanche, les spécialistes consultés (éducatrices et éducateurs sociaux, collaborateurs d'APEA et d'ONG, représentantes et représentants juridiques) sont unanimes que les besoins des enfants accompagnés passent généralement inaperçus faute de clarifications spécifiques. Dans le domaine des enfants accompagnés, il n'y a pour ainsi dire pas de normes ni de guides pour la collaboration avec les parents³²⁵. Le contraste avec la situation nettement plus favorable des RMNA s'explique par l'idée très répandue que les enfants se confondent avec leur famille, autrement dit que leurs intérêts coïncident avec ceux de leurs parents, ce qui peut tout à fait ne pas être vrai. Des normes et un personnel formé spécifiquement peuvent aider à atténuer ce problème. Les personnes actives en sociopédagogie ont mentionné le manque de ressources et la formation lacunaire des personnes impliquées, surtout celles en reconversion professionnelle, ainsi que les changements fréquents au niveau du personnel, surtout des spécialistes. Selon ces personnes, ce dernier problème est lié au manque de ressources et les deux facteurs s'influencent mutuellement. Un expert en sociopédagogie raconte que, dans des conditions aussi délicates, on fait souvent recours aux sanctions plutôt qu'à la pédagogie (diminution des sommes d'argent, privation d'argent de poche, restrictions de sortie). Les spécialistes actifs dans les CFA ou les centres cantonaux sont rares à estimer que le travail est encadré par des « normes claires ». Pour les RMNA, le taux est de 19 %, pour les enfants accompagnés il s'élève à 8 % à peine. Pour les deux catégories, un tiers des participants est « plutôt » d'accord qu'il existe des normes³²⁶. Globalement, les éducatrices et éducateurs sociaux et les encadrantes et encadrants disposent d'une grande variété de lignes directrices, de manuels, de guides, etc. sur la gestion des questions spécifiques à l'enfant, ce qui joue vraisemblablement un rôle dans ce contexte³²⁷. En effet, si une personne a accès à diverses normes basées sur des

³²⁵ BOMBACH, p. 1 ss ; ASEFAW/BOMBACH/WÖCKEL, p. 171 ss

³²⁶ Le point frappant ici est le pourcentage élevé de non-répondants, surtout dans les centres cantonaux. Ainsi, en lien avec les enfants accompagnés, 49 % des spécialistes actifs dans les centres ne se sont pas exprimés concernant la disponibilité de normes claires, ce qui renforce encore l'impression d'un manque de clarté et de règles contraignantes. Dans les questions ouvertes, les spécialistes travaillant avec des RMNA dans les CFA mentionnent le potentiel des normes existant au niveau fédéral, tout en indiquant que leur application et leur mise en œuvre restent un défi dans le quotidien sociopédagogique.

³²⁷ Parmi les réponses à la question de ce qui oriente le travail quotidien lorsqu'il s'agit de questions relatives à la protection des enfants, (n=210, plusieurs réponses possibles) 92 mentionnent les *bases légales* (groupes majoritaires : droits de l'enfant [29], CC [22], loi sur l'asile [11]). 61 mentionnent les *manuels et concepts relatifs aux RMNA* (groupes majoritaires : manuel Encadrement RMNA du SEM [18], manuels internes en matière d'encadrement des RMNA des organisations [20]). 50 autres mentionnent des *directives*

connaissances relevant de domaines divers et qui ne sont pas contraignantes (ce qui est plutôt le cas au niveau cantonal, selon l'enquête en ligne) et si les conditions ne permettent pas de mettre en œuvre ces normes, cela peut être très désorientant. Deux tiers des spécialistes en hébergement et encadrement indiquent que la possibilité de respecter réellement les normes disponibles varie en fonction du nombre de demandes d'asile. Ce facteur joue un rôle déterminant dans la prise en charge des enfants. Le problème des changements des personnes encadrantes a été évoqué. Mais un autre problème en lien avec la question des normes contraignantes, moins reconnu, concerne les changements de structures d'encadrement, de représentantes et représentants juridiques et de curatrices et curateurs, changements qui recèlent des risques spécifiques. Ils peuvent renforcer le sentiment d'abandon. Pour reprendre le témoignage d'un ancien RMNA : « *Sie haben mir ein Ticket gegeben und ein Blatt mit Wegbeschreibung. Ich habe gesagt, ich kann das nicht, aber sie haben gesagt: du schaffst das. Bis [zur ersten Stadt] habe ich es geschafft, ab dann habe ich Hilfe gebraucht. Dann habe ich Leute aus meinem Land gefragt. Sie haben mich [zum besagten Dorf] gebracht, doch dort hiess es: Du bist hier falsch. Es war am Abend. Ich habe gesagt, ich kann nicht mehr, ich bin den ganzen Tag schon unterwegs und immer noch nicht am richtigen Ort* » [on m'a donné un ticket et une feuille avec un itinéraire. J'ai dit que je n'y arriverai pas, mais on m'a dit que si, ça ira. Je suis arrivé à la première ville, mais après j'ai eu besoin d'aide. J'ai demandé à des gens de mon pays. Ils m'ont amené au village voulu, mais là on m'a dit « ce n'est pas ici ». C'était le soir. J'ai dit « je n'en peux plus, j'ai voyagé toute la journée et je ne suis toujours pas au bon endroit »].

Pour résumer, force est de constater que la situation des enfants en matière d'hébergement et d'encadrement *est fortement déterminée par la phase procédurale* et par le statut de l'enfant et de ses parents. Ce n'est qu'exceptionnellement que le choix de la forme d'hébergement se fonde sur un besoin de l'enfant déterminé dans le cas concret³²⁸. La situation

officielles (groupes majoritaires : directives du canton [14], directives du SEM [11]). En outre, quelques personnes mentionnent d'*autres documents d'orientation*, par exemple les guides des services de consultation parents-enfants, les lignes directrices des ONG, le code de déontologie du travail social, leurs propres expériences, les échanges au sein de l'équipe ou les instructions des supérieurs hiérarchiques.

³²⁸ D'après les expertes et experts consultés et l'enquête en ligne, ces exceptions sont rares, et concernent soit des mesures de protection de l'enfance (surtout au sein de familles), soit la pédopsychiatrie dans les situations d'urgence.

en matière d'hébergement est très tributaire du nombre de demandes d'asile en cours. Ce facteur influence considérablement les conditions d'hébergement et d'encadrement, surtout en ce qui concerne le taux d'encadrement, l'occupation des chambres et le fait d'héberger des RMNA en compagnie d'adultes³²⁹. Vient s'ajouter à cela le problème d'une offre extrêmement hétérogène. Dans ce domaine, la structure fédéraliste de la Suisse entraîne une variabilité qui n'est pas toujours salubre. Le manque de connaissances spécialisées et des effectifs insuffisants de spécialistes qualifiés sont un autre problème fondamental dans le domaine de l'hébergement et de l'encadrement. Globalement, malgré les améliorations intervenues ces dernières années, notamment au niveau des normes concernant les RMNA, force est de constater que d'importants déficits persistent. Dans l'ensemble, la situation ne paraît guère compatible avec l'obligation de l'État de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale dans toutes les questions l'intéressant.

b. Hébergement dans le cadre de l'aide d'urgence et de l'admission provisoire

Il arrive que les enfants restent dans des structures étatiques après la procédure d'asile, surtout dans le cadre de *l'aide d'urgence*³³⁰ et en cas d'*admission provisoire*. La première thématique a récemment fait l'objet d'une étude ad hoc mandatée par la CFM. Après examen de la situation des enfants, l'étude parvient à une conclusion explicite : ces enfants vivent dans des conditions de grande précarité, l'ensemble de leur situation est déterminé par le statut de l'aide d'urgence³³¹. Un avis de droit complémentaire a constaté que cette situation est inconciliable avec toute une série de prescriptions légales, plus particulièrement les obligations découlant de la CDE et de la Constitution³³². Il convient de relever ici que l'aide d'urgence peut être un état de longue durée. En 2020, 390 enfants

³²⁹ Voir MEY/KELLER/ADILI/BOMBACH/ESER DAVOLIO/GEHRIG/KEHL/MÜLLER-SULEYMANOVA, Bericht Evaluation UMA-Pilotprojekt, p. 72 ; RIEKER/HÖHNE/MÖRGEN, p. 9 ss.

³³⁰ Cette situation concerne notamment les familles et les enfants dont l'exécution du renvoi a été ordonnée, mais qui n'ont pas quitté le pays pour diverses raisons (p. ex. car l'identité n'est pas avérée). En Suisse, ces personnes peuvent bénéficier uniquement de l'aide d'urgence en vertu de l'art. 12 Cst. Voir p. ex pour le canton de Berne : CNPT, Überprüfung Rückkehrzentren Bern 2021, p. 6.

³³¹ LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER, étude Aide d'urgence, notamment p. 65

³³² AMARELLE/ZIMMERMANN, avis de droit Aide d'urgence, p. 25

étaient à l'aide d'urgence depuis plus d'un an en Suisse ; 137 depuis plus de quatre ans³³³. L'aide d'urgence, conçue comme une solution transitoire, est très problématique pour les enfants lorsqu'elle s'installe dans la durée³³⁴.

Les *expertes et experts* consultés voient unanimement cette thématique d'un œil critique, identifiant comme domaines spécialement problématiques l'aide d'urgence de longue durée, les situations difficiles dans les structures collectives et le fait d'assister à des expulsions. Les principaux problèmes cités sont la violence, le désespoir des parents, un manque d'espace et l'absence d'intimité. L'enquête en ligne comporte aussi une question visant à savoir qui est responsable des cas dans le cadre de l'aide d'urgence. Les réponses révèlent des incertitudes à cet égard. Selon les indications (ou suppositions³³⁵) des personnes consultées, la responsabilité appartient aux encadrantes et encadrants des abris d'urgence (28 %), aux APEA (14 %) à quelqu'un d'autre (15 % : p. ex. parents, services sociaux ou communes). Cela donne lieu à un cadre problématique du point de vue de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant, où des enfants grandissent dans des situations de grande précarité alors qu'il n'est pas clair à qui incombe la responsabilité³³⁶.

En ce qui concerne les *enfants admis à titre provisoire*, la réalité est que la grande majorité des personnes ayant ce statut restent durablement en Suisse. Partant, un examen sérieux de la situation de ces enfants ne saurait partir de l'hypothèse que les problèmes liés à ce statut n'existent que temporairement. Les personnes admises à titre provisoire sont de la compétence des cantons. Le soutien est accordé selon les principes cantonaux applicables à l'aide sociale en matière d'asile, qui varient de canton en canton mais accordent, de par la loi, une aide moins élevée que l'aide sociale destinée à la population suisse (art. 86, al. 1, LEI). Les différences en termes d'aide sociale et d'hébergement donnent lieu à des inégalités de fait significatives pour les personnes ayant ce statut. En fonction des cantons, elles peuvent être logées dans les structures d'asile, y compris des logements collectifs, ce qui peut être extrêmement problématique pour les enfants admis à titre provisoire.

³³³ LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER, étude Aide d'urgence, p. 23

³³⁴ Voir ATF 131 I 166 consid. 3.1.

³³⁵ Pour citer une des personnes consultées : « *Das weiss wohl niemand so genau* » [je crois que personne ne sait exactement].

³³⁶ Dans une optique similaire : LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER, étude Aide d'urgence, p. 34 et 63

Les entretiens avec les expertes et experts ne fournissent que des enseignements ponctuels en lien avec les enfants admis à titre provisoire, car peu d'entre ces personnes s'y connaissent. Les représentantes et représentants juridiques, par exemple, soulignent le problème des hébergements de longue durée dans des logements collectifs, où la tourmente qui caractérise le domaine de l'asile peut devenir un élément durable des conditions de vie des enfants. L'intégration professionnelle est aussi évoquée : le permis F peut entraver l'accès des jeunes aux places d'apprentissage et de travail. Dans l'enquête en ligne, les spécialistes de tous les domaines indiquent que la proportion élevée de familles avec enfants admises à titre provisoire dans les logements collectifs est préoccupante en termes de garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant. 73 % des spécialistes en hébergement et encadrement consultés indiquent en outre que les familles bénéficiant de l'aide sociale en matière d'asile restent dans des logements collectifs pendant des années, jusqu'à sept dans certains cas. Les curatrices et curateurs consultés confirment ce constat.

c. Surveillance et possibilités de se plaindre

La garantie d'un hébergement adapté aux enfants dépend de l'existence d'une *surveillance* des autorités et de *possibilités efficaces pour se plaindre*. Sur ce plan aussi, il faut distinguer la situation au niveau fédéral et au niveau cantonal. Au niveau de la Confédération, il faut d'abord mentionner les efforts du SEM en vue d'instaurer une assurance qualité générale dans le domaine de l'hébergement. En 2021, le SEM a élaboré un plan consacré à l'hébergement dans les CFA, pour assurer un meilleur respect des normes en général et dans le cas des enfants en particulier. Il tient notamment compte des exigences formulées dans le manuel Encadrement RMNA³³⁷ et prévoit des contrôles internes, au moins une fois par année. La régularité est censée avoir un effet préventif. De plus, les directions des différentes régions procédurales peuvent effectuer des inspections³³⁸, y compris des inspections inopinées. La CNPT peut elle aussi accéder aux CFA en tout temps. La possibilité de telles visites doit être prise en compte automatiquement pendant le travail quotidien au CFA. Un autre élément contributeur d'améliorations est l'obligation du SEM d'examiner les propositions de la CNPT et de prendre position quant à leur

³³⁷ AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, étude Encadrement RMNA CFA, p. 23

³³⁸ Ibidem

faisabilité (art. 9, al. 2, de la loi sur la CNPT). On peut distinguer ici une notion de mise en œuvre proche de la réalité, envisagée comme un processus d'ajustement permanent. Le PLEX pour les CFA prévoit l'installation dans chaque centre d'une boîte à avis permettant de soumettre les « questions, observations et réclamations concernant l'hébergement » à l'attention du SEM³³⁹.

En ce qui concerne les CFA, les expertes et experts en hébergement et encadrement consultés évoquent surtout l'importance des contrôles effectués par le SEM, en soulignant l'aspect crucial de la régularité. Ils mentionnent également l'importance des mécanismes de contrôle internes pour la mise en œuvre du manuel Encadrement RMNA et des visites inopinées (notamment celles de la CNPT). En revanche, les experts ne connaissent guère de moyens de plainte dont les enfants auraient connaissance. Les entretiens réalisés par le HCR avec des RMNA et des familles dans les CFA révèlent aussi de grandes incertitudes des enfants en lien avec leurs possibilités de donner leur avis ou de se plaindre : ils savent rarement quelle personne de contact est compétente pour leurs questions et ignorent, de manière générale, qui pourrait les aider efficacement. En général, ils ont l'impression qu'ils ne peuvent pas aller voir de leur propre chef la personne qui les représente ou les conseille sur le plan juridique.

Il convient de mentionner spécifiquement une étude externe réalisée en 2021 suite à des révélations concernant des *incidents violents* dans les CFA, qui avaient suscité d'intenses controverses sur la situation dans ces centres. L'étude a constaté que les autorités avaient ouvert les procédures pénales³⁴⁰. Cela montre que ces incidents n'ont pas été tolérés. Suite à cette étude, le SEM a en outre décidé d'introduire un bureau de signalement externe. Le projet pilote correspondant, débuté le 1^{er} novembre 2022, était encore en cours pendant la durée de la présente étude³⁴¹. Il a pris fin le 31 octobre 2024. Sur la base des enseignements recueillis, le SEM a adapté son système de gestion interne des plaintes pour les signalements de moindre gravité concernant le fonctionnement des CFA (concernant p. ex. la restauration et l'infrastructure) et décidé de créer un bureau central de

³³⁹ SEM, PLEX, p. 67

³⁴⁰ OBERHOLZER, Bericht Sicherheit BAZ, p. 99

³⁴¹ Pour une évaluation intermédiaire, voir PRESTEL/BONVIN/KOBELT, Zwischenbericht Meldestellen.

signalement externe pour toute la Suisse pour les signalements plus graves (violations présumées des droits fondamentaux)³⁴².

La présente étude n'ayant pas recueilli d'informations sur la surveillance des *structures cantonales et communales* et les possibilités de se plaindre, les indications qui suivent ne peuvent se fonder que sur des informations fragmentaires. Ici encore, force est de constater qu'il existe une grande variété en termes de surveillance des structures cantonales et communales. Si certains cantons ont des procédures de contrôle, d'autres en sont quasi exempts. Dans la mesure où une surveillance est effectuée, c'est principalement au moyen de contrôles internes ou par l'intermédiaire de privés mandatés³⁴³. Une surveillance indépendante des logements collectifs, lieux sensibles aux problèmes, ne semble guère exister. De plus, il n'existe pas d'organes supérieurs habilités à émettre des instructions contraignantes en lien avec l'hébergement et l'encadrement des enfants. Bien que le SEM et les APEA aient procédé à d'importantes clarifications ces dernières années³⁴⁴, les entretiens et l'enquête en ligne suggèrent qu'en pratique, les domaines de compétence ne sont pas encore complètement délimités. Ce constat ne s'applique toutefois pas au personnel des APEA et aux curatrices et curateurs eux-mêmes : seuls 20 % d'entre eux sont « plutôt pas » d'accord (et 2,4 % seulement « pas du tout ») que leur domaine de responsabilité en matière d'hébergement est clairement défini. Cependant, 56 % d'entre eux estiment que les autres spécialistes impliqués ne sont pas assez au courant en ce qui concerne les compétences des APEA. Les expertes et experts membres d'APEA ont aussi mentionné qu'ils ne peuvent pas prendre de mesures adéquates face à des situations d'hébergement problématiques imputables aux autorités, à moins qu'il ne soit prouvé que l'intérêt supérieur de l'enfant est en péril, unique situation où l'APEA est compétente dans un cas particulier. Or, selon ces spécialistes, la compétence pour garantir la protection et le bien-être de l'enfant devrait se situer au lieu où les enfants sont hébergés et encadrés. Elle n'exerce pas de surveillance générale sur les autorités. D'après les expertes et experts membres d'APEA, certains systèmes de surveillance actuels ne bénéficient pas des

³⁴² Voir www.sem.admin.ch > Asile / Protection contre la persécution > La procédure d'asile > Structures régionales et centres fédéraux pour requérants d'asile > Projet pilote « Bureau de signalement externe ».

³⁴³ Trois cantons ont indiqué avoir rattaché les structures pour RMNA et MNA aux structures d'aide à l'enfance et à la jeunesse, ce qui fait qu'elles sont également soumises à la surveillance correspondante.

³⁴⁴ Voir AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, étude Encadrement RMNA CFA, p. 27 s.

connaissances spécialisées nécessaires, faute de normes et de lignes directrices offrant un cadre suffisamment clair, à l'instar notamment des lois sur les foyers en vigueur dans certains cantons. Le manque de connaissances des spécialistes par rapport à des services de signalement indépendants a aussi été thématiqué dans l'enquête en ligne³⁴⁵. Si les spécialistes en savent peu, il semble aller de soi que les enfants concernés en sauront encore moins. Quant à des structures de surveillance claires, connues de tous, il ne saurait en être question. Les expertes et experts s'étant exprimés ne semblent pas non plus avoir connaissance de stratégies de protection et de prévention. Ils ont aussi évoqué expressément le manque de lieux sûrs et d'espaces protégés dans les logements collectifs, aussi bien dans les CFA que dans les grands établissements cantonaux. D'après le témoignage d'un expert du domaine de l'hébergement, son logement collectif a des chambres à coucher séparées pour les familles et les filles, mais comme il faut passer par les quartiers des hommes pour se rendre aux toilettes, cette séparation ne permet pas de créer un espace sûr³⁴⁶.

Pour résumer, la situation en matière de surveillance et de possibilités de se plaindre s'est améliorée récemment au niveau fédéral, mais des déficits demeurent, notamment au niveau des *informations à disposition des enfants à propos de leurs moyens de se plaindre et de donner leur avis*. Dans les cantons, un des principaux points faibles est probablement l'absence d'un *organe externe indépendant chargé de la surveillance des hébergements problématiques*, tels que les logements collectifs.

d. Accès aux soins de santé et à l'éducation

Les entretiens avec des expertes et experts du domaine de l'encadrement montrent que garantir l'accès à des soins de santé correspondant aux besoins, ainsi qu'à l'éducation et à la formation, reste un défi à de nombreux égards. Les difficultés commencent dès l'arrivée en Suisse (CFA) et se poursuivent aux niveaux cantonal et communal. La CDE

³⁴⁵ Parmi les spécialistes en matière d'hébergement et d'encadrement aux niveaux fédéral et cantonal, 33 % sont « plutôt » et 16 % « entièrement » d'accord que les RMNA peuvent s'adresser à un service indépendant, désigné par écrit, en cas d'expérience pénible. 14 % sont « plutôt pas » d'accord et 8 % « pas du tout ». Un tiers n'a pas répondu à la question ; les résultats sont similaires pour les enfants accompagnés.

³⁴⁶ Des réflexions sur la situation des enfants dans différents cadres d'hébergement se trouvent aussi chez GORDZIELIK/REZZONICO/STRAUSS, p. 3 ss.

prévoit des obligations pour les États parties dans les deux domaines³⁴⁷. Chacun des deux aspects sera examiné ci-après. Au niveau des *soins médicaux*, la plupart des expertes et experts consultés identifient le même problème fondamental : en général, il n'y a pas d'examen objectif de l'état de santé physique et psychique des enfants. C'est surtout le cas dans la procédure d'asile. Dans ce domaine, la santé physique occupe clairement le premier plan. Pourtant, des expertes et experts du domaine de l'hébergement et de la curatelle au niveau cantonal, ainsi que des membres d'ONG, estiment que l'examen de la santé physique n'est pas toujours suffisamment approfondi ; la gale et les plaies infectées, notamment, ne sont pas suffisamment diagnostiquées. Dans les questions ouvertes de l'enquête en ligne, plusieurs éducatrices et éducateurs sociaux ont mentionné que les enfants atteints de maladies chroniques et ayant des besoins médicaux particuliers ne sont pas suffisamment identifiés et accompagnés. La plupart des expertes et experts du domaine de l'hébergement et de la curatelle au niveau cantonal, ainsi que des membres d'ONG, estiment que les affections psychiques ne sont pas dépistées et détectées correctement. Selon deux expertes du domaine de l'encadrement et un expert du domaine de la curatelle, même s'il existe des concepts appropriés, les options thérapeutiques font souvent défaut, tout comme une offre facile d'accès en cas de crise aiguë : lorsqu'un besoin psychique se révèle, par exemple en situation de crise, les traitements nécessaires ne sont parfois pas disponibles, ou uniquement au bout de longs délais d'attente³⁴⁸. Un grand nombre d'intervenants cite comme symptômes les troubles du sommeil, l'agitation psychique, les comportements agressifs ou auto-agressifs, ou encore la consommation de stupéfiants. Certains (personnes de confiance / représentantes et représentants juridiques) évoquent le problème de l'administration de médicaments pour combattre les symptômes, ou de médicaments psychotropes sans diagnostic confirmé, citant comme l'une des causes le manque de place dans les services de pédopsychiatrie. Cependant, les expertes et experts ayant répondu à l'enquête en ligne estiment en majorité que les soins médicaux de

³⁴⁷ Art. 24 et 28 CDE et Comité des droits de l'enfant, observation générale 6, par. 40, 41 ss, 46 ss, et observation générale 14, par. 79

³⁴⁸ L'analyse des dossiers aussi révèle des indices en ce sens : le service médical compétent n'a pas transféré un RMNA ayant besoin d'un traitement psychiatrique et psychothérapeutique pour traitement, car aucun thérapeute n'était disponible dans des délais raisonnables. Pour des raisons de capacité, le médecin consulté n'a pas non plus pu assurer un suivi allant au-delà d'interventions en cas de crise. Cette problématique ne se limite pas au domaine de l'asile, le manque de capacités en pédopsychiatrie est endémique dans toute la Suisse à l'heure actuelle. Les efforts pour remédier à cette situation doivent tenir compte des besoins spécifiques des enfants réfugiés, afin qu'ils puissent avoir accès aux soins.

base sont « assurés », avec 7 % des personnes consultées seulement qui affirment que ce n'est pas le cas. En revanche, les entretiens effectués par le HCR avec des RMNA et des familles dans les CFA confirment le constat que l'accès aux soins médicaux tend à être compliqué. Selon les retours reçus, les adolescents se voient parfois administrer des médicaments de manière précipitée et des déficits au niveau de la traduction font que, malgré la disponibilité de traductrices et traducteurs, les médecins ne comprennent souvent pas les problèmes.

En ce qui concerne l'*accès à l'éducation*, les expertes et experts consultés ont tout d'abord relevé la *scolarité obligatoire* jusqu'à l'âge de 16 ans, qui prévaut en Suisse et revêt en principe un poids important, tout en précisant que cela ne signifie pas automatiquement que les enfants jouissent d'une bonne situation en matière d'éducation dans la procédure d'asile. Ils font état d'obstacles importants, voire très importants. Cependant, il ressort des entretiens que la situation des enfants varie fortement : les CFA assurent soit un service d'éducation interne, qui ne comprend d'ordinaire que quelques heures par semaine, soit un accès aux offres de l'école publique. Les entretiens révèlent aussi que l'accès à ces possibilités décline à mesure que l'âge augmente, surtout lorsque le nombre de demandes est élevé. Selon les personnes consultées, la situation peut être très instable : un ancien RMNA rapporte qu'il a pu fréquenter l'école au sein du CFA pendant 16 jours, mais qu'il a ensuite dû laisser sa place à des réfugiés plus jeunes, se voyant ainsi privé d'un élément structurant de son quotidien et de la possibilité d'acquérir la langue nationale. Au niveau cantonal aussi, les personnes consultées font état d'un accès à l'école publique souvent très délicat, même pour les enfants de moins de 16 ans, encore en âge de scolarisation obligatoire, du fait de classes pleines ou séparées, de l'emplacement des centres d'hébergement pour requérants d'asile ou de la situation au sein de ces centres. Lorsque l'établissement propose des offres d'éducation internes ou privées, les personnes consultées identifient des questions de qualité, de gamme de services et de surveillance. De plus, elles considèrent qu'une formation purement interne est synonyme de contacts limités avec la société civile et d'accès limité aux groupes de pairs, importants pour le développement, ainsi qu'aux offres éducatives informelles, situation qui peut aussi avoir des répercussions sur l'état psychique des adolescents.

Les enfants de plus de 16 ans ont encore moins souvent accès à l'école publique, qui leur offrirait pourtant une base nettement meilleure pour la formation postobligatoire. Les expertes et experts rapportent que pour cette raison, certains cantons ont rendu l'école publique accessible à cette classe d'âge, mais que cette offre devrait être beaucoup plus développée. Selon la majorité des expertes et experts, l'accès à l'*enseignement postobligatoire* est compliqué en général, surtout pour les personnes qui n'ont pas eu l'opportunité de suivre l'école publique. Les expertes et experts indiquent que les adolescents de plus de 16 ans se retrouvent souvent dans un « trou » éducatif jusqu'à l'âge de 18 ans, où ils peuvent bénéficier d'un soutien grâce à l'Agenda Intégration, bien que la situation varie là aussi de canton en canton. Un autre problème évoqué est que les adolescents ne comprennent souvent pas assez bien les parcours de formation auxquels ils peuvent avoir accès. Enfin, le seuil d'accès à l'éducation tertiaire est catégorisé comme très élevé. D'après les expertes et experts des domaines encadrement/cantons/ONG, seuls les jeunes adultes faisant preuve d'énormément d'initiative et bénéficiant du soutien ciblé d'une personne ou d'une ONG engagée peuvent accéder à l'éducation tertiaire. Les résultats de l'enquête en ligne confirment très largement ces constats. Un grand nombre de personnes interrogées pense que le lien avec les offres locales d'aide à l'enfance et à la jeunesse constitue un *accès informel à l'éducation* qui est important (16 % « entièrement » d'accord, 35 % « plutôt »). 45 % des spécialistes en hébergement et encadrement estiment que l'accès à l'école publique est garanti pour les enfants dans le cadre de l'aide d'urgence. Les entretiens effectués par le HCR avec des RMNA et des familles dans les CFA confirment le constat que l'accès à une éducation régulière tend à être compliqué. Or, les expertes et experts tout comme les enfants et parents concernés sont d'accord que ce serait particulièrement salutaire pour les personnes ayant pris la route de l'asile, souvent synonyme d'une longue rupture du parcours scolaire.

Dans l'ensemble, force est de constater que *les enfants n'ont pas facilement accès aux soins médicaux, surtout dans la procédure d'asile*, et tout particulièrement dans le domaine des affections psychiques et des risques de santé qui ne sont pas manifestement gravissimes. En ce qui concerne l'éducation, il faut problématiser l'accès souvent très difficile à l'école publique et, partant, à la société civile, aussi bien pendant la procédure d'asile que par la suite. Ces difficultés peuvent être associées à des déficits scolaires tant

qualitatifs que quantitatifs ; les plus de 16 ans risquent d'accuser un véritable « trou » éducatif qui peut avoir de graves conséquences pour la suite de leur éducation.

4. Conclusion partielle

Au cours des dernières années, l'on peut constater une sensibilisation dans le domaine du *regroupement familial et du renvoi d'enfants ayant séjourné longtemps en Suisse*. Néanmoins, des choses restent à faire dans les deux domaines :

- (1) Les observations suivantes sont complémentaires à celles relevées aux chapitres A et B ci-avant concernant la détermination de l'état de fait, la participation de l'enfant et le poids accordé à l'intérêt supérieur de l'enfant.
- (2) Les problèmes identifiés sont une pesée des intérêts qui ne tient pas toujours compte de tous les intérêts en présence et une interprétation restrictive de l'intérêt supérieur de l'enfant en lien avec le regroupement familial différé. C'est particulièrement le cas pour le délai de 12 mois appliqué au regroupement familial pour les enfants dès 12 ans.
- (3) Le délai d'attente pour le regroupement familial avec des personnes admises à titre provisoire (réfugiées ou non) tend à être géré de manière trop rigide en ce qui concerne les enfants.
- (4) À l'heure actuelle, les enfants non accompagnés en Suisse n'ont pour ainsi dire aucune possibilité de faire venir les membres de leur famille de l'étranger. C'est problématique à la lumière de la CDE, notamment lorsque l'enfant ne peut être réuni à sa famille dans aucun autre pays. La question d'une clause dérogatoire se pose.
- (5) Le seuil à partir duquel on peut admettre qu'un renvoi est exigible pour un enfant ayant séjourné en Suisse plusieurs années est parfois fixé plutôt bas. On constate une prise de décision basée sur des limites d'âge et des présomptions forfaitaires, qui ne va pas sans poser des problèmes.

Le tableau global est mitigé également en ce qui concerne l'*hébergement et l'encadrement ainsi que l'accès aux soins médicaux et à l'éducation*. Si les nombreux efforts

réalisés au cours des années écoulées ont apporté certaines améliorations, d'importants déficits restent à combler, notamment à la lumière des obligations découlant de la CDE :

- (6) Dans le domaine de l'asile, l'hébergement et l'encadrement des enfants sont fortement tributaires de la phase et du statut où ils se trouvent dans la procédure d'asile concrète. De nombreux logements (collectifs) ne sont essentiellement pas adaptés aux besoins des enfants. Bien que la Confédération et certains cantons aient adopté récemment des réglementations spécifiques à cet égard, d'importants déficits restent à combler dans la mise en œuvre.
- (7) Les enfants des personnes à l'aide d'urgence ou des personnes et réfugiés admis à titre provisoire restent parfois bien trop longtemps dans les structures correspondantes, ce qui entraîne de graves risques pour leur développement.
- (8) Les changements fréquents de structures d'hébergement et d'encadrement entraînent des ruptures sociales et géographiques.
- (9) Les conditions d'hébergement et d'encadrement varient fortement d'un établissement à l'autre, avec notamment des différences marquées entre les divers cantons. Il n'y a pas de prescriptions contraignantes d'ordre général, dont il serait possible de vérifier le respect.
- (10) Les compétences des divers acteurs intervenant dans les structures d'hébergement et d'encadrement ne sont souvent pas claires pour les enfants et leurs parents (voire, parfois, pour les acteurs eux-mêmes).
- (11) Des organes de surveillance, indépendants et spécialisés sur l'intérêt supérieur de l'enfant, chargés de contrôler le respect de prescriptions fondées sur des connaissances objectives, font défaut - en partie au niveau fédéral, de manière très généralisée dans grand nombre de cantons.
- (12) Les structures d'hébergement et d'encadrement ne disposent pas toutes d'un canal facile d'accès permettant de faire valoir des plaintes et, dans la mesure où un tel canal existe, les enfants et les spécialistes n'en ont pas suffisamment conscience.
- (13) L'élucidation des besoins médicaux et l'accès à des soins ne sont garantis qu'en partie, surtout en lien avec les problèmes psychiques. L'accès à l'éducation est parfois très limité, surtout pour les enfants âgés de 16 ans et plus.

5. Recommandations d'action

Remarques préliminaires concernant les recommandations d'action 9 à 10 : les recommandations d'action 1 à 8 s'appliquent également, et en particulier, aux regroupements familiaux et aux renvois après un séjour de longue durée. Les recommandations ci-après constituent des compléments en lien avec les questions soulevées spécifiquement à l'égard de ces deux cas de figure dans le postulat.

9. *Regroupement familial (voir notamment chap. II.C.1 et II.A)*

- 9.1 *Il faut améliorer la détermination de l'état de fait, la participation de l'enfant et la pondération de l'intérêt supérieur de l'enfant conformément aux recommandations d'action 1, 2 et 3 formulées ci-avant.*
- 9.2 *Regroupement familial : dans le cadre du regroupement d'enfants, il faut envisager d'abandonner les délais de manière générale. À défaut, les auteures et auteurs recommandent de prolonger nettement le délai pour les enfants de plus de douze ans.*
- 9.3 *La pratique en matière de décisions sur le regroupement familial différé, en particulier, doit être adaptée aux exigences de la CDE (notamment en termes d'évaluation et détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, de participation des enfants et du poids accordé à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la décision).*
- 9.4 *Délai d'attente : les règles relatives au délai d'attente doivent être interprétées conformément au droit international de manière à ce qu'une appréciation tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale soit possible avant l'échéance du délai. Les auteures et auteurs recommandent également d'examiner une suppression du délai d'attente en général (trop schématique).*
- 9.5 *Regroupement familial inversé : les auteures et auteurs recommandent d'examiner l'introduction de droits spécifiques au regroupement familial inversé pour les enfants (spécifiquement les enfants susceptibles de rester en Suisse et n'ayant aucune possibilité d'être réunis à leur famille dans un autre pays).*
- 9.6 *Regroupement familial inversé : les auteures et auteurs recommandent d'introduire une disposition donnant droit à un regroupement familial inversé pour les réfugiés mineurs non accompagnés, équivalente à l'article 10, paragraphe 3, de la directive de l'UE sur le regroupement familial.*

Appréciation des mesures 9.3 et 9.4 (modifications de la pratique) :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible³⁴⁹
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons

Appréciation des mesures 9.2 et 9.6 (modification des bases légales) :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible³⁵⁰
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons
- Modification des bases légales : **nécessaire**

Appréciation de la mesure 9.5 (examen) :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – moyenne – **faible**³⁵¹
- Connaissances : à disposition – **accessibles** / **à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons

³⁴⁹ Appréciation : puisque l'adaptation recommandée pour la *mesure 9.3* correspond pour l'essentiel aux recommandations 1 à 3 formulées ci-avant, les auteures et auteurs se permettent de renvoyer aux commentaires correspondants. La *mesure 9.4* entraînera vraisemblablement un certain coût supplémentaire dans certains cas (clarifications, travail de motivation). D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à une diminution du recours aux voies de droit et à une baisse du coût de ces procédures.

³⁵⁰ Appréciation : la *mesure 9.2* ne devrait pas avoir de répercussions en termes de coûts. La *mesure 9.6* est susceptible d'accroître le nombre de procédures de ce type. La charge de travail supplémentaire et les coûts correspondants seraient fonction du nombre de cas concernés, et nécessiteraient un examen approfondi.

³⁵¹ Appréciation : l'examen recommandé serait associé à de *faibles coûts uniques*.

10. Renvoi après un séjour de longue durée (voir notamment chap. II.C.2, II.A et II.B)

10.1 *Il faut améliorer la détermination de l'état de fait, la participation de l'enfant et la pondération de l'intérêt supérieur de l'enfant conformément aux recommandations d'action 1, 2, 3 et 4, 6, 8 formulées ci-avant.*

10.2 *Les auteures et auteurs recommandent instamment de ne pas se baser sur des limites d'âge rigides et des présomptions forfaitaires (p. ex. âge x = faculté d'adaptation) dans les décisions relatives à un renvoi après un séjour de longue durée. Il faut déterminer concrètement les répercussions d'un renvoi sur l'intérêt supérieur de l'enfant concerné par la mesure.*

Appréciation de la mesure 10.2 :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – moyenne – **faible**³⁵²
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération – cantons**

³⁵² Appréciation : en ce qui concerne les répercussions financières des adaptations recommandées à la *mesure 10.1*, voir les mesures correspondantes. La *mesure 10.2* entraînera vraisemblablement un certain coût supplémentaire dans certains cas (clarifications, travail de motivation). D'un autre côté, la mise en œuvre de la recommandation pourrait prévenir le recours aux voies de droit, ce qui donnerait lieu à des économies. Cette appréciation ne tient pas compte des effets d'un éventuel changement de pratique matérielle sur les coûts.

Remarques préliminaires concernant les recommandations d'action 11 à 16 : les recommandations 11 à 12 sont des recommandations d'ordre général destinées à garantir l'intérêt supérieur de l'enfant dans les domaines de l'hébergement, de l'encadrement et de l'éducation. Comme toutefois la mise en œuvre de ces mesures nécessitera des adaptations structurelles majeures, les auteures et auteurs formulent les recommandations 13 à 16 à titre de mesures transitoires permettant d'améliorer la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant pendant la période allant jusqu'à l'implémentation des adaptations précitées.

11. Hébergement et encadrement pendant et après la procédure d'asile (voir notamment chap. II.C.3)

- 11.1 *Il faut prévoir et créer par principe des structures extérieures aux CFA et aux centres cantonaux pour l'hébergement et l'encadrement des enfants (accompagnés ou non) pendant la procédure d'asile (pas seulement des locaux à part, mais des unités d'hébergement entièrement séparées).*
- 11.2 *Une fois la procédure d'asile achevée, les enfants (accompagnés ou non) ne doivent pas être hébergés dans des logements collectifs. Si un séjour en logement collectif s'avère nécessaire dans un cas exceptionnel, il doit être aussi court que possible et la durée maximale doit être fixée de manière contraignante.*
- 11.3 *Dans un souci de continuité, il convient de réduire autant que possible les changements au niveau des personnes de confiance, des représentantes et représentants et des personnes de référence ainsi que les transferts entre différents lieux d'hébergement.*

Bonnes pratiques :

- À l'heure actuelle, des efforts sont faits pour que les RMNA vulnérables, soit surtout les RMNA âgés de moins de 12 ans, ne soient pas hébergés dans les CFA. Cette pratique mérite d'être généralisée ;
- Tous les cantons disposent de structures et de procédures professionnelles pour l'accueil extrafamilial des enfants et adolescents. La pratique en vigueur en Allemagne est un exemple d'hébergement inclusif des RMNA³⁵³ ;
- SSI, Catalogue de bonnes pratiques en matière d'hébergement des RMNA dans les cantons.

³⁵³ En Allemagne, sauf cas d'hébergement transitoire, tous les RMNA sont logés dans les structures d'aide à l'enfance et à la jeunesse, ce qui signifie qu'ils sont par exemple logés avec d'autres enfants et adolescents dans un foyer avec encadrement soumis aux normes correspondantes.

Appréciation du volet de mesures 11 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : **importante** – moyenne – faible³⁵⁴
- Connaissances : à **disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons

12. Prescriptions en matière d'hébergement et d'encadrement (voir notamment chap. II.C.3)

12.1 *Toutes les normes juridiques relatives à l'hébergement et à l'encadrement pendant et après la procédure d'asile (y compris pour les enfants admis à titre provisoire et à l'aide d'urgence) doivent être articulées dans une publication clairement structurée et compréhensible. Celle-ci doit également faire état des possibilités de vérifier le respect de la mise en œuvre desdites prescriptions, au niveau fédéral comme dans les cantons. Cela permettra de mieux repérer les lacunes dans la réalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant et de les combler.*

12.2 *À long terme, les auteures et auteurs recommandent d'harmoniser les bases juridiques et les normes relatives à l'hébergement et à l'encadrement de tous les enfants (p. ex. application de l'OPE, en cours de révision, ou une réglementation équivalente). À cette occasion, il faut éliminer les compétences et structures existant en parallèle, par exemple l'aide à l'enfance et à la jeunesse, d'une part, et le domaine de l'asile, d'autre part, au niveau cantonal, en veillant toutefois à ne pas créer de lacunes de compétence.*

Bonnes pratiques : normes existantes relatives à des modèles pour les structures d'hébergement et d'encadrement dans le domaine de l'aide à l'enfance et à la jeunesse (p. ex. loi sur les foyers pour enfants et adolescents du canton de Zurich)³⁵⁵.

³⁵⁴ Appréciation : héberger les enfants et les familles de manière adaptée à leurs besoins, en dehors des CFA, des centres cantonaux et des logements collectifs, entraînera vraisemblablement des investissements initiaux et des frais récurrents importants. D'un autre côté, on peut s'attendre à des économies grâce à la prévention de certaines situations de crise, ainsi qu'à la possibilité d'identifier les enfants ayant moins besoin d'encadrement (et pouvant p. ex. être logés dans un foyer). Sur le long terme, une meilleure santé psychique et une meilleure intégration sociale et professionnelle des personnes concernées devraient donner lieu à des économies considérables.

³⁵⁵ *Kinder- und Jugendheimgesetz, KJG*, qui prévoit les critères suivants : **Encadrement** : formations/équipe : présence (permanente) d'une personne spécialiste au bénéfice d'une formation correspondante ; personnel combinant un maximum de connaissances pertinentes pour l'intérêt supérieur de l'enfant (thérapie, savoir interculturel, éducation/formation, travail social) ; *taux d'encadrement et principe de la personne de référence* : le taux d'encadrement doit permettre le travail en tête à tête (environ 1:4) ; évt. logements avec encadrement (encadrement le soir, prolongement de l'encadrement pendant la nuit ainsi que dans d'autres situations particulièrement éprouvantes) ; *thérapie et pédopsychiatrie* : présence sur place d'une personne formée en thérapie dans la mesure du possible (faisant aussi le lien avec les offres psychiatriques au besoin) ; accès facilité aux offres de conseil social ; échanges organisés / de routine entre les acteurs jouant un rôle dans l'encadrement (également curatrices et curateurs, école, APEA, associations) ; *formation continue* : sensibilisation de tous les acteurs à l'importance de l'éducation et de la formation ;

Appréciation de la mesure 12.1 :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – moyenne – **faible**³⁵⁶
- Connaissances : à **disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**

Appréciation de la mesure 12.2 :

- Délai de la mise en œuvre : **long** – moyen – court
- Consommation de ressources : **importante** – moyenne – faible³⁵⁷
- Connaissances : à disposition – **accessibles** / à **disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales : **nécessaire**

formation continue ; coaching au moyen d'analyses de cas et de supervisions ; sensibilisation aux problématiques liées aux enfants accompagnés (p. ex. enfants de parents souffrant d'affections psychiques) ; *accompagnement lors du passage à l'âge adulte* : intégration et accompagnement de la détermination de l'âge ; préparation adaptée de la transition, démarche participative : soutien au quotidien : accompagner aux rendez-vous, proposer des offres éducatives, donner accès à l'offre culturelle, encourager et promouvoir les hobbies et les activités de loisir ainsi que les échanges personnels, créer des points de contact pour les questions ou problèmes du quotidien. **Hébergement** : lieux : locaux sûrs, lieux adaptés aux enfants, lien avec la société civile, identifier et éliminer les risques spécifiques de l'endroit pour la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant ; *taille des chambres* : hébergement dans des chambres avec peu de lits ; *espace social* : permettre l'établissement de contacts avec la population civile, utilisation des TP ; participation à des activités au sein de la société ; *flexibilité du cadre* : variabilité de la situation de l'enfant / de l'adolescent (des modifications du cadre peuvent s'avérer indiquées). **Dispositif de protection (comme élément du plan d'ensemble)** : démarche en cas de soupçon de mise en danger de l'intérêt supérieur de l'enfant ; prévention chez tous les enfants (santé psychique, santé physique, sexualité, médias, addiction) ; prévention en particulier chez les enfants vulnérables (protection préventive, plan d'urgence individualisé) ; signalement et discussion obligatoires de tous les incidents particuliers.

³⁵⁶ Appréciation : la mesure suscite un certain coût initial (mise en place d'une vue d'ensemble). Sur le long terme, avoir des responsabilités, des tâches et des obligations juridiques claires réduira les coûts en permettant d'avoir une meilleure coopération professionnelle et plus d'efficacité dans l'ensemble des processus et structures, ce qui fera diminuer les coûts récurrents.

³⁵⁷ Appréciation : l'harmonisation des bases juridiques sera associée à un coût initial unique (modification des bases légales). Ensuite, l'élimination des structures et responsabilités parallèles entre le domaine de l'asile et les offres cantonales en matière d'aide à l'enfance et à la jeunesse donnera lieu à des coûts importants (adaptation des structures et des processus). Sur le long terme toutefois, l'harmonisation permettra d'assurer un encadrement et un hébergement plus professionnels, avec moins d'incertitudes, ainsi qu'une planification et un développement plus efficaces. L'application aux cas particuliers des offres de prévention, d'encouragement, de protection et de participation diminuera les coûts dans les domaines de la santé psychique et physique, de l'intégration sociale et de la délinquance, ainsi que de l'éducation scolaire et de la formation professionnelle.

13. *Tâches, compétences et responsabilités (voir notamment chap. II.B.2 et II.C.3)*

- 13.1 *Les enfants, les adolescents et les parents, le cas échéant, doivent être informés d'emblée, de manière compréhensible, à propos des fonctions des divers spécialistes impliqués. Dans le cas des RMNA, cela concerne en particulier le rôle de la personne de confiance et/ou de la curatrice ou du curateur.*
- 13.2 *Il faut circonscrire plus précisément, et consigner par écrit, les domaines de responsabilité, la coopération et les interfaces entre le SEM, respectivement les cantons et les APEA dans le domaine de l'intérêt supérieur de l'enfant, afin que tous les acteurs impliqués partagent la même vision globale.*
- 13.3 *La saisie et la transmission des informations pertinentes pour l'intérêt supérieur de l'enfant et un transfert adapté aux enfants (transfert physique de la Confédération au canton ou aux communes) doivent être garantis sur toute la ligne.*

Appréciation du volet de mesures 13 :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – moyenne – **faible**³⁵⁸
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**

14. *Surveillance, canaux pour se plaindre, organes de médiation (voir notamment chap. II.C.3.c)*

- 14.1 *Il faut prévoir un organe de surveillance indépendant pour toutes les structures d'hébergement et d'encadrement (et/ou renforcer la surveillance existante le cas échéant). Le respect des directives en matière d'hébergement et d'encadrement doit faire l'objet de contrôles réguliers et inopinés, qui impliquent les enfants. L'organe de surveillance doit pouvoir ordonner des mesures avec effet contraignant.*
- 14.2 *Toutes les structures d'hébergement et d'encadrement doivent disposer d'organes de médiation ou d'organes permettant de se plaindre, faciles d'accès, adaptés aux enfants et spécialisés sur l'intérêt supérieur de l'enfant (les organes existants doivent être renforcés). La possibilité d'un examen des cas particuliers concrets doit être garantie.*
- 14.3 *Il faut garantir que les enfants, ainsi que leurs parents dans le cas des enfants accompagnés, soient informés de manière adaptée à propos des moyens de faire valoir leurs plaintes³⁵⁹.*

³⁵⁸ Appréciation : les mesures sont associées à un certain coût unique (mise en place de structures pour une meilleure information des personnes requérant l'asile et de l'interface CFA-cantons, définition plus précise et par écrit des compétences respectives du SEM / des cantons et des APEA). En revanche, des attributions claires, la prévention de problèmes de communication et de transmission et le gain d'efficacité qui en découle sont susceptibles de faire baisser les coûts récurrents / à long terme.

³⁵⁹ Voir notamment chap. II.B.2 et II.C.3.

Bonnes pratiques :

- Office de l’Ombudsman des droits de l’enfant Suisse (en phase pilote, peu implanté dans le domaine de l’asile), organes de médiation régionaux (p. ex. l’organe de médiation des droits de l’enfant de Suisse orientale [*Ombudsstelle Kinderrechte Ostschweiz*]) ;
- certains cantons disposent d’organes de surveillance et, de manière isolée, de moyens pour les enfants et les familles réfugiées de faire valoir leurs plaintes ;
- au niveau des CFA, la CNPT assume certaines tâches (mais toute surveillance nécessite des normes contraignantes) ;
- en Allemagne, tous les Länder doivent établir et communiquer des organes de médiation spécifiques pour l’aide à l’enfance et à la jeunesse.

Appréciation du volet de mesures 14 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible³⁶⁰
- Connaissances : à **disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales : **nécessaire**

15. Accès aux soins de santé (voir notamment chap. II.C.3.d)

- 15.1 *La santé psychique et physique doit faire l’objet d’un examen exhaustif au début de la procédure d’asile (niveau Confédération ; voir la recommandation d’action 4.1 ci-avant).*
- 15.2 *Sur la base de cet examen, un accès aux soins médicaux et thérapeutiques nécessaires doit être garanti à l’échelon étatique compétent. Les soins doivent être accessibles rapidement, à proximité et être prodigués de manière professionnelle. Les mêmes garanties doivent s’appliquer à l’administration de médicaments.*
- 15.3 *Il faut mettre à disposition des ressources supplémentaires pour la prise en charge psychologique et psychiatrique des enfants et des adolescents qui en ont besoin, au niveau fédéral comme au niveau cantonal, et éliminer les éventuels obstacles pratiques et psychologiques empêchant de solliciter ces aides, par exemple au moyen d’offres faciles d’accès et en informant (aussi bien les personnes concernées que le personnel encadrant), surtout dans les structures d’asile.*

³⁶⁰ Appréciation : la création de nouveaux organes et le renforcement des organes existants accroîtront les coûts récurrents. D’un autre côté, ces organes permettront de déceler des problèmes en amont, ce qui devrait réduire les coûts associés à l’exacerbation de situations problématiques passées trop longtemps inaperçues.

Appréciation du volet de mesures 15 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible³⁶¹
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**

16. Accès à une éducation et une formation formelles et à des lieux de formation informels (voir notamment chap. II.C.3.d)

- 16.1 *Les enfants, ainsi que leurs parents pour les enfants accompagnés, doivent être informés à propos des possibilités d'accès à l'éducation et à la formation, d'une manière adaptée et en prenant en compte leurs besoins et leurs possibilités spécifiques.*
- 16.2 *L'accès aux offres d'éducation et de formation doit aussi être garanti pour les plus de 16 ans, dans les structures ordinaires dans toute la mesure du possible.*
- 16.3 *Eu égard à la haute importance de côtoyer des pairs chaque jour et d'avoir accès à la société civile pour le développement, la santé psychique et l'intégration sociale, linguistique et professionnelle, il faut améliorer l'accès à l'école publique. Les enfants n'ayant pas encore atteint l'âge de scolarisation doivent avoir accès à l'encouragement précoce.*
- 16.4 *Dans ce contexte, les auteures et auteurs recommandent également de renforcer la collaboration avec les services sociaux et psychologiques des écoles.*
- 16.5 *Les RMNA qui en ont besoin doivent pouvoir bénéficier d'un accompagnement rapproché, par exemple par un chargé d'instruction ou un coach jusqu'à l'achèvement d'une première formation, même au-delà de la majorité.*
- 16.6 *Il faut éliminer les obstacles empêchant l'accès aux possibilités de formation informelles comme les associations sportives ou autres, l'animation socioculturelle de proximité, les activités extra-scolaires ou encore les points de rencontre et centres pour familles.*

³⁶¹ Appréciation : concernant la *mesure 15.1*, voir la recommandation 4.1 ci-avant. Les *mesures 15.2 et 15.3* feront vraisemblablement augmenter la charge de travail pour la Confédération et les cantons. Toutefois, la détection précoce de problèmes psychiques et, le cas échéant, un accès facilité et rapide à des offres thérapeutiques correspondantes permettront de traiter à temps les affections répandues, donnant lieu à une meilleure santé mentale et à une intégration sociale et professionnelle plus rapide, ce qui devrait donner lieu à des économies.

Bonnes pratiques :

- la plupart des cantons s’efforcent de prodiguer rapidement des cours de langue et d’assurer l’intégration des moins de 16 ans à l’école publique, parfois jusqu’à la majorité ; l’Agenda Intégration Suisse (AIS)³⁶² permet aux cantons de mettre en œuvre des offres et mesures en ce sens ;
- certains cantons permettent un accompagnement jusqu’à l’achèvement d’une première formation, au-delà de la majorité.

Appréciation du volet de mesures 16 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible³⁶³
- Connaissances : à **disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales : à étudier

³⁶² Pour de plus amples informations, voir www.sem.admin.ch > Intégration & naturalisation > Encouragement de l’intégration > Programmes d’intégration cantonaux et Agenda Intégration > Agenda Intégration Suisse.

³⁶³ Appréciation : *mesure 16.1* : informer sur les offres de formation en langue facile à lire et à comprendre demandera un certain travail pour la mise en place d’une vue d’ensemble et la transmission pour planification de chaque cas concret, et pourra faire augmenter la charge de travail à long terme, selon les cantons ; *mesure 16.2* : assurer l’accès à la formation et à l’éducation entraînera des coûts initiaux pour l’implémentation ou l’acquisition d’offres passerelles correspondantes, surtout pour les cantons (mais aussi pour la Confédération en lien avec les CFA), à quoi s’ajouteront les coûts durables de la mise en œuvre des offres ; *mesure 16.3* : un investissement initial sera requis pour déterminer les modalités permettant de garantir l’accès à l’école publique et à l’encouragement précoce ; la mise à disposition de ces offres entraînera des coûts durables, surtout pour les cantons disposant actuellement d’une gamme restreinte ; *mesure 16.4* : un investissement initial sera requis pour déterminer les modalités d’une collaboration plus rapprochée avec les services scolaires sociaux, psychologiques et similaires ; la mise à disposition de ces offres entraînera des coûts durables, surtout pour les cantons (en fonction des offres déjà disponibles) ; *mesure 16.5* : l’accompagnement rapproché des adolescents jusqu’à l’achèvement d’une première formation engendrera des surcoûts durables pour les cantons ; *mesure 16.6* : l’accès aux offres éducatives informelles est associé à de faibles coûts supplémentaires initiaux (création des accès) et récurrents (entretien des accès). Appréciation de l’incidence sur les coûts subséquents : accéder tôt à l’éducation et à la formation permet d’accomplir une éducation scolaire (école publique) et une formation de base. L’accès ainsi ouvert à la société civile et aux pairs est essentiel non seulement pour l’intégration sociale et professionnelle (accès rapide à l’indépendance financière), mais aussi pour le sentiment d’appartenance et de reconnaissance, bénéfique pour la santé psychique.

RÉFÉRENCES

Abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
AfV	Canton de Zurich, ordonnance sur l'aide sociale dans le domaine de l'asile (<i>Asylfürsorgeverordnung</i>) du 25 mai 2005, LS 851.13
AIS	Agenda Intégration Suisse
al.	alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 1 ^{er} juin 2002, RS 0.142.112.681
APEA	Autorités de protection de l'enfant et de l'adulte
art.	article
ASM	Association des services cantonaux de migration
ASYL	Revue suisse pour la pratique et le droit d'asile, Berne
ATF	arrêts du Tribunal fédéral (recueil officiel)
c.-à-d.	c'est-à-dire
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CDAS	Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales
CDE	Convention du 26 mars 1997 relative aux droits de l'enfant, RS 0.107
CDF	Contrôle fédéral des finances
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 28 novembre 1974, RS 0.101
CFA	Centre fédéral pour requérants d'asile
CFM	Commission fédérale des migrations
ch.	chiffre

ch.m.	chiffre marginal
chap.	chapitre
CNPT	Commission nationale de prévention de la torture
consid.	considérant
Conv. réfugiés	Convention du 21 janvier 1955 relative au statut des réfugiés, RS 0.142.30
Convention AELE	Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association Européenne de Libre-Échange (AELE), RS 0.632.31
COPMA	Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains, Berne
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DFJP	Département fédéral de justice et police
Directive UE sur le retour	Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JO L 348 du 24 décembre 2008, p. 98 ss
Directive UE sur le regroupement familial	Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251 du 3 octobre 2003, p. 12 ss
EASO	Bureau européen d'appui en matière d'asile (<i>European Asylum Support Office</i>)
éd.	édition
édit.	éditeur

EMN	Réseau européen des migrations (<i>European Migration Network</i>)
FF	Feuille fédérale
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
JICRA	Jurisprudence et informations de la Commission suisse de recours en matière d’asile (jusqu’au 1 ^{er} janvier 2007)
JO	Journal officiel de l’Union européenne
KJG	Canton de Zurich, loi du 27 novembre 2017 sur les foyers pour enfants et adolescents (<i>Kinder- und Jugendheimgesetz</i>), LS 852.2
KJV	Canton de Zurich, ordonnance du 6 octobre 2017 sur les foyers pour enfants et adolescents (<i>Kinder- und Jugendheimverordnung</i>), LS 852.21
LAsi	Loi du 26 juin 1998 sur l’asile, RS 142.31
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l’intégration, RS 142.20 (LEtr jusqu’au 31 décembre 2018)
let.	lettre
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20 (renommée LEI à partir du 1 ^{er} janvier 2019)
Loi CNPT	Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la Commission de prévention de la torture, RS 150.1
MMI	Institut Marie Meierhofer pour l’enfant, Zurich
n.	note
n°	numéro
OA 1	Ordonnance 1 sur l’asile relative à la procédure du 11 août 1999, RS 142.311
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l’admission, au séjour et à l’exercice d’une activité lucrative, RS 142.201

OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
ONG	Organisation non-gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OPE	Ordonnance du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants, RS 211.222.338
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés
p. ex.	par exemple
p.	page
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
par.	paragraphe
PCF	Loi fédérale du 4 décembre 1947 sur la procédure civile fédérale, RS 273
PJA	Pratique Juridique Actuelle, Zurich
PLEX	Plan d'exploitation Hébergement
RDS	Revue de droit suisse, Bâle
Règlement Dublin III	Règlement (UE) 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 juin 2013, p. 31 ss
Règlement UE sur la procédure d'asile	Règlement (UE) 2024/1348 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, JO L 2024/1348 du 22 mai 2024
RMNA	Requérant d'asile mineur non accompagné
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s./ss	et suivant / et suivants

SAV/FSA	Schweizerischer Anwaltsverband/Fédération Suisse des Avocats/Federazione Svizzera degli Avvocati
SEM	Secrétariat d'État aux migrations
SSI	Service social international Suisse
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UE	Union européenne
UNICEF	Fonds des Nations unies pour l'enfance
ZHAW	Haute école zurichoise des sciences appliquées (<i>Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften</i>)

Bibliographie

- Affolter Rahel, La protection de l'enfant en droit suisse des étrangers : état des lieux et potentiel de progression, in : Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Uebersax Peter (édit.), *Annuaire du droit de la migration 2022/2023*, Berne 2023, p. 23 ss
- Amarelle Cesla, La pesée des Intérêts en droit des migrations : un prélude ?, in : *RDS* 143 II/2024, p. 223 ss
- Asefaw Fana/Bombach Clara/Wöckel Lars, In der Schweiz lebende Minderjährige mit Fluchterfahrung: «Wer versteht meine Innenwelt?», in : *Swiss Archives of Neurology, Psychiatry and Psychotherapy* 169(6) 2018, p. 171 ss
- Biderbost Yvo, in : *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 4^e éd., Zurich/Genève 2023, art. 307 CC
- Biesel Kay/Fellmann Lukas/Müller Brigitte/Schär Clarissa/Schnurr Stefan, *Prozessmanual. Dialogisch-systemische Kindeswohlklärung*, Berne 2017
- Bolzli Peter, in : *Orell Füssli Kommentar Migrationsrecht, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen*, 5^e éd., 2019, art. 85 LEI
- Bombach Clara, *Warten auf den Transfer – Kinder(er)leben im Nicht-Ort Camp* (thèse), Zurich 2023
- Burghardt Daniel/Dederich Markus/Dziabel Nadine/Höhne Thomas/Lohwasser Diana/Stöhr Robert/Zirfas Jörg, *Vulnerabilität: Pädagogische Herausforderungen*, Stuttgart 2017
- Caroni Martina, Die vorrangige Berücksichtigung des übergeordneten Kindesinteresses im Migrationsrecht – Menschenrechtliche Praxis, in : Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Uebersax Peter (édit.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023 – Annuaire du droit de la migration 2022/2023*, Berne 2023, p. 1 ss
- Caroni Martina, in : *Stämpfli Handkommentar Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)*, 2^e éd., Berne 2024, art. 47 et 85c LEI
- Collinson Jonathan, Making the best interests of the child a substantive human right at the centre of national level expulsion decisions, in : *Netherlands Quarterly of Human Rights* 38(3) 2020, p. 169 ss

- Eekelaar John, Two Dimensions of the Best Interests Principle: Decisions About Children and Decisions Affecting Children, in : Sutherland Elaine consid./Barnes Macfarlane Lesley-Anne (édit.), Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being, Cambridge 2017, p. 99 ss
- Fankhauser Roland, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, in : Basler Juristische Mitteilungen 5/2010, p. 240 ss
- Gerber Simone, Wann interveniert der Staat in Familien, Eintritts- und Eingriffsschwellen im Kinderschutz und im Kindesrecht, Berne 2021
- Gläser Jochen/Laudes Grit, Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse als Instrument rekonstruierender Untersuchungen, 3^e éd., Wiesbaden 2010
- Gordzielik Teresia/Rezzonico Laura/Strauss Raphael, Kollektive Unterbringung von Geflüchteten: Le respect de standards minimaux dans les centres d'hébergement « temporaires » de la Confédération et des cantons, in : ASYL 4/2023, p. 3 ss
- Graf Anne-Laurence, Affaire M.A. c. Danemark: délai légal de trois ans pour le regroupement familial jugé disproportionné, in ASYL 4/2021, p. 23 ss
- Güntert Sonja/Nüssle Tamara, Kindesanhörung im ausländerrechtlichen Verfahren, in : Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Uebersax Peter (édit.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023 – Annuaire du droit de la migration 2022/2023, Berne 2023, p. 51 ss
- Hadatsch Florian/Brunner Sabine, Neuer Leitfaden: Partizipation und Anhörung von Kindern im Asylverfahren, in : ASYL 1/2024, p. 26 ss
- Hargasser Brigitte, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge: Sequentielle Traumatisierungsprozesse und die Aufgaben der Jugendhilfe, 4^e éd., Francfort-sur-le-Main 2016
- Hartmann Andrea/Eser Davolio Miryam/Mey Eva/Keller Samuel, Unsicher in einem sicheren Land? Unbegleitete minderjährige Asylsuchende in der Schweiz zwischen Prekarität und Kinderschutz, in : SOZIALPOLITIK.CH 1/2024, article 1.6, p. 1 ss
- Hauri Andrea/Jud Andreas/Lätsch David /Rosch Daniel (édit.), Abklärungen im Kinderschutz. Das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument in der Praxis, Berne 2021
- Helland Trond/Hollekim Ragnhild, The Convention on the Rights of the Child's Imprint on Judgments from the European Court of Human Rights: A Negligible Footprint?, in : Nordic Journal of Human Rights 41/2023, p. 213 ss

- Herzig Christophe A., *Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren*, Zurich 2012
- Hruschka Constantin, in : Orell Füssli *Kommentar Migrationsrecht, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen*, 5^e éd. 2019, art. 8 LEI
- Kalverboer Margrite/Beltman Daan/van Os Carla/Zijlstra Elianne, *The Best Interests of the Child in Cases of Migration: Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures*, in : *International Journal of Children's Rights* 25 (2017), p. 114 ss
- Kilde Gisela, § 9 *Asylrechtliche Verfahren*, in : Hotz Sandra (édit.), *Handbuch Kinder im Verfahren, Stellung und Mitwirkung von Kindern in Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren*, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 328 ss (cité *Asylrechtliche Verfahren*)
- Kilde Gisela, *Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren*, in : Eitel Paul/Zeiter Alexandra (édit.), *Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts: Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo*, Zurich/Bâle/Genève 2014, p. 205 ss (cité *Anhörung*)
- Kilkelly Ursula, *The Best Interests of the Child: A Gateway to Children's Rights?*, in : Sutherland Elaine E./Barnes Macfarlane Lesley-Anne (édit.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge 2017, p. 51 ss
- Lehmann Robert/Klug Wolfgang, *Die prozessorientierte Aktenanalyse*, in : Begemann Maik-Carsten/Birkelbach Klaus (édit.), *Forschungsdaten für die Kinder- und Jugendhilfe: qualitative und quantitative Sekundäranalysen*, Wiesbaden 2019, p. 301 ss
- Leloup Mathieu, *The principle of the best interests of the child in the expulsion case law of the European Court of Human Rights: Procedural rationality as a remedy for inconsistency*, in : *Netherlands Quarterly Journal of Human Rights* 37(I) 2019, p. 50 ss
- Mannhart A./Freisleder J., *Traumatisierung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen: Behandlung in der kinder- und jugendpsychiatrischen Klinik*, in : *Monatsschrift Kinderheilkunde* 1/2017, Berlin/Heidelberg 2017, p. 38 ss
- Meyer Christian, *Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes (thèse)*, Zurich 2019
- Michel Margot/Steck Daniel, in : *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Bâle 2017, art. 298 CPC

- Mörgen Rebecca/Rieker Peter, Vulnerabilitätsverfahren und die Erarbeitung von Agency: Ankommensprozesse junger Geflüchteter, in : Gesellschaft – Individuum – Sozialisation. Zeitschrift für Sozialisationsforschung, tome 2 n° 1 (2021), p. 1 ss
- Poloni Valentina, Le regroupement familial inversé des mineurs non accompagnés, in : Jusletter, 15 avril 2019
- Reber Corinne, Bundesverwaltungsgericht passt Wartezeit bei Familiennachzug durch vorläufig Aufgenommene an, in : ASYL 3/2023, p. 29 ss
- Rieker Peter/Höhne Ellen/Mörgen Rebecca, Unterbringung und Betreuung unbegleiteter minderjähriger Geflüchteter in der Schweiz aus Sicht von Fachpersonen, Revue suisse de travail social 27.20 (2021), p. 9 ss
- Roulin Christophe/Jurt Luiza, Institutioneller Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten bei fluktuierender Anzahl von Asylgesuchen, in : Diskurs Kindheits- und Jugendforschung 2/2020, p. 185 ss
- Schädler Simon, Die Mitwirkungspflicht im Asylverfahren: Mit einem besonderen Fokus auf renitentes Verhalten, in : PJA 2021, p. 788 ss
- Schmahl Stefanie, United Nations Convention on the Rights of the Child, Article-by-Article Commentary, Baden-Baden 2021
- Schmucki Antonella/Raveane Zeno/Büchler Andrea, § 25 Ausländische Kinder sowie weitere Verwandte, in : Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas/Vetterli Luzia (édit.), Handbücher für die Anwaltspraxis - Ausländerrecht, 3^e éd., Bâle 2022, p. 1439 ss
- Spescha Marc, in : Orell Füssli Kommentar Migrationsrecht, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlässen, 5^e éd. 2019, art. 47 LEI et n° 21 (Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK)
- Uebersax Peter, Die EMRK und das Migrationsrecht aus Sicht der Schweiz, in : Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (édit.), EMRK und die Schweiz, Saint-Gall 2010, p. 203 ss
- Wytttenbach Judith, in : St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4^e éd. 2023, art. 11 Cst.
- Zermatten Jean, Schutz versus Mitsprache des Kindes? Überlegungen zum Spannungsfeld zwischen Art. 3 und 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK), in : Revue du droit de tutelle 2009, p. 315 ss

Études, avis de droit et rapports

Affolter-Fringeli Kurt/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, étude réalisée sur mandat du SEM, Gléresse et Kulmerau, 30 mai 2023 (cité étude Encadrement RMNA CFA)

Amarelle Cesla/Zimmermann Nesa (Université de Neuchâtel), 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, étude mandatée par la CFM, septembre 2024 (cité avis de droit Aide d’urgence)

CNPT, Bericht an das Staatssekretariat für Migration (SEM) betreffend die Überprüfung der Bundesasylzentren (BAZ) der Asylregion Tessin und Zentralschweiz durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), September 2023 – Januar 2024, Berne 10 avril 2024 (cité Bericht Überprüfung BAZ Tessin und Zentralschweiz 2023–2024)

CNPT, Bericht an das Staatssekretariat für Migration (SEM) betreffend Überprüfung der Bundesasylzentren (BAZ) durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) 2021 – 2022, Berne décembre 2022 (cité Bericht Überprüfung BAZ)

CNPT, Besuch der NKVF des temporären Bundesasylzentrums Steckborn (TG) am 28. März 2023, Berne 10 août 2023 (cité Besuchsbericht BAZ Steckborn 2023)

CNPT, Besuch der NKVF in den temporären Bundesasylzentren Bonergasse und Schäferweg in Basel (BS) sowie in Aesch (BL) am 2. und 3. Mai 2023, Berne 10 août 2023 (cité Besuchsbericht BAZ Basel und Aesch 2023)

CNPT, Überprüfung der Rückkehrzentren des Kantons Bern durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), Mai – August 2021, Berne 30 novembre 2021 (cité Bericht Überprüfung der Rückkehrzentren Bern 2021)

CNPT, Visite de la CNTP au Centre fédéral temporaire pour requérants d’asile (CFA) de Provence (VD) le 29 mars 2023, Berne 11 octobre 2023 (cité Rapport de visite CFA Provence 2023)

- Hitz Quenon Nicole/Matthey Fanny (CSDH), Une justice adaptée aux enfants : L'audition de l'enfant lors d'un placement en droit civil et lors du renvoi d'un parent en droit des étrangers, étude mandatée par l'OFJ, Berne, 7 avril 2017 (cité Justice adaptée aux enfants)
- Lannen Patricia/Paz Castro Raquel/Sieber Vera (MMI), Enfants et adolescents à l'aide d'urgence dans le domaine de l'asile : enquête systématique sur la situation en Suisse, étude mandatée par la CFM, septembre 2024 (cité étude Aide d'urgence)
- Mey Eva/Keller Samuel/Adili Kushtrim/Bombach Clara/Eser Davolio Mirjam/Gehrig Milena/Kehl Konstantin/Müller-Suleymanova Dilyara (ZHAW), Evaluation des UMA-Pilotprojektes: Befunde zur Kindes- und altersgerechten Unterbringung und Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in den Zentren des Bundes, mandaté par le SEM, rapport final de janvier 2019 (cité Bericht Evaluation UMA-Pilotprojekt)
- Motz Stefanie A., Le regroupement familial des réfugiés en Suisse : Cadre juridique et considérations d'ordre stratégique, étude mandatée par le CSDH, octobre 2017 (cité étude Regroupement familial des réfugiés en Suisse)
- Oberholzer Niklaus, Bericht über die Abklärung von Vorwürfen im Bereich der Sicherheit in den Bundesasylzentren, rapport établi sur mandat du Secrétariat d'État aux migrations (SEM), 20 septembre 2021 (cité Bericht Sicherheit BAZ)
- Prestel Victor/Bonvin Blaise/Kobelt Emilienne (TC Team Consult), Zwischenbericht. Evaluation des Pilotprojektes «Externe Meldestelle», établi sur mandat du Secrétariat d'État aux migrations (SEM), version 2.0, mars 2024 (cité Zwischenbericht Meldstellen)
- Weber Kahn Christina/Hotz Sandra (CSDH), Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention in der Schweiz: Studie zu den rechtlichen Grundlagen und zur Praxis in den neun Kantonen in den Themenbereichen Familienrecht, Jugendstrafrecht, Kinderschutz, Bildung, Studie im Auftrag des Bundes, Berne 2019 (cité Studie Partizipationsrecht)

Travaux législatifs, directives et autres documents

- Canton de Saint-Gall, office des affaires sociales, Empfehlungen für kindergerechte Verfahren im Kanton St. Gallen, RRB 2021/399 / Beilage, 2 avril 2019 (état 26 janvier 2021) (cité Empfehlungen für kindergerechte Verfahren im Kanton St. Gallen)
- Canton de Vaud, Examen de la situation des enfants dans le cadre d'une mesure de renvoi de Suisse de la famille suite aux recommandations formulées par l'évaluation Schengen, Ordre de Service 2019/1, 1^{er} mai 2019 (cité Examen de la situation des enfants)
- Canton de Zurich, direction de la sécurité, Massnahmenpraxis bei Sozialhilfeabhängigkeit, 1^{er} septembre 2024 (accessible à l'adresse www.zh.ch > Themen > Migration & Integration > Ausländerrechtliche Massnahmen & Vollzug) (cité Massnahmenpraxis bei Sozialhilfeabhängigkeit)
- Canton de Zurich, direction de la sécurité, Weisung Familiennachzug, 18 janvier 2019 (cité Weisung Familiennachzug)
- Canton de Zurich, Unterstützungszuständigkeit für Personen des Asyl- und Flüchtlingsbereichs, Erläuterungen, 20 juin 2024 (accessible à l'adresse www.zh.ch > Soziales > Sozialhilfe > Sozialhilfehandbuch > Zuständigkeit > Zuständigkeitsordnung in der Sozialhilfe > Unterstützungszuständigkeit für Personen des Asyl- und Flüchtlingsbereichs > Erläuterungen) (cité Erläuterungen Unterstützungszuständigkeit)
- CDAS, Recommandations de la CDAS relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile, 20 mai 2016 (accessible à l'adresse www.sodk.ch > Documentation > Recommandations) (cité Recommandations relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile)
- CDAS/COPMA, Recommandations de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) et de la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) relatives au placement extra-familial, 20 novembre 2020 (accessible à l'adresse www.sodk.ch > Documentation > Recommandations) (cité recommandations Placement extra-familial)
- Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009), Le droit de l'enfant d'être entendu, 20 juillet 2009, CRC/C/GC/12 (cité observation générale 12)
- Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 29 mai 2013, CRC/C/GC/14 (cité observation générale 14)

Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6 (2005), Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 3 juin 2005, CRC/GC/2005/6 (cité observation générale 6)

Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le rapport de la Suisse valant cinquième et sixième rapports périodiques, 22 octobre 2021, CRC/C/CHE/CO/5-6 (cité Observations finales concernant le rapport de la Suisse 2021)

Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document, 26 février 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4 (cité Observations finales concernant le rapport de la Suisse 2015)

Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, Observation générale conjointe n° 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales, 16 novembre 2017, CMW/C/GC/3-/CRC/C/GC/22 (cité observation générale conjointe 3/22)

Comité des travailleurs migrants / Comité des droits de l'enfant, Observation générale conjointe n° 4 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 23 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les obligations des États en matière de droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales dans les pays d'origine, de transit, de destination et de retour, 16 novembre 2017, CMW/C/GC/4-/CRC/C/GC/23 (cité observation générale conjointe 4/23)

Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Recommandation 2000/15 du 13 septembre 2000 sur la sécurité de résidence des immigrés de longue durée (cité recommandation 2000/15)

Conseil fédéral, Message sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, 29 juin 1994, FF 1994 V 1 ss (cité message CDE)

Conseil fédéral, Modification de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (Modification du délai d'attente pour le regroupement familial des personnes admises à titre provisoire) : Rapport explicatif en vue de l'ouverture de la procédure de consultation ; Berne (non daté) (accessible à l'adresse www.admin.ch > Documentation >

- Communiqués de presse > Regroupement familial : le Conseil fédéral propose de réduire le délai d'attente) (cité rapport explicatif Délai d'attente regroupement familial admission provisoire)
- EASO, Guide pratique sur l'évaluation de l'âge, Les guides pratiques d'EASO, deuxième édition, 2018 (cité Guide pratique sur l'évaluation de l'âge)
- European Migration Network, Accompanied children's right to be heard in international protection procedures – EMN Inform, April 2023 (cité Accompanied children's right to be heard in international protection procedures)
- HCR, Principes directeurs 2021 du HCR pour la procédure relative à l'intérêt supérieur: évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant (cité Principes directeurs pour la procédure relative à l'intérêt supérieur)
- HCR, Principes directeurs sur la protection internationale : Les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1(A)2 et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 2009 (cité Principes directeurs sur la protection internationale)
- HCR, Table ronde « Les droits de l'enfant dans la procédure d'asile suisse – bilan de la situation à l'occasion du 30^{ème} anniversaire de la convention relative aux droits de l'enfant », Berne 2019 (cité Table ronde Droits de l'enfant)
- MMI/UNICEF, L'audition de l'enfant. C'est de toi qu'il s'agit – ton opinion compte : pour les jeunes dès 13 ans, Zurich 2014 (accessible à l'adresse www.unicef.ch > Nos actions > National > Publications et matériel) (cité C'est de toi qu'il s'agit – ton opinion compte)
- OSAR, Le droit d'être entendu des mineurs en procédure d'asile. Analyse juridique et propositions de l'OSAR, Berne 2021 (cité Droit d'être entendu)
- OSAR, Standards minimaux pour l'hébergement des personnes requérantes d'asile : Prise de position de l'OSAR, Berne janvier 2021 (accessible à l'adresse www.osar.ch > Publications > Avis) (cité Standards minimaux pour l'hébergement des personnes requérantes d'asile)
- SEM, Directives et commentaires, I. Domaine des étrangers (directives LEI), octobre 2013 (état 1^{er} juin 2024) (cité directives LEI)
- SEM, Directives, III. Domaine de l'asile, 1^{er} janvier 2008 (état 1^{er} juin 2024) (cité directives Domaine de l'asile)

SEM, Manuel Asile et retour, A2 - La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) (état 15 juin 2022) (cité manuel CDE)

SEM, Manuel Asile et retour, B3 - Le principe de l'instruction d'office, l'obligation de collaborer et l'administration des preuves (état 10 février 2020) (cité manuel Principe de l'instruction d'office, obligation de collaborer et administration des preuves)

SEM, Manuel Asile et retour, C1 – Les centres fédéraux pour requérants d'asile (état 2 août 2024) (cité manuel CFA)

SEM, Manuel Asile et retour, C6.2 – L'audition sur les motifs d'asile (état 21 décembre 2023) (cité manuel Audition)

SEM, Manuel Asile et retour, C9 – Requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA) (état 19 août 2024) (cité manuel RMNA)

SEM, Manuel Asile et retour, E3 – Le renvoi, l'exécution du renvoi et l'octroi de l'admission provisoire (état 8 mai 2019) (cité manuel Renvoi)

SEM, Manuel Asile et retour, F7 – Le regroupement familial des personnes admises à titre provisoire et des réfugiés admis à titre provisoire (réunification de la famille) (état 16 juillet 2024) (cité manuel Regroupement familial)

SEM, Manuel relatif à l'hébergement et l'encadrement des requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA) dans les centres fédéraux pour requérants d'asile (CFA), version 2.0 (état 1^{er} novembre 2023) (cité manuel Encadrement RMNA)

SEM, Plan d'exploitation Hébergement (PLEX), version 4.0 du 1^{er} janvier 2022 (cité PLEX)

SSI, Accompagnement des jeunes migrant-e-s en Suisse : Manuel sur le parrainage des requérant-e-s d'asile mineur-e-s non accompagné-e-s, février 2022 (accessible à l'adresse www.ssi-suisse.org > Publications > Mineur-e-s non accompagné-e-s (cité Accompagnement des jeunes migrant-e-s)

SSI, Cartographie cantonale des structures de prise en charge pour MNA, 2022 (accessible à l'adresse www.ssi-suisse.org > Publications > Mineur-e-s non accompagné-e-s) (cité Cartographie cantonale des structures de prise en charge pour MNA)

SSI, Catalogue de bonnes pratiques : Initiatives prometteuses pour la prise en charge des mineur-e-s non accompagné-e-s en Suisse, Genève/Zurich mars 2018 (accessible à l'adresse www.ssi-suisse.org > Publications > Mineur-e-s non accompagné-e-s) (cité catalogue de bonnes pratiques)

UNICEF, dépliant Tes droits dans la procédure d’asile (accessible à l’adresse www.unicef.ch > Nos actions > National > Publications et matériel) (cité Dépliant. Tes droits dans la procédure d’asile)

UNICEF/MMI, L’audition de l’enfant dans la procédure de droit civil : Guide pour les spécialistes, Zurich juin 2023 (accessible à l’adresse www.unicef.ch > Nos actions > National > Publications et matériel) (cité L’audition de l’enfant dans la procédure de droit civil)

UNICEF/MMI, Participation et audition des enfants dans les procédures d’asile : Guide à l’attention des représentant·e·s juridiques, des personnes de confiance, du personnel du SEM et d’autres spécialistes, 2023 (accessible à l’adresse www.unicef.ch > Nos actions > National > Publications et matériel) (cité Participation et audition des enfants dans les procédures d’asile)