



Bern, 1. April 2026

Das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht

Bericht des Bundesrates
in Erfüllung des Postulats 20.4421, Samira Marti,
vom 8. Dezember 2020



Übersicht

Im Rahmen des Postulats 20.4421 Marti Samira «Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht» vom 8. Dezember 2020 wird der Bundesrat beauftragt, in einem Bericht zu analysieren, inwiefern das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerbereich gewährleistet wird und ob Handlungsbedarf besteht. Der Bericht des Bundesrates soll insbesondere die kindgerechte Ausgestaltung von asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren, die Berücksichtigung des Kindeswohls im Rahmen des Rechts auf Privat- und Familienleben, Fragen im Zusammenhang mit Wegweisungen von Minderjährigen sowie die Gewährleistung des Kindeswohls in den Bereichen Unterbringung, Betreuung und Bildung analysieren.

Am 17. Februar 2021 beantragte der Bundesrat die Ablehnung des Postulats. Entgegen der Empfehlung des Bundesrates nahm der Nationalrat das Postulat am 22. September 2022 an.

Aufgrund der verschiedenen Fragestellungen im Rahmen des Postulats wurde für eine objektive Analyse ein externer Studienauftrag vergeben. Zusätzlich hat das Staatssekretariat für Migration eine externe Begleitgruppe eingesetzt. Die Ergebnisse der Studie sowie die wichtigsten Anliegen und Erkenntnisse aus den Sitzungen der Begleitgruppe bilden Bestandteil des vorliegenden Berichts.

Die Auswertung der Studie sowie die Rückmeldungen der Begleitgruppe zeigen unter anderem auf, dass dem Kindeswohl im Schweizer Asyl- und Ausländerrecht zwar teils Rechnung getragen wird, seine tatsächliche Berücksichtigung in der Praxis jedoch häufig hinter den völkerrechtlichen Vorgaben zurückbleibt. Kritisch beurteilt wurden mangelnde kindgerechte Anhörungen, die teils unzureichende Berücksichtigung der individuellen Situation von Kindern bei Wegweisungsentscheiden sowie die zum Teil fehlende Interessenabwägung gemäss standardisierten Vorgaben im Einzelfall. Die Begleitgruppe betonte die Bedeutung verbindlicher Standards, interdisziplinärer Zusammenarbeit und der Stärkung der Fachkompetenz im Umgang mit Kindern im Migrationskontext. Gleichzeitig wurde anerkannt, dass das Kindeswohl in gewissen kantonalen Praxisleitlinien ausdrücklich berücksichtigt wird, dass zunehmend eine Sensibilisierung und Schulungen für Fachpersonen stattfinden und dass punktuell gute Praxisbeispiele – etwa bei Anhörungen oder bei der Unterbringung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender (UMA) – bestehen.

Der Bundesrat nimmt diese Ergebnisse zur Kenntnis und anerkennt, dass die Umsetzung des Kindeswohlprinzips noch nicht in allen Bereichen des Asyl- und Ausländerrechts konsistent erfolgt. Gleichzeitig hält er fest, dass die bestehenden rechtlichen Grundlagen insgesamt ausreichend sind, um dem Kindeswohl Rechnung zu tragen. Der Schwerpunkt muss nach Auffassung des Bundesrates daher auf der praktischen Umsetzung liegen. Vor diesem Hintergrund soll das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine Arbeitsgruppe einberufen, welche sich vertieft mit konkreten Fragen zum Kindeswohl im Migrationsbereich auf allen staatlichen Ebenen auseinandersetzt.

INHALTSVERZEICHNIS

1	Ausgangslage.....	5
1.1	Einleitung	5
1.2	Grundzüge des Berichts.....	5
2	Ausgangslage.....	6
2.1	Postulat 20.4421 «Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht»	6
2.2	Externe Studie	6
2.3	Begleitgruppe	7
3	Allgemeiner Teil: Rechtliche Grundlagen	8
3.1	Menschen- und völkerrechtliche Grundlagen des Kindeswohls	8
3.2	Das Kindeswohl im schweizerischen Asyl- und Ausländerrecht.....	9
3.2.1	Rechtliche Grundlagen zum Kindeswohl in der Bundesverfassung und im Schweizerischen Zivilgesetzbuch	9
3.2.2	Das Kindeswohl im schweizerischen Asylrecht.....	10
3.2.3	Das Kindeswohl im schweizerischen Ausländerrecht.....	11
3.2.4	Zuständigkeiten im Asyl- und im Ausländerrecht	13
3.3	Exkurs: Künftige Neuerungen aufgrund der Übernahme des EU-Migrations- und Asylpakts.....	14
3.3.1	AMMR-Verordnung.....	14
3.3.2	Eurodac-Verordnung.....	15
3.3.3	Überprüfungsverordnung	15
4	Besonderer Teil: Anliegen des Postulats.....	16
4.1	Kindergerechte Ausgestaltung von asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren	16
4.1.1	Kindergerechte Ausgestaltung von asylrechtlichen Verfahren	16
4.1.1.1	Aktuelle Regelung und Praxis.....	16
4.1.1.2	Wichtigste Ergebnisse der Studie	19
4.1.1.3	Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe	21
4.1.1.4	Haltung des Bundesrates	22
4.1.2	Fokus: Asylrechtliche Wegweisungen	23
4.1.2.1	Aktuelle Regelung und Praxis.....	23
4.1.2.2	Wichtigste Ergebnisse der Studie	25
4.1.2.3	Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe	25
4.1.2.4	Haltung des Bundesrates	26
4.1.3	Kindergerechte Ausgestaltung von ordentlichen ausländerrechtlichen Verfahren....	27
4.1.3.1	Aktuelle Regelung und Praxis.....	27
4.1.3.2	Wichtigste Ergebnisse der Studie	29
4.1.3.3	Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe	30

Das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht

4.1.3.4	Haltung des Bundesrates	32
4.1.4	Fokus: Ausländerrechtliche Wegweisungen	33
4.1.4.1	Aktuelle Regelung und Praxis	33
4.1.4.2	Wichtigste Ergebnisse der Studie	35
4.1.4.3	Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe	36
4.1.4.4	Haltung des Bundesrates	37
4.2	Gewährleistung des Kindeswohls im Rahmen des Rechts auf Privat- und Familienleben	37
4.2.1	Recht auf Privat- und Familienleben im Asylbereich	38
4.2.1.1	Aktuelle Regelung und Praxis	38
4.2.1.2	Wichtigste Ergebnisse der Studie	40
4.2.1.3	Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe	41
4.2.1.4	Haltung des Bundesrates	42
4.2.2	Recht auf Privat- und Familienleben im Ausländerbereich	43
4.2.2.1	Aktuelle Regelung und Praxis	43
4.2.2.2	Wichtigste Ergebnisse der Studie	45
4.2.2.3	Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe	46
4.2.2.4	Haltung des Bundesrates	46
4.3	Gewährleistung des Kindeswohls im Kontext der Unterbringung, Betreuung und Bildung	47
4.3.1	Zuständigkeiten	47
4.3.2	Unterbringung, Betreuung und Bildung auf Bundesebene	48
4.3.2.1	Aktuelle Regelung und Praxis	48
4.3.2.2	Wichtigste Ergebnisse der Studie	51
4.3.3	Unterbringung, Betreuung und Bildung auf kantonaler Ebene	51
4.3.3.1	Aktuelle Regelung und Praxis	51
4.3.3.2	Wichtigste Ergebnisse der Studie	53
4.3.4	Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe (Ebene Bund und Kantone)	54
4.3.5	Haltung des Bundesrates (Ebene Bund und Kantone)	55
5	Gesamtwürdigung und Fazit	57

1 Ausgangslage

1.1 Einleitung

Im Rahmen des Postulats 20.4421 Marti Samira «Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht» vom 8. Dezember 2020¹ wird der Bundesrat beauftragt, in einem Bericht zu analysieren, inwiefern das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerbereich gewährleistet wird und ob Handlungsbedarf besteht. Spezifisch wird der Bundesrat angewiesen, diese Analyse in Zusammenarbeit mit dem Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) vorzunehmen. Der Bericht des Bundesrates soll insbesondere folgende Problembereiche näher untersuchen: die kindgerechte Ausgestaltung von asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren, die Berücksichtigung des Kindeswohls im Rahmen des Rechts auf Privat- und Familienleben, Fragen im Zusammenhang mit Wegweisungen von Minderjährigen (insbesondere Prüfung von Wegweisungsvollzugshindernissen und Wegweisung nach langjährigem Aufenthalt in der Schweiz) sowie die Gewährleistung des Kindeswohls in den Bereichen Unterbringung, Betreuung und Bildung.

Am 17. Februar 2021 beantragte der Bundesrat die Ablehnung des Postulats. Entgegen der Empfehlung des Bundesrates nahm der Nationalrat das Postulat am 22. September 2022 an.

Da das SKMR seine Tätigkeit Ende 2022 eingestellt hatte, wurde Anfang September 2023 durch das Staatssekretariat für Migration (SEM) eine externe Studie in Auftrag gegeben (vgl. Kapitel 2.2).² Das Mandat konnte an die Bietergemeinschaft der Universität Zürich (UZH) und der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) erteilt werden. Aufgrund der Vielfältigkeit der im Postulat geäußerten Anliegen (asyl- und ausländerrechtliche Verfahren, Grundrechte, Wegweisung usw.) hat das SEM zusätzlich eine externe Begleitgruppe eingesetzt (vgl. Kapitel 2.3). Die Begleitgruppe hat an vier Sitzungen (2. November 2023, 6. November 2024, 28. Januar 2025 und 27. Februar 2025) die Anliegen des Postulats auf der Grundlage der Studie eingehend analysiert und diskutiert. Die Ergebnisse der Studie sowie die wichtigsten Anliegen und Erkenntnisse aus den Sitzungen der Begleitgruppe bilden Bestandteil des vorliegenden Berichts (vgl. Kapitel 4).

1.2 Grundzüge des Berichts

Nach einer ersten Übersicht über die Herangehensweise des Bundesrates an die Erfüllung des Postulats (vgl. Kapitel 1 und 2) hat der vorliegende Bericht zum Ziel, die darin aufgeworfenen Fragen bezüglich des Kindeswohls im Schweizerischen Asyl- und Ausländerrecht zu beantworten und den entsprechenden Handlungsbedarf aufzuzeigen. Der vorliegende Bericht widmet sich im Allgemeinen Teil (vgl. Kapitel 3) den menschen- und völkerrechtlichen Grundlagen des Kindeswohls und geht auf deren Umsetzung im schweizerischen Recht ein. Im Besonderen Teil des Berichts (vgl. Kapitel 4) wird auf die einzelnen Anliegen des Postulats und die damit zusammenhängenden Fragestellungen eingegangen. Dabei werden auch die entsprechenden Erkenntnisse der externen Studie sowie die Positionen der in der Begleitgruppe vertretenen Akteurinnen und Akteure abgebildet und schliesslich durch den Bundesrat gewürdigt. Das Fazit

¹ Abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Curia Vista Suche > 20.4421 Marti Samira «Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht».

² Vgl. Beilage zum Bericht des Bundesrates: Diggelmann O., Keller S., Hadorn N., Mey E., Priuli V., Hartmann A., Kilde G., & Schaad T.: *Das Kindeswohl in ausländer- und asylrechtlichen Verfahren*; 6. Oktober 2024 (Stand 15. Mai 2025) (nachfolgend: «Studie»).

schliesst mit der Zusammenfassung der Ergebnisse sowie konkreten Vorschlägen für das weitere Vorgehen (vgl. Kapitel 5).

2 Ausgangslage

2.1 Postulat 20.4421 «Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht»

Das Postulat hat folgenden Wortlaut:

«Der Bundesrat wird gebeten, in Zusammenarbeit mit dem Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) in einem Bericht zu analysieren, inwiefern das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht gewährleistet wird und ob Handlungsbedarf besteht. Die UNO-Kinderrechtskonvention verpflichtet die Staaten dazu, das Kindeswohl in allen Entscheiden vorrangig zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 1 KRK). Der Bericht soll insbesondere folgende Problembereiche beleuchten:

1. Kindgerechte Ausgestaltung von asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren: Wie wird das Kindeswohl ermittelt und bestimmt? Wie werden die Rechte auf Gehör, Mitwirkung und Vertretung im Asylverfahren, bei Familiennachzügen und Wegweisungen gewährleistet? In Bezug auf das Asylverfahren stellt sich zudem die Frage, ob Jugendliche ab 13 Jahren tatsächlich eine "grundsätzlich volle und effektive Urteilsfähigkeit" (SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C9, Anm. 2.4.3) besitzen, ob bei Minderjährigen für die Beurteilung der Mitwirkungspflicht ein anderer Massstab angewendet werden soll als für Erwachsene und ob die Befragenden den grösseren Teil der Beweisführung übernehmen sollen.
2. Recht auf Privat- und Familienleben: Wie werden das Kindeswohl und das Recht auf regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen in der Interessenabwägung beim Familiennachzug berücksichtigt? Wie wird bei vorläufig aufgenommenen Personen durch die Wartefrist von 3 Jahren für den Familiennachzug das Kindeswohl gewahrt? Weiter ist zu analysieren, ob das "Recht auf umgekehrten Familiennachzug" eingeführt werden soll, damit Minderjährige - die teilweise den Schweizer Pass haben - ihre ausländischen Eltern nachziehen können.
3. Wegweisungen: Inwiefern prüft das SEM die Wegweihungshindernisse genügend und in jedem Fall und hält es die Begründungspflicht ein? Wie wird ein Wegweisungsentscheid nach langjährigem Aufenthalt in der Schweiz unter dem Aspekt des Kindeswohls und des geschützten Privat- und Familienlebens gerechtfertigt? Weiter stellt sich die Frage, ob die Situation von Minderjährigen in der Nothilfe kindgerecht und menschenrechtskonform ausgestaltet ist.
4. Unterbringung, Betreuung und Bildung: Entspricht die Situation von Minderjährigen bzgl. Unterbringung, Betreuung und Bildung dem Kindeswohl und ist sie menschenrechtskonform?»

2.2 Externe Studie

Im Rahmen des Postulats wurde der Bundesrat beauftragt, verschiedene Fragen der Rechtsanwendung, der Verwaltungspraxis und der Politikentwicklung zur Gewährleistung des Kindeswohls vertieft zu untersuchen. Um eine objektive Analyse der Fragestellungen des Postulats

Das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht

zu gewährleisten, wurde ein externer Studienauftrag vergeben. Dabei sollten insbesondere folgende Themenfelder geprüft und beurteilt werden:

- menschen- und völkerrechtliche Grundlagen des Kindeswohls;
- Kindeswohl im Schweizer Asyl- und Ausländerrecht;
- kindergerechte Ausgestaltung von asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren;
- Gewährleistung des Kindeswohls im Rahmen des Rechts auf Privat- und Familienleben;
- Gewährleistung des Kindeswohls im Kontext der Unterbringung, Betreuung und Bildung.

Die wichtigsten Erkenntnisse aus der externen Studie werden im vorliegenden Bericht dargestellt. Der externe Studienbericht wird als Beilage zum vorliegenden Bericht des Bundesrates veröffentlicht.

Eine Entwurfsfassung der externen Studie wurde als Diskussionsgrundlage für die Sitzungen der Begleitgruppe (siehe Kapitel 2.3 unten) verwendet.

Gestützt auf die Diskussionen im Rahmen der Begleitgruppe wurde die externe Studie in verschiedenen Punkten überarbeitet. So wurden unter anderem die Unterscheidung zwischen der «Ermittlung» und der «Bestimmung» des Kindeswohls differenzierter hervorgehoben und die Ergebnisse der Experten-/Expertinnen-Interviews und der Onlinebefragung von Fachpersonen teilweise spezifiziert. Zudem wurde vor allem im Kapitel zu den asylrechtlichen Verfahren (vgl. Kapitel II.B. der externen Studie) und den entsprechenden Handlungsempfehlungen die Abgrenzung zwischen begleiteten und unbegleiteten Kindern stärker hervorgehoben. Schliesslich wurde im Kapitel zur Unterbringung, Betreuung und Bildung (vgl. II.C. der Studie) die Unterscheidung zwischen Kindern in Bundesasylzentren (BAZ) und Kindern in kantonalen Strukturen akzentuiert. Die finale Version der externen Studie auf Deutsch und Französisch wurde dem SEM am 15. Mai 2025 eingereicht.

Die Erkenntnisse der Studie sowie die entsprechenden Handlungsempfehlungen werden bei den einzelnen Fragestellungen unter Kapitel 4 dargelegt.

2.3 Begleitgruppe

Das SEM hat zur Beantwortung der diversen Fragestellungen des Postulats zusätzlich eine Begleitgruppe eingesetzt. Die entsprechenden Anliegen wurden von der Begleitgruppe auf der Grundlage der externen Studie an vier Sitzungen zwischen Ende 2023 und Anfang 2025 eingehend analysiert und diskutiert.

Die Begleitgruppe unter der Leitung des SEM setzte sich zusammen aus Vertreterinnen und Vertretern der Bundesverwaltung (Bundesamt für Sozialversicherungen [BSV] und SEM) sowie der Generalsekretariate der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK), der Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM), der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES), des Schweizerischen Städteverbands (SSV), des Schweizerischen Gemeindeverbands (SGV), der Eidgenössischen Migrationskommission (EKM), des Hochkommissariats für Flüchtlinge der Vereinten Nationen (UNHCR), der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH), der Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not (RBS Bern), des Netzwerks Kinderrechte Schweiz (NKS) und des Schweizerischen Roten Kreuzes (SRK).

Die Haltungen der Mitglieder der Begleitgruppe werden bei den einzelnen Fragestellungen unter Kapitel 4 dargelegt.

3 Allgemeiner Teil: Rechtliche Grundlagen

3.1 Menschen- und völkerrechtliche Grundlagen des Kindeswohls

Gemäss Artikel 3 Absatz 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK; SR 0.107) ist das Wohl des Kindes bei allen Massnahmen oder Entscheidungen, welche Kinder im öffentlichen oder privaten Bereich betreffen, als vorrangiger Gesichtspunkt zu berücksichtigen. Damit sollen Kinder alle in der KRK anerkannten Rechte uneingeschränkt und wirksam geniessen und sich zugleich ganzheitlich entwickeln können. Dabei richtet sich der Begriff «Kinder» nach der KRK.³ Die Definition in der KRK ist gleichbedeutend mit dem Begriff «Minderjährige», welcher zum Beispiel im Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31; vgl. z. B. Art. 17 Abs. 2 AsylG) verwendet wird.

Das Kindeswohl⁴ stellt ein materielles Recht und ein Grundprinzip für die Rechtsauslegung sowie eine Verfahrensregel⁵ dar. Neben anderen grundlegenden Rechten (Recht auf Nichtdiskriminierung, Art. 2 KRK; Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung, Art. 6 KRK; Recht auf Mitwirkung, Art. 12 KRK) handelt es sich zudem um einen Leitgrundsatz der KRK. Im Jahr 2013 hat der Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen (KRA) den Vertragsstaaten in Form der Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 zum Recht des Kindes auf Berücksichtigung seines Wohls als ein vorrangiger Gesichtspunkt (Art. 3 Abs. 1) eine wichtige Orientierungshilfe zur Umsetzung des Grundsatzes des Kindeswohls zur Verfügung gestellt.⁶

Die Schweiz hat die KRK am 24. Februar 1997 sowie alle drei Fakultativprotokolle der KRK⁷ ratifiziert⁸. Als Vertragsstaat ist die Schweiz verpflichtet, die aus der KRK resultierenden Rechte und Grundprinzipien sowie deren sozialpolitischen Zielvorgaben umzusetzen. Dies gilt auch für die Wahrung des Kindeswohls, die einen generellen Bestandteil der schweizerischen Gesetzgebung bildet. Darüber hinaus ist die Schweiz zur regelmässigen Berichterstattung über die getroffenen Massnahmen, die erzielten Fortschritte und eventuelle Schwierigkeiten bei der Umsetzung der KRK an den KRA verpflichtet (Art. 43 und 44 KRK)⁹.

Neben der KRK sind auch weitere völkerrechtliche Instrumente, wie zum Beispiel der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1; vgl. insb. Art. 10), der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II, SR 0.103.2; vgl. insb. Art. 24), das Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (HKsÜ; SR 0.211.231.011) wie auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (AEMR, A/RES/217 A [III]) und die

³ Im Sinne der KRK ist ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt (Art. 1 KRK).

⁴ Der Begriff des «Kindeswohls», welcher im gesamten deutschen Sprachraum geläufig ist und der konstanten Sprachregelung in der Schweiz entspricht, ist inhaltlich gleichbedeutend mit demjenigen von Artikel 3 KRK.

⁵ Vgl. auch: Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) des Ausschusses für die Rechte des Kindes zum Recht des Kindes auf Berücksichtigung seines Wohls als ein vorrangiger Gesichtspunkt (Art. 3 Abs. 1), Kapitel I.A. (nachfolgend: *KRA Allgemeine Bemerkung Nr. 14*).

⁶ KRA Allgemeine Bemerkung Nr. 14.

⁷ Fakultativprotokoll vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten (SR 0.107.1), von der Schweiz am 26. Juni 2002 ratifiziert; Fakultativprotokoll vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie (SR 0.107.2), von der Schweiz am 19. September 2006 ratifiziert; Fakultativprotokoll vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend eines Mitteilungsverfahrens (SR 0.107.3), von der Schweiz am 24. April 2017 ratifiziert.

⁸ Im Rahmen der Ratifizierung der KRK hat die Schweiz Vorbehalte betreffend des Familiennachzugs (Art. 10 KRK), der Trennung von Jugendlichen und Erwachsenen im Freiheitsentzug (Art. 37 Bst. c KRK) und des Jugendstrafrechts (Art. 40 KRK) angebracht, welche weiterhin von Aktualität sind.

⁹ Für weitere Ausführungen zur KRK: s. Studie.

Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) für den Schutz und die Förderung des Kindeswohls relevant. Auch wenn diese rechtlichen Grundlagen nicht ausschliesslich auf Kinder ausgerichtet sind, enthalten sie grundlegende Prinzipien, welche im Rahmen der Bestimmung des übergeordneten Kindesinteresses von Bedeutung sind. Insbesondere das in Artikel 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens spielt im Rahmen von asyl- und ausländerrechtlichen Massnahmen und Entscheidungen, welche Kinder betreffen, regelmässig eine wichtige Rolle.

Die Gewährleistung des Kindeswohls durch die Staaten kann sich beispielsweise auf den Zugang zu Ausbildungsmöglichkeiten, Sozialhilfe oder Gesundheitsleistungen wie auch auf die Aufrechterhaltung der Familieneinheit oder das Erfassen konkreter Schutzmassnahmen in konkreten Gefährdungssituationen beziehen. Dies gilt auch für Flüchtlingskinder sowie asylsuchende und migrierende Kinder¹⁰, welche als besonders vulnerabel und schutzbedürftig erachtet werden. Unabhängig ihres Status haben Kinder Anspruch auf die Einhaltung und Förderung aller Rechte, die in der KRK verankert sind. Die Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3 (2017) des Ausschusses zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (CMW) und Nr. 22 (2017) des KRA über die allgemeinen Grundsätze betreffend die Menschenrechte von Kindern im Rahmen internationaler Migration¹¹ und die Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 4 (2017) des CMW und Nr. 23 (2017) des KRA über die Pflichten der Vertragsstaaten betreffend die Menschenrechte von Kindern im Rahmen internationaler Migration in Herkunfts-, Transit-, Ziel- und Rückkehrländern¹² heben die Bedeutung der Gewährleistung des Kindeswohls hervor. Demnach müssen KRK-Vertragsstaaten insbesondere sicherstellen, dass das Kindeswohl im Rahmen individueller staatlicher Verfahren gewährleistet wird. Es gilt als integraler Bestandteil jeder behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung über die Einreise, den Aufenthalt oder die Rückkehr, die Unterbringung oder Betreuung eines Kindes oder die Inhaftierung oder Ausweisung eines Elternteils im Zusammenhang mit dessen eigenem Migrationsstatus.¹³ Die Ermittlung des Kindeswohls beinhaltet die Bewertung und Abwägung aller Faktoren (z. B. Alter, Geschlecht, Zugehörigkeit zu einer Minderheit), die für eine Entscheidung in der konkreten Situation erforderlich sind.¹⁴

Der vorliegende Bericht soll darlegen, inwiefern die Schweiz den Verpflichtungen im Hinblick auf die Gewährleistung des Kindeswohls im schweizerischen Asyl- und Ausländerrecht nachkommt, und einen allfälligen Handlungsbedarf aufzeigen.

3.2 Das Kindeswohl im schweizerischen Asyl- und Ausländerrecht

3.2.1 Rechtliche Grundlagen zum Kindeswohl in der Bundesverfassung und im Schweizerischen Zivilgesetzbuch

Einige der in der KRK verankerten Kinderrechte sind auch durch die Bundesverfassung (BV; SR 101) gewährleistet. So anerkennt Artikel 11 BV, der aufgenommen wurde, um die Kinderrechte der KRK zu konkretisieren, ausdrücklich den Anspruch von Kindern auf besonderen

¹⁰ Siehe beispielsweise: Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) 'Rahimi v. Greece', Nr. 8687/08 vom 5. April 2011, § 108; EGMR Urteil 'Popov v. France', Nr. 39472/07 und Nr. 39474/07 vom 19. Januar 2012, § 140; EGMR Urteil 'Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium', Nr. 41442/07 vom 19. Januar 2010, § 70.

¹¹ CRC/C/GC/22 - CMW/C/GC/3

¹² CMW/C/GC/4 - CRC/C/GC/23

¹³ Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3 (2017) des CMW und Nr. 22 (2017) des KRA über die allgemeinen Grundsätze betreffend die Menschenrechte von Kindern im Rahmen internationaler Migration, § 30.

¹⁴ Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3 (2017) des CMW und Nr. 22 (2017) des KRA über die allgemeinen Grundsätze betreffend die Menschenrechte von Kindern im Rahmen internationaler Migration, § 31.

Das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht

Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung.¹⁵ Das Recht auf Bildung wird in den Artikeln 19 und 62 BV gewährleistet, während das Recht auf Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens durch Artikel 13 BV geschützt wird. Diese Verfassungsbestimmungen verleihen den Kinderrechten einen hohen normativen Stellenwert und müssen sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Auslegung des Schweizer Rechts, einschliesslich des Ausländerrechts und des Asylrechts, berücksichtigt werden. Zudem müssen nach Artikel 35 BV die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen, was die Wirkung dieser Garantien für Kinder mit und ohne Migrationshintergrund zusätzlich verstärkt

In zivilrechtlicher Hinsicht sieht das Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) namentlich vor, dass die elterliche Sorge von Vater und Mutter gemeinsam ausgeübt wird, sofern ein Kindesverhältnis begründet worden ist (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Die elterliche Sorge umfasst das Recht und die Pflicht, alle wichtigen Entscheidungen zu treffen, die das Leben des minderjährigen Kindes berühren, insbesondere im Hinblick auf dessen Aufenthaltsort, Erziehung, Betreuung und Religion (vgl. Art. 301 ff. ZGB). Die Wahrung des Kindeswohls ist ein zentraler Grundsatz bei der Ausübung der elterlichen Sorge (Art. 296 Abs. 1 ZGB). Die Eltern haben von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge (Art. 304 Abs. 1 ZGB). Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde geeignete Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 ff. ZGB). Als letzte Massnahme kann die elterliche Sorge von der Kindesschutzbehörde eingeschränkt oder entzogen werden (Art. 307–312 ZGB). In Fällen, in denen ein Kind von seinen Eltern getrennt wurde und nicht mehr von einer erwachsenen Person mit elterlicher Verantwortung unterstützt wird, ist dem Kind eine Rechtsvertretung zuzuweisen. Dies kann je nach Situation und den besonderen Bedürfnissen des Kindes über eine Beistandschaft (Art. 306 Abs. 2 und 308 Abs. 1 ZGB), eine Vormundschaft (Art. 327a–c ZGB) oder eine Vertretung des Kindes (Art. 314a^{bis} ZGB) erfolgen.

3.2.2 Das Kindeswohl im schweizerischen Asylrecht

Auch wenn das AsylG und die entsprechenden Verordnungen keine ausdrückliche Regelung zur Gewährleistung des Kindeswohls im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KRK enthalten, finden auf minderjährige Asylsuchende und Flüchtlinge doch mehrere spezifische Regelungen Anwendung, die dem besonderen Schutzbedürfnis von Kindern Rechnung tragen. So enthalten insbesondere Artikel 17 AsylG sowie Artikel 7 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1; SR 142.311) besondere Verfahrensbestimmungen für Kinder im Asylverfahren.¹⁶ Diese betreffen etwa die altersgerechte Ausgestaltung von Anhörungen sowie die Beteiligung geeigneter Vertrauens- und Betreuungspersonen. Darüber hinaus verweist das AsylG mehrfach auf die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von Kindern. So sieht Artikel 82 Absatz 3^{bis} AsylG vor, dass den besonderen Bedürfnissen von UMA und Familien mit Kindern bei der Unterbringung Rechnung zu tragen ist. Auch spezifische Regelungen zum Familienasyl (Art. 51 AsylG) sowie zur Gewährung von vorübergehendem Schutz für Familien (Art. 71 AsylG) tragen dem Bedürfnis nach besonderem Schutz von Kindern Rechnung.

Zudem enthält das AsylG weitere Bestimmungen zugunsten von UMA. So haben diese im Asylverfahren ab Beginn der Vorbereitungsphase Anspruch auf eine unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung. Die Rechtsvertretung nimmt dabei während des Aufenthalts im BAZ und

¹⁵ Affolter Rahel, La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers : état des lieux et potentiel de progression, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, Bern 2023.

¹⁶ Staatssekretariat für Migration, Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel A2: «Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK)», Ziff. 2.2. Verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Startseite > Asyl / Schutz vor Verfolgung > Asyl / Schutz vor Verfolgung > Das Asylverfahren > Nationale Asylverfahren > Handbuch Asyl und Rückkehr, nachstehend «Handbuch Asyl und Rückkehr».

Das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht

am Flughafen ebenfalls die Funktion der Vertrauensperson wahr (Art. 17 Abs. 2 und 3 sowie 102k Abs. 1 Bst. e AsylG).¹⁷

Bei der Gewährleistung des Kindeswohls im Asylverfahren sind darüber hinaus zentrale verfahrensrechtliche Garantien zu beachten. Dazu gehört insbesondere das in Artikel 12 KRK verankerte Recht der Kinder auf Anhörung und Meinungsäusserung in allen sie betreffenden Verfahren oder die Durchführung von Verfahren durch geschulte Mitarbeitende.¹⁸

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Schweizer Rechtsprechung, namentlich jene des Bundesverwaltungsgerichts, dem Kindeswohl im asylrechtlichen Kontext eine zentrale Bedeutung beimisst. Das Bundesverwaltungsgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass das Kindeswohl in allen behördlichen und gerichtlichen Verfahren, die Kinder betreffen, ein zu berücksichtigender Faktor unter mehreren ist.¹⁹

Ergänzend zu den gesetzlichen Grundlagen konkretisieren die Weisungen²⁰ sowie das Handbuch «Asyl und Rückkehr»²¹ des SEM die Anforderungen an die Umsetzung des Kindeswohlprinzips im asylrechtlichen Verfahren.

Trotz dieser vorhandenen Regelungen hat der KRA die Schweiz in seinen letzten Schlussbemerkungen vom 22. Oktober 2021²² aufgefordert, den Grundsatz des Kindeswohls systematischer in Verwaltungs- und Justizverfahren, insbesondere im Bereich Migration und Asyl, zu berücksichtigen. Der Ausschuss betonte, dass das Kindeswohl in sämtlichen Phasen des Asylverfahrens – von der Unterbringung über die Anhörung bis hin zur Entscheidungsfindung – integraler Bestandteil der Praxis sein müsse. Mit dem vorliegenden Bericht werden auch den Anliegen des KRA Rechnung getragen.

Für die Zuständigkeiten bezüglich der Gewährleistung des Kindeswohls während des Asylverfahrens siehe Kapitel 3.2.4.

3.2.3 Das Kindeswohl im schweizerischen Ausländerrecht

Auch im Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005 (AIG; SR, 142.20) bestehen keine ausdrücklichen Regelungen zur Gewährleistung des Kindeswohls im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KRK.²³ Trotzdem enthalten das AIG sowie die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201) mehrere spezifische Regelungen, insbesondere zu ausländerrechtlichen Verfahren, an denen minderjährige Ausländerinnen und Ausländer beteiligt sind. So hält bereits Artikel 3 Absatz 2 AIG fest, dass Ausländerinnen und Ausländer in die Schweiz zugelassen werden, wenn die Vereinigung der Familie dies erfordert. Mit dieser Bestimmung wird sodann auf ein zentrales ausländerrechtliches Verfahren, den Familiennachzug, Bezug genommen. Beim nachträglichen Familiennachzug ist in Artikel 47 Absatz 4 AIG spezifisch für Kinder ab dem 14. Lebensjahr vorgesehen, dass sie anzuhören sind, sofern dies zur Beurteilung notwendig ist. Ausserdem wird beim nachträglichen Familiennachzug die Bewilligung nur erteilt, wenn wichtige familiäre Gründe vorliegen. Artikel 75 VZAE präzisiert, dass solche Gründe insbesondere dann vorliegen, wenn das

¹⁷ Vgl. Kapitel 4.1.1.1.

¹⁸ Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel A2: «UN-Kinderrechtskonvention (KRK)», Ziff. 2.2.

¹⁹ Vgl. bspw. BVGE 2014/20 vom 26. August 2014, E. 8.3.6.

²⁰ Weisungen SEM III. Asylgesetz.

²¹ Vgl. Handbuch Asyl und Rückkehr.

²² Schlussbemerkungen abrufbar unter www.bsv.admin.ch > Generationen & Gesellschaft > Kinder & Jugendliche > Kinderrechte.

²³ Affolter Rahel, La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers : état des lieux et potentiel de progression, in : Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, Bern 2023.

Kindeswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz gewahrt werden kann (weitere Ausführungen zum Familiennachzug finden sich in Kapitel 4.2.2).

Neben Verfahren zum Familiennachzug können Kinder – wenn auch meist nur mittelbar – auch von Verfahren zum Widerruf oder zur Nichtverlängerung von Aufenthaltsbewilligungen (Art. 62 AIG) sowie zum Widerruf von Niederlassungsbewilligungen (Art. 63 AIG) betroffen sein, etwa wenn einem Elternteil die Bewilligung entzogen wird. In solchen Fällen ist gestützt auf Artikel 96 AIG eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei der auch familiäre Bindungen und das Ausmass der Integration zu berücksichtigen sind. Zwar wird das Kindeswohl nicht ausdrücklich in der Bestimmung genannt, doch ist es im Lichte der verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben zwingend zu beachten.

Besondere Bedeutung kommt dem Kindeswohl auch in Zusammenhang mit Wegweisungsverfahren zu (vgl. hierzu auch Kapitel 4.1.4). Hierbei müssen die Kindesinteressen, unter anderem die persönlichen und gesundheitlichen Umstände des Kindes, stets mitberücksichtigt werden.²⁴ Besonders schutzbedürftig sind unbegleitete minderjährige Ausländerinnen und Ausländer im Wegweisungsverfahren. Sind sie von einem ordentlichen Wegweisungsverfahren beziehungsweise von einer Wegweisung nach dem Dublin-Verfahren betroffen, bestimmen die kantonalen Behörden unverzüglich eine Vertrauensperson (Art. 64 Abs. 4 und 64a Abs. 3^{bis} AIG²⁵). Artikel 88a Absätze 3 und 4 VZAE spezifizieren die Rolle, Zuständigkeiten und Aufgaben der Vertrauensperson. Diese muss über Kenntnisse des Ausländerrechts und des Dublin-Verfahrens verfügen. Sie berät die unbegleitete minderjährige Person im Rahmen des Wegweisungsverfahrens und des Verfahrens zur Anordnung von Zwangsmassnahmen, unterstützt sie bei der Nennung und Beschaffung von Beweismitteln und ist Beiständin insbesondere im Verkehr mit Behörden sowie mit Einrichtungen des Gesundheitswesens.

Vor dem Vollzug der Wegweisung von unbegleiteten minderjährigen Ausländerinnen und Ausländern muss sichergestellt werden, dass diese im Rückkehrstaat einem Familienmitglied, einem Vormund oder einer Aufnahmeeinrichtung übergeben werden, welche den Schutz des Kindes gewährleisten (Art. 69 Abs. 4 AIG).

Auch aus der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass das Kindeswohl bei allen ausländerrechtlichen Entscheidungen, die Kinder direkt oder indirekt betreffen, im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen ist. Dies gilt insbesondere bei der Abwägung zwischen öffentlichen Interessen (z. B. Migrationssteuerung) und privaten Interessen (z. B. Familienleben), wie unter anderem in BGE 143 I 21, E. 5.5.1 festgehalten wurde. Gleichzeitig hält das Bundesgericht konstant fest, dass das Kindeswohl im Ausländerrecht nur ein zu berücksichtigender Faktor ist und gegenüber anderen Faktoren nicht überwiegen darf.²⁶

Ergänzend zu den gesetzlichen Grundlagen und der Rechtsprechung konkretisieren die Weisungen des SEM²⁷ die Anforderungen an die Umsetzung des Kindeswohlprinzips im ausländerrechtlichen Verfahren.

Für die Zuständigkeiten bezüglich der Gewährleistung des Kindeswohls im Rahmen von ausländerrechtlichen Verfahren siehe Kapitel 3.2.4.

²⁴ Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.1.

²⁵ Mit dem Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2024/1717 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/399 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands) werden diese beiden Bestimmungen aufgehoben (vgl. BBl 2025 1147). Neu wird mit Art. 66 E-AIG eine Bestimmung geschaffen, die für sämtliche Wegweisungsverfahren eine Vertrauensperson für unbegleitete minderjährige Ausländerinnen und Ausländer vorsieht.

²⁶ BGE 144 I 91 vom 2. Februar 2018, E. 5.2

²⁷ Weisungen SEM I. Ausländerbereich.

3.2.4 Zuständigkeiten im Asyl- und im Ausländerrecht

In der Schweiz obliegt die Gewährleistung des Kindeswohls allen staatlichen Instanzen.

Im Asylbereich liegt die Hauptverantwortung für die Prüfung und Berücksichtigung des Kindeswohls beim SEM. Dieses entscheidet über Asylgesuche von begleiteten und unbegleiteten Minderjährigen und ist dabei verpflichtet, das übergeordnete Kindesinteresse in allen Phasen des Verfahrens zu berücksichtigen.²⁸ Die zuständigen Mitarbeitenden des SEM verfügen beispielsweise über spezifische Schulungen zur kindgerechten Anhörung.

Für UMA nimmt die zugewiesene, unentgeltliche Rechtsvertretung, die während des Aufenthalts in einem BAZ oder am Flughafen die Interessenwahrung übernimmt, gleichzeitig die Aufgaben als Vertrauensperson wahr (Art. 17 Abs. 3 Bst. a AsylG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 AsylV 1). Die Vertrauensperson spielt eine zentrale Rolle bei der Gewährleistung des Kindeswohls im Asylverfahren. Sie berät die UMA vor und während den Anhörungen, unterstützt sie bei der Beibringung von Beweismitteln und fungiert als Vermittlerin im Kontakt mit Behörden oder Gesundheitseinrichtungen. Die Vertrauensperson muss sowohl über juristische Fachkenntnisse im Asyl- und Kindesschutzrecht als auch über soziale Kompetenzen und Erfahrung im Umgang mit Minderjährigen verfügen (Art. 7 Abs. 3 AsylV 1). Die Interessen von UMA werden für die Dauer des Verfahrens nach Zuweisung in den Kanton durch die von den zuständigen kantonalen Behörden unverzüglich bestimmte Vertrauensperson wahrgenommen (Art. 17 Abs. 3 Bst. b AsylG). Die bestehende Verpflichtung der kantonalen Behörden zur Einleitung weiterer geeigneter Kindesschutzmassnahmen – etwa durch die Einsetzung einer Beistand- oder Vormundschaft (vgl. Art. 308 und 327a ff. ZGB) – bleibt dadurch unberührt (Art. 7 Abs. 2^{quater} AsylV 1). Sollte bereits während des Aufenthalts im BAZ eine Kindeswohlgefährdung festgestellt werden, so wird die zuständige kantonale Behörde benachrichtigt. In diesen Fällen muss die Behörde bereits vor der offiziellen Zuweisung intervenieren. Die Tätigkeit der kantonalen Vertrauensperson gilt für die Dauer des Asyl- und Wegweisungsverfahrens, längstens aber bis zur Ernennung eines Beistands oder Vormunds oder bis zum Eintritt der Volljährigkeit (Art. 7 Abs. 2^{quater} AsylV 1).²⁹

Begleitete Kinder werden in der Regel durch ihre Eltern gesetzlich vertreten. Die asylrechtlich zugewiesene Rechtsvertretung der Familie im Asylverfahren ist jedoch ebenfalls dafür verantwortlich, die individuellen Interessen der Kinder zu wahren. Kommt es zu einem Interessenswiderspruch zwischen Eltern und Kind, so informiert die Rechtsvertretung das SEM, welches dann eine Interessenabwägung vornimmt und gegebenenfalls eine separate Vertrauensperson für das Kind einsetzt.³⁰

Was die Unterbringung im Asylverfahren betrifft, so ist das SEM verpflichtet, die besonderen Bedürfnisse von Kindern zu berücksichtigen (Art. 82 Abs. 3^{bis} AsylG). Die Betreuung, insbesondere von UMA, wird durch Fachpersonen wie Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen, SEM-Mitarbeitende, Mitarbeitende der Betreuung und Lehrpersonen sichergestellt (siehe Kapitel 4.3.1).

Im Ausländerbereich liegen die Zuständigkeiten in erster Linie bei den kantonalen Migrationsbehörden (Art. 40 und 98 Abs. 1 AIG). Im Rahmen ihrer Zuständigkeiten arbeiten die kantonalen Migrationsbehörden eng mit anderen kompetenten Stellen, wie beispielsweise der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, zusammen. Eine Zusammenarbeit ist insbesondere dann nötig, wenn es um die rechtliche Vertretung, die elterliche Sorge oder den Kindesschutz geht.

²⁸ Vgl. bspw. Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel A2: «UN-Kinderrechtskonvention (KRK)», Ziff. 2.2.

²⁹ Orell Füssli Kommentar zu Art. 17 Abs. 3 Bst. b AsylG N 7.

³⁰ Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6.2: «Anhörung zu den Asylgründen», Ziff. 2.2.7.

So werden etwa Berichte zur Lebenssituation von Kindern eingeholt oder gerichtliche Anordnungen berücksichtigt. Kommt es zu migrationsrechtlichen Entscheidungen, die Familien mit Kindern oder unbegleitete Minderjährige betreffen, müssen sowohl kantonale als auch Bundesbehörden sicherstellen, dass zuvor alle erforderlichen Schutzmassnahmen ergriffen wurden – etwa die Bestellung eines Vormunds. Diese Praxis ist Ausdruck des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV) und dient der Umsetzung von internationalen Verpflichtungen aus der KRK, der EMRK, dem HKsÜ sowie Artikel 11 der Bundesverfassung, welcher dem Kind das Recht auf besonderen Schutz und Förderung garantiert.

In gewissen ausländerrechtlichen Verfahren unterliegen die positiven Entscheide der kantonalen Migrationsbehörden der Zustimmung des SEM (Art. 99 AIG i. V. m. Art. 83–86 VZAE und Verordnung des EJPD vom 13. August 2015 über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide [ZV-EJPD, SR 142.201.1]).³¹ Dies gilt beispielsweise für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Pflegekinder, die keinen Anspruch auf deren Erteilung haben (Art. 33 VZAE i. V. m. Art. 5 Bst. f ZV-EJPD). Das SEM prüft diesfalls auch, ob das Kindeswohl im jeweiligen Fall ausreichend berücksichtigt wurde. Diese Prüfung erfolgt auch dann, wenn kantonale Arbeitsmarkt- oder Migrationsbehörden dem SEM von sich aus Fälle zur Beurteilung vorlegen (Art. 85 Abs. 3 VZAE). Damit besteht im Ausländerrecht eine geteilte Verantwortung zwischen Bund und Kantonen, bei der das Kindeswohl als verbindlicher Prüfpunkt in allen Instanzen zu berücksichtigen ist.

3.3 Exkurs: Künftige Neuerungen aufgrund der Übernahme des EU-Migrations- und Asylpakts

Am 14. Mai 2024 hat die EU den neuen Migrations- und Asylpakt verabschiedet, bestehend aus zehn Rechtsakten, von denen fünf in den Schengen-/Dublin-Besitzstand fallen und damit grundsätzlich von der Schweiz zu übernehmen sind. Der Bundesrat hat diese Übernahme am 14. August 2024 unter Vorbehalt der verfassungsrechtlichen Voraussetzungen gutgeheissen. Drei der relevanten EU-Verordnungen, welche in der Schweiz zum Teil direkt anwendbar sind, enthalten wesentliche Bestimmungen zum Kindeswohl: die Verordnung (EU) 2024/1351³² (AMMR-Verordnung), die Verordnung (EU) 2024/1358³³ (revidierte Eurodac-Verordnung) und die Verordnung (EU) 2024/1356³⁴ (Überprüfungsverordnung).

3.3.1 AMMR-Verordnung

Die AMMR-Verordnung legt fest, dass das Kindeswohl in allen das Kind betreffenden Verfahren vorrangig zu beachten ist (Art. 23 Abs. 1 AMMR-Verordnung). So werden Verfahren, die Minderjährige betreffen, auch vorrangig durchgeführt. Jeder Mitgliedstaat, in dem sich ein unbegleiteter Minderjähriger befindet, stellt sicher, dass diesem in allen Verfahren, die in der AMMR-Verordnung vorgesehen sind, eine Person zu dessen Vertretung und Unterstützung zur Seite

³¹ Weisungen SEM, I. Ausländerbereich, Ziff. 1.3.

³² Verordnung (EU) 2024/1351 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 über Asyl- und Migrationsmanagement, zur Änderung der Verordnungen (EU) 2021/1147 und (EU) 2021/1060 und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Fassung gemäss ABl. L 2024/1351, 22.05.2024.

³³ Verordnung (EU) 2024/1358 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich biometrischer Daten zur effektiven Anwendung der Verordnungen (EU) 2024/1351 und (EU) 2024/1350 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2001/55/EG sowie zur Feststellung der Identität illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser und über der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung dienende Anträge der Gefahrenabwehr- und Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten und Eurodacs auf den Abgleich mit Eurodac-Daten, zur Änderung der Verordnungen (EU) 2018/1240 und (EU) 2019/818 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates, Fassung gemäss ABl. L 2024/1358, 22.05.2024.

³⁴ Verordnung (EU) 2024/1356 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Einführung der Überprüfung von Drittstaatsangehörigen an den Aussengrenzen und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 767/2008, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240 und (EU) 2019/817, Fassung gemäss ABl. L 2024/1356, 22.05.2024.

gestellt wird. Die Vertretung muss innerhalb von 15 Arbeitstagen bestellt werden (Art. 23 Abs. AMMR-Verordnung). Diese hilft beispielsweise bei der Bereitstellung notwendiger Informationen. Die AMMR-Verordnung enthält detaillierte Anforderungen an diese Vertretung (Art. 23 Abs. 3). Eine weitere Bestimmung zum Kindeswohl findet sich in Artikel 37 der AMMR-Verordnung. Gemäss dieser kann ein Mitgliedstaat auf die Überstellung verzichten, wenn diese nicht dem Kindeswohl entspricht.

Die Zuständigkeitsregelung für unbegleitete Minderjährige (Art. 25 AMMR-Verordnung) entspricht grundsätzlich der bisherigen Regelung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013³⁵ (Dublin-III-Verordnung, vgl. Art. 8)³⁶. Im Hinblick auf den Familiennachzug übernimmt die Schweiz den erweiterten Begriff der Familie gemäss der AMMR-Verordnung (Art. 2 Abs. 8 AMMR-Verordnung), um eine einheitliche Anwendung der Dublin-Zuständigkeitskriterien zu gewährleisten.

3.3.2 Eurodac-Verordnung

Neu werden biometrische Daten von Minderjährigen ab sechs Jahren erfasst (vgl. Art. 14 Eurodac-Verordnung). Dabei ist das Kindeswohl zu beachten: Die Erfassung darf nur durch geschultes Personal erfolgen, unter Begleitung durch einen erwachsenen Familienangehörigen oder – bei unbegleiteten Minderjährigen – durch eine geeignete Vertretung. Bestehen Zweifel am Alter, ist davon auszugehen, dass das Kind unter sechs Jahre alt ist. Auch besteht eine altersgerechte Informationspflicht (Art. 42 Abs. 2 Eurodac-Verordnung).

Die rechtliche Umsetzung der neuen Eurodac-Verordnung erforderte die Einführung einer neuen Bestimmung im AIG betreffend die Ernennung einer Vertrauensperson (Art. 109/ Abs. 2 AIG). Die geltenden Bestimmungen im AsylG bleiben hingegen unverändert, da sie hinsichtlich des gewährten Schutzes ausreichend sind.

3.3.3 Überprüfungsverordnung

Im Rahmen des neuen Überprüfungsverfahrens im Hoheitsgebiet oder an der Grenze sieht Artikel 13 der Überprüfungsverordnung besondere Schutzvorkehrungen für Kinder vor. Begleitete Minderjährige werden von einem erwachsenen Familienangehörigen begleitet. Unbegleitete Minderjährige werden durch speziell geschulte Vertreter begleitet, die das Kindeswohl wahren, in einer verständlichen Sprache kommunizieren und nur eine begrenzte Zahl von Kindern betreuen. Die Gesundheits- und Vulnerabilitätskontrolle erfolgt ebenfalls durch Fachpersonal in enger Zusammenarbeit mit den Kinderschutzböörden. Auch die Informationspflicht gegenüber Kindern muss kindgerecht erfolgen (Art. 11 Abs. 3 Überprüfungsverordnung). Schliesslich ist das Kindeswohl auch Gegenstand der Kontrolle durch den neu eingeföhrten unabhängigen Überwachungsmechanismus (Art. 10 Abs. 2 Bst. a Überprüfungsverordnung).

³⁵ Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung); ABl. L 180 vom 29.06.2013, S. 31.

³⁶ In Artikel 25 Absatz 5 der AMMR-Verordnung ist neu präzisiert, dass, sofern keine Familienangehörigen, Geschwister oder Verwandten vorhanden sind, der Mitgliedstaat zuständig ist, in dem der unbegleitete Minderjährige seinen Antrag auf internationalen Schutz zuerst registriert hat.

4 Besonderer Teil: Anliegen des Postulats

4.1 Kindergerechte Ausgestaltung von asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren

4.1.1 Kindergerechte Ausgestaltung von asylrechtlichen Verfahren

4.1.1.1 Aktuelle Regelung und Praxis

Gemäss der KRK haben alle Kinder Anspruch darauf, dass in allen sie betreffenden Entscheidungen dem Kindeswohl angemessen Rechnung getragen wird.³⁷ Als Verfahrensgarantie³⁸ verpflichtet dieser Grundsatz die Vertragsstaaten, mit spezifischen Massnahmen in ihren Entscheidungsprozessen sicherzustellen, dass das Kindeswohl gewahrt bleibt. Dabei geht es namentlich darum, dass das Kind seine Meinung frei äussern kann (Art. 12 KRK), dass der Sachverhalt durch ausgebildete Fachpersonen festgestellt wird, dass dem Kind eine Rechtsvertretung (z. B. eine Vertrauensperson) zugewiesen wird und dass es eine begründete und beschwerdefähige Verfügung sowie ein rasches Verfahren erhält. Diese spezifischen Verfahrensgarantien und Schutzmassnahmen müssen im Asylverfahren für Kinder stets sichergestellt und angewendet werden.³⁹ Mehrere dieser Garantien sind in der schweizerischen Gesetzgebung verankert, namentlich im AsylG und den dazugehörigen Ausführungsverordnungen.⁴⁰

Im Asylverfahren ist in erster Linie das SEM für die Beurteilung des Kindeswohls zuständig. Diese kann in verschiedenen Phasen des Verfahrens erfolgen, vom Zeitpunkt der Gesuchseinreichung bis zum Inkrafttreten des Asylentscheids. Dabei sind verschiedene Elemente wie die Identität des Kindes, seine familiäre Situation in der Schweiz und im Herkunftsstaat, sein Gesundheitszustand und seine Sicherheit zu berücksichtigen.⁴¹

Bei der Prüfung des Asylgesuchs werden sowohl das Wohl des Kindes als auch die Fluchtgründe einer Beurteilung unterzogen. Dem SEM stehen verschiedene Mittel zur Verfügung, um alle relevanten Informationen betreffend die Situation einer minderjährigen Person und das Kindeswohl zusammenzutragen: (i) persönliche Befragung des begleiteten oder unbegleiteten Minderjährigen; (ii) Konsultation und Befragung seiner gesetzlichen Vertretung (Eltern oder Vormund und/oder ernannte Rechtsvertretung); (iii) Durchsicht der Akten, die in das Dossier aufgenommen wurden und über die Situation des Minderjährigen Auskunft geben (z. B. Arztzeugnisse, Berichte von Sozialpädagoginnen und -pädagogen sowie des Betreuungspersonals).

Sobald die massgebenden Informationen vorliegen, nimmt das SEM eine Gesamtabwägung aller Elemente vor, um das Kindeswohl zu ermitteln und zu bestimmen. Informationen zum Kindeswohl sind somit Bestandteil des Asyldossiers und werden beim endgültigen Asylentscheid berücksichtigt.

Um dies zu gewährleisten, wendet das SEM kindgerechte Verfahrensmodalitäten an. Dazu gehört nicht nur die obligatorische und kostenlose Bestimmung einer Rechtsvertretung und, im Fall von UMA, einer Vertrauensperson, sondern auch eine Beurteilung der geltend gemachten

³⁷ Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009) des KRA zum Recht des Kindes auf Gehör; Kap. III.B.3 (nachfolgend: «KRA Allgemeine Bemerkung Nr. 12»).

³⁸ KRA Allgemeine Bemerkung Nr. 14

³⁹ EASO-Praxisleitfaden zum Wohl des Kindes in Asylverfahren, 2019, S. 19

⁴⁰ Vgl. Ausführungen unter Kap. 3.2.2.

⁴¹ In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Wegweisung von Minderjährigen, EMARK 2006 Nr. 24 E. 6.2.4 und 1998 Nr. 13 E. 5.e

Minderjährigkeit (Vermutung der Minderjährigkeit), die Mitwirkung des Minderjährigen, die spezifische Schulung des beteiligten Personals sowie die Instruktionspflicht.

a. **Rechtsvertretung und Vertrauensperson**

Wie alle Asylsuchenden haben UMA ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung Anspruch auf eine kostenlose Rechtsvertretung. Diese übernimmt auch die Aufgabe als Vertrauensperson während des Aufenthalts der UMA in einem BAZ oder am Flughafen (Art. 17 Abs. 3 AsylG). Sie begleitet die UMA im Verfahren, arbeitet mit den Betreuungsfachpersonen zusammen und stellt die Koordination mit den zuständigen kantonalen Behörden sicher. Diese Doppelfunktion ermöglicht vereinfachte Prozesse und gewährleistet eine kontinuierliche Vertretung der Interessen der UMA.⁴² Nach der Zuweisung von UMA an einen Kanton bestimmen die kantonalen Behörden einen Beistand, einen Vormund oder eine Vertrauensperson (Art. 17 Abs. 3 Bst. a AsylG und Art. 7 Abs. 2 AsylV 1).

Bei begleiteten Minderjährigen liegt die Verantwortung in erster Linie bei den Eltern als Inhaberinnen und Inhaber der elterlichen Sorge gemäss dem ZGB (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Die Rechtsvertretung, die für die Familie während ihres Aufenthalts in einem BAZ oder am Flughafen bestimmt worden ist, stellt ebenfalls sicher, dass dem Kindeswohl im gesamten Verfahren Rechnung getragen wird. Gemäss Pflichtenheft informiert sie das SEM unverzüglich über besondere Umstände (z. B. besondere Vulnerabilität, gesundheitliche Probleme, Situation von begleiteten Kindern unter 14 Jahren). Bei Gefährdung eines begleiteten Kindes erfolgt eine Meldung an die zuständige KESB, damit eine Schutzmassnahme ergriffen werden kann.⁴³

b. **Vermutung der Minderjährigkeit**

Da minderjährige Kinder im Asylverfahren besondere Rechte haben, kommt der Feststellung der Minderjährigkeit insbesondere bei UMA eine zentrale Rolle zu. Gibt eine asylsuchende Person an, minderjährig zu sein, muss das SEM diese Behauptung vorgängig⁴⁴ auf ihre Glaubhaftigkeit prüfen und sich dabei auf sämtliche Indizien wie Identitätsausweise, die Kohärenz und Glaubhaftigkeit der Angaben und allenfalls das Ergebnis einer medizinischen Altersabklärung nach dem sogenannten «3-Säulen-Modell»⁴⁵ (Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG) stützen.⁴⁶ Daher sind alle Elemente im Dossier, die für oder gegen die geltend gemachte Minderjährigkeit sprechen, im Rahmen einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen. Diesbezüglich wird der Grundsatz der Vermutung der Minderjährigkeit von der Rechtsprechung als zulässig erachtet.⁴⁷ Bestehen nach der Altersabklärung weiterhin Zweifel, gilt der Grundsatz «*in dubio pro minore*».⁴⁸ Bei einer gegenteiligen Schlussfolgerung, das heisst wenn die behauptete Minderjährigkeit unglaubhaft ist, wird die betreffende Person eingehend darüber informiert und ihr wird vor der Änderung ihrer Personendaten das rechtliche Gehör gewährt.⁴⁹

c. **Rechtliches Gehör und Urteilsfähigkeit**

Wie bereits erwähnt, kommt dem Recht des Kindes, seine Meinung frei zu äussern, sowie dem Anspruch, dass diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten angemessen

⁴² BBI 2014 7991, S. 8032–033

⁴³ Art. 314d ZGB (Meldepflicht) und UMA Handbuch S. 51, sowie BEKO S. 74

⁴⁴ Urteil BVGer 2009/54 vom 29. Juli 2009, E. 4.1

⁴⁵ 3-Säulen: 1) Körperliche Untersuchung und Anamneseerhebung; 2) Skelettale Untersuchung mittels Röntgenuntersuchung der Hand. Bei abgeschlossenem Handwurzelwachstum wird zusätzlich eine computertomografische Untersuchung der medialen Clavicula-epiphysen durchgeführt; 3) Zahnärztliche Beurteilung einer Panoramaröntgenaufnahme der Kiefer (Orthopantomogramm).

⁴⁶ Urteil BVGer 2019 1/6 vom 4. Februar 2020, E. 5.3–5.4

⁴⁷ Urteil A-7588/2015 vom 26. Februar 2016, E. 4.2 und Urteil A-1987/2016 vom 6. September 2016, E. 7.7

⁴⁸ Urteil BVGer A-7588/2015 vom 26. Februar 2016, E. 4.2

⁴⁹ Weisung zur Erfassung und Änderung von Personendaten in ZEMIS, Kap. 6.3 «Änderung von Personendaten im Bereich Asyl»

berücksichtigt wird, eine zentrale Rolle bei der Beurteilung des Kindeswohls zu.⁵⁰ Gemäss Artikel 12 KRK muss sich das Kind persönlich oder über eine Vertreterin oder einen Vertreter äussern können.

Die Praxis des SEM im Rahmen des Asylverfahrens ermöglicht es, sowohl den Vorgaben von Artikel 12 KRK als auch der ständigen Rechtsprechung des BGer und des BVGer in diesem Bereich zu entsprechen.⁵¹ Zur Feststellung, ob das Kind angehört werden kann, muss das SEM seine Urteilsfähigkeit beurteilen. Unter «Urteilsfähigkeit» ist zu verstehen, dass eine Person die erforderliche Fähigkeit und Reife besitzt, um einerseits die Bedeutung und den Zweck des Verfahrens zu verstehen und andererseits die Verfolgungsgründe und/oder mögliche Wegweisungshindernisse darzulegen. Nach Praxis und Rechtsprechung besitzen Jugendliche ab 13 Jahren grundsätzlich volle und effektive Urteilsfähigkeit.⁵²

Im Fall von UMA ist die Beurteilung der Urteilsfähigkeit von zentraler Bedeutung für das weitere Verfahren. Sie sollte wenn möglich bereits bei der Erstbefragung erfolgen. Dabei stellt die zuständige Sachbearbeiterin oder der zuständige Sachbearbeiter des SEM eine Reihe von Fragen, um sicherzustellen, dass der UMA versteht, was das Asylgesuch bezweckt und welche Schwierigkeiten damit verbunden sein können. Wird eine Urteilsunfähigkeit festgestellt, muss das SEM den Sachverhalt in enger Zusammenarbeit mit den für den Kinderschutz verantwortlichen Personen (z. B. Rechtsvertretung im BAZ) feststellen. In diesem Zusammenhang können verschiedene Instruktionmassnahmen ergriffen werden, um möglichst viele Informationen und insbesondere die genauen Personendaten des UMA in Erfahrung zu bringen.⁵³

Vollständig oder bedingt urteilsfähige UMA werden systematisch angehört, um den Sachverhalt festzustellen und ihnen die Möglichkeit zu geben, ihren Standpunkt darzulegen. Bei jüngeren UMA wird die Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls beurteilt. In der persönlichen Anhörung des UMA werden zunächst detaillierte Angaben eingeholt zur Person (Identität, Adresse im Herkunftsland, Schulbildung, Beruf, Anstellung, Zivilstand, Gesundheitszustand usw.), zu den im Herkunftsland oder in einem Drittstaat lebenden Familienangehörigen (Identität, Verwandtschaftsgrad, Adresse, finanzielle Situation), zur familiären Betreuung und schliesslich zu den Personen oder Einrichtungen, unter deren Obhut und Verantwortung der UMA stand, ehe er sein Land verliess.

Begleitete Minderjährige über 14 Jahren werden systematisch angehört. Das Kindeswohl wird im Rahmen der Anhörung zu den Asylgründen beurteilt. Für jüngere Kinder wurden nach einer Entscheidung des KRA spezifische Massnahmen eingeführt.⁵⁴ Mit Rundschreiben vom 3. Juni 2021⁵⁵ hat das SEM Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter in den BAZ und am Flughafen angewiesen, ihm alle massgebenden Informationen zur Situation von Kindern unter 14 Jahren zu übermitteln. In der Anhörung werden die Eltern differenziert zu ihren eigenen Befürchtungen und zu jenen ihrer Kinder sowie zu möglichen Wegweisungshindernissen befragt. Auf dieser Grundlage entscheidet das SEM, ob eine persönliche Anhörung des Kindes erforderlich ist.⁵⁶ Das begleitete Kind kann ebenfalls darum ersuchen.

⁵⁰ Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) zum Recht des Kindes, dass sein Wohl vorrangig berücksichtigt wird (Art. 3 Abs. 1), §43

⁵¹ Urteil BVGer 2012/31 vom 18. September 2012, E. 5.1–5.3, BGE 124 III 90 vom 22. Dezember 1997

⁵² Handbuch Asyl und Rückkehr, Art. C9: «Unbegleitete minderjährige Asylsuchende (UMA)», Ziff. 2.4.3., sowie Urteil BVGer 2014/30 vom 24. Juli 2014, E. 2.2.3.

⁵³ Handbuch Asyl und Rückkehr, Art. C9: «Unbegleitete minderjährige Asylsuchende (UMA)», Ziff. 2.4.5

⁵⁴ Mitteilung KRA Nr. 56/2018 – E.A., U.A. und V.A. gegen die Schweiz vom 28. September 2020

⁵⁵ Rundschreiben: Begleitete Kinder unter 14 Jahren (nach dem Entscheid des Kinderrechtsausschusses vom 12. Oktober 2020 (N° 56/2018) in der Rechtssache E.A., U.A. und V.A. gegen die Schweiz).

⁵⁶ Vgl. Faktenblatt Rechtliches Gehör für begleitete Minderjährige unter 14 Jahren

d. Geschultes und sensibilisiertes Personal

Zur Gewährleistung des Kindeswohls im Asylverfahren ist es wichtig, dass die involvierten Mitarbeitenden entsprechend geschult und sensibilisiert sind. Die Mitarbeitenden des SEM, die Anhörungen durchführen und Dossiers von Minderjährigen prüfen, absolvieren Schulungen zu den Besonderheiten der Anhörung von Minderjährigen (Anhörungs-technik, Berücksichtigung des Entwicklungsstands, Sprache, kindgerechte Atmosphäre und Tempo) und zu den Anforderungen an die Behandlung der Gesuche. Das Betreuungspersonal in den BAZ ist ebenfalls für die Früherkennung und die rasche Bekanntgabe der Bedürfnisse von Minderjährigen an die zuständigen Stellen sensibilisiert.

Bei der Anhörung von Minderjährigen tragen die Mitarbeitenden des SEM den besonderen Aspekten der Minderjährigkeit wie dem Alter oder der Reife des Kindes Rechnung (vgl. Art. 7 Abs. 5 AsylV 1). Sie stellen sicher, dass das Kind in der Lage ist, die ihm gestellten Fragen zu verstehen und darauf zu antworten, und dass es sich in der Anhörung wohlfühlt, etwa durch die Verwendung einer kindgerechten Sprache.⁵⁷

e. Instruktionspflicht und Mitwirkungspflicht

Im Asylverfahren gilt die Untersuchungsmaxime (Art. 12 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG; SR 172.021]). Das heisst, dass das SEM den Sachverhalt feststellen und das Kindeswohl beurteilen muss. Dies beinhaltet Anhörungen sowie weitere Abklärungsmassnahmen wie Botschaftsanfragen.⁵⁸ Die Pflicht der Behörden zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beschränkt sich jedoch auf das, was ihnen zugemutet werden kann.⁵⁹

Die Instruktionspflicht zieht die Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden, einschliesslich der UMA, nach sich (Art. 13 Abs. 1 Bst. a und b VwVG und Art. 8 AsylG).⁶⁰ Art und Umfang dieser Pflicht sind einzelfallweise zu beurteilen unter Berücksichtigung des Alters, der Urteilsfähigkeit und allenfalls weiterer Faktoren wie die psychische Verfassung.⁶¹ Die Mitwirkungspflicht wird nicht verletzt, wenn minderjährige Asylsuchende ohne eigenes Verschulden davon abgehalten werden.⁶² Die Beurteilung der Erfüllung dieser Pflicht hat daher im Einzelfall umsichtig und verhältnismässig zu erfolgen.

4.1.1.2 Wichtigste Ergebnisse der Studie

Die von externen Expertinnen und Experten durchgeführte Studie⁶³ anerkennt die Fortschritte, die in den letzten Jahren bei der Berücksichtigung der Situation von Kindern und insbesondere UMA im Asylverfahren erzielt wurden. Sie unterstreicht jedoch auch, dass wichtige Grundsätze der KRK wie die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls (Art. 3 KRK) und die Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 12 KRK) im Asylverfahren nur teilweise umgesetzt seien.

Zunächst wird festgehalten, dass ein spezifisches Verfahren zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls fehle. So liege der Fokus im Asylverfahren nicht auf dem Kindeswohl; Hauptthema seien vielmehr die Abklärungen der Minderjährigkeit bei UMA, einer allfälligen Dublin-Zuständigkeit, der Flüchtlingseigenschaft sowie allfälliger Wegweisungsvollzugshindernisse.

⁵⁷ Urteil BVGer E-1928/2014 vom 24. Juli 2014

⁵⁸ Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel B3: «Untersuchungsgrundsatz, Mitwirkungspflicht und Beweisverfahren», Ziff. 2. 1.1

⁵⁹ EMARK 2001/22 und EMARK 2001/23

⁶⁰ EMARK 1999 Nr. 8, Erw. 7a, S. 69

⁶¹ EMARK 1999/2, Erw. 6d

⁶² EMARK 1999/2

⁶³ Zur Methodik der Studie vgl. S. 6 ff. der Studie

Das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht

Das blosse «Mitführen» der Kinderproblematik gehe mit dem Risiko einher, dass Aspekte des Kindeswohls ungenügend abgeklärt würden und Risiken unentdeckt blieben.

Die Studie hält ebenfalls fest, dass dem Mitwirkungsrecht von Kindern mitunter nicht genügend Rechnung getragen werde, vor allem bei begleiteten Kindern. Das SEM sehe ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine persönliche Anhörung begleiteter Kinder vor – bei Kindern unter 14 Jahren sei eine Entscheidung über die Anhörung im Einzelfall vorgesehen. In der Praxis würden begleitete Kinder im Gegensatz zu UMA nicht systematisch persönlich angehört, was vor allem für Kinder unter 14 Jahren gelte. Die Orientierung an Alterslimiten schränke den Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör nach Artikel 12 KRK ein. Diese Praxis gehe mit Einschränkungen bei der Sachverhaltserstellung und einer weniger ausführlichen Berücksichtigung ihrer Interessen im Asylentscheid einher.

Die Studie kommt zudem zum Schluss, dass die Ausgestaltung des Asylverfahrens und insbesondere die persönliche Anhörung nur bedingt auf die Wahrung des Kindeswohls ausgerichtet seien. Dies gehe mit Risiken für das Kind einher. Handlungsbedarf bestehe unter anderem mit Blick auf die Information der Kinder, die Vor- und Nachbereitung der Verfahrensschritte (z. B. persönliche Anhörung, Altersbestimmungsverfahren und Entscheidung), die Modalitäten der persönlichen Anhörung sowie den Übertritt in die Volljährigkeit.

Aufgrund dieser Beobachtungen formuliert die Studie eine Reihe von Handlungsempfehlungen. So wird die Einführung einer ersten Bedarfsabklärung zu Beginn des Asylverfahrens empfohlen, die von Fachpersonen für Kindeswohlfragen durchgeführt wird, welche möglichst unabhängig vom SEM agieren sollen (vgl. Handlungsempfehlung 4.1). Empfohlen wird zudem ein spezifisches Verfahren zur systematischen Ermittlung des Kindeswohls, unter Einbezug von kinderspezifischem Fachwissen im Rahmen der Sachverhaltsermittlung (vgl. Empfehlung 4.2).

Die Studie unterstreicht die Wichtigkeit der persönlichen Anhörung von Kindern, damit ihrer individuellen Situation besser Rechnung getragen werde und sie aktiv am Verfahren mitwirken können (vgl. Handlungsempfehlung 6.1). Bei jüngeren oder traumatisierten Kindern sollten alternative Gesprächsformen in Erwägung gezogen werden (vgl. Handlungsempfehlung 7.3). Die Situation von begleiteten Kindern sollte unabhängig von jener der Eltern analysiert werden, mit einer separaten Begleitung des Kindes (vgl. Handlungsempfehlung 6.2). Bei Minderjährigen sollten die Art und der Umfang ihrer Mitwirkungspflicht in jedem Einzelfall und verhältnismässig festgelegt werden (vgl. Handlungsempfehlung 5.1). Die kindgerechte Durchführung von Verfahren bedinge eine Verbesserung der Information, eine bessere Vorbereitung auf Verfahrensschritte sowie eine Verstärkung der Ressourcen und Kompetenzen der rechtlichen Vertreterinnen und Vertreter. Schliesslich wird eine Begleitung auch nach Erreichen der Volljährigkeit empfohlen, um den Übertritt ins Erwachsenenalter zu unterstützen (vgl. Handlungsempfehlung 7).

Die von der Studie formulierten Handlungsempfehlungen lassen sich in fünf Hauptbereiche gliedern: 1. Systematische Abklärung der Situation des Kindes (vgl. Handlungsempfehlung 4); 2. Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht des Kindes (vgl. Handlungsempfehlung 5); 3. Mitwirkungsrecht des Kindes (vgl. Handlungsempfehlung 6); 4. Kindgerechte Durchführung von Verfahren (vgl. Handlungsempfehlung 7); 5. Kindesinteressen im Entscheid (vgl. Handlungsempfehlung 8).

4.1.1.3 Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe

In Bezug auf Kapitel II.B zum Asylverfahren hat die Begleitgruppe in erster Linie die Empfehlungen zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls diskutiert (vgl. Handlungsempfehlungen 4.1 und 4.2). Eine Mehrheit der Begleitgruppe begrüsst im Grundsatz die Formulierung von Handlungsempfehlungen in der Studie (z. B. EKM, NKS). Einige wünschten Präzisierungen etwa zur Frage, wer für die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls zuständig sein soll. Diesbezüglich waren mehrere Mitglieder der Ansicht, dass die Lösung eher bei den Akteuren liege, die sich bereits heute in den BAZ um die Kinder kümmern, und weniger im Einbezug neuer unabhängiger Fachpersonen (SODK, KOKES, RBS Bern). Das UNHCR betont dahingehend, dass diese Fachpersonen sowohl organisatorisch und personell möglichst unabhängig agieren sollen. Ausserdem weist es darauf hin, dass der in der Studie verwendete Begriff «Kindeswohl» zutreffender mit «übergeordnetes Kindesinteresse» ersetzt werden sollte. Das NKS sowie die SFH halten fest, dass das übergeordnete Kindesinteresse gemäss der KRK in allen Entscheidungsprozessen zu berücksichtigen ist.

Hinsichtlich der Einführung einer ersten Bedarfsabklärung durch Fachpersonen für Kindeswohlfragen zu Beginn des Asylverfahrens (vgl. Handlungsempfehlung 4.1) sind die Mitglieder der Begleitgruppe der Ansicht, dass der Schwerpunkt eher auf die fachlichen Kompetenzen der für die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls zuständigen Person gelegt werden solle, und weniger auf deren Unabhängigkeit vom System, wie in der Studie empfohlen. Ebenso sollte ein standardisierter Prozess den Zeitpunkt der Prüfung des Kindeswohls sowie die zu berücksichtigenden Kriterien bestimmen (SODK, KOKES, SRK, NKS, RBS Bern, UNHCR⁶⁴). Das NKS verweist zudem auf die Notwendigkeit einer ausführlichen und dokumentierten Begründungspflicht, sowohl bei begleiteten als auch unbegleiteten Kindern.

Bezüglich Mitwirkung des Kindes im Asylverfahren begrüsst die Mehrheit der Mitglieder der Begleitgruppe die Empfehlung, dass allen Kindern, ob begleitet oder unbegleitet und unabhängig von ihrem Alter, die Möglichkeit einer persönlichen Anhörung geboten werden soll. Der Vorschlag, diesen Kindern eine eigene, von der Rechtsvertretung der Eltern unabhängige Vertretung zu gewährleisten, wird kontroverser diskutiert (vgl. Handlungsempfehlung 6.2). Einige Mitglieder der Gruppe unterstreichen, dass die Eltern von minderjährigen Asylsuchenden grundsätzlich die elterliche Sorge haben und somit deren gesetzlichen Vertreter sind (unter anderem: SODK, KOKES, RBS Bern).

Eine Mehrheit der Mitglieder der Begleitgruppe geht mit der Studie einig, dass der Situation von Kindern in den sie betreffenden Entscheidungen besser Rechnung zu tragen sei. Dies gelte insbesondere für die Prüfung von Wegweisungshindernissen bei begleiteten Minderjährigen. Das SRK unterstreicht, dass bei der Prüfung möglicher eigener Asylgründe von Kindern dem Kindeswohl unbedingt Rechnung zu tragen sei. Das UNHCR und die SFH teilen zudem die Empfehlungen zur Altersbestimmung und erachten die eingesetzten Methoden sowie die häufig fehlende multidisziplinäre Herangehensweise bei der Umsetzung dieses Verfahrensschritts als problematisch. Die entsprechenden Leitlinien des KRA würden in der Schweiz bislang nur unvollständig umgesetzt.

⁶⁴ Das UNHCR verweist diesbezüglich auf seine eigenen Leitlinien zur Einführung einer Einschätzung und Feststellung des übergeordneten Kindesinteresses (UNHCR 2021 Best Interests Procedure Guidelines: Assessing and Determining the Best Interests of the Child»; abrufbar unter: www.unhcr.org/what-we-do/reports-and-publications/handbooks-and-toolkits/bip-toolbox).

4.1.1.4 Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat anerkennt die Bemühungen zur Gewährleistung des Kindeswohls im Asylverfahren. So sind die Behörden insbesondere verpflichtet, relevante Informationen einzuholen, die eine individuelle Beurteilung der Situation des Kindes ermöglichen, in Einklang mit Artikel 3 KRK.

In Bezug auf die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls begrüsst der Bundesrat die Empfehlung zur Einführung eines standardisierten und dokumentierten Verfahrens, um diese Evaluation besser zu strukturieren (vgl. Handlungsempfehlung 4.2). Er wird mögliche Massnahmen zur Umsetzung dieser Handlungsempfehlung prüfen. Denkbar wäre etwa die Ausarbeitung eines standardisierten Formulars, das spezifische Kriterien zur Beurteilung des Kindeswohls enthält und das im Asyl dossiers abgelegt würde. Nach Ansicht des Bundesrates gehört diese Aufgabe bereits heute zum Pflichtenheft der Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter. Diese Aufgabe kann jedoch genauer definiert und das beauftragte Personal entsprechend sensibilisiert werden. Das Gleiche gilt für Personen, die mit minderjährigen Asylsuchenden zu tun haben – wenn diese sich in einem BAZ oder im Kanton aufhalten. Der Bundesrat anerkennt zudem die Wichtigkeit von transparenten Informationen für begleitete und unbegleitete Kinder (vgl. Handlungsempfehlung 7.1) und wird die Möglichkeit zur Einführung von angemessenen Informationsmitteln prüfen. Einige diesbezügliche Massnahmen wurden bereits umgesetzt. So übergeben die Rechtsvertretungen in den BAZ seit Sommer 2025 allen (begleiteten und unbegleiteten) Minderjährigen ein Faltblatt, das sie über ihre Rechte im Asylverfahren informiert. Das kindgerecht verfasste Dokument ist in den wichtigsten Herkunftssprachen der minderjährigen Asylsuchenden verfügbar.⁶⁵

In Bezug auf das Recht auf Anhörung weist der Bundesrat darauf hin, dass begleitete Kinder ab 14 Jahren bereits systematisch angehört werden – es sei denn, sie verzichten über ihre rechtliche Vertretung auf eine Anhörung, damit sie direkt in den Flüchtlingsstatus eines Elternteils aufgenommen werden. Urteilsfähige UMA werden immer angehört (auch bei eingeschränkter Urteilsfähigkeit). Begleitete Kinder unter 14 Jahren haben ebenfalls die Möglichkeit, eine Anhörung zu verlangen; ein Antrag kann auch von ihren Eltern oder ihrer rechtlichen Vertretung gestellt werden. Nach Ansicht des Bundesrates ist die systematische Anhörung sehr junger begleiteter Kinder jedoch mit einem erhöhten Risiko einer Instrumentalisierung, etwa durch ihre Eltern, verbunden. Zudem würde dies bedeutend mehr Ressourcen erfordern, ohne dass sich die Qualität der Abklärungen entsprechend verbessern würde. Der Bundesrat erachtet daher die derzeitige Praxis in Verbindung mit der Verpflichtung, die Situation des Kindes in der Begründung des Asylentscheids individuell zu prüfen, als ausreichend für die Gewährleistung der Verfahrensrechte von Kindern. Dennoch hält er eine Neubeurteilung der derzeitigen Alterslimite von 14 Jahren für die systematische Anhörung von begleiteten Kindern für angebracht – auch um dem Recht auf Mitwirkung im Asylverfahren besser Rechnung zu tragen. Er nimmt auch von der Handlungsempfehlung der Studie Kenntnis, wonach das Altersbestimmungsverfahren internationalen Vorgaben anzupassen ist (vgl. Handlungsempfehlung 5.2). Diese Frage sowie jene des Übergangs ins Erwachsenenalter müssten nach Ansicht des Bundesrates mit den betreffenden Akteuren eingehender geprüft werden. Der Bundesrat unterstreicht in Bezug auf die Altersbestimmung, dass nach der derzeitigen Praxis ein Kind als minderjährig gilt, wenn nach der Prüfung der behaupteten Minderjährigkeit weiterhin Zweifel bestehen. Diese Fragen könnten im Rahmen einer neuen interdisziplinären Arbeitsgruppe, die

⁶⁵ «Faltblatt. Deine Rechte im Asylverfahren | unicef.ch»

nach Verabschiedung dieses Berichts eingerichtet werden soll, geprüft werden. Dabei sind die Mehrkosten im Verhältnis zum Mehrwert von zusätzlichen Massnahmen zu berücksichtigen.

Schliesslich äussert der Bundesrat Vorbehalte gegenüber der Empfehlung zur Einführung einer zusätzlichen, unabhängigen Rechtsvertretung für begleitete Kinder. Er hält fest, dass die Eltern grundsätzlich die gesetzlichen Vertreter des Kindes sind und dass jede Abweichung von diesem Grundsatz eine Intervention der KESB erfordern würde, sobald ein Interessenkonflikt festgestellt wird. Darüber hinaus besteht der Auftrag der Rechtsvertretung darin, die individuellen Interessen der einzelnen Familienmitglieder zu vertreten. Falls sich diese Interessen nicht decken, ergreift die Rechtsvertretung zusätzliche Massnahmen.

4.1.2 Fokus: Asylrechtliche Wegweisungen

4.1.2.1 Aktuelle Regelung und Praxis

Auch wenn ein Teil der Lehre dazu neigt, Artikel 3 Absatz 1 KRK als direkt anwendbar zu betrachten,⁶⁶ hat sich die Schweizer Rechtsprechung noch nicht endgültig zu diesem Thema geäussert. Infolgedessen wird die Berücksichtigung des Kindeswohls derzeit unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der Wegweisung betrachtet, und nicht als ein absolutes rechtliches Vollzugshindernis.⁶⁷

Ausserdem ist festzuhalten, dass der Wegweisungsvollzug nicht zu den im Postulat aufgeworfenen Fragen gehört. Daher wird im Folgenden nur der Entscheid über die Wegweisung analysiert, nicht aber der Wegweisungsvollzug.

a. Wegweisung nach einem ablehnenden Asylentscheid

Erfüllt das Kind die Voraussetzungen für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht und wird sein Asylgesuch abgelehnt oder ein Nichteintretensentscheid erlassen, so wird die Wegweisung angeordnet, falls diese zulässig, zumutbar und möglich ist (Art. 83 AIG). Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs trägt das SEM dem Kindeswohl Rechnung.⁶⁸ Wenn das Kindeswohl gemäss Artikel 3 Ziffer 1 KRK zu berücksichtigen ist, sind im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung weniger hohe Anforderungen an die Annahme einer konkreten Gefährdung zu stellen.⁶⁹ Diese Prüfung muss verschiedenen Aspekten wie dem Alter, der Reife und den Abhängigkeiten des Kindes, der Art seiner Beziehungen zu Bezugspersonen, der Schulbildung, dem Grad der Integration sowie den Chancen und Hindernissen einer Reintegration im Heimatland Rechnung tragen.⁷⁰ Die Wegweisung eines ausserordentlich gut integrierten Kindes kann eine Entwurzelung zur Folge haben, die unter Umständen eine Rückkehr als unzumutbar erscheinen lässt.⁷¹

⁶⁶ Vgl. Urteil BVGer E-6485/2014 vom 8. Dezember 2017, E. 7.4; Schertenleib, J., Der Vollzug der Wegweisung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, in: Asyl 1996/1, S. 17; Wolf, S., Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Recht, ZBJV 1998, S. 142–143; Petermann Loewe, P., Materiell-rechtliche Aspekte der vorläufigen Aufnahme unter Einbezug der subsidiären Schutzes der EU, Zürich 2010, S. 121–122. Siehe auch UNO-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, a. a. O.

⁶⁷ Illes Ruedi in Stämpfli Handkommentar, Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer (AuG), (2010), ad Art. 83, S. 800–801; Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E3: «Wegweisung, Vollzug der Wegweisung und Anordnung der vorläufigen Aufnahme», Ziff. 3.2.2.3.1.

⁶⁸ Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E3: «Wegweisung, Vollzug der Wegweisung und Anordnung der vorläufigen Aufnahme», Ziff. 3.2.2.3.1.

⁶⁹ Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E3: «Wegweisung, Vollzug der Wegweisung und Anordnung der vorläufigen Aufnahme», Ziff. 3.2.2.3.2.

⁷⁰ BVGE 2009/51 vom 18. September 2009, E. 5.6; 2009/28, E. 9.3.2; Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel E3: «Wegweisung, Vollzug der Wegweisung und Anordnung der vorläufigen Aufnahme», Ziff. 3.2.2.3.2.

⁷¹ BVGE E-2621/2022 vom 12. Dezember 2024.

Unabhängig von der Dauer des Aufenthalts in der Schweiz muss das SEM für jedes Familienmitglied, einschliesslich der begleiteten Kinder, individuelle Abklärungen in Bezug auf ihre Integration vornehmen. Für Kinder unter 14 Jahren, die grundsätzlich nicht angehört werden, erfolgen diese Abklärungen durch Einholen der relevanten Informationen bei den Eltern und/oder der rechtlichen Vertretung (vgl. Kapitel 4.1.1.1, Bst. c). Im Anschluss an diese Abklärungen muss das SEM im Asylentscheid bei jedem Kind begründen, weshalb die Wegweisung mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Dies gilt unabhängig davon, ob das Kind angehört worden ist oder nicht.

Bei UMA sind vor einem Wegweisungsentscheid zusätzliche Abklärungen erforderlich. Gemäss Artikel 69 Absatz 4 AIG und der Rechtsprechung⁷² muss das SEM sicherstellen, dass im Herkunftsstaat konkrete Unterstützung durch Familienangehörige, Dritte oder geeignete Einrichtungen besteht. Es muss auch sicherstellen, dass diese Personen oder Einrichtungen in der Lage sind, die grundlegenden Bedürfnisse des Kindes zu decken. Diese Abklärungen müssen im Vorfeld erfolgen und im Asylentscheid erwähnt werden, damit sie einer gerichtlichen Überprüfung offenstehen.⁷³ Der Umfang der zu treffenden Massnahmen hängt vom Alter und von der Reife des Kindes ab. Bei Jugendlichen, die kurz vor der Volljährigkeit stehen, sind diese Massnahmen grundsätzlich weniger umfangreich als bei einem jüngeren Kind, das SEM muss aber dennoch eine angemessene Betreuung sicherstellen.⁷⁴

b. Wegweisung im Rahmen des Dublin-Verfahrens

Artikel 31a Absatz 1 Buchstabe b AsylG hält fest, dass auf Asylgesuche nicht eingetreten wird, wenn eine Gesuchstellerin oder ein Gesuchsteller in einen Drittstaat ausreisen kann, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig ist. Diese Bestimmung ist Grundlage für den Nichteintretensentscheid im Dublin-Verfahren und führt schliesslich zur Überstellung der betroffenen Person in den für das Asylgesuch zuständigen Dublin-Staat. Gestützt auf Artikel 64a AIG hingegen ergehen Wegweisungsentscheide, wenn eine unerlaubt aufhältige Person, die in der Schweiz kein Asylgesuch eingereicht hat, im Rahmen des Dublin-Verfahrens in einen anderen Mitgliedstaat überstellt werden soll.⁷⁵

Der Grundsatz des Kindeswohls ist auch in der Dublin III-Verordnung von zentraler Bedeutung. So wird bei UMA grundsätzlich kein Dublin-Verfahren durchgeführt. Die Erwägungen 14 und 17 dieser Verordnung unterstreichen die Notwendigkeit der Achtung des Familienlebens im Sinne der KRK und der Charta der Grundrechte der EU.⁷⁶ Die Staaten sollten aus humanitären Gründen oder in Härtefällen von den Zuständigkeitskriterien abweichen können, um die Familienzusammenführung zu erleichtern, auch wenn sie für eine solche Prüfung nach den Bestimmungen der Dublin III-Verordnung nicht zuständig sind (vgl. Ziff. 4.2.1.1).

Die neue AMMR-Verordnung (siehe Ziff.3.3.1), welche die geltende Dublin III-Verordnung ablösen wird, enthält ebenfalls spezifische Bestimmungen zum Kindeswohl. Die Verordnung sieht namentlich ein beschleunigtes Verfahren zur Bestimmung der Zuständigkeiten vor, bei dem dieser Grundsatz stärker berücksichtigt wird (vgl. Art. 23 AMMR-Verordnung). Ausserdem liegt die Zuständigkeit für UMA nicht mehr automatisch beim Staat, in dem sich diese aufhalten, sondern beim Staat, in dem ihr Asylgesuch zuerst registriert wurde, soweit dies dem Wohl des Kindes dient (vgl. Art. 25 Abs. 5 AMMR-Verordnung). Zudem wird der Begriff «Familienangehörige» erweitert auf bestimmte Beziehungen, die nach der Ausreise aus dem Herkunftsstaat entstanden sind (vgl. Art. 2 Abs. 8 AMMR-Verordnung). Ein langfristiger Aufenthaltstitel oder

⁷² Vgl. BVGE 2015/30 vom 1. September 2015, E. 7.3

⁷³ BVGE 2021 VI/3 vom 20. September 2021, E. 11.5.2

⁷⁴ BVGE E-1279/2014 vom 7. September 2015, E. 5.1.7

⁷⁵ Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C3: «Dublin-Verfahren», Ziff. 1.

⁷⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI. L 326 vom 26.10.2012, S. 391 (für die Schweiz nicht anwendbar)

die Einbürgerung eines Familienangehörigen führt ebenfalls zu einer Neuzuweisung der Zuständigkeit. Diese Anpassungen sollen die Familienzusammenführung erleichtern und das Verfahren besser an die Lebenswirklichkeit der betroffenen Kinder anpassen, unter Berücksichtigung des Kindeswohls. Das übergeordnete Ziel der AMMR-Verordnung ist ein faireres und effizienteres Dublin-System. Die Schweiz dürfte diese Verordnung ab Juli 2026 umsetzen, vorbehaltlich der Verabschiedung der erforderlichen Gesetzesgrundlagen.

Die Kriterien betreffend die Berücksichtigung des Kindeswohls, die sich aus der KRK, der EMRK sowie der schweizerischen und europäischen Rechtsprechung ergeben, sind bei der Beurteilung der Wegweisungshindernisse im Rahmen des Dublin-Verfahrens einzelfallweise anzuwenden. Dabei sind Aspekte wie das Wohlbefinden des Kindes, seine soziale Entwicklung, sein Alter, seine Reife und sein Vorleben zu berücksichtigen. Diese Elemente werden insbesondere durch die persönliche Anhörung im Rahmen des Dublin-Verfahrens oder durch weitere Informationen, die vom Kind, seinen Eltern oder seiner rechtlichen Vertretung bereitgestellt werden, ermittelt.

4.1.2.2 Wichtigste Ergebnisse der Studie

Die Studie stellt fest, dass dem Kindeswohl in den Wegweisungsentscheiden im Asylverfahren besser Rechnung getragen werde als im ausländerrechtlichen Verfahren. Dies sei insbesondere bei UMA der Fall, da deren Wegweisungsentscheid in der Regel eine Analyse ihrer spezifischen Situation beinhalte.

Sie hält jedoch fest, dass der Prüfung der spezifischen Situation des Kindes bei Entscheiden, die begleitete Minderjährige betreffen, weniger Aufmerksamkeit geschenkt werde, vor allem wenn diese nicht persönlich angehört wurden. In solchen Fällen werde die Sicht des Kindes im Asylentscheid zu wenig berücksichtigt, was zu einer unzureichenden Beurteilung seiner Rechte und Bedürfnisse führen könne.

Die Studie empfiehlt daher, allen Kindern eine persönliche Anhörung zu ermöglichen, damit diese ihr Mitwirkungsrecht effektiv ausüben können und dem Kindeswohl im Asylentscheid besser Rechnung getragen werde. Sie unterstreicht auch die Notwendigkeit, die Situation von begleiteten Kindern umfassend und unabhängig zu analysieren, da deren Situation und Interessen von jenen der Eltern abweichen können (vgl. Handlungsempfehlung 10.1).

In Bezug auf die Wegweisung von Kindern nach langjährigem Aufenthalt in der Schweiz kommt die Studie zum Schluss, dass die Kriterien der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs mitunter zu streng seien. Die Studie empfiehlt daher eine individuelle und umfassende Prüfung der Zumutbarkeit der Wegweisung von Minderjährigen, ohne sich auf von der Rechtsprechung vorgegebene Alterskategorien und pauschale Annahmen (z. B. in Bezug auf die Anpassungsfähigkeit) zu stützen. Weiter sollte gemäss der Studie der Schwerpunkt auf eine vertiefte Evaluation der Situation jedes einzelnen Kindes gelegt werden. Dabei seien Aspekte wie die soziale Integration, die familiären Bindungen oder die psychologischen Auswirkungen eines solchen Entscheids zu berücksichtigen (vgl. Handlungsempfehlung 10.2).

4.1.2.3 Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe

In der Sitzung vom 27. Februar 2025 tauschten sich die Mitglieder der Begleitgruppe zu den Ergebnissen der Studie im Hinblick auf die Berücksichtigung des Kindeswohls in Wegweisungsentscheiden aus.

Die Teilnehmenden diskutierten zunächst die Kriterien für die «Unzumutbarkeit» des Wegweisungsvollzugs nach langjährigem Aufenthalt und die Notwendigkeit, diese für die Wegweisung

von Minderjährigen zu präzisieren. Das SFH regte eine Erweiterung dieser Kriterien an, um die Perspektive der Kinder besser zu berücksichtigen. So sollten die Wegweisungshindernisse auch unter dem Gesichtspunkt der Kinderrechte geprüft werden, wozu das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie das Recht auf Entwicklung gehören. Eine Anpassung des Rechtsrahmens ist nach Ansicht einiger Mitglieder der Begleitgruppe nicht erforderlich, sie könnte aber auf Weisungsstufe erfolgen (SFH, UNHCR). Das UNHCR begrüsst insbesondere die Empfehlung der Studie, wonach bei Zweifel an der Zumutbarkeit auf eine Wegweisung zu verzichten sei (vgl. Handlungsempfehlung 8.1)

In Bezug auf die Kriterien für die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs und die Verfügung einer vorläufigen Aufnahme wurde auf die am 14. Juni 2024 eingereichte parlamentarische Initiative 24.438 von Gregor Rutz verwiesen, die eine genaue Definition der Unzumutbarkeit verlangt.⁷⁷ Diese Initiative wurde am 8. April 2025 angenommen. Die Annahme der Initiative könnte auch Auswirkungen auf die Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Prüfung der Wegweisungshindernisse haben.

4.1.2.4 Haltung des Bundesrates

Was die Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Wegweisung betrifft, unterstreicht der Bundesrat, dass das SEM nach der geltenden Rechtsprechung die Situation jedes Kindes, das von einem Wegweisungsentscheid betroffen ist, individuell beurteilen und im Asylentscheid Erwägungen zum Kindeswohl einbeziehen muss.⁷⁸ Gemäss dem Bundesrat ermöglichen die von der Rechtsprechung festgelegten Kriterien, die Perspektive und die Bedürfnisse des Kindes bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Wegweisung angemessen zu berücksichtigen; zu diesen Kriterien gehören das Alter, die Reife, die Bildungsperspektiven, die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz oder der Grad der Integration.

In Bezug auf das Dublin-Verfahren unterstreicht der Bundesrat zudem, dass bei der Umsetzung des EU-Migrations- und Asylpakts ein besonderes Augenmerk auf der Bearbeitung der Gesuche von UMA liegen wird. Unter anderem soll die Zusammenführung dieser jugendlichen Asylsuchenden mit ihren Angehörigen erleichtert werden, sofern dies dem Kindeswohl entspricht.

Ausserdem hält der Bundesrat fest, dass die von Gregor Rutz eingereichte parlamentarische Initiative verlangt, die Situationen, in denen eine Wegweisung «nicht zumutbar ist», im Gesetz abschliessend aufzuführen. Die Umsetzung dieser Initiative könnte sich auf die Prüfung des Kindeswohls bei der Beurteilung der Wegweisungshindernisse auswirken.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass nach Ansicht des Bundesrates der geltende Rechtsrahmen, ergänzt durch die Rechtsprechung, bereits die nötigen Instrumente bietet, um das Kindeswohl in die Praxis einfliessen zu lassen. Der Bundesrat unterstreicht jedoch, dass eine konsequente und strenge Umsetzung dieser Vorgaben unabdingbar bleibt, insbesondere durch individuelle Abklärungen, eine umfassende Beurteilung der Situation jedes einzelnen Kindes und eine explizite Begründung in jedem Wegweisungsentscheid.

⁷⁷ Abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Curia Vista Suche > 24.438 Rutz Gregor «Vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme für eine nicht durchführbare Aus- oder Wegweisung. Genaue Definition der Unzumutbarkeit».

⁷⁸ Vgl. unter anderem: BVGE 2014/26 vom 8. Oktober 2014, E. 7.6 m. w. H.; Urteil BVGer E-2621/2022 vom 12. Dezember 2024, E. 8.4.1 m. w. H.

4.1.3 Kindergerechte Ausgestaltung von ordentlichen ausländerrechtlichen Verfahren

4.1.3.1 Aktuelle Regelung und Praxis

Wie in Kapitel 3.2.4 erwähnt, sind die kantonalen Migrationsbehörden für die Erteilung bzw. die Verlängerung oder den Widerruf von ausländerrechtlichen Bewilligungen zuständig (Art. 40 Abs 1 AIG). Die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer wenden sich daher in erster Linie an die kantonalen Migrationsbehörden. Das SEM ist in diesen Verfahren lediglich im Rahmen des Zustimmungsverfahrens (vgl. Art. 99 AIG sowie ZV-EJPD) involviert. Es kann dann jederzeit zusätzliche Unterlagen anfordern, die für die Beurteilung des Kindeswohls erforderlich sind.

Das Schweizer Ausländerrecht sieht kein spezifisches Verfahren zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls vor. Die Behörden von Bund und Kantonen müssen jedoch im Rahmen ihrer Ermessensausübung (Art. 96 AIG) die persönliche Situation des betroffenen Kindes prüfen in Einklang mit Artikel 3 KRK.⁷⁹ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dem Kindeswohl als wesentlichem Element der Interessenabwägung vorrangig Rechnung zu tragen.⁸⁰

Neben Artikel 3 KRK ist in ausländerrechtlichen Verfahren grundsätzlich auch der in Artikel 12 KRK festgehaltene Gehörsanspruch zu beachten. Dieser setzt voraus, dass das Kind in der Lage ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, und gilt für alle das Kind berührenden Verfahren, beispielsweise im Fall einer Trennung der Familie. Er kann also in Verfahren betreffend das Aufenthaltsrecht eines Kindes oder seiner Eltern bzw. seiner gesetzlichen Vertreterin oder seines gesetzlichen Vertreters Anwendung finden. Wenn es sich um eine gelebte und wichtige persönliche Beziehung handelt, kann allenfalls auch die drohende Unterbrechung oder Erschwerung der Kontaktmöglichkeiten mit einem nicht betreuungsberechtigten Elternteil oder einem sonstigen Familienmitglied die Interessen des Kindes derart berühren, dass diesem aufgrund von Artikel 12 Absatz 1 KRK ein rechtliches Gehör eingeräumt werden muss.⁸¹ Das BGer hat den Geltungsbereich von Artikel 12 KRK eingeschränkt, indem es festgehalten hat, dass eine persönliche Anhörung in ausländerrechtlichen Verfahren nicht in jedem Fall unerlässlich ist, insbesondere wenn die Kinder durch ihre Eltern vertreten werden und beider Interessen gleichläufig sind, sofern der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne diese Anhörung rechtsgenügend festgestellt werden kann.⁸²

Im Folgenden wird lediglich auf diejenigen ausländerrechtlichen Verfahren eingegangen, in denen dem Kindeswohl gemäss den rechtlichen Grundlagen explizit Rechnung getragen werden muss (vgl. Bst. b–e). In diesen Verfahren geht es grundsätzlich um Kinder, welche zumindest mit einem Elternteil zusammenleben (begleitete Minderjährige).

a. Familiennachzug

Da mehrere Fragen des Postulats den Familiennachzug betreffen, wird im nachfolgenden Kapitel 4.2.2 ausführlich auf dieses Thema eingegangen.

b. Auflösung der ehelichen Gemeinschaft

Der Schutz des Kindeswohls ist ein grundlegendes Prinzip, an dem sich die Behörden orientieren müssen. Dies gilt auch bei einer Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft. Wird

⁷⁹ Stämpflis Handkommentar, Art. 96 AIG, Rz. 12

⁸⁰ BGE 143 I 21 vom 17. November 2016, E. 5.5.1

⁸¹ Urteil BGer 2A. 348/2005 vom 21. Oktober 2005, E. 4

⁸² BGE 144 II 1 vom 29. November 2017, E. 6.5; BGE 147 I 149 vom 16. Juli 2020, E. 3.2

diese aufgelöst und sind die Kriterien der Dauer der ehelichen Gemeinschaft und der Integration gemäss Artikel 50 Absatz 1 Buchstabe a AIG nicht erfüllt, so verlängert die zuständige Migrationsbehörde die Aufenthaltsbewilligung des nachgezogenen Ehegatten oder des nachgezogenen Kindes nur, wenn wichtige persönliche Gründe vorliegen, die einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Art. 50 Abs. 1 Bst. b AIG und Art. 31 VZAE). Auch hier ist dem Kindeswohl (Art. 3 Abs. 1 KRK) in der Interessenabwägung Rechnung zu tragen.⁸³ Bei der Beurteilung, ob das persönliche Interesse eines ausländischen Elternteils am Verbleib in der Schweiz überwiegt, sind die im Zusammenhang mit Artikel 8 Ziffer 1 EMRK entwickelten Kriterien als Mindeststandard zu berücksichtigen.⁸⁴ So kann etwa der Fortbestand der elterlichen Beziehung zum hier gefestigt anwesenheitsberechtigten Kind nach der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft einen wichtigen persönlichen Grund zum Verbleib in der Schweiz bilden.⁸⁵

Seit dem 1. Januar 2025 sieht das AIG ausdrücklich vor, dass der Umstand, dass der Ehegatte oder ein Kind Opfer häuslicher Gewalt wurde, ebenfalls einen wichtigen persönlichen Grund zur Verlängerung des Aufenthalts eines Elternteils in der Schweiz darstellt (Art. 50 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. a AIG).⁸⁶ Diese Bestimmung widerspiegelt die Notwendigkeit, die Sicherheit und das Wohlergehen des Kindes in einer Gefährdungssituation zu gewährleisten gemäss der behördlichen Pflicht zur Wahrung des Kindeswohls.

Die Migrationsbehörde muss in solchen Fällen die Situation des Kindes und seine spezifischen Bedürfnisse individuell prüfen. Dabei sind insbesondere die affektiven Beziehungen, das Umfeld in der Schweiz und die möglichen Auswirkungen einer Trennung oder Ausweisung des Elternteils auf die Entwicklung des Kindes zu berücksichtigen.⁸⁷ Dem Kindeswohl kommt also eine wichtige Rolle zu, wenn es darum geht, die Verhältnismässigkeit einer Massnahme zu beurteilen und endgültig über den Aufenthalt zu entscheiden.

c. Härtefälle

Bei der Prüfung eines Härtefallgesuchs nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG und Artikel 31 VZAE müssen die zuständigen Migrationsbehörden die Umstände des Einzelfalls umfassend und individuell analysieren. Dies bedingt, dass alle relevanten Faktoren, die zur Gutheissung oder Ablehnung des Gesuchs führen können, berücksichtigt werden.⁸⁸

Das Kindeswohl ist ein zentraler Aspekt dieser Interessenabwägung. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es vorrangig und substanziell zu prüfen.⁸⁹ Dies bedeutet, dass die Behörden bei der Härtefallprüfung insbesondere beurteilen müssen, wie sich ein ablehnender Entscheid auf das Wohl und die Entwicklung des Kindes sowie auf seine sozialen und familiären Bindungen in der Schweiz auswirken würde und was passieren könnte, wenn das Kind aus seinem gewohnten Lebensumfeld herausgerissen würde.⁹⁰

Mit anderen Worten: Wenn ein Kind von einem Härtefallgesuch betroffen ist, müssen die Überlegungen zum Kindeswohl für die Behörde ausschlaggebend sein, wenn sie über die Verhältnismässigkeit einer Ablehnung oder einer Genehmigung entscheidet.

⁸³ Urteil BVGer F-2718/2018 vom 20. April 2020, E. 9

⁸⁴ Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 6.15.3.1; Urteil BGer 2C_934/2021 vom 15. Februar 2022, E. 4.2.

⁸⁵ BGE 143 I 21 vom 17. November 2016, E. 4.1

⁸⁶ BBI 2024 1449; AS 2024 713

⁸⁷ Urteil BGer 2C_934/2021 vom 15. Februar 2022, E. 4.6.3

⁸⁸ BGE 124 II 110 vom 23. Januar 1998; BGE 128 II 200 vom 25. April 2002

⁸⁹ Urteil BVGer F-4110/2015 vom 1. Februar 2018, E. 5.4–5.5

⁹⁰ BGE 143 I 21 vom 17. November 2016, E. 5.5

4.1.3.2 Wichtigste Ergebnisse der Studie

Die Studie kommt zum Schluss, dass die Verpflichtungen nach Artikel 3 Absatz 1 KRK sowie das Recht des Kindes auf Gehör nach Artikel 12 Absatz 1 KRK im ausländerrechtlichen Verfahren nur teilweise umgesetzt werden. Diese Einschätzung beruht auf einer Analyse der Rechtsprechung und kantonaler Einzelfalldossiers. Sie werden zusätzlich durch die geführten Expertinnen- und Experteninterviews sowie durch eine Onlinebefragung gestützt.

Ein Grund für die unvollständige vorrangige Beachtung des Kindeswohls in Bezug auf die Sachverhaltsermittlung sei das Fehlen eines spezifischen Verfahrens. Ein solches sei gesetzlich nicht vorgesehen und in der Praxis werde das Kindeswohl häufig nicht systematisch und vollständig erfasst. Zwar seien die Personalien der Kinder in nahezu allen untersuchten Dossiers dokumentiert worden; soweit es jedoch zu weitergehenden Ermittlungsschritten gekommen sei, hätten sich diese zumeist auf das affektive und wirtschaftliche Verhältnis zwischen dem Kind und dem Elternteil, das familiäre Umfeld, die Lebensbedingungen des Kindes im Herkunftsland sowie vereinzelt auf dessen Gesundheitszustand bezogen. Insbesondere die inhaltliche Erfassung des Kindeswohls sei oftmals begrenzt. Der Studie sei ferner zu entnehmen, dass die betroffenen Kinder lediglich eine marginale Rolle spielten und der Schwerpunkt der Sachverhaltsermittlung auf der Situation der Eltern liege. Die Situation der Kinder werde tendenziell nur dann ausführlicher berücksichtigt, wenn eine Beistandschaft für das Kind bestanden habe. Als weitere Gründe für die Lücken in der Sachverhaltsermittlung würden fehlendes Fachwissen sowie unzureichende personelle und finanzielle Ressourcen genannt. Ein zentrales Problem bestehe zudem in der Tendenz, dass sich die entsprechenden Verfahren bei der Interessenabwägung hauptsächlich auf die betroffenen öffentlichen Interessen konzentrierten, was die Berücksichtigung des Kindeswohls zusätzlich erschwere.

Zum Thema Mitwirkung hält die Studie fest, dass das Bundesgericht zwar die unmittelbare Anwendbarkeit von Artikel 12 KRK anerkenne, daraus aber keinen grundsätzlichen Anspruch auf eine persönliche Anhörung des Kindes ableite. In der Praxis sei daher ein Verzicht auf eine persönliche Anhörung unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Weiter sei der Anspruch auf Gehör gesetzlich nur punktuell verankert (Art. 47 Abs. 4 AIG). Den Weisungen des SEM zufolge bestehe beim Anwendungsbereich von Artikel 12 KRK ein gewisser Beurteilungsspielraum, wobei der Gehörsanspruch auf Verfahren mit persönlichkeitsrelevanten Interessen des Kindes beschränkt sei. Viele kantonale Migrationsämter verfügten über keine spezifischen Anweisungen hierzu und stützten sich vielmehr auf die allgemeine Rechtsprechung sowie die Weisungen des SEM. In der Praxis stelle die vom KRA empfohlene unmittelbare Anhörung klar die Ausnahme dar. Werde die Meinung des Kindes in das Verfahren eingebracht, erfolge dies in der Regel lediglich mittelbar über die Eltern oder deren Rechtsvertretung. In einigen Dossiers werde die Meinung der Kinder gar nicht eingebracht. Eine Ursache des Problems könne in der bundesgerichtlichen Praxis liegen, die es erlaube, auf eine persönliche Anhörung des Kindes zu verzichten. Diese Praxis sei einerseits im Hinblick auf die Sachverhaltserstellung problematisch, zumal Eltern in den betreffenden Verfahren oftmals eigene Interessen haben und deshalb nur in Ausnahmefällen als geeignete Vertretung für ihre Kinder in Frage kämen. Zudem verfügten sowohl Eltern als auch Kinder oftmals nicht über ausreichende Informationen zum Verfahren. Gleichzeitig sei die Praxis auch mit Blick auf Artikel 12 KRK als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht problematisch, weil das Kind dadurch am Verfahren nicht genügend mitwirken könne. Allfälligen Risiken, die sich aus einer persönlichen Mitwirkung des Kindes ergeben könnten, müsse mit geeigneten Massnahmen begegnet werden. Im Fall einer mittelbaren Mitwirkung könne eine von den Eltern unabhängige, fachlich geschulte Vertretung zu Verbesserungen führen.

Das Kindesinteresse sei gemäss der Rechtsprechung und den Weisungen des SEM immerhin bei der Interessenabwägung von Bedeutung, wobei auch weitere Elemente in die Beurteilung einbezogen würden. In einzelnen Kantonen – wie etwa in Zürich, Waadt und Genf – existierten spezifische Weisungen hierzu. Die Kindesinteressen würden tendenziell gemeinsam mit denjenigen der Eltern geprüft. Die Entscheidungsbegründungen beruhten zudem teilweise auf pauschalen Annahmen über das Kind, wodurch die kindliche Perspektive in den untersuchten erstinstanzlichen Entscheidungen oftmals ungenügend zum Ausdruck komme. Insgesamt entstehe das Bild, dass dem Kind und seiner Situation in der Tendenz nicht das nötige Gewicht bei der Entscheidung zukomme, das Kindeswohl mitunter zu wenig als gegenüber den Eltern eigenständiger und vorrangiger Gesichtspunkt berücksichtigt werde.

Abschliessend wird festgehalten, dass es in den letzten Jahren zwar insbesondere in der Rechtsprechung sowie in der Praxis einzelner Kantone gewisse Fortschritte beim Einbezug der Kindesinteressen in ausländerrechtlichen Verfahren gegeben habe. Es bestehe jedoch weiterhin ein grosser Handlungsbedarf.

Die Studie empfiehlt daher die Schaffung eines spezifischen Verfahrensabschnitts zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls in ausländerrechtlichen Verfahren unter Einbezug von kinderspezifischem Fachwissen. Sie empfiehlt, dies gesetzlich zu normieren. Diese neuen Verfahrensbestimmungen sollten dazu dienen, die Situation der betroffenen Kinder zu klären bezüglich der Beziehungen, der Betreuung, des Schutzes, der Sicherheit, der Vulnerabilität, der Gesundheit, der Entwicklung, der Bildung, der Meinungsäusserung sowie möglicher Veränderungen der Lebenssituation (vgl. Handlungsempfehlung 1). Zudem solle allen Kindern eine kindgerechte persönliche Anhörung angeboten werden. Sofern dies nicht möglich sei, sollten alternative Wege geschaffen werden, um die Meinung des Kindes einzuholen – beispielsweise durch eine Interessenvertretung. Das Kind solle in kindgerechter einfacher Sprache umfassend über das gesamte Verfahren informiert werden (vgl. Handlungsempfehlung 2). Weiter solle das Kindesinteresse als eigenständiger Gesichtspunkt betrachtet werden und aus der Entscheidungsbegründung von Verfügungen müsse klar hervorgehen, wie das Kindeswohl in die Interessenabwägung eingeflossen sei. In Entscheiden solle auf pauschale Annahmen zum Kindeswohl verzichtet werden.

Den Kindesinteressen müsse in der Tendenz ein grösseres Gewicht beigemessen werden als in der bisherigen Praxis (vgl. Handlungsempfehlung 3). Für eine umfassende Umsetzung dieser Handlungsempfehlungen seien zusätzliche personelle und zeitliche Ressourcen bei den zuständigen Migrationsbehörden erforderlich.

4.1.3.3 Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe

An der Sitzung vom 6. November 2024 wurden der Begleitgruppe die Ergebnisse und Handlungsempfehlungen der Studie zum Kindeswohl in ausländerrechtlichen Verfahren präsentiert. Dabei wurden insbesondere die Fragen der Sachverhaltsermittlung, der Mitwirkung und der Berücksichtigung des Kindesinteresses im Entscheid thematisiert.

In Bezug auf die Sachverhaltsermittlung in ausländerrechtlichen Verfahren äusserte die Begleitgruppe insbesondere folgende Anliegen:

Die VKM ist der Auffassung, dass sich die kantonalen und städtischen Migrationsbehörden an die Abklärungs- und Prüfpflichten halten, die sich aus dem Gesetz, den Verordnungen, der kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie aus den Weisungen des SEM er-

geben. Mit dieser behördlichen Praxis würden die Vorgaben aus der KRK weitestgehend umgesetzt. Die VKM erachtet eine weitere Sensibilisierung der zuständigen Behörden in Bezug auf die Vorgaben der KRK als wichtig.

Die EKM wünscht im Hinblick auf die Handlungsempfehlungen 1.2 und 1.3 zur Sachverhaltsermittlung die Nennung nicht nur des Kindeswohls, sondern auch des Kindesinteresses.⁹¹ Nur so könne sichergestellt werden, dass auch die Haltung des Kindes im Rahmen der Sachverhaltsermittlung Beachtung finde.

Von einigen Mitgliedern der Begleitgruppe wird darauf hingewiesen, dass die in der Studie festgestellten unterschiedlichen Auffassungen der Rechtsvertretungen in ausländerrechtlichen Verfahren nicht einfach zu Lasten der Migrationsbehörden ausgelegt werden dürften: Rechtsvertretungen würden sich tendenziell stärker auf die völkerrechtlichen Vorgaben der KRK fokussieren; die Fallverantwortlichen der Migrationsbehörden eher auf die nationalen gesetzlichen Grundlagen und auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (KKJPD, VKM). Zudem führt eine Mehrheit der Begleitgruppe aus, dass hier entsprechende Konkretisierungen und Priorisierungen wichtig wären. Dies gelte unter anderem bezüglich der Adressaten und Adressatinnen der jeweiligen Handlungsempfehlungen und der jeweiligen Kompetenzen dieser Adressaten bzw. Adressatinnen (EKM, sinngemäss auch SGV und KKJPD).

Ausserdem sei der zusätzliche Aufwand für die Behörden bei einer umfassenden Umsetzung der Handlungsempfehlungen hoch (KKJPD und VKM). Aus Sicht der VKM wäre eine systematische und vollständige Abklärung der Situation jedes einzelnen Kindes in ausländerrechtlichen Verfahren, einschliesslich einer regelmässigen Anhörung, mit einem sehr grossen zusätzlichen Aufwand verbunden. Bei der Nutzung des Handlungsspielraums, der sich für die Schweizer Behörden aus der KRK ergebe, sei daher auch die Verhältnismässigkeit des damit verbundenen Aufwands für die Behörden zu beachten.

Des Weiteren hält das UNHCR fest, dass die Studie zum Schluss komme, dass die Kinder in ausländerrechtlichen Verfahren, wenn überhaupt, durch die Eltern oder eine Rechtsvertretung mediatisiert mitwirken würden. Diese hätten somit eine Rolle als Vermittlerin für das Kind. Damit würden spezifische Risiken sowohl mit Blick auf die Sachverhaltsermittlung als auch in Bezug auf das Mitwirkungsrecht einhergehen. Dieser Umstand sei teilweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zurückzuführen, wonach auf die persönliche Anhörung von Kindern verzichtet werden könne, wenn die den elterlichen gleichgelagerten Kindesinteressen durch die Eltern mittelbar vorgebracht werden. In diesem Zusammenhang wird teils empfohlen, dass auch begleitete Kinder über eine Vertrauensperson verfügen sollten (so z. B. SSV). Um die vom KRA empfohlene unmittelbare Mitwirkung zu ermöglichen, empfehle die Studie, betroffenen Kindern eine persönliche Anhörung oder ein persönliches Gespräch anzubieten (vgl. Handlungsempfehlung 2.1). Das UNHCR unterstützt diese Empfehlung.

Im Hinblick auf diese Handlungsempfehlung erachten einige Begleitgruppenmitglieder (z. B. die VKM) die bestehende Rechtsprechung als sinnvoll, wonach eine Anhörung von Kindern dann durchgeführt werden soll, wenn deren Interessen von jenen der Eltern abweichen. Es sei demgegenüber aber nicht realistisch, alle betroffenen Kinder systematisch anzuhören. Diesbezüglich seien klare Kriterien festzusetzen. Mehrere Begleitgruppenmitglieder (z. B. EKM und VKM) würden daher entsprechende Konkretisierungen auf Gesetzesstufe begrüssen. Einige Mitglieder der Begleitgruppe (z. B. NKS) wünschen, dass in diesem Zusammenhang die Begrifflichkeit «kindgerechte Ausgestaltung des Verfahrens» noch präzisiert werde.

⁹¹ Diesem Hinweis der EKM wurde in der Studie durch die Einführung der Fussnote 1 (S. 1) Rechnung getragen.

Schliesslich begrüssen einige Begleitgruppenmitglieder (z. B. NKS, SFH, SRK und UNHCR) die Empfehlung, wonach in behördlichen Verfügungen auf pauschale Annahmen ohne Bezugnahme auf die spezifischen Lebensumstände des Kindes zu verzichten sei (Handlungsempfehlung 3.4). Das NKS und das UNHCR unterstützen zudem die Empfehlung, dass im Beweisverfahren ein spezifischer Abschnitt zur Ermittlung und Bestimmung des übergeordneten Kindesinteresses einzuführen ist (vgl. Handlungsempfehlung 1.1).

4.1.3.4 Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat ist sich der Bedeutung einer kindgerechten Ausgestaltung ausländerrechtlicher Verfahren und der konsequenten Umsetzung der KRK bewusst, insbesondere der Artikel 3 (Vorrang des Kindeswohls) und 12 (Recht auf Gehör). Das AIG sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangen bereits heute, dass das Kindeswohl im Rahmen der Ausübung des behördlichen Ermessens (Art. 96 AIG) umfassend geprüft wird. In den betroffenen Verfahren – etwa bei der Auflösung der Ehegemeinschaft oder bei Härtefällen – ist das Kindeswohl ein wichtiger Aspekt der Interessenabwägung.

Nach Ansicht des Bundesrates bietet der geltende Rechtsrahmen, ergänzt durch die Rechtsprechung, bereits die nötigen Instrumente, um das Kindeswohl in die Praxis einfließen zu lassen. Der Bundesrat unterstreicht jedoch, dass eine konsequente und strenge Umsetzung dieser Vorgaben unabdingbar bleibt, insbesondere durch individuelle Abklärungen, eine umfassende Beurteilung der Situation jedes einzelnen Kindes und eine explizite Begründung in jedem Wegweisungsentscheid.

Bezüglich der Empfehlung der Studie, einen standardisierten Verfahrensschritt zur strukturierten Ermittlung und Dokumentation des Kindeswohls zu etablieren (vgl. Handlungsempfehlungen 1.1 und 1.2), regt der Bundesrat, wie schon unter Kapitel 4.1.1.4 vorgeschlagen, an, dass das EJPD (SEM) in Zusammenarbeit mit den betroffenen kantonalen Behörden gemeinsame Kriterien und ein einheitliches Vorgehen zur Ermittlung und Feststellung des Kindeswohls in ausländerrechtlichen Verfahren auf Kantons- und Bundesstufe ausarbeitet. Sie können als gemeinsame Standards und Best Practices beispielsweise in die Weisungen des SEM zum AIG oder in ein Formular aufgenommen werden.

Im Hinblick auf das Mitwirkungsrecht gemäss Artikel 12 KRK hält der Bundesrat fest, dass die bundesgerichtliche Praxis eine differenzierte Anwendung vorsieht: Eine persönliche Anhörung ist insbesondere dann vorzunehmen, wenn die Interessen des Kindes nicht kongruent mit denen der Eltern sind oder wenn besondere Umstände vorliegen. Die vom KRA empfohlene systematische persönliche Anhörung aller Kinder wird vom Bundesrat hingegen zurückhaltend beurteilt. Zwar ist es sinnvoll, in Verfahren mit besonders einschneidenden Folgen – etwa bei einer drohenden Trennung vom Elternteil – die Stellungnahme des Kindes direkt einzuholen. Gleichzeitig ist zu beachten, dass eine persönliche Anhörung nicht in allen Konstellationen zweckmässig oder zumutbar ist. In solchen Fällen können alternative Formen der Mitwirkung in Betracht gezogen werden, beispielsweise über eine qualifizierte Drittperson oder eine kindgerechte schriftliche Stellungnahme. Es sollte in jedem Einzelfall geprüft werden, ob das Kind persönlich angehört werden kann und ob eine persönliche Anhörung dem Kindeswohl entspricht oder nicht.

Eine verstärkte kindgerechte Information über das Verfahren (vgl. Handlungsempfehlung 2) erachtet der Bundesrat grundsätzlich als sinnvoll. Die konkrete Umsetzung etwa mit standardisierten kindgerechten und altersentsprechenden Informationen oder Videos soll im Dialog mit den zuständigen Stellen geprüft werden. Dabei können schon bestehende Best Practices genutzt werden.

Der Bundesrat begrüsst zudem Sensibilisierungsmassnahmen sowie den gezielten Ausbau von Fachwissen bezüglich der kindgerechten Ausgestaltung von ausländerrechtlichen Verfahren bei den zuständigen Behörden. Er schlägt daher vor, dass die Weisungen zum AIG des SEM mit Ausführungen zur Gewährleistung des Kindeswohls ergänzt werden.

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass derzeit keine gesetzlichen Anpassungen erforderlich sind, die sehr viel Zeit beanspruchen. Die notwendige Berücksichtigung des Kindeswohls kann bereits durch die Nutzung der bestehenden Handlungsspielräume und eine koordinierte Praxisentwicklung erreicht werden, unter Einbezug insbesondere der KKJPD und der SODK sowie der kantonalen Fachgremien.

4.1.4 Fokus: Ausländerrechtliche Wegweisungen

4.1.4.1 Aktuelle Regelung und Praxis

Auch im ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren stellt das übergeordnete Kindesinteresse einen zentralen Prüfpunkt dar: Jede Entscheidung über den Verbleib oder die Wegweisung eines Kindes oder seiner Familie muss unter Berücksichtigung des Kindeswohls getroffen werden, das in der Interessenabwägung umfassend zu würdigen ist.⁹²

Gemäss Artikel 64 Absatz 1 AIG können die Migrationsbehörden, das heisst die kantonalen Behörden oder das SEM (ZV-EJPD), die Wegweisung verfügen, wenn eine ausländische Person eine erforderliche Bewilligung nicht besitzt, wenn sie die Einreisevoraussetzungen nach Artikel 5 AIG nicht oder nicht mehr erfüllt oder wenn ihr eine Bewilligung verweigert oder nach bewilligtem Aufenthalt widerrufen oder nicht verlängert wird.⁹³

Der Wegweisungsentscheid verpflichtet die betroffene Person, die Schweiz zu verlassen und in ihren Herkunftsstaat oder einen anderen Aufnahmestaat auszureisen. Im ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren wird das Wohl von begleiteten Kindern in der Regel durch seine Eltern oder seine rechtliche Vertretung gewährleistet. Eine persönliche Anhörung von begleiteten Kindern findet mithin selten statt. Bei unbegleiteten Minderjährigen sieht das Gesetz die Bestimmung einer Vertrauensperson vor (Art. 64 Abs. 4 AIG, Art. 88a VZAE), die deren Interessen während des Wegweisungsverfahrens wahrnimmt.⁹⁴ Dadurch wird dem Recht auf Mitwirkung von begleiteten und unbegleiteten Minderjährigen, welches Ausfluss des rechtlichen Gehörs ist, Genüge getan.

Wegweisungsverfügungen an begleitete oder unbegleitete Kinder müssen eine individuelle sachliche und rechtliche Begründung einschliesslich einer individuellen Prüfung des Kindeswohls enthalten.⁹⁵ Dabei ist die Sicht der Kinder zu berücksichtigen, soweit diese in der Lage sind, ihre Meinung in angemessener Weise zu äussern. Diesbezüglich hält das BVGer fest, dass die Urteilsfähigkeit je nach Alter und Reife des Kindes variiert: Kinder zwischen sechs und zehn Jahren besitzen je nach angesprochenem Thema eine bedingte Urteilsfähigkeit; elf- und zwölfjährige Kinder befinden sich je nach Entwicklungsstand in einem variablen Bereich; Jugendliche ab 13 Jahren besitzen grundsätzlich volle und effektive Urteilsfähigkeit.⁹⁶ Der Entscheid über die persönliche Anhörung des Kindes und über die Art und Weise seiner Mitwirkung muss somit dem Grad der Urteilsfähigkeit Rechnung tragen, damit ein echtes Mitwirkungsrecht gewährleistet ist und das Kindeswohl im Wegweisungsentscheid tatsächlich be-

⁹² Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.1.

⁹³ Siehe auch Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.1, sowie Art. 64, 64b und 64df AIG.

⁹⁴ Vgl. auch Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.7

⁹⁵ Weisungen SEM, I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.1

⁹⁶ BVGer E-4098/2018 vom 25. Juli 2018 E. 2.4; Siehe auch Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.7

rücksichtigt wird. Wie im oberen Abschnitt bereits dargelegt, findet jedoch bei begleiteten Kindern selten eine persönliche Anhörung statt, da ihre Interessen meist durch ihre Eltern oder ihre rechtliche Vertretung eingebracht werden.

Wird die Aufenthaltsbewilligung eines Elternteils oder beider Eltern widerrufen gemäss Artikel 62 oder 63 AIG, so beurteilt die zuständige Migrationsbehörde vorab sorgfältig die Art und den Umfang der familiären Beziehungen. Dabei konzentriert sie sich auf die tatsächlich bestehenden und gepflegten Kontakte zwischen Eltern und Kind. Die Integration und insbesondere der Schulbesuch der Kinder sowie die Verpflichtung zur Ausreise und/oder Rückkehr in den Herkunftsstaat werden bei der Interessenabwägung ebenfalls berücksichtigt. Die Behörde wägt die persönlichen Verhältnisse und alle übrigen Umstände objektiv ab.⁹⁷ Gemäss Rechtsprechung ist die Ausreise aus der Schweiz zumutbar, wenn sich die Kinder noch in einem anpassungsfähigen Alter befinden.⁹⁸ Besteht eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung und ist die Integration des Kindes oder der Kinder so gut, dass gewichtige persönliche Umstände vorliegen, so steht ihrem weiteren Aufenthalt in der Schweiz nichts entgegen. Bei Kindern mit Schweizer Staatsangehörigkeit muss der Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung von einer gewissen Schwere sein, um das Recht des Schweizer Kindes an einem Verbleib in der Schweiz zu überwiegen.^{99,100}

Steht nicht der Bewilligungsentzug eines Elternteils, sondern eines Kindes zur Diskussion, sind die gleichen Widerrufsgründe der Artikel 62 und 63 AIG anwendbar, wobei insbesondere der Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung von Bedeutung ist.¹⁰¹ Bei straffällig gewordenen Minderjährigen erfordert das Kindeswohl im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Artikel 96 AIG jedoch, dass die folgenden Umstände besonders beachtet werden: die bisherige Anwesenheitsdauer in der Schweiz, der Integrationsgrad, die persönliche und familiäre Situation, der schulische und berufliche Werdegang, das soziale Umfeld und die Schwere der Tat. Insgesamt werden höhere Anforderungen an den Widerruf von Bewilligungen jugendlicher Straftäter gestellt als an jene von Erwachsenen, damit ihrer Entwicklung angemessen Rechnung getragen werden kann. Bei sehr schweren Delikten, bei denen das öffentliche Interesse an der Wegweisung des Minderjährigen stets überwiegt (Tötungsdelikte oder schwere Sexualdelikte), wird der Widerruf indessen konsequent verfügt.¹⁰²

Schliesslich wird im Rahmen des Widerrufsverfahrens auch eine mögliche Verletzung von Artikel 8 EMRK geprüft. Nach Artikel 8 Ziffer 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Familienlebens. Dieses Recht gilt jedoch nicht uneingeschränkt; insbesondere gewährleistet die Konvention kein direktes Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einem bestimmten Staat. Ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens ist gemäss Artikel 8 Absatz 2 EMRK nur möglich, wenn er gesetzlich vorgesehen und unter den dort aufgeführten, das öffentliche Interesse betreffenden Voraussetzungen notwendig ist. Somit erfordert dieser Eingriff eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und den öffentlichen Interessen an deren Verweigerung.¹⁰³ Je länger der Aufenthalt dauert und je besser die Integration ist, desto stärker werden die Bindungen des Minderjährigen oder der Familie an die Schweiz in der Interessenabwägung berücksichtigt.¹⁰⁴ Nach einem regulären

⁹⁷ Weisungen SEM, I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.1

⁹⁸ BGE 2C_648/2014 vom 6. Juli 2015

⁹⁹ BGE 136 I 285 vom 29. März 2010

¹⁰⁰ Vgl. Fiche n° 24a (II) Intérêt supérieur de l'enfant – Droit d'asile et droit des étrangers, Présentation rapports CDE, 20. September 2021, Genf.

¹⁰¹ Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 8.4.2.3.

¹⁰² Vgl. auch Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.6.

¹⁰³ Vgl. BGE 137 I 247 vom 19. Mai 2011, E. 4.1.1 und E. 4.1.2, S. 249 f. mit Hinweisen; Urteil BVGer C-1682/2011 vom 14. Juni 2012 E.3.1.

¹⁰⁴ BGE 144 I 266 vom 8. Mai 2018, E. 3.9; BGE 139 I 16 vom 12. Oktober 2012, E. 2.2.1; BGE 130 II 281 vom 1. Juni 2004, E. 3.2.1.

Aufenthalt von etwa zehn Jahren ist regelmässig davon auszugehen, dass die sozialen Beziehungen im entsprechenden Land so eng geworden sind, dass für eine Aufenthaltsbeendigung besonders gewichtige Gründe nötig werden. Auch vor Ablauf dieser Frist kann eine besonders ausgeprägte soziale, sprachliche, berufliche und wirtschaftliche Integration bereits ein Recht auf Verbleib im Land begründen.¹⁰⁵

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Behörden bei jeder Wegweisungsentscheidung, von dem ein Kind betroffen ist, eine gründliche und individuelle Prüfung des Kindeswohls im Rahmen einer Gesamtwürdigung der persönlichen Umstände vornehmen müssen. Über rein administrative oder migrationspolitische Erwägungen hinaus orientieren sie sich dabei am Wohl des Kindes, um einen wirksamen Schutz seiner Grundrechte zu gewährleisten.

Für den Wegweisungsvollzug sind ausschliesslich die kantonalen Behörden zuständig (Art. 64 AIG, Art. 46 Abs. 1 AsylG). Die AIG-Weisungen präzisieren lediglich, dass eine Wegweisungsverfügung an eine unbegleitete minderjährige Person sowie an eine Familie mit Kindern für jede minderjährige Person eine individuelle, sachliche und rechtliche Begründung, einschliesslich einer individuellen Prüfung des Kindeswohls, enthalten muss.¹⁰⁶ Aufgrund der umfangreichen Fragestellungen des Postulats hat sich der Bundesrat dazu entschieden, den Fokus der Studie und damit auch dieses Berichts auf diejenigen Aufgabengebiete zu legen, die hauptsächlich in der Kompetenz des Bundes liegen. Da der Wegweisungsvollzug in die Kompetenz der Kantone fällt und hierzu bereits diverse Studien bestehen (vgl. Postulat 18.4300 zu den Zwangsmassnahmen, Postulat 19.3182 zu den Empfehlungen der NKVF und Interpellation 19.3580 zur Administrativhaft) wird er vorliegend nicht näher thematisiert.

4.1.4.2 Wichtigste Ergebnisse der Studie

Die Studie konzentriert sich in diesem Bereich auf die Analyse der Schweizer Rechtsprechung zur Wegweisung von Kindern nach langjährigem Aufenthalt. Sie hat hierzu keine kantonalen Einzelfalldossiers analysiert. Gemäss der Studie gelten grundsätzlich Aufenthalte ab fünf Jahren ordnungsgemässer Anwesenheit in der Schweiz als «langjährig».

Die Studie unterstreicht, dass die KRK diesbezüglich inhaltliche wie prozedurale Anforderungen stelle. Bei einer Wegweisung von Kindern in den Herkunftsstaat müsse deren Reintegration sichergestellt sein. Das Kindeswohl bedürfe vertiefter Abklärung, vor allem wenn die Trennung von einem Elternteil in Frage stehe.

Gemäss der Studie misst die Rechtsprechung des BGer und des BVGer dem Alter des Kindes entscheidendes Gewicht zu. Im Ausländerbereich unterscheide das BGer verschiedene Grade der Anpassungsfähigkeit in Abhängigkeit vom Alter. Bei Kindern im Vorschulalter («anpassungsfähiges Alter») gehe es grundsätzlich von hoher Anpassungsfähigkeit aus, entsprechend werde grundsätzlich die Zumutbarkeit mit dem sorge- und obhutsberechtigten Elternteil angenommen.

Die Studie hält jedoch fest, dass die Anpassungsfähigkeit des Kindes während der obligatorischen Schulzeit abnehme. In dieser Phase müsse die Integration in der Schweiz und die Vertrautheit mit dem Heimatstaat sorgfältig geprüft werden. Nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit werde in der Regel kein anpassungsfähiges Alter mehr angenommen, dadurch werde die Wegweisung weitaus weniger zumutbar.

¹⁰⁵ BGE 144 I 266 vom 8. Mai 2018

¹⁰⁶ Vgl. Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 8.6.1.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelte die Wegweisung von schulpflichtigen Kindern grundsätzlich als zumutbar, wenn sie durch Sprachkenntnisse, gelegentliche Ferientaufenthalte und eine entsprechende Kulturvermittlung im familiären Rahmen mit den Verhältnissen im Heimatland vertraut seien. Der Integrationsgrad in der Schweiz werde jedoch mitberücksichtigt: Eine gelungene Integration könne unter Umständen zur Unzumutbarkeit der Wegweisung führen.

Die Rechtsprechung variere auch je nach Familienkonstellation. Wenn beide Eltern sorge- und obhutsberechtigt seien und nur ein Elternteil weggewiesen werde, verliere das Kind nicht zwingend seine Aufenthaltsberechtigung. In einem solchen Fall könne das Kind beim nicht weggewiesenen Elternteil in der Schweiz bleiben. Wenn hingegen nur der sorge- und obhutsberechtigte Elternteil weggewiesen werde, folge das Kind in der Regel dessen ausländerrechtlichem Schicksal.

Die Studie kommt zum Schluss, dass in der Praxis die Schwelle für die Annahme der Zumutbarkeit der Wegweisung teilweise tief liege. Es sei zudem eine in der Tendenz nicht unproblematische Orientierung an bestimmten Alterslimiten und pauschalen Annahmen zu konstatieren. Die Studie hält auch fest, dass die KRK verletzt werden könnte, wenn bei der Wegweisung von Kindern mit dem obhutsberechtigten Elternteil dem «ausländerrechtlichen Schicksal des Elternteils» ein zu grosses Gewicht beigemessen werde. Auch wenn in der Grundtendenz die Eltern im Fokus der Entscheidungen stünden, sollten Kinder als eigenständiges Rechtssubjekt betrachtet werden.

Die Studie empfiehlt daher auch in den ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren Verbesserungen bei der Sachverhaltsermittlung, der Mitwirkung des Kindes und der Gewichtung des Kindeswohls (vgl. Handlungsempfehlung 10.1). Schliesslich rät die Studie eindringlich davon ab, sich bei Wegweisungsentscheiden nach langjährigem Aufenthalt auf starre Alterslimiten und pauschale Annahmen zu stützen (vgl. Handlungsempfehlung 10.2). Implikationen einer Wegweisung für das Kindeswohl seien konkret mit Blick auf das betroffene Kind zu ermitteln.

4.1.4.3 Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe

In der Sitzung der Begleitgruppe vom 27. Februar 2025 wurden in Anlehnung an die Studienergebnisse spezifische Bedenken bezüglich der ausländerrechtlichen Wegweisung von Kindern nach langjährigem Aufenthalt geäussert.

Einige Begleitgruppenmitglieder betonen die Notwendigkeit, die individuellen Umstände und die Integration der betroffenen Kinder stärker zu berücksichtigen und zu gewichten (z. B. EKM und NKS). Das NKS und das UNHCR unterstützen ihrerseits die Empfehlung der Studie, nach der von einer Abstützung auf starre Alterslimiten und pauschale Annahmen abzuraten sei (vgl. Handlungsempfehlung 10.2). Dabei wird insbesondere auch thematisiert, dass eine Fokussierung auf den Abschluss der obligatorischen Schule nicht ausreiche. Einige Mitglieder weisen darauf hin, dass auch die Phase unmittelbar danach – beispielsweise während der Berufsbildungszeit – besonders verletzlich sei und bei der Beurteilung der Zumutbarkeit stärker berücksichtigt werden müsse (z. B. EKM).

Bezüglich des Begriffs der «Zumutbarkeit der Wegweisung» hebt die Begleitgruppe, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, erneut einen Definitionsbedarf hervor. Die Zumutbarkeit des Vollzugs einer Wegweisung solle nicht mit dem Begriff der Zumutbarkeit der Anordnung einer Wegweisung an sich verwechselt werden (VKM).¹⁰⁷ Die Ausführungen zu den

¹⁰⁷ Im Nachgang an diese Begleitgruppensitzung hat die Studienleitung die Begrifflichkeit der Zumutbarkeit in der Studie präzisiert.

Diskussionen der Begleitgruppe zur «Zumutbarkeit» bezüglich der asylrechtlichen Wegweisung (Kapitel 4.1.2) sind auch für ausländerrechtliche Wegweisungen relevant. Auch das NKS und das UNHCR empfehlen, hier ebenfalls ein Verfahren zur Einschätzung und Feststellung des übergeordneten Kindesinteresses einzuführen.

4.1.4.4 Haltung des Bundesrates

In Bezug auf die Berücksichtigung des Kindeswohls bei ausländerrechtlichen Wegweisungsentscheiden hält der Bundesrat fest, dass das SEM und die zuständigen kantonalen Behörden gemäss der Rechtsprechung des BGer und des BVGer die jeweilige Situation der betroffenen Kinder individuell und umfassend beurteilen müssen. Die Begründung des Entscheids muss alle Aspekte beinhalten, die für das Kindeswohl von Bedeutung sind.

Diesbezüglich bieten die von der Gerichtspraxis entwickelten Kriterien – namentlich das Alter, der Grad der Urteilsfähigkeit, die Dauer des Aufenthalts in der Schweiz, die soziale und schulische Integration, die Vertrautheit mit dem Herkunftsstaat, die Bildungsperspektiven sowie die familiäre Situation – einen geeigneten Rahmen, um die privaten und öffentlichen Interessen ausgewogen zu berücksichtigen. Der Bundesrat unterstreicht, dass diese Kriterien nicht «mechanisch» anwendbar sind: Das Alter oder das Schuljahr ist nicht allein ein entscheidender Faktor, sondern wird zusammen mit den übrigen Umständen des Einzelfalls bewertet gemäss Artikel 96 AIG.

Der Bundesrat nimmt die in der Studie formulierten Kritikpunkte betreffend die Anwendung starrer Alterslimiten und die Tendenz zu pauschalen Annahmen zur Kenntnis. Diesbezüglich hält er fest, dass das geltende Recht zwar keine genauen Altersgrenzen festlegt, aber auch das BVGer und das BGer verschiedene Anpassungsgrade je nach Alter unterscheiden. Die zuständige Behörde muss bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs dennoch eine Gesamtwürdigung vornehmen, welche die spezifische Situation des Kindes unabhängig von jener der Eltern berücksichtigt und die Verfahrensgarantien der KRK beachtet.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass nach Ansicht des Bundesrates der geltende Rechtsrahmen, ergänzt durch die Rechtsprechung, bereits die nötigen Instrumente bietet, um das Kindeswohl vollumfänglich in ausländerrechtliche Wegweisungsentscheide einfließen zu lassen. Die Ergebnisse der Studie wie auch die Diskussion der Begleitgruppe haben aber gezeigt, dass sich insbesondere im Rahmen der ausländerrechtlichen Wegweisung nach langjährigem Aufenthalt wichtige Grundsatzfragen stellen. Vor diesem Hintergrund schlägt der Bundesrat vor, dass diese ebenfalls in einer Arbeitsgruppe mit den betroffenen kantonalen Behörden diskutiert werden (vgl. zur Arbeitsgruppe ebenfalls Kapitel 4.1.1.4 und 4.1.3.4) und dass bei Bedarf Empfehlungen («best practices») abgegeben werden. Im Rahmen dieser Arbeitsgruppe könnte ebenfalls die Handlungsempfehlung zum standardisierten Vorgehen zur Abklärung des Kindeswohls sowie diejenige zum Verzicht auf starre Alterslimiten und den damit möglicherweise einhergehenden Anpassungen thematisiert werden.

4.2 Gewährleistung des Kindeswohls im Rahmen des Rechts auf Privat- und Familienleben

Nach Artikel 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Dieses Recht wird auch durch Artikel 13 BV gewährleistet. Der Schutz der Privatsphäre umfasst nicht nur die persönliche Identität, sondern auch

die familiären Beziehungen, die emotionalen Bindungen und die Persönlichkeitsentwicklung, die vor willkürlichen staatlichen Eingriffen geschützt sind.¹⁰⁸

Die KRK regelt in den Artikeln 8, 9 und 16 ausdrücklich den Schutz des Privat- und Familienlebens des Kindes. Artikel 8 KRK gewährleistet das Recht des Kindes, seine Identität, einschliesslich seiner Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner Familienbeziehungen, zu behalten. Artikel 9 KRK anerkennt die zentrale Rolle der Familie für die Entwicklung des Kindes und verbietet eine Trennung von Kind und Eltern, sofern diese nicht zum Wohl des Kindes notwendig ist. Schliesslich schützt Artikel 16 KRK das Kind vor willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie oder seinen Schriftverkehr.

Gemäss der Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 des KRA sind diese Garantien untrennbar mit der Beurteilung des Kindeswohls verbunden: Die Achtung des Familienlebens, der persönlichen Identität und der emotionalen Bindungen muss ein wesentlicher Bestandteil jedes Entscheids sein, von dem ein Kind betroffen ist. Dies gilt auch im Asylverfahren oder beim Familiennachzug.

Da die im Postulat aufgeworfenen Fragen in erster Linie die Gewährleistung des Rechts auf Familien- und Privatleben im asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren zum Familiennachzug betreffen, beleuchtet der Bericht insbesondere die Situation in diesen Verfahren. Anschliessend wird der Familiennachzug je nach Aufenthaltsstatus gemäss AsylG und AIG erörtert.

4.2.1 Recht auf Privat- und Familienleben im Asylbereich

4.2.1.1 Aktuelle Regelung und Praxis

a. Asylsuchende

Asylsuchende haben keinen Anspruch auf Familiennachzug von Angehörigen mit Aufenthalt in einem Drittstaat (ausserhalb des Dublin-Raums). Leben die Angehörigen jedoch in einem Staat, der die Dublin III-Verordnung anwendet, kann der Grundsatz der Einheit der Familie eine Abweichung von den strengen Zuständigkeitskriterien rechtfertigen, um die Familienzusammenführung zu ermöglichen. Die Dublin III-Verordnung wird durch die AMMR-Verordnung abgelöst (Inkrafttreten: Juni 2026), weshalb auch auf die Erläuterungen im nachfolgenden Kapitel 3.3.1 und 4.1.2.1 verwiesen wird.

b. Anerkannte Flüchtlinge mit Asylgewährung

Nach Artikel 51 Absatz 1 AsylG erhalten Ehegatten von anerkannten Flüchtlingen und ihre minderjährigen Kinder Asyl, wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen. Wurde die Familie durch die Flucht getrennt, so ist gemäss Artikel 51 Absatz 4 AsylG ihre Einreise auf Gesuch hin zu bewilligen. In der Schweiz geborene Kinder von Flüchtlingen mit Asylgewährung erhalten ebenfalls Asyl (Art. 51 Abs. 3 AsylG).

Sind die asylrechtlichen Voraussetzungen für den Familiennachzug nicht erfüllt, ist auch ein Gesuch nach dem Ausländerrecht möglich (Art. 44 AIG), da Flüchtlinge über eine Aufenthaltserlaubnis (Ausweis B) verfügen.

Kinder werden im Rahmen des asylrechtlichen Familiennachzugsverfahrens grundsätzlich durch ihre gesetzlichen Vertreter, das heisst in der Regel durch die Eltern vertreten. Dies bedeutet, dass es in erster Linie den Eltern bzw. den gesetzlichen Vertretern obliegt, zu entscheiden, ob der Familiennachzug den Interessen des Kindes entspricht (vgl. Kapitel 3.2.1 oben). Bei Bedarf können Kinder über die Schweizer Vertretungen im Ausland angehört werden. Nach

¹⁰⁸ Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Kommentierung zu Art. 13 BV, Rz. 15

der Einreise haben die Kinder das Recht, gegebenenfalls eigene Asylgründe geltend zu machen und hierzu angehört zu werden (Art. 3 Abs. 1 AsylG i. V. m. Art. 5 AsylV 1).

Nach der allgemeinen Schweizer Praxis im Asylrecht ist für eine Familienzusammenführung eines Kindes erforderlich, dass der nachziehende Elternteil zumindest über eine geteilte elterliche Sorge verfügt und der andere Elternteil mit dem alleinigen Nachzug des Kindes einverstanden ist.¹⁰⁹ Dadurch soll verhindert werden, dass ein minderjähriges Kind einer sorgeberechtigten Person gegen deren Willen entzogen wird.¹¹⁰

Eine Ausnahme von dieser Praxis ist dann denkbar, wenn beispielsweise das Einverständnis nicht beschafft werden kann, weil der Aufenthalt des anderen Elternteils unbekannt oder dieser verstorben ist oder wenn eine Kontaktaufnahme das Kindeswohl gefährden könnte (z. B. wenn eine Verfolgung vom Elternteil ausgeht).

Im Rahmen eines asylrechtlichen Familiennachzugs ist ebenfalls das Vorliegen von den in Artikel 51 Absatz 1 AsylG erwähnten «*besonderen Umständen*»¹¹¹, welche dem Gesuch entgegenstehen könnten, zu prüfen. Die Tatsache, dass der nachziehende Elternteil über mehrere Jahre keine Beziehung mehr mit dem Kind hatte, könnte zum Beispiel als besonderer Umstand betrachtet werden. Daher sind verschiedenste Aspekte zur Situation des Kindes, wie beispielsweise das Alter des Kindes, seine aktuellen Lebensumstände im Ausland, die Gefahr einer Entwurzelung sowie das Verhältnis zu seinen Bezugspersonen, einschliesslich die Beziehung zum nachziehenden Elternteil¹¹², bei der Prüfung des Gesuchs zu berücksichtigen.

c. Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommene

Personen, die mit vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen verheiratet sind oder in eingetragener Partnerschaft leben, sowie ihre in der Schweiz lebenden minderjährigen Kinder werden als Flüchtlinge anerkannt,¹¹³ wenn keine besonderen Umstände dagegensprechen (Art. 51 Abs. 1 AsylG). Befinden sich die Mitglieder der Kernfamilie¹¹⁴ im Ausland, kann gemäss Artikel 85c Absatz 1 AIG frühestens drei Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme ein Gesuch um Familiennachzug eingereicht werden. Die Voraussetzungen dieses Artikels gelten auch für Gesuche um Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen (ohne Flüchtlingseigenschaft).

Die Frist von drei Jahren findet jedoch keine strenge Anwendung mehr. Denn gemäss der jüngsten Rechtsprechung¹¹⁵ muss das SEM einzelfallweise und frühestens sechs Monate vor Ablauf der zweijährigen Wartefrist prüfen, ob die Anwendung einer kürzeren Frist als die gesetzlichen drei Jahre zum Schutz des Familienlebens erforderlich ist. Dabei sind zahlreiche Faktoren zu berücksichtigen. Dazu gehören unter anderem das Kindeswohl, die Integration in der Schweiz und das Vorhandensein unüberwindbarer Hindernisse für die Fortsetzung des Familienlebens im Herkunftsland oder in einem Drittstaat.

Wie beim Familienasyl (vgl. Buchstabe b dieses Kapitels) werden Kinder, die von vorläufig aufgenommenen Personen in die Schweiz nachgezogen werden, in der Regel durch ihre Eltern rechtlich vertreten (vgl. Kapitel 3.2.1). Die Meinung des Kindes wird in der Regel über die Eltern

¹⁰⁹ Vgl. Urteile des Bundesgerichts BGE 137 I 284 vom 1. April 2011, E. 2.3.1, 136 11 78 E. 4.8; Urteile des BVerger F-2860/2018 vom 5. Dezember 2019 E. 6.1; E-3961/2023 vom 30. August 2023 E. 5.2.

¹¹⁰ BVerger E-3961/2023 vom 30. August 2023 E. 5.2 m. w. H

¹¹¹ Bei den in Artikel 51 Absatz 1 AsylG erwähnten «besonderen Umständen» handelt es sich um einen unbestimmten, durch die Praxis konkretisierten Gesetzesbegriff, dessen Zweck darin besteht, Missbrauchstatbestände zu unterbinden und den Behörden die Möglichkeit einzuräumen, Personen kein Asyl zu gewähren, die in objektiver Hinsicht des spezifischen Schutzes des Asyls nicht bedürfen. (BBl 1996 II 1, Art. 48 Familienasyl, S. 69/70) (vgl. Handbuch Artikel F3, 2.1.7 ff.).

¹¹² BVerger E-957/2018 vom 25. April 2019 E. 6.2

¹¹³ Rechtsprechung: Urteil BVerger E-5669/2016 vom 18. Januar 2019, E. 4.1, als Präzisierung von BVGE 2017 VII/8 vom 21. Juni 2017, E. 5.3

¹¹⁴ Ehegatten, Konkubinatspartner, eingetragene Partner, minderjährige Kinder

¹¹⁵ Urteil BVerger F-2739/2022 vom 24. November 2022

eingeholt. Bei Bedarf kann das Kind aber auch persönlich angehört werden, namentlich bei einer Schweizer Auslandvertretung (Art. 47 Abs. 4 AIG). Gemäss der Rechtsprechung ist das Kindeswohl ein zentraler Aspekt, dem bei der Prüfung von Gesuchen um Familiennachzug Rechnung zu tragen ist.¹¹⁶ Zu berücksichtigen sind auch Elemente wie das Alter und der Gesundheitszustand des Kindes, dessen Integration im derzeitigen Umfeld, die familiären Bindungen und die Gefahr einer Entwurzelung.

d. Umgekehrter Familiennachzug im Asylbereich

Der Familiennachzug ist auf den gesetzlich festgelegten Kreis beschränkt (Art. 51 Abs. 1 AsylG: Ehegatten und minderjährige Kinder). Es ist nicht möglich, ihn auf andere Personen auszudehnen.¹¹⁷ Mit der Aufhebung von Artikel 51 Absatz 2 aAsylG¹¹⁸ (*andere enge Verwandte*) bei der Änderung des AsylG wollte der Gesetzgeber den Kreis der Begünstigten des Familienasyls auf die Personen beschränken, die in Artikel 51 Absatz 1 AsylG ausdrücklich genannt sind. Diese Bestimmung kann daher nicht extensiv ausgelegt werden, um auch die Verwandten in aufsteigender Linie und/oder die Geschwister eines Minderjährigen, dem in der Schweiz Asyl gewährt wurde, mit einzuschliessen.¹¹⁹ Somit ist insbesondere der Nachzug von Eltern zu ihren minderjährigen Kindern (sogenannter umgekehrter Familiennachzug) auf der Grundlage von Artikel 51 AsylG nicht möglich.

Artikel 51 AsylG ist eine Spezialbestimmung, die es ermöglicht, Personen, welche die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, einen günstigeren Status zu gewähren als den – gewöhnlichen – Status einer kantonalen ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung. Daher wird auf die nachfolgende Ziffer 4.2.2.1.c verwiesen.

4.2.1.2 Wichtigste Ergebnisse der Studie

Gemäss der Studie besteht heute eine erhöhte Sensibilisierung für die Situation von Minderjährigen, die im Familiennachzug in die Schweiz kommen. Allerdings habe sich der Grundsatz des Kindeswohls als entscheidendes Kriterium gemäss den Vorgaben der KRK noch nicht ganz durchgesetzt. In der Praxis werde den besonderen Bedürfnissen der Kinder nicht immer angemessen Rechnung getragen.

In Bezug auf den asylrechtlichen Familiennachzug kritisiert die Studie die zu strenge Anwendung der Wartefrist für vorläufig Aufgenommene und insbesondere für Kinder. Diese Frist beeinträchtigt die wirksame Ausübung ihres Rechts auf Familienleben. Daher wird empfohlen, die bestehenden Regelungen dahingehend völkerrechtskonform auszulegen, dass auch vor Ablauf der Wartefrist dem Kindeswohl Rechnung getragen werden kann. Im Übrigen schlägt die Studie eine generelle Aufhebung der Wartefrist vor.

Bei Gesuchen, die Minderjährige und insbesondere Kinder über zwölf Jahre betreffen (Art. 47 Abs. 1 AIG), solle zudem eine generelle Aufhebung der Wartefrist geprüft werden (vgl. Handlungsempfehlung 9.4), damit der Familiennachzug in angemessener Frist erfolgen könne und besser auf die individuelle Situation zugeschnitten sei.

Es wird auch kritisiert, dass unbegleitete Minderjährige keine Möglichkeit haben, sich in der Schweiz mit der Familie zu vereinigen (umgekehrter Familiennachzug), insbesondere wenn

¹¹⁶ BGE 143 I 21 vom 17. November 2016, E. 5.5.1

¹¹⁷ BVGer 2015/29 vom 13. Juli 2015, Leitsatz 4, E. 4.2.4; BVGer 2020 VI/7 vom 20. Mai 2020, E. 2.2.–2.3

¹¹⁸ Aufgehobener Art. 51 Abs. 2 aAsylG: «Andere nahe Angehörige von in der Schweiz lebenden Flüchtlingen können in das Familienasyl eingeschlossen werden, wenn besondere Gründe für die Familienvereinigung sprechen.»

¹¹⁹ Urteil BVGer E-2413/2014 vom 13. Juli 2015 E. 4.2.3

dies im Ausland nicht möglich sei. Die Studie hält fest, dass das Schweizer Recht – im Gegensatz zum Völkerrecht und zum EU-Recht – keinen Anspruch von Minderjährigen auf Nachzug der Eltern kenne. Dies wird als wesentlicher Mangel betrachtet.

Die Studie empfiehlt daher die Einführung des umgekehrten Familiennachzugs für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (vgl. Handlungsempfehlung 9.6) sowie für bestimmte Kinder mit Bleibeperspektive und ohne Möglichkeit, sich im Ausland mit der Familie zu vereinigen (vgl. Handlungsempfehlung 9.5).

Schliesslich unterstreicht die Studie die Bedeutung einer systematischen und frühzeitigen Beurteilung des Kindeswohls im Rahmen des Asylverfahrens, um das Recht auf Privat- und Familienleben bestmöglich zu gewährleisten. Diese Beurteilung solle sich nicht nur auf innerstaatliche Rechtsvorschriften stützen, sondern auch auf die Rechtsprechung und internationale Standards zum Schutz von Familie und Kindern, damit das Kindeswohl stets im Mittelpunkt der Entscheidungen stehe und somit gewährleistet sei, dass jede Situation individuell und gründlich geprüft werde.

4.2.1.3 Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe

In Bezug auf den Familiennachzug begrüsst die Mehrheit der Teilnehmenden die formulierten Handlungsempfehlungen und betonte gleichzeitig die Notwendigkeit substanzieller Änderungen, um dem Kindeswohl in den Verfahren zum Familiennachzug besser gerecht zu werden. Es wurde festgehalten, dass dieser Grundsatz im geltenden Rechtsrahmen und angesichts der Absicht des Gesetzgebers insbesondere bei vorläufig Aufgenommenen noch zu wenig eingehalten werde (VKM, SRK). Die wirtschaftliche Situation der Eltern bleibe das massgebende Kriterium (z. B. UNHCR).

Mehrere Mitglieder der Begleitgruppe kritisierten auch die übermässige Dauer der Verfahren zum Familiennachzug insbesondere im Asylbereich, was als unvereinbar mit dem Kindeswohl und dem durch die KRK und die BV garantierten Beschleunigungsgebot erachtet wird (Art. 10 Abs. 1 KRK, Art. 29 BV). In manchen Fällen würden betroffene Kinder noch vor dem Entscheid über das Gesuch um Familiennachzug volljährig (z. B. SRK, UNHCR).

Die dreijährige Wartefrist für den Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen wurde ebenfalls diskutiert. Es wurde auf die vom Bundesrat in die Vernehmlassung gegebene Gesetzesrevision hingewiesen, die eine Verkürzung der Frist auf zwei Jahre vorsieht. Mehrere Mitglieder der Begleitgruppe begrüsst diese Massnahme (SR, UNHCR). Das SRK begrüsst sogar die generelle Aufhebung der Wartefrist gemäss Handlungsempfehlung 9.4 der Studie. Einige Teilnehmende betonten jedoch, dass die Debatte auf andere Bedingungen für den Familiennachzug wie die Unabhängigkeit von Sozialhilfe oder eine angemessene Wohnung ausgeweitet werden müsse und dass die verkürzte Frist nicht die Einhaltung dieser Kriterien gefährden dürfe (SRK, UNHCR).

Schliesslich wurde auch die Frage des umgekehrten Familiennachzugs für unbegleitete Minderjährige (UMA) erörtert. Es wurde daran erinnert, dass die Studie die Einführung einer Rechtsgrundlage empfiehlt, die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen dieses Recht verleiht (vgl. Handlungsempfehlung 9.6). Diese Empfehlung wurde von mehreren Mitgliedern der Begleitgruppe begrüsst (z. B. SRK, NKS, SFH und UNHCR). Das SRK schlug vor, diese Möglichkeit auf Geschwister auszuweiten, um die Einheit der Familie zu gewährleisten. Sie regte auch eine breitere Auslegung von Artikel 51 AsylG an, die dem Kindeswohl Rechnung tragen würde; dies als Alternative zu einer Gesetzesrevision – obwohl diese eine bessere Rechtsgrundlage bieten würde.

4.2.1.4 Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat anerkennt die in der Studie formulierten Herausforderungen im Bereich des Familiennachzugs für Kinder im Asylbereich und teilt das grundlegende Anliegen, den Schutz des Privat- und Familienlebens sowie das Kindeswohl stärker in den Mittelpunkt zu rücken. Er ist sich bewusst, dass die Gewährleistung des Kindeswohls insbesondere im Rahmen von Entscheidungen über den Familiennachzug zu berücksichtigen ist.

In Bezug auf die empfohlene internationale konforme Auslegung der Wartefristregelung (vgl. Handlungsempfehlung 9.4) weist der Bundesrat darauf hin, dass das SEM seine Praxis nach dem Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. November 2022 bereits angepasst hat.¹²⁰ Eine schematische und automatische Anwendung der dreijährigen Wartefrist nach Artikel 85c Absatz 1 AIG ist seither nicht mehr zulässig. Stattdessen ist auf Antrag hin eine individuelle und einzelfallbezogene Prüfung vorzunehmen, die auch das Kindeswohl explizit berücksichtigt. Diese Praxisanpassung wurde zudem in den einschlägigen SEM-Richtlinien verankert.

Darüber hinaus verweist der Bundesrat auf den im Mai 2024 in die Vernehmlassung gegebenen Gesetzesentwurf zur Reduktion der Wartefrist von drei auf zwei Jahre.¹²¹ Die vorgesehene Anpassung trägt nicht nur der Rechtsprechung und internationalen Verpflichtungen Rechnung, sondern liegt auch innerhalb des Ermessensspielraums der Schweiz nach Artikel 8 EMRK. Zugleich ist der Bundesrat weiterhin der Ansicht, dass eine vollständige Aufhebung der Wartefrist – wie in Empfehlung 9.2 vorgeschlagen – eine umfassende Neubeurteilung des Familiennachzugsrechts voraussetzen würde. Dabei wären auch weitere Voraussetzungen wie die wirtschaftliche Unabhängigkeit zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang verweist der Bundesrat ebenfalls auf einige neuere parlamentarische Vorstösse, welche unter anderem Einschränkungen im Bereich des Familiennachzugs fordern, sowie auf seine entsprechenden Stellungnahmen.¹²² Die unterschiedlichen Anliegen und Positionen zeigen deutlich die Aktualität der Thematik des Familiennachzugs auf. Der Bundesrat regt an, dass diese wichtige Frage mit den zuständigen föderalen Behörden und den relevanten Akteuren nochmals eingehend geprüft wird, zum Beispiel im Rahmen der bereits unter den Kapiteln 4.1.1.4, 4.1.3.4 und 4.1.4.4 erwähnten Arbeitsgruppe. In diesem Rahmen können auch weitere Anliegen im Zusammenhang mit dem Familiennachzug, wie zum Beispiel die Ausweitung des Familienbegriffs, näher untersucht werden.

Die Studie empfiehlt, dass ein umgekehrter Familiennachzug für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge vorgesehen werden soll (siehe Handlungsempfehlung 9.6). Auch wenn der Bundesrat ein gewisses Verständnis für dieses Anliegen hat, weist er darauf hin, dass mit dem umgekehrten Familiennachzug auch ein Risiko einer Instrumentalisierung der Kinder durch ihre Eltern einhergeht. So könnte eine entsprechende gesetzliche Regelung in der Praxis die Gefahr bergen, dass Eltern ihre Kinder zum Zweck missbrauchen können, sich durch diese in der Schweiz einen Aufenthalt zu verschaffen. Ein solches Risiko könnte dem Schutz des Kindeswohles widersprechen und ist zu vermeiden. Schliesslich weist der Bundesrat darauf hin, dass

¹²⁰ Verfügbar unter www.sem.admin.ch > Publikationen & Service > Weisungen und Kreisschreiben > III. Asylgesetz > 6 Rechtliche Stellung, Ziffer 6.3.9.

¹²¹ Siehe [Medienmitteilung](#) «Bundesrat schlägt Anpassung der Wartefrist beim Familiennachzug vor» vom 1. Mai 2024.

¹²² 24.3511 Motion Friedli Esther «Kein Familiennachzug für vorläufig Aufgenommene», 24.3057 Motion Fraktion der Schweizerischen Volkspartei «Kein Familiennachzug für vorläufig Aufgenommene», 24.4506 Motion Riner Christoph «Familiennachzug von vorläufig Aufgenommenen erst nach Rückzahlung bereits bezogener Sozialhilfe», 24.4320 Motion Fraktion der Schweizerischen Volkspartei «Von Dänemark und Schweden lernen. Familiennachzug auf die Interessen der Schweiz ausrichten», 24.4444 Motion Stark Jakob «Von Dänemark und Schweden lernen. Familiennachzug auf die Interessen der Schweiz ausrichten» und 24.453 Parlamentarische Initiative «Migration. Einführung des Schweden-Modells».

der EU-Migrations- und Asylpakt, insbesondere die Verordnung über das Asyl- und Migrationsmanagement (AMMR), welche die Berücksichtigung des Kindeswohls als zentrale Garantie für Minderjährige fest schreibt (Art. 23 AMMR), keinen umgekehrten Familiennachzug vorsieht. Vielmehr verankert die AMMR das Prinzip der Überstellung des Kindes in den Staat, in dem sich ein Angehöriger aufhält, und nicht umgekehrt die Überstellung des Angehörigen in den Staat, in dem sich das Kind befindet, es sei denn, es könne nachgewiesen werden, dass eine Überstellung des Kindes nicht seinem Wohl entspricht (vgl. Art. 24 und 25 Abs. 2 und 3 AMMR-Verordnung). Dadurch wird dem Kindeswohl angemessen Rechnung getragen.

4.2.2 Recht auf Privat- und Familienleben im Ausländerbereich

4.2.2.1 Aktuelle Regelung und Praxis

a. Allgemeiner Rahmen des Familiennachzugs

Sinn und Zweck des Familiennachzugs ist es, das Zusammenleben der Familie zu ermöglichen und rechtlich abzusichern.¹²³

Der ordentliche Familiennachzug fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit der Kantone. Die Bedingungen für den Familiennachzug hängen vom ausländerrechtlichen Status der nachziehenden Person ab. Je stabiler deren Aufenthaltsberechtigung ist, desto weniger streng sind die Anforderungen an den Familiennachzug.

In den Artikeln 42–52 AIG werden diese Voraussetzungen konkret geregelt. So können minderjährige Kinder zu in der Schweiz lebenden Eltern nachziehen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, wie etwa eine fristgerechte Gesuchseinreichung, geeignete Wohnverhältnisse und wirtschaftliche Selbstständigkeit der Bezugsperson. Schliesslich konkretisieren die Artikel 73–77 VZAE die Anforderungen an den Familiennachzug, insbesondere hinsichtlich Fristen, wirtschaftlicher Tragbarkeit und Unterbringung. Bei der Prüfung müssen die individuellen Interessen an der Erteilung bzw. am Erhalt des Anwesenheitsrechts und die öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung sorgfältig gegeneinander abgewogen werden (Art. 96 AIG, Art. 8 Abs. 2 EMRK), dazu gehört auch die Berücksichtigung des Kindeswohls.¹²⁴

Wird im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung erteilt, beträgt die erstmalige Gültigkeitsdauer ein Jahr, eine Verlängerung ist für zwei Jahre möglich (Art. 58 Abs. 1 VZAE).

Da der vorliegende Bericht in die Zuständigkeit des Bundesrates fällt, werden im Folgenden nur die Verfahren zum Familiennachzug sowie die Verfahren nach Artikel 8 EMRK, die der Zustimmungspflicht des SEM unterliegen (Art. 3 Bst. f und 6 ZV-EJPD) und die das Kindeswohl betreffen, erörtert.

b. Familiennachzug ausserhalb der Fristen

Der Familiennachzug unterliegt bestimmten Fristen (Art. 47 AIG). Damit soll eine möglichst rasche Integration in der Schweiz gefördert werden. Bei einem Gesuch um Familiennachzug ausserhalb dieser Fristen müssen wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden (Art. 47 Abs. 4 AIG und Art. 75 VZAE), unter Berücksichtigung des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK und Art. 13 BV) und des Kindeswohls (Art. 3 KRK).

Im Rahmen seiner Zuständigkeiten (Art. 6 Bst. a ZV-EJPD) prüft das SEM auch Gesuche um Familiennachzug ausserhalb der Fristen. Ein wichtiges Prüfkriterium ist dabei das Kindeswohl,

¹²³ Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 6.1.1.

¹²⁴ Vgl. BGE 143 I 21 vom 17. November 2016, E. 5.1 ff

dies hat jedoch im Rahmen einer Gesamtschau aller relevanten Elemente im Einzelfall zu erfolgen.¹²⁵ In diesem Zusammenhang nehmen die Behörden eine individuelle und eingehende Beurteilung der Situation des betroffenen Kindes vor. Dabei berücksichtigen sie insbesondere das Alter des Kindes, die Dauer seines Aufenthalts im Ausland, seine Bindungen im derzeitigen Wohnsitzland sowie die Auswirkungen einer Veränderung des Lebensumfelds auf seine persönliche Entwicklung und emotionale Stabilität.¹²⁶

Der Entscheid über die persönliche Anhörung des Kindes und über die Art und Weise seiner Mitwirkung muss dem Grad der Urteilsfähigkeit Rechnung tragen, damit ein echtes Mitwirkungsrecht gewährleistet ist und das Kindeswohl im Wegweisungsentscheid tatsächlich berücksichtigt wird.¹²⁷ Diesbezüglich sieht Artikel 47 Absatz 4 AIG vor, dass Kinder über 14 Jahre bei Bedarf im Rahmen des Familiennachzugs ausserhalb der Fristen angehört werden. Diese Bestimmung konkretisiert, wie dem Kindeswohl gemäss dem in Artikel 12 KRK verankerten Mitwirkungsrecht Rechnung getragen werden kann. Diese Anhörung soll sicherstellen, dass die Sicht des Kindes in die umfassende Prüfung des Kindeswohls einfliesst. Die Anhörung findet in der Regel bei der Schweizer Vertretung am Aufenthaltsort statt (Art. 73 Abs. 3 und 74 Abs. 4 VZAE). Da das ausländerrechtliche Verfahren jedoch vorwiegend schriftlich geführt wird, ist es nicht unerlässlich, dass die Kinder persönlich und mündlich angehört werden; dies aber unter der Voraussetzung, dass ihr Standpunkt angemessen ausgedrückt werden kann.¹²⁸

c. Der umgekehrte Familiennachzug gestützt auf Artikel 8 EMRK

In Bezug auf den umgekehrten Familiennachzug gibt es keinen spezifischen Gesetzesartikel, der die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Eltern, die von ihrem Kind in die Schweiz nachgezogen werden, regelt. Die Rechtsprechung hat jedoch wiederholt das Vorliegen einer solchen Konstellation in Verbindung mit Artikel 8 EMRK anerkannt.¹²⁹

Die Rechtsprechung hält auch fest, dass der Schutz aus Artikel 8 EMRK kein bedingungsloses Aufenthaltsrecht garantiert: Eine enge und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung zu nahen Verwandten wird vorausgesetzt,¹³⁰ und es muss aufgezeigt werden, dass eine Fortführung des Familienlebens im Ausland nicht zumutbar wäre¹³¹. Wenn also das Familienleben in einem anderen Land ohne übermässige Beeinträchtigung der Grundrechte möglich wäre, können die Behörden eine Genehmigung verweigern, ohne gegen die EMRK zu verstossen.

Gemäss dem Schutz des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8 EMRK ist das Kindeswohl bei der Interessenabwägung seitens der nationalen und europäischen Instanzen (EGMR) von grundlegender Bedeutung.¹³²

Es handelt sich beim Kindeswohl ausländerrechtlich jedoch nach wie vor nur um ein zu berücksichtigendes Element unter anderen. Die zuständige Behörde hat Art und Umfang der faktischen Ausübung der Kontakte zwischen den Eltern und dem Kind deshalb mit geeigneten Mitteln im ausländerrechtlichen Verwaltungsverfahren sorgfältig abzuwägen.¹³³

Somit kann Artikel 8 EMRK den Eltern von in der Schweiz aufenthaltsberechtigten minderjährigen Kindern einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung zugestehen, wenn zwischen den betroffenen Personen enge Beziehungen bestehen und der Aufenthalt dazu dient, ein tatsächlich

¹²⁵ Weisungen SEM I. Ausländerbereich, Ziff. 6.10.2

¹²⁶ Urteile BGer 2C_1198/2012 vom 26. März 2013 E. 4.2; 2C_132/2012 vom 19. September 2012 E. 2.3.1; 2C_555/2012 vom 19. November 2012 E. 2.3; 2C_909/2019 vom 7. April 2020 E. 4.6.8.

¹²⁷ BVGer E-4098/2018 vom 25. Juli 2018 E. 2.4

¹²⁸ Urteil 2C_576/2011 vom 13. März 2012 E. 3.3

¹²⁹ BGE 122 II 289 vom 31. Mai 1996, E. 1c S. 292 ff.; Urteil 2C_372/2008 vom 25. September 2008 E. 1.4 mit Hinweisen.

¹³⁰ Gemäss den Weisungen AIG, Ziff. 6.17.2.1

¹³¹ Weisungen AIG, Ziff. 6.17.2.4.3

¹³² Weisungen AIG, Ziff. 6.17.2.4.3; Urteil des EGMR El Ghatet gegen Schweiz § 46

¹³³ Weisungen AIG, Ziff. 6.17.2.4.3

gelebtes Familienleben zu gewährleisten.¹³⁴ Der entsprechende Schutz gilt jedoch nicht absolut. Ein Eingriff in das geschützte Rechtsgut von Artikel 8 EMRK ist zulässig, wenn er gesetzlich vorgesehen und unter den dort aufgeführten, das öffentliche Interesse betreffenden Voraussetzungen notwendig ist. Der Eingriff erfordert somit eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und den öffentlichen Interessen an deren Verweigerung. Bei der Interessenabwägung spielt grundsätzlich auch das staatliche Interesse an der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik eine Rolle.¹³⁵

4.2.2.2 Wichtigste Ergebnisse der Studie

In der Studie liegt der Fokus auf der Analyse der internationalen und schweizerischen Rechtsprechung zum Familiennachzug unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls gemäss der KRK.

Die Analyse zeige, dass zwar in der Rechtsprechung – insbesondere auf internationaler Ebene – eine zunehmende Sensibilisierung für die Situation minderjähriger Kinder erkennbar sei. Dennoch werde das Kindeswohl in der schweizerischen Praxis nach wie vor nicht konsequent und umfassend berücksichtigt, wie es die KRK verlange. Dies zeige sich insbesondere in der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sowie bei Ermessensentscheiden.

Die empirischen Befunde belegten, dass in erstinstanzlichen sowie in Rechtsmittelverfahren dem Kindeswohl kaum ein den normativen Vorgaben der KRK entsprechendes Gewicht eingeräumt werde. Die tatsächliche Lebenssituation der betroffenen Kinder werde unzureichend erhoben, und bei Trennungen von einem Elternteil fehlten vielfach vertiefte Abklärungen zu deren Auswirkungen auf das Kind. Zudem würden die prozeduralen Anforderungen der KRK, insbesondere hinsichtlich der Anhörung und Mitwirkung von Kindern, sowie die inhaltlichen Vorgaben zur Interessenabwägung nur punktuell umgesetzt.

Ein zentrales Problem stelle der restriktive Umgang mit den gesetzlichen Fristen für Anträge auf Familiennachzug nach Artikel 47 AIG dar. Dies betreffe vor allem Kinder über zwölf Jahre, für die ein Nachzug nach Ablauf der zwölf Monate nur bei «wichtigen familiären Gründen» möglich sei. Dieser Begriff werde in der Praxis zu eng ausgelegt. Das Kindeswohl werde in der Praxis nur selten als entscheidend angesehen, da die tatsächliche Situation nicht ausreichend berücksichtigt werde. Diese Praxis stehe im Spannungsverhältnis zu den Anforderungen der KRK, welche eine Einzelfallabwägung unter primärer Berücksichtigung des Kindeswohls verlange.

Besondere Aufmerksamkeit widmet die Studie dem sogenannten umgekehrten Familiennachzug: Kinder mit gesichertem Aufenthaltsstatus in der Schweiz hätten derzeit keine Möglichkeit, ihre Eltern nachzuziehen. Ein kategorischer Ausschluss sei mit den Vorgaben der KRK kaum vereinbar.

Abschliessend formuliert die Studie konkrete Handlungsempfehlungen zur Verbesserung der aktuellen Praxis. Dazu gehören:

- Eine systematischere und kindeswohlozentrierte Sachverhaltsabklärung, die effektive Beteiligung von Kindern im Verfahren (vgl. Handlungsempfehlung 9.1);

¹³⁴ BGE 135 I 143 vom 2. Februar 2009, E. 1.3.1 und die zitierte Rechtsprechung; BGE 136 II 497 vom 1. Oktober 2010, E. 3.2 und BGE 130 II 137 vom 16. Januar 2004, E. 2.1

¹³⁵ BGE 137 I 247 vom 19. Mai 2011, E. 4.1.1 und E. 4.1.2, S. 249 f. mit Hinweisen; Urteil BVGer C-1682/2011 vom 14. Juni 2012 E. 3.1.

Das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht

- Beim Nachzug von Kindern ist ein genereller Verzicht auf Fristen (Art. 47 AIG) in Erwägung zu ziehen. Bei Beibehalt wird empfohlen, die Frist bei Kindern über zwölf Jahren deutlich zu verlängern (vgl. Handlungsempfehlung 9.2);
- Die Anpassung der Praxis bei Entscheiden über den nachträglichen Familiennachzug (wichtige familiäre Gründe) an die Vorgaben der KRK, insbesondere in Bezug auf die Beurteilung des Kindeswohls und die Mitwirkung des Kindes (vgl. Handlungsempfehlung 9.3);
- Die Prüfung der Einführung von umgekehrten Nachzugsrechten für Kinder in spezifischen Situationen, beispielsweise Kinder mit Bleibeperspektive und ohne Möglichkeit, sich im Ausland mit der Familie zu vereinigen (vgl. Handlungsempfehlung 9.5).

4.2.2.3 Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe

Wie bereits beim asylrechtlichen Verfahren betonten einige Mitglieder der Begleitgruppe, dass auch im ausländerrechtlichen Verfahren das Kindeswohl bei Entscheidungen über den Familiennachzug und anderen aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen vermehrt berücksichtigt werden müsse. Eine differenziertere Betrachtung der individuellen familiären Umstände sei notwendig (z. B. SRK und UNHCR). Insbesondere das UNHCR weist darauf hin, dass es auch in diesem Zusammenhang empfehlenswert wäre, ein multidisziplinäres Verfahren zur Feststellung des übergeordneten Kindesinteresses einzuführen. Die VKM weist darauf hin, dass die gesetzlichen Vorgaben und die bundesgerichtliche Rechtsprechung durch die zuständigen Behörden eingehalten würden.

Teilweise wird kritisiert, dass die Berücksichtigung der Kinderperspektive auch in ausländerrechtlichen Verfahren entweder fehle oder nur in sehr begrenztem Umfang stattfinde (NKS, SGV). Es wird empfohlen, dass bei allen relevanten aufenthaltsrechtlichen Entscheiden wie insbesondere dem Familiennachzug die Kinder selbst stärker in den Entscheidungsprozess eingebunden werden sollten, sei es durch persönliche Anhörungen oder durch die gezielte Berücksichtigung ihrer Interessen und Bedürfnisse (z. B. EKM, SRK).

Es werden teilweise auch Bedenken bezüglich der langen Dauer von ausländerrechtlichen Verfahren geäußert, die zu einer Verzögerung des Familiennachzugs führen könnten (z. B. SRK, UNHCR). Diese Verzögerungen würden dem Kindeswohl entgegenstehen, da sie den Kindern eine angemessene familiäre Bindung und Stabilität verwehrt. In diesem Zusammenhang werden teilweise auch die gesetzlichen Fristen für den nachträglichen Familiennachzug kritisiert, die zu kurz und zu wenig flexibel seien (Art. 47 AIG). Diese starren Fristen seien nicht immer im Interesse des Kindes.

Einige Mitglieder äussern die Meinung, dass die in der Studie enthaltene Handlungsempfehlung 9.5 zur Prüfung des umgekehrten Familiennachzugs zu konkretisieren sei – etwa, ob ein solches Recht gesetzlich verankert werden solle (z. B. KKJPD).

Schliesslich hebt die Begleitgruppe hervor, dass der behördliche Aufwand im Zusammenhang mit den Handlungsempfehlungen nicht zu unterschätzen sei.

4.2.2.4 Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat kann die in der Studie sowie von der Begleitgruppe aufgezeigten Herausforderungen im Bereich des Familiennachzugs im ausländerrechtlichen Verfahren nachvollziehen. Er unterstützt daher das Anliegen, den Schutz des Privat- und Familienlebens sowie das Kindeswohl in der behördlichen Praxis vermehrt in den Mittelpunkt zu stellen. Dem Kindeswohl kommt insbesondere bei Entscheiden über den Familiennachzug eine wesentliche Bedeutung zu.

Derzeit sind verschiedene parlamentarische Vorstösse hängig (z. B. Motionen 24.4320, 24.4444, 25.3921, 23.3658), die eine Einschränkung des Familiennachzugs vorsehen. Der Bundesrat hat in den Stellungnahmen zu diesen parlamentarischen Vorstössen festgehalten, dass der Gestaltungsspielraum für eine Anpassung der gesetzlichen Voraussetzungen des Familiennachzugs aufgrund verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Bestimmungen (insbesondere EMRK) beschränkt ist. In diesem Zusammenhang sind die Verpflichtungen der Schweiz gegenüber der EU zu berücksichtigen (vgl. Art. 3 Anhang I des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA; SR 0.142.112.681]). Vor einer allfälligen Überprüfung der Bestimmungen zum Familiennachzug im AIG oder einer Änderung der Praxis beim nachträglichen Familiennachzug (Art. 47 AIG) ist es sinnvoll, die Entscheide zu diesen parlamentarischen Vorstössen abzuwarten.

Der Bundesrat weist ausserdem darauf hin, dass das Ziel der bestehenden Fristen für den nachträglichen Familiennachzug ist, dass sich die Familienangehörigen erfolgreich in der Schweiz integrieren können, insbesondere durch eine möglichst rasche Einschulung. Ein späterer Familiennachzug kann jedoch bewilligt werden, wenn dafür wichtige familiäre Gründe bestehen; dabei steht insbesondere auch das Kindeswohl im Zentrum. Kinder über 14 Jahre müssen angehört werden, sofern dies erforderlich ist.

Die Migrationsbehörden beachten in ihrer Praxis die Entwicklung der Rechtsprechung zum Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) und zum Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen für den Familiennachzug (Art. 42–45 und 85c AIG) nicht erfüllt, kann im Einzelfall dennoch eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG). Dabei wird auch geprüft, ob die Bewilligungserteilung gestützt auf einen Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens erforderlich ist (Art. 8 EMRK). Dies gilt insbesondere für den umgekehrten Familiennachzug, das heisst für den Nachzug eines Elternteils zum Kind mit einem gefestigten Aufenthaltsrecht in der Schweiz.

Der Bundesrat anerkennt die Anliegen der Studie und eines Teils der Begleitgruppe, wonach die Abklärung des Kindeswohls und die Beteiligung der Kinder an ausländerrechtlichen Verfahren systematischer erfolgen sollte. Angesichts der föderalen Zuständigkeiten und der damit verbundenen Vollzugspraxis erachtet er es als sinnvoll, auch diese Fragen gemeinsam mit den betroffenen kantonalen Stellen in einer Arbeitsgruppe zu vertiefen (siehe auch Kapitel 4.1.1.4, 4.1.3.4, 4.1.4.4 und 4.2.1.4).

4.3 Gewährleistung des Kindeswohls im Kontext der Unterbringung, Betreuung und Bildung

4.3.1 Zuständigkeiten

Stellt eine Person in der Schweiz ein Asylgesuch, wird sie für die Durchführung des Asylverfahrens zunächst in einem BAZ untergebracht. Diesfalls ist das SEM für die Ausrichtung der Sozialhilfe zuständig (Art. 80 Abs. 1 AsylG). Bei Asylsuchenden ist die Unterstützung nach Möglichkeit in Form von Sachleistungen zu erbringen (Art. 82 Abs. 3 AsylG). Sie umfasst die Unterbringung, Betreuung, Verpflegung, ein Taschengeld sowie die medizinische Grundversorgung.

Bei UMA gehen die Aufgaben des SEM über die reguläre Sozialhilfe hinaus. So begründet die Zuweisung in ein BAZ ein besonderes Pflegeverhältnis zwischen dem UMA und der Leitung des jeweiligen Zentrums. Dieses umfasst die tatsächliche Obhut, und die rechtliche Stellung

der Leitung entspricht derjenigen der Pflegeeltern gemäss Artikel 300 Absatz 1 ZGB. Diese Obhut kann an das zuständige Betreuungspersonal – in der Regel an Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen – delegiert werden. Sie beinhaltet insbesondere die alltägliche Erziehungs- und Betreuungsarbeit.¹³⁶ Für die Vertretung im Asylverfahren ist die zugewiesene Rechtsvertretung zuständig. In ihrer Rolle als Vertrauensperson (vgl. Kapitel 3.2.4) steht sie dem UMA im Alltag zusätzlich beratend und unterstützend zur Seite, verfügt jedoch über keine Vertretungsvollmacht ausserhalb des Asylverfahrens.¹³⁷

Bei begleiteten Kindern obliegen die Obhut und die gesetzliche Vertretung den Eltern (vgl. Kapitel 3.2.1). Das SEM bleibt jedoch für die Ausrichtung der Sozialhilfe bzw. für die Unterbringung, Betreuung, Verpflegung und medizinische Versorgung zuständig und hat sicherzustellen, dass das Kindeswohl angemessen berücksichtigt wird (Art. 11 BV).

Liegt eine Gefährdung des Kindeswohls von begleiteten oder unbegleiteten Kindern vor oder ist eine gesetzliche Vertretung für urteilsunfähige UMA notwendig, ist die Kindesschutzbehörde des Standortkantons des jeweiligen BAZ zuständig. Damit besteht eine komplementäre Schutzverantwortung der Asyl- und der Kindesschutzbehörden.¹³⁸

Spätestens nach 140 Tagen Aufenthalt im BAZ oder nach Abschluss des Asylverfahrens erfolgt die Zuweisung der Asylsuchenden in einen Kanton. Ab diesem Zeitpunkt geht die Verantwortung für die Ausrichtung und Ausgestaltung der Sozialhilfe vom Bund auf den zugewiesenen Kanton über (Art. 80a und 82 AsylG sowie Art. 115 BV). Dasselbe gilt auch für die Ausrichtung von Nothilfe. Der Bund hat bei der Ausgestaltung der Sozial- und Nothilfe kein Weisungs- oder Aufsichtsrecht gegenüber den Kantonen.

Unabhängig von der zuständigen Behörde (Bundes-, Kantons- oder Gemeindebehörde) gilt stets die Verpflichtung, das Kindeswohl bei der Ausgestaltung der Sozialleistungen zu berücksichtigen (Art. 3 KRK). Dazu zählen insbesondere das Recht auf eine angemessene Unterbringung, der Zugang zu Bildung und medizinischer Versorgung sowie der Schutz und die gesunde Entwicklung des Kindes (Art. 27, 28, 24, 6 und 19 KRK).

4.3.2 Unterbringung, Betreuung und Bildung auf Bundesebene

4.3.2.1 Aktuelle Regelung und Praxis

a. Unterbringung und Betreuung

Zu Beginn des Asylverfahrens werden alle Asylsuchenden in BAZ untergebracht. Im beschleunigten Verfahren verbleiben sie dort bis zur Asylgewährung, zur Anordnung der vorläufigen Aufnahme oder bis zur Ausreise. Im Dublin-Verfahren bleiben sie bis zu ihrer Ausreise im BAZ, während sie im erweiterten Verfahren dort lediglich bis zu ihrer Zuweisung an einen Kanton untergebracht sind (Art. 24 Abs. 3 AsylG).

Die Unterbringung und Betreuung von Kindern in den BAZ orientiert sich an der geltenden nationalen Gesetzgebung sowie an den Grundsätzen der KRK. Relevant sind dabei insbesondere Artikel 6 KRK (Gewährleistung des Überlebens und der Entwicklung des Kindes im grösstmöglichen Umfang), Artikel 24 KRK (Recht auf Gesundheit), Artikel 27 KRK (Recht auf eine angemessene Unterbringung) sowie, für UMA, Artikel 20 KRK (Schutz von Kindern, die vorübergehend oder dauerhaft von ihren Familien getrennt sind). Im nationalen Recht sieht die

¹³⁶ Affolter-Fringeli Kurt und Vogel Urs, UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren (BAZG) – Zur Rolle der Vertrauensperson, der Kindesvertretung im Asylverfahren, der gesetzlichen Vertretung im Allgemeinen und der Herbeiführung allfälliger Kindeschutzmassnahmen, Ligerz und Kulmerau 2023, S. 15 f (nachfolgend: Affolter/Vogel).

¹³⁷ Affolter/Vogel, S. 18, S. 27.

¹³⁸ SODK, Empfehlungen zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich.

Bundesverfassung Regelungen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor (z. B. Art. 11 BV [Schutz der Kinder und Jugendlichen]). Auf Gesetzesstufe sieht sodann das Asylgesetz vor, den besonderen Bedürfnissen von Kindern in der Unterbringung möglichst Rechnung zu tragen (Art. 82 Abs. 3^{bis} AsylG). Konkretisiert wird diese Regelung in Artikel 5 der Verordnung des EJPD vom 4. Dezember 2018 über den Betrieb von Unterkünften des Bundes und Unterkünften an den Flughäfen (Verordnung EJPD; SR 142.311.23). Artikel 5 der Verordnung EJPD legt zudem fest, dass alle Asylsuchenden grundsätzlich in nach Geschlecht getrennten Schlafräumen untergebracht werden. Die Unterbringung von Familien erfolgt gemeinsam, wobei die entsprechenden Schlafräume ein Zusammenleben und möglichst auch Privatsphäre ermöglichen sollen. Je nach Infrastruktur des BAZ erhalten Familien entweder ein eigenes Zimmer oder teilen sich ein grösseres Zimmer mit anderen Familien.

Diese und weitere Grundsätze werden spezifisch in Bezug auf UMA im «Handbuch zur Unterbringung und Betreuung von UMA in den BAZ»¹³⁹ festgehalten und konkretisiert. Die Leistungserbringer Betreuung sind gehalten, sich an die Regelungen des Handbuchs zu halten und dieses in der Praxis umsetzen. Dieses umfasst eine sozialpädagogische Begleitung (Teil II, S. 12 ff.) sowie Richtlinien zur Betreuung und Unterbringung der UMA (Teil III und IV, S. 29 ff. bzw. S. 43 ff.). Es definiert operative Grundsätze, wie zum Beispiel Vorgaben zur Gestaltung des Tagesprogramms (Teil III, Kapitel 2, S. 30 ff.), das Vorgehen bei einem Verschwinden (Teil IV, Kapitel 4, S. 50) oder das Sanktionenreglement (Teil III, Kapitel 2.13, S. 38). Es werden zudem die Zuständigkeiten bezüglich der Vertretung von UMA (Teil IV, Kapitel 5 und 6, S. 50 ff.) und die rechtlichen Grundlagen erläutert (Teil I, Kapitel 2.1, S. 6 f.).

UMA werden in den BAZ getrennt von Erwachsenen untergebracht (vgl. Art. 5 Abs. 3 Verordnung EJPD); häufig auf einem eigenen Stockwerk oder in einem separaten Gebäude.¹⁴⁰ Sie werden von einem spezialisierten Betreuungsteam (sog. UMA-Team) betreut, das aus Betreuungspersonal sowie aus Sozialpädagoginnen und -pädagogen besteht. Das UMA-Team ist für die alltägliche Betreuung der UMA zuständig, erstellt das Tagesprogramm und organisiert Aktivitäten. Dabei orientiert es sich an den Vorgaben des UMA-Handbuchs (Teil III und IV) und setzt dieses um. Die Sozialpädagoginnen und -pädagogen übernehmen bei UMA zudem die Rolle der Bezugsperson. Im Zusammenhang mit der Empfehlung 14. b) des UNO-Kinderrechtsausschusses vom 22. Oktober 2021 prüft ausserdem das SEM derzeit, in welcher Form das Betreuungspersonal in den BAZ im Bereich Kinderrechte und Kinderschutz vermehrt geschult werden kann.¹⁴¹

Für begleitete Kinder sind wichtige Grundsätze für ihre Betreuung im Betriebskonzept für die Unterbringung in einem BAZ¹⁴² (BEKO) verankert. Bei ausreichenden Kapazitäten unterstützt das UMA-Team auch die Betreuung von Familien. Jedes BAZ verfügt über einen kinderfreundlichen Aufenthaltsraum, in dem spezielle Aktivitäten für Kinder und Familien stattfinden.

Die Einhaltung der Vorgaben des UMA-Handbuchs und des BEKO und somit die Gewährleistung des Kindeswohls in der Unterbringung und Betreuung werden durch interne Audits¹⁴³ und

¹³⁹ Handbuch zur Unterbringung und Betreuung von UMA in den BAZ, Version 2.0 vom 01.11.2023; abrufbar unter: www.sem.admin.ch > Startseite > Asyl/Schutz vor Verfolgung > Das Asylverfahren > Weitere Themen (nachfolgend: «UMA-Handbuch»).

¹⁴⁰ UMA unter 12 Jahren werden grundsätzlich nicht in den BAZ untergebracht. Es wird in Zusammenarbeit mit der kantonalen Kinderschutzhilfe eine angepasste externe Unterbringung organisiert.

¹⁴¹ Der UNO-Kinderrechtsausschuss empfiehlt in seinen Schlussbemerkungen zum fünften und sechsten Staatenbericht der Schweiz vom 22. Oktober 2021 eine Verbesserung der Ausbildung und Sensibilisierung von Personen, die mit Kindern oder für Kinder arbeiten, in Bezug auf die Kinderrechte. Dies auch spezifisch für Personen, die im Asylwesen arbeiten (Empfehlung 14 b). Der Bundesrat nimmt in seinem Bericht vom 14. März 2025 zum Follow-up [der Empfehlungen des UNO-Kinderrechtsausschusses](#) Bezug auf diese Empfehlung und definiert dafür eine entsprechende Massnahme (Massnahme 6; Bericht abrufbar unter www.bsv.admin.ch > Generationen & Gesellschaft > Kinder & Jugendliche > Kinderrechte).

¹⁴² www.sem.admin.ch > Asyl/Schutz vor Verfolgung > Das Asylverfahren > Asylregionen und Bundesasylzentren (*unter Dokumentation*).

¹⁴³ Betriebskonzept Unterbringung, S. 84.

durch regelmässige Überprüfungen der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF)¹⁴⁴ sichergestellt.

Beim Eintritt in ein BAZ werden alle Asylsuchenden obligatorisch medizinisch im Rahmen ihres Eintritts umfassend informiert und erhalten auf Wunsch eine freiwillige medizinische Erstkonsultation. Diese beinhaltet auch Fragen zur psychischen Gesundheit. Asylsuchende sind krankenversichert und können medizinische Leistungen, die von der Krankenkasse gedeckt werden, in Anspruch nehmen. Bei gesundheitlichen Beschwerden können sie sich an die im BAZ vorhandene Pflegestation wenden, die bei Bedarf weitere Abklärungen bei den Zentrumsärztinnen und -ärzten einleitet. Zudem bestehen Vereinbarungen mit spezialisierten Institutionen wie Kinder- und Jugendpsychiatrien, die regelmässig Sprechstunden im BAZ anbieten. Aufgrund des aktuellen Fachkräftemangels im Gesundheitswesen können jedoch auch im Asylbereich gewisse Wartezeiten nicht ausgeschlossen werden. Die Sicherstellung einer effizienten und zielführenden medizinischen Versorgung in der Praxis hat für das SEM jedoch weiterhin eine hohe Priorität.

Schliesslich ist eine kindesgerechte Information über das Leben im Zentrum ebenfalls gewährleistet. So erhalten alle UMA beim Eintritt in ein BAZ ein Merkblatt mit den wichtigsten Informationen zur Schule und weiteren Aktivitäten, zum Ausgang sowie zu den Ansprechpersonen.¹⁴⁵

b. Bildung

Artikel 28 KRK anerkennt das Recht jedes Kindes auf Bildung und verpflichtet die Vertragsstaaten, schrittweise Chancengleichheit im Bildungswesen zu erzielen. Dazu gehören unter anderem der unentgeltliche und verpflichtende Grundschulbesuch, der Ausbau weiterführender Schulen, finanzielle Unterstützung bei Bedürftigkeit, der Zugang zu Hochschulen je nach Fähigkeit, Bildungsberatung sowie Massnahmen zur Senkung der Schulabbruchquote. Artikel 29 KRK legt fest, dass Bildung auf die ganzheitliche Entwicklung des Kindes ausgerichtet sein muss – dazu gehören die Entfaltung seiner Persönlichkeit und Fähigkeiten, die Achtung der Menschenrechte, kulturelle Identität, Toleranz und Umweltbewusstsein. So sieht auch Artikel 19 BV vor, dass sämtliche Kinder, die sich in der Schweiz befinden, einen Anspruch auf Grundschulunterricht haben.

In den BAZ erhalten gestützt auf diese internationalen und nationalen rechtlichen Grundlagen alle Kinder von vier bis 15 Jahren während ihres Aufenthalts Schulunterricht (Art. 9 Verordnung des EJPD). Der Unterricht findet entweder in Schulräumen im BAZ selbst oder in externen Schulräumen des Kantons statt. Dabei nehmen die betroffenen Kinder während ihres Aufenthalts im BAZ grundsätzlich nicht am Regelschulunterricht teil. Grund dafür sind insbesondere die sehr unterschiedlichen schulischen Vorkenntnisse und die zum Teil fehlenden Sprachkenntnisse der Kinder sowie die kurze Aufenthaltsdauer – die Zusammensetzung der Klasse ändert sich wöchentlich durch Austritte in den Kanton oder verfahrensbedingte Verlegungen in andere BAZ. Die Standortkantone der BAZ sind für die Organisation und Durchführung des Unterrichts zuständig (Art. 62 BV sowie Art. 80 Abs. 4 AsylG). Einige Standortkantone¹⁴⁶ haben beschlossen, nebst den vier- bis 15-jährigen auch 16- und 17-jährige Asylsuchende, welche im BAZ untergebracht sind, zu unterrichten. Aufgrund der kantonalen Zuständigkeit liegt es im Ermessen der Kantone, auch diese Personengruppe zu unterrichten. UMA, die nicht mehr

¹⁴⁴ Gestützt auf das Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Kommission zur Verhinderung von Folter (BF NKVF, SR.150.1) führt die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) seit 2017 regelmässig Kontrollbesuche in den Bundesasylzentren durch.

¹⁴⁵ Die Informationen dieses Merkblatt sind auch in der Asyl-Info-App unter der Kachel «Unbegleitete minderjährige» zu finden ([asyl-info.ch bietet Informationen für Geflüchtete / Asylsuchende in der Schweiz | Asylum Info](https://www.asyl-info.ch/bietet-Informationen-fuer-Gefuechtete-Asylsuchende-in-der-Schweiz-Asylum-Info)).

¹⁴⁶ Zusatzvereinbarungen zum Unterrichten von 16- und 17-jährigen AS bestehen mit den Kantonen BE, BS, GE, SO, SG, TI, ZH.

schulpflichtig sind und nicht zur Schule gehen können, besuchen Sprachkurse, die im BAZ angeboten werden.¹⁴⁷

4.3.2.2 Wichtigste Ergebnisse der Studie

Gemäss der Studie besteht die Hauptproblematik der Unterbringung und Betreuung darin, dass die Vorgaben der KRK und insbesondere das Kindeswohl in den BAZ nicht ausreichend berücksichtigt werden, da der Fokus auf dem Asylverfahren und nicht auf den individuellen Bedürfnissen der Kinder bzw. des Kindseins liege. So fehle es an Spiel- und Rückzugsmöglichkeiten und ausreichend qualifiziertem Personal. Auch führten häufige Wechsel zwischen Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen zu sozialen und örtlichen Diskontinuitäten, die aus kinderrechtlicher Sicht problematisch seien. Laut den befragten Fachpersonen werde der Bedarf von begleiteten Kindern wenig erfragt und erkannt. Es bestehe häufig die Annahme, dass Kinder dieselben Interessen wie ihre Eltern hätten, was jedoch nicht immer zutrefte. Dieser Umstand sei auch auf das Fehlen verbindlicher Standards zur Unterbringung zurückzuführen.

Die Studie hebt jedoch auch hervor, dass in den letzten Jahren Anstrengungen und Verbesserungen vorgenommen wurden. Auch wenn für begleitete Kinder weiterhin fachliche Standards fehlen würden, so hätten das überarbeitete BEKO und das UMA-Handbuch zu positiven Entwicklungen geführt. Auch die Bemühungen des SEM zur Qualitätssicherung, wie interne Audits, das Pilotprojekt einer externen Meldestelle und die Kontrollen durch die NKVF, werden positiv bewertet. Verbesserungspotenzial bestehe bei der Information der Kinder über ihre Beschwerdemöglichkeiten in Zusammenhang mit der Unterbringung und Betreuung.

Im Rahmen der Studie wurde auch die medizinische Grundversorgung von Kindern in den BAZ untersucht. Diese werde gewährleistet, insbesondere bei der Erkennung und Behandlung vor allem psychischer Beschwerden gebe es aber noch Lücken. Hinsichtlich des Bildungszugangs stellt die Studie fest, dass Kinder im Alter von vier bis 15 Jahren in der Regel unterrichtet werden, während 16- und 17-Jährige teilweise nur eingeschränkten Zugang haben.

Die Studie empfiehlt in Bezug auf die Unterbringung und Betreuung von Kindern im Asylverfahren, Strukturen ausserhalb der BAZ zu schaffen (vgl. Handlungsempfehlungen 11–12). Ausserdem wird eine Vereinheitlichung der Rechtsgrundlagen und Standards der Unterbringung und Betreuung aller Kinder unabhängig vom asyl- und ausländerrechtlichen Status empfohlen. Da es für die Umsetzung dieser Handlungsempfehlungen grösserer struktureller Anpassungen bedarf, wird vorerst empfohlen, die praktischen Massnahmen zur Sicherstellung des Kindeswohls hinsichtlich der Informationsvermittlung, der Beschwerdemöglichkeiten und der rechtzeitigen und umfassenden psychosozialen Betreuung sowie des Bildungszugangs weiter zu verbessern (vgl. Handlungsempfehlungen 13–16).

Zur Einschätzung der Begleitgruppe und Haltung des Bundesrates vgl. Ziffer 4.3.4 unten.

4.3.3 Unterbringung, Betreuung und Bildung auf kantonaler Ebene

4.3.3.1 Aktuelle Regelung und Praxis

a. Unterbringung und Betreuung

Wie im Kapitel 4.3.1 erwähnt, geht die Zuständigkeit für die Ausrichtung der Sozialhilfe und damit auch die Zuständigkeit für die Unterbringung und Betreuung beim Austritt der Asylsu-

¹⁴⁷ Handbuch zur Unterbringung und Betreuung von UMA in den BAZ, S. 33 (Teil III Kapitel 2.5).

chenden aus dem BAZ in den Kanton an diesen über. Die Sozialhilfekosten der Kantone werden vom Bund anteilmässig subventioniert, einschliesslich der zusätzlichen Kosten für die Unterbringung und Betreuung von UMA (Art. 88 AsylG und Asylverordnung 2 vom 11. August 1999 über Finanzierungsfragen [SR 142.312]). Auch die Gemeinden spielen eine wichtige Rolle bei der langfristigen Unterbringung und Integration von Personen aus dem Asylbereich. Je nach Kanton existieren unterschiedliche Modelle der Zusammenarbeit mit den Gemeinden.

Aufgrund der unterschiedlichen Umsetzung in den Kantonen kann keine generelle Aussage gemacht werden, wie die Unterbringung und Betreuung in den Kantonen im Asylbereich gewährleistet wird. Insbesondere bestehen keine einheitlichen Vorgaben. Grundsätzlich sind aber neben den Bestimmungen der KRK, der BV und des Asylgesetzes (vgl. Kapitel 4.3.2.1) auch die kantonalen Regelungen anwendbar. Die konkrete Umsetzung dieser Regelungen liegt jedoch in der Kompetenz der Kantone.

Die Unterbringung und Betreuung von UMA variieren je nach Kanton und Gemeinde. In der Regel werden die Jugendlichen in geeigneten Kollektivunterkünften, in Wohngruppen oder Pflegefamilien untergebracht. In den meisten Kantonen wird die Unterstützung auch über das 18. Lebensjahr hinaus fortgeführt.¹⁴⁸ Um dem starken Anstieg von Asylgesuchen von UMA gerecht zu werden, haben die Kantone und Gemeinden ihre UMA-Strukturen in den letzten Jahren ausgebaut. Mit dem Ziel, die Praxis in den Kantonen zu harmonisieren, hat die SODK für UMA im Jahr 2016 Empfehlungen zu deren Unterbringung veröffentlicht.¹⁴⁹ Diese beinhalten unter anderem Empfehlungen zum Betreuungsschlüssel, zur Qualifikation des Betreuungspersonals sowie zum Bildungszugang und zur Ausgestaltung der Unterkunft. Im Februar 2025 wurden ergänzend die «Praxishilfen MNA» publiziert.¹⁵⁰ Diese werden laufend aktualisiert und thematisieren aktuelle Herausforderungen in den Kantonen. Rechtlich verbindlich sind die Empfehlungen der SODK aber nicht.

Für begleitete Kinder aus dem Asylbereich existieren keine entsprechenden Empfehlungen der SODK. Familien werden je nach Kanton und Gemeinde in Wohnungen oder Kollektivunterkünften untergebracht. Aktuell prüft die SODK die Erarbeitung von Empfehlungen für die Unterbringung in kantonalen und kommunalen Kollektivstrukturen mit einem spezifischen Fokus auf Kinder.

Personen ohne Bleiberecht erhalten keine Sozialhilfe, sondern lediglich Nothilfe. Die konkrete Ausgestaltung der Nothilfe in der Praxis liegt ebenfalls in der Zuständigkeit der Kantone (vgl. Art. 82 AsylG). Eine von der EKM im Jahr 2024 veröffentlichte Studie¹⁵¹ kommt zum Schluss, dass die Lebensbedingungen der Kinder in der Nothilfe weder mit der BV noch mit der KRK vereinbar sind. Der Schutz ihrer körperlichen, geistigen und sozialen Entwicklung sowie ihrer

¹⁴⁸ Ausführungen zur Unterbringung und Betreuung von UMA in den Kantonen sind in der Studie im Kapitel II.C.3 zu finden oder auch im «Mapping der kantonalen Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen für UMA» des SSI. Zudem werden in den «Praxishilfen MNA» der SODK (siehe FN 149) Praxisbeispiele aus den Kantonen aufgeführt. Auf S.11–13 werden verschiedene Unterstützungsangebote für UMA nach dem Erreichen der Volljährigkeit aus den Kantonen BS, ZH, VD, VS, AG, GE, FR, SZ und SO aufgezeigt.

¹⁴⁹ Empfehlungen der SODK zu unbegleiteten Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich 20.05.2016; abrufbar unter: www.sodk.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen.

¹⁵⁰ Empfehlungen der SODK zu unbegleiteten Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich, Ergänzung um Praxishilfen, 08.11.2024; abrufbar unter: www.sodk.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen.

¹⁵¹ Lannen, Patrizia; Paz Castro, Raquel; Sieber, Vera (2024): Kinder in der Nothilfe im Asylbereich. Systematische Untersuchung der Situation in der Schweiz», sowie «Amarelle, Cesla und Zimmermann, Nesa (2024): Das Nothilferegime und die Rechte des Kindes. Rechtsgutachten und Studie zur Vereinbarkeit mit der schweizerischen Bundesverfassung und der Kinderrechtskonvention», herausgegeben von der Eidgenössischen Migrationskommission EKM, 2024, Bern; abrufbar unter: www.ekm.admin.ch > Startseite > Politische Beratung > Studien.

Gesundheit sei ungenügend gewährleistet.¹⁵² Die SODK hat daraufhin eine Arbeitsgruppe zum Thema Kinder in der Nothilfe eingesetzt.

b. Bildung

In der Schweiz gilt für alle Kinder unabhängig vom Aufenthaltsstatus die Schulpflicht. In manchen Kantonen wird auf spezielle Integrations- oder Brückenklassen für Kinder aus dem Asylbereich gesetzt. In anderen werden diese direkt in die Regelschule der Gemeinde integriert. Besonders grosse Unterschiede zeigen sich beim Zugang zur nachobligatorischen Bildung (siehe auch Studie Kapitel II.C.3.d). Neben Massnahmen zur Förderung der nachobligatorischen Bildung ist ebenfalls die frühkindliche Sprachförderung Teil der Integrationsagenda Schweiz (IAS)¹⁵³. Im Rahmen der IAS unterstützt der Bund die Kantone und hat für die beiden genannten Bereiche bestimmte Zielwerte definiert.

4.3.3.2 Wichtigste Ergebnisse der Studie

Die Studie hält fest, dass sich die entsprechenden Aussagen zur Unterbringung und Betreuung in kantonalen und kommunalen Strukturen nur auf punktuelle Erkenntnisse stützen. Grundsätzlich sei aber das Fehlen von verbindlichen und einheitlichen professionellen Standards bezüglich der Unterbringung und Betreuung von Kindern ein allgemeines Problem. Für UMA existierten zwar spezifische Empfehlungen und Handbücher (z. B. von der SODK und dem Internationalen Sozialdienst Schweiz¹⁵⁴). Diese würden jedoch nicht einheitlich angewendet und seien rechtlich nicht verbindlich.

Die Studie weist zudem darauf hin, dass es kantonal erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Strukturen und Standards gebe. Dies gelte etwa bei der Aufsicht über Unterbringungseinrichtungen und den Beschwerdemöglichkeiten. Während einige Kantone über Aufsichts- oder zumindest Kontrollprozesse verfügten, fehlten diese in anderen weitgehend. Unabhängige Kontrollen der Kollektivunterkünfte seien selten. Auch der Zugang zur Schule und zu nachobligatorischen Bildungsangeboten variere je nach Kanton stark, wobei teilweise ein eingeschränkter Bildungszugang festgestellt werde.

Generell fehle es an qualifiziertem Fachpersonal sowie an geeigneten Unterkünften. Kritisiert wird ebenfalls, dass Kinder und UMA teilweise nach Abschluss des Verfahrens weiterhin in Kollektivunterkünften im Kanton untergebracht würden. Diese Praxis trage nicht zu einer stabilen und angemessenen Versorgung der betroffenen Kinder bei.

Insgesamt stellt die Studie fest, dass auf kantonaler Ebene das Kindeswohl in Bezug auf die Unterbringung und Betreuung nur bedingt gewährleistet werde. Sie empfiehlt deshalb unter anderem, nach Abschluss des Asylverfahrens auf eine Unterbringung von Kindern in Kollektivunterkünften zu verzichten (vgl. Handlungsempfehlung 11.2). Des Weiteren gelten die gleichen Handlungsempfehlungen wie für die Unterbringung und Betreuung auf Bundesebene (siehe Kapitel 4.3.2.2).

¹⁵² Antworten des Bundesrates zur Studie sind in folgenden Interpellationen zu finden: 24.4446 «Genügt die Nothilfe den Verpflichtungen gemäss UNO-Kinderrechtskonvention?» und 24.4462 «Die Rechte von Kindern und Jugendlichen in der Nothilfe im Asylbereich müssen respektiert werden».

¹⁵³ Die Integrationsagenda Schweiz ist ein gemeinsames Programm von Bund und Kantonen zur gezielten Förderung von anerkannten Flüchtlingen und vorläufig Aufgenommenen. Ziel ist eine frühzeitige und wirksame Integration.

¹⁵⁴ «Handbuch zur Betreuung unbegleiteter Minderjähriger in der Schweiz, Praxisorientierter Leitfaden für Fachpersonen», SSI, 2017; abrufbar unter: www.ssi-suisse.org > Publikationen > Handbücher.

4.3.4 Wichtigste Erkenntnisse der Begleitgruppe (Ebene Bund und Kantone)

Der Fokus der Begleitgruppe lag insbesondere auf den Handlungsempfehlungen im Bereich der Unterbringung und Betreuung.

Einige Mitglieder der Begleitgruppe erachten den Massnahmenkatalog in diesem Bereich als zu umfassend.¹⁵⁵ Bei einigen der Handlungsempfehlungen stelle sich zudem die Frage der Umsetzbarkeit in der Praxis (z. B. auch im Hinblick auf einen Fachkräfte- bzw. Ressourcenmangel). Dies gelte auch für die Frage, ob strukturelle Anpassungen notwendig seien (KKJPD, SODK).¹⁵⁶ Die Begleitgruppe wünscht sich im Übrigen weitergehende Konkretisierungen, die zum Beispiel auch eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Kompetenzebenen (Bund, Kantone, Gemeinden) vorsehen (z. B. SSV).

So unterstützt das NKS die Empfehlung, Minderjährige nicht in Kollektivunterkünften unterzubringen (vgl. Handlungsempfehlung 11.2). Das NKS ist der Auffassung, dass das Kindeswohl in Kollektivunterkünften nur unzureichend berücksichtigt werde. Es spricht sich dafür aus, die entsprechende Empfehlung der Studie national, kantonal und kommunal umzusetzen (so auch EKM im Bereich der Nothilfe).

Weiter unterstützen einige Mitglieder der Begleitgruppe die Empfehlung, den Informationsfluss bei den Übergängen zwischen den verschiedenen föderalen Ebenen zu verbessern (SSV, EKM, NKS) (vgl. Handlungsempfehlung 13.3). Darüber hinaus solle die Anzahl Transfers zwischen den Unterkünften reduziert werden. Die EKM weist darauf hin, dass Informationen auch bei einem Wechsel innerhalb des Kantons zum Teil nicht weitergegeben werden.

Unabhängig des in der Studie festgestellten Bedarfs (vgl. Handlungsempfehlung 13.2) begrüsen die Mitglieder der Begleitgruppe die bereits getroffenen Massnahmen auf Bundesebene – etwa das juristische Gutachten von Vogel und Affolter zur Zuständigkeit für UMA während ihres Aufenthalts in den BAZ¹⁵⁷. Die entsprechenden Erkenntnisse seien jedoch den zuständigen Fachpersonen und Behörden gezielter zu vermitteln. Die KOKES betont diesbezüglich, dass zumindest die Zusammenarbeit zwischen den BAZ mit den zuständigen Kinderschutzbehörden sowie allgemein des SEM mit der KOKES in den letzten Jahren intensiviert wurde. Gemäss NKS bestünden dennoch weiterhin Lücken und unklare Zuständigkeiten in Bezug auf Fragen des Kinderschutzes. Weitere Massnahmen zur Verbesserung sollen deshalb auch auf Ebene des Bundes, der Kantone sowie der Gemeinden umgesetzt werden (NKS).

Im Rahmen der Diskussion zu den Handlungsempfehlungen bezüglich der Aufsicht und der Beschwerdemöglichkeiten (vgl. Handlungsempfehlung 14) werden die bereits ergriffenen Massnahmen des SEM zur Qualitätssicherung, wie interne Audits und die Kontrolle durch die NKVF, positiv hervorgehoben. Es wird aber dennoch betont, dass eine unabhängige Aufsicht über die Unterbringung und Betreuung sowohl auf Bundesebene als auch in den Kantonen notwendig sei. Das NKS unterstützt zudem die Handlungsempfehlung der Studie, dass eine unabhängige Aufsichtsbehörde nicht nur Empfehlungen aussprechen, sondern auch Massnahmen anordnen können sollte. Zudem brauche es kindergerechte Melde- und Beschwerdemöglichkeiten auf Ebene des Bundes, der Kantone sowie der Gemeinden.

Was den Zugang zur Bildung betrifft (vgl. Handlungsempfehlung 16), so wird betont, dass dieser für alle minderjährigen Asylsuchenden weiter zu verbessern sei, insbesondere im Bereich der frühen Kindheit und für Jugendliche ab 16 Jahren, da diese oder auch Kinder in der Nothilfe

¹⁵⁵ Die Studienleitung hat im Nachgang an diese Sitzung die Empfehlungen etwas reduziert und die Übersicht vereinfacht.

¹⁵⁶ Die Autoren und Autorinnen haben daraufhin auf S. 107 eine Ergänzung zum Verhältnis zwischen den betreffenden Handlungsempfehlungen eingefügt.

¹⁵⁷ Affolter/Vogel.

in einigen Kantonen nur eingeschränkten Zugang zu Bildung hätten (NKS, EKM). Dabei verweist die Begleitgruppe auf bereits bestehende gute Beispiele an einzelnen Standorten, auf die zurückgegriffen werden könne, und hebt die Wichtigkeit einer landesweiten Vereinheitlichung der Standards sowie einer verstärkten Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden hervor (NKS, SSV). Zudem solle der Zugang zur Regelschule verbessert werden. Idealerweise solle der Unterricht im Rahmen von Integrations- oder Aufnahmeklassen an öffentlichen Schulen stattfinden (UNHCR, NKS, SSV).

Die VKM merkt an, dass im Bericht häufig allein von den Kindern die Rede sei, obwohl diese oft begleitet seien. Zur Wahrung des Kindeswohls sei es daher wichtig, auch die Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder zu unterstützen und stärker einzubeziehen.

SSV, VKM, SODK und KKJPD weisen darauf hin, dass die Zuständigkeiten und Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen differenzierter betrachtet werden müssten. Ausserdem wird angemerkt, dass die Ebene, auf der die Integration letztlich stattfindet, nämlich in den Städten und Gemeinden, sowie deren Rolle, stärker darzulegen sei (insbesondere SSV).

4.3.5 Haltung des Bundesrates (Ebene Bund und Kantone)

Dem Bundesrat ist es ein zentrales Anliegen, dass das Wohlergehen, die Gesundheit und die altersgerechte Entwicklung von Kindern, die in der Schweiz im Asyl- und Ausländerbereich untergebracht und betreut werden, sichergestellt ist. Die Umsetzung der KRK ist dabei zu gewährleisten. Der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern im Kontext der Unterbringung, Betreuung, Bildung sowie bei der medizinischen Versorgung, wie sie unter anderem auch in den Artikeln 3, 6, 19, 24, 27 und 28 der KRK verankert sind, ist Rechnung zu tragen.

Der Bundesrat hält aber fest, dass bei begleiteten Kindern grundsätzlich die Eltern für die Wahrung der Grundbedürfnisse und die gesunde Entwicklung ihrer Kinder verantwortlich sind. Dies ist auch im ZGB so vorgesehen (vgl. Art. 296 ff. ZGB). Dies entbindet jedoch die zuständigen Behörden auf Bundes- und Kantonsebene nicht von der Pflicht, im Rahmen ihrer Zuständigkeit auf die Bedürfnisse von Kindern Rücksicht zu nehmen und wo notwendig gezielte Massnahmen zu ergreifen. Auch sind insbesondere bei einer Gefährdung des Kindeswohls die zuständigen staatlichen Stellen zum Eingreifen verpflichtet.

Bezüglich der in der Studie aufgezeigten Lücken im Kinderschutz im Bereich der Unterbringung und Betreuung weist der Bundesrat darauf hin, dass viele der entsprechenden Handlungsempfehlungen Anpassungen erfordern, die nur mit einem erheblichen strukturellen, finanziellen und personellen Mehraufwand auf allen Staatsebenen umgesetzt werden können. So würde etwa die Empfehlung, Kinder auf Bundesebene separat unterzubringen (vgl. Handlungsempfehlung 11), nicht nur den heutigen Grundsätzen des Asylsystems widersprechen, das auf zentralisierte Unterbringung und beschleunigte Verfahren ausgerichtet ist, sondern auf allen Staatsebenen auch sehr hohe Kosten verursachen. Auch die vorgeschlagene Integration von UMA direkt in die kantonale Kinder- und Jugendhilfe (vgl. Handlungsempfehlung 12) würde für alle Staatsebenen eine umfassende Neuverteilung der Zuständigkeiten sowie erhebliche Anpassungen bei den Ressourcen erfordern.

Die Studie anerkennt, dass in den letzten Jahren trotz bestehender Herausforderungen grundlegende Verbesserungen erzielt werden konnten. So wurden in mehreren von der Studie identifizierten Problembereichen bereits konkrete Massnahmen umgesetzt. Zu der Handlungsempfehlung 13 verweist der Bundesrat beispielsweise auf die in den letzten Jahren intensivierete Zusammenarbeit zwischen dem SEM, den Kinderschutzbehörden und der KOKES. Auch das Pilotprojekt für eine externe Meldestelle wurde erfolgreich abgeschlossen; derzeit wird an einer

langfristigen Umsetzung gearbeitet (vgl. Handlungsempfehlung 14). In den meisten Asylregionen konnte zudem eine Zusammenarbeit mit den regionalen kinder- und jugendpsychiatrischen Diensten aufgebaut werden. Der anhaltende Fachkräftemangel – insbesondere im Bereich der Kinder- und Jugendpsychiatrie – bleibt jedoch ein limitierender Faktor. Eine flächendeckende psychologische Abklärung und Behandlung aller betroffenen Kinder, wie in Handlungsempfehlung 15 gefordert, ist unter diesen Bedingungen nicht umsetzbar und aus fachlicher Sicht nicht zielführend. Der Bundesrat arbeitet weiterhin kontinuierlich daran, die Unterbringung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen weiterzuentwickeln und die Umsetzung der Kinderrechtskonvention im Rahmen der bestehenden Ressourcen und gesetzlichen Grundlagen weiter zu verbessern.

Die vom Bundesrat angestrebte Praxisorientierung zeigt sich auch bei seiner differenzierten Betrachtung der Belastbarkeit der Systeme. So betont er, dass stark schwankende Asylgesuchszahlen – wie sie in den letzten Jahren vermehrt auftraten – eine vorausschauende Ressourcenplanung und eine flexible Steuerung der Unterbringungsstrukturen erfordern. Dies ist besonders herausfordernd angesichts des strukturellen Fachkräftemangels, insbesondere im pädiatrischen Bereich, und der kantonal und kommunal sehr unterschiedlich ausgestalteten Infrastrukturen.

Bezüglich des Rechts auf Bildung weist der Bundesrat auf die Zuständigkeit der Kantone hin. Er ist jedoch bereit, die Kantone im Rahmen seiner Kompetenzen bei der Prüfung und Umsetzung geeigneter Massnahmen im Bildungsbereich zu unterstützen – insbesondere bei der Verbesserung des Bildungszugangs für Jugendliche ab 16 Jahren und bei Kindern in der Nothilfe (vgl. Handlungsempfehlung 16).

Der Bundesrat anerkennt, dass die Harmonisierung von Standards und die Stärkung von Aufsicht- und Beschwerdemöglichkeiten – wie von der Studie und der Begleitgruppe vorgeschlagen – zu einer besseren Gewährleistung des Kindeswohls beitragen können. Auch zu diesem Zweck könnte die weiter oben erwähnte Arbeitsgruppe (vgl. Kapitel 4.1.1.4, 4.1.3.4, 4.1.4.4, 4.2.1.4 und 4.2.2.4) Lösungsansätze zu den festgestellten Problembereichen prüfen. Als Grundlage kann dabei unter anderem auch auf den Bericht im Rahmen der Folgemandate der Integrationsagenda Schweiz verwiesen werden, in dem Bund und Kantone bereits gemeinsame Empfehlungen zu Unterbringung, Betreuung, Bildung und Integration verabschiedet und auf das notwendige Zusammenspiel der zuständigen Stellen hingewiesen haben (Teilprojekt 1: Anpassung des Finanzierungssystems – Bericht, 21. 12.2020). Darin wird etwa die Schaffung bildungsfreundlicher Räume für Kinder und Jugendliche gefordert. Auf diese bestehenden Standards könnte zurückgegriffen und in einem ersten Schritt deren Umsetzung überprüft werden.¹⁵⁸

Was schliesslich die Situation von Kindern in der Nothilfe betrifft, verweist der Bundesrat auf seine Antworten zu entsprechenden parlamentarischen Vorstössen¹⁵⁹ anlässlich der Winter-session 2024 sowie auf die Arbeiten der Arbeitsgruppe unter der Leitung der SODK zum Thema «Kinder in der Nothilfe» (vgl. Kapitel 4.3.3.1.a).

¹⁵⁸ Vgl. hierzu «Integrationsagenda Schweiz: Anpassung des Finanzierungssystems – Schlussbericht zuhanden der Koordinationsgruppe», Ecoplan, SEM, KdK, SODK, vom 17.06.2020; abrufbar unter: www.sem.admin.ch > Integration & Einbürgerung > Integrationsförderung > Kantonale Integrationsprogramme > Integrationsagenda Schweiz > Berichte Umsetzung Integrationsagenda Schweiz Phase II.

¹⁵⁹ Interpellation 24.4462, abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Curia Vista Suche > 24.4462 Roth Franziska «Die Rechte von Kindern und Jugendlichen in der Nothilfe im Asylbereich müssen respektiert werden» sowie Interpellation 24.4446, abrufbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Curia Vista Suche > 24.4446 Prelicz-Huber Katharina «Genügt die Nothilfe den Verpflichtungen gemäss UNO-Kinderrechtskonvention?».

5 Gesamtwürdigung und Fazit

Die vom SEM in Auftrag gegebene Studie und die begleitenden Diskussionen innerhalb der eingesetzten Begleitgruppe haben eine vertiefte und differenzierte Auseinandersetzung mit der Umsetzung des Kindeswohls im Asyl- und Ausländerrecht ermöglicht. Beide Prozesse zeigen, dass die rechtlichen Grundlagen in der Schweiz grundsätzlich vorhanden sind und damit die wesentlichen Garantien der KRK umgesetzt sind. Gleichzeitig treten in der praktischen Anwendung strukturelle und organisatorische Herausforderungen zutage, die eine kohärente und konsequente Umsetzung erschweren.

Die Studie hebt kritisch hervor, dass das Kindeswohl in der Praxis nicht in allen Verfahrensschritten systematisch geprüft werde. Sie bemängelt insbesondere, dass Anhörungen nicht oder nicht durchgehend kindgerecht erfolgten, dass Interessenabwägungen teilweise unzureichend dokumentiert seien und dass die Berücksichtigung individueller Bedürfnisse zu stark von der jeweiligen Behörde und den handelnden Personen abhängen. Auch im Bereich der Wegweisungen zeigte sich ein Spannungsfeld: Das Kindeswohl werde zwar regelmässig in die Entscheidungsfindung einbezogen, könne aber migrationsrechtliche Vorgaben nicht immer überwiegen, was zu Spannungen im Verhältnis zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen führe. Schliesslich wird auf die Unterschiede in der kantonalen Praxis hingewiesen.

Die Begleitgruppe bestätigte im Wesentlichen diese Kritikpunkte, setzte jedoch unterschiedliche Schwerpunkte. Während Teile der Gruppe verbindlichere Standards für Verfahren und eine stärkere Gewichtung des Kindeswohls im Einzelfall forderten, plädierten andere für eine bessere Koordination und Sensibilisierung im bestehenden Rahmen. Uneinigkeit zwischen der Studie und der Begleitgruppe bestand insbesondere bei der Frage, ob das Kindeswohl durch neue, spezifische Normen stärker verankert werden sollte, oder ob es primär darum geht, bestehende Instrumente konsequent anzuwenden und die interinstitutionelle Zusammenarbeit zu verbessern. Einigkeit herrschte hingegen über die Notwendigkeit, Fachkompetenzen im Umgang mit Kindern systematisch auszubauen und den Erfahrungsaustausch zwischen Bund, Kantonen und zivilgesellschaftlichen Akteuren zu intensivieren.

Der Bundesrat nimmt diese Ergebnisse zur Kenntnis und anerkennt, dass die Umsetzung des Kindeswohlprinzips noch nicht in allen Bereichen des Asyl- und Ausländerrechts konsistent erfolgt. Gleichzeitig hält er fest, dass die bestehenden rechtlichen Grundlagen (insbesondere Artikel 8 EMRK) insgesamt ausreichend sind, um dem Kindeswohl Rechnung zu tragen. Der Schwerpunkt muss nach Auffassung des Bundesrates daher auf der praktischen Umsetzung liegen. Vor diesem Hintergrund soll das EJPD eine Arbeitsgruppe einberufen, welche sich vertieft mit konkreten Fragen zum Kindeswohl im Migrationsbereich auf allen staatlichen Ebenen auseinandersetzt. Diese soll Vertreterinnen und Vertreter von Bund, Kantonen, Gemeinden und Zivilgesellschaft auf technischer Ebene zusammenführen, um mögliche Empfehlungen für eine einheitlichere Praxis zu erarbeiten. Durch den Einbezug verschiedener Ebenen und Fachrichtungen soll nicht nur die fachliche Qualität verbessert, sondern auch die Akzeptanz und Umsetzbarkeit von Empfehlungen erhöht werden. Ziel ist es, allfällig bestehende Lücken in der Abklärung und Beurteilung des Kindeswohls zu schliessen, Erfahrungen aus der Praxis zu bündeln und kohärente Standards für die tägliche Arbeit bereitzustellen. Der Bundesrat erachtet dieses Vorgehen als zielführend und mit Blick auf die föderale Struktur der Schweiz als am besten geeignet, um nachhaltige Verbesserungen zu erzielen.

Auch im Rahmen der Asylstrategie 2027, welche aufgrund der bisherigen Erfahrung mit dem neu strukturierten Asylsystem eine Weiterentwicklung des Systems vorsieht, ist dem Kindes-

Das Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht

wohl im Rahmen der entsprechenden Arbeiten höchste Priorität einzuräumen. Bei diesen Arbeiten sind die in der Asylstrategie 2027 angestrebten Verfahrensbeschleunigungen zur Entlastung des Asylsystems zu beachten. So führen kurze Verfahren und tiefe Pendenzen auch zu schnellen Entscheiden und somit zu kürzeren Aufenthalten in vorläufigen Strukturen für die Kinder.

In Bezug auf die alleinige Zuständigkeit des SEM werden bereits Massnahmen zur Umsetzung der Empfehlungen im externen Bericht in Zusammenhang mit dem Asylverfahren erarbeitet. Diese sollen einerseits die Information für Minderjährige verbessern und andererseits dem Kindeswohl besser Rechnung tragen.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das Kindeswohl ist im schweizerischen Asyl- und Ausländerrecht bereits rechtlich verankert, seine praktische Umsetzung zeigt jedoch noch Inkohärenzen und Defizite. Während die Studie teils weitreichende Handlungsempfehlungen vorsieht, plädiert die Begleitgruppe für pragmatische Verbesserungen in der Zusammenarbeit und Standardisierung. Der Bundesrat erkennt den Handlungsbedarf, sieht diesen jedoch weniger in einer grundlegenden gesetzlichen Neuausrichtung, sondern vielmehr in einer koordinierten, praxisnahen Weiterentwicklung. Mit der einzuberufenden Arbeitsgruppe soll sichergestellt werden, dass das Kindeswohl künftig noch konsequenter, kohärenter und überprüfbarer berücksichtigt wird. Insbesondere sollen die im vorliegenden Bericht identifizierten Problembereiche und Fragestellungen vertieft geprüft und praxisnahe, umsetzungsorientierte Empfehlungen und Massnahmen entwickelt werden. Die Arbeitsgruppe soll sich dabei unter anderem mit den Themenbereichen kindgerechte Ausgestaltung der asyl- und ausländerrechtlicher Verfahren sowie der Unterbringung, Betreuung und Bildung befassen.



Berne, le 1^{er} avril 2026

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

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

Condensé

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

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

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

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

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

TABLE DES MATIÈRES

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

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

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

1 Contexte

1.1 Introduction

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

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

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

1.2 Grandes lignes du rapport

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

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

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

2 Contexte

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

Le postulat est libellé comme suit :

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

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

2.2 Étude externe

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

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

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

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

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

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

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

2.3 Groupe d'accompagnement

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

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

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

3 Partie générale : bases légales

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ CRC/C/GC/14

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ CRC/C/GC/22 - CMW/C/GC/3

¹⁴ CMW/C/GC/4 - CRC/C/GC/23

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ Voir le ch. 4.1.1.1

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

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

²² Directives SEM III. Loi sur l'asile

²³ Voir le manuel Asile et retour

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

²⁵ Affolter Rahel, *op. cit.*

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

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

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

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

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

²⁶ Directives LEI, ch. 8.6.1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ Directives LEI

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

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

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

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

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

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

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

³³ Directives LEI, ch. 1.3

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

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

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

3.3.1 Règlement AMMR

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

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

3.3.2 Règlement Eurodac

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

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

3.3.3 Règlement sur le filtrage

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

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

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

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

4 Partie spéciale : demandes du postulat

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

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

4.1.1.1 Règlementation et pratique en vigueur

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ Observation générale n° 14 du CRC

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

⁴² Voir le ch. 3.2.2.

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

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

a. Représentant juridique et personne de confiance

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

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

b. Présomption de minorité

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

⁴⁴ FF 2014 7771, p. 7813 ss

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

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

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

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

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

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

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

c. Droit d'être entendu et capacité de discernement

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

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

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

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

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

⁵² Observation générale n° 14 du CRC, § 43

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

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

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

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

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

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

d. Personnel formé et sensibilisé

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

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

e. Obligations d'instruction et de collaboration

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

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

4.1.1.2 Principaux résultats de l'étude

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

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

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

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

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

⁶¹ JICRA 2001/22 et JICRA 2001/23

⁶² JICRA 1999 n° 8, consid. 7a, p. 69

⁶³ JICRA 1999/2, consid. 6d

⁶⁴ JICRA 1999/2

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

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

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

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

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

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

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

4.1.1.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

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

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

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

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

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

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

4.1.1.4 Position du Conseil fédéral

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

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

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

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

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

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

4.1.2 Focus : renvois relevant du droit de l'asile

4.1.2.1 Règlementation et pratique en vigueur

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

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

a. Renvoi après une décision d'asile négative

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

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

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

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

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

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

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

⁷³ ATAF E-2621/2022 du 12 décembre 2024

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

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

b. Renvoi dans le cadre de la procédure Dublin

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1.2.2 Principaux résultats de l'étude

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

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

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

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

4.1.2.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

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

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

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

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

4.1.2.4 Position du Conseil fédéral

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

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

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

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

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

4.1.3.1 Pratique et réglementation en vigueur

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

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

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

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

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

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

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

a. Regroupement familial

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

b. Dissolution de l'union conjugale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c. Cas de rigueur

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

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

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

4.1.3.2 Principaux résultats de l'étude

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

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

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

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

⁸⁸ FF 2024 1449 ; RO 2024 713

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1.3.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1.3.4 Position du Conseil fédéral

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1.4 Focus : renvois relevant du droit des étrangers

4.1.4.1 Règlementation et pratique en vigueur

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

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

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

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

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

⁹⁴ Directives LEI, ch. 8.6.1

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

⁹⁶ Voir également les directives LEI, ch. 8.6.7

⁹⁷ Directives LEI, ch. 8.6.1

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

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

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

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

⁹⁹ Directives LEI, ch. 8.6.1

¹⁰⁰ ATF 2C_648/2014 du 6 juillet 2015

¹⁰¹ ATF 136 I 285 du 29 mars 2010

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

¹⁰³ Directives LEI, ch. 8.4.2.3

¹⁰⁴ Voir également les directives LEI, ch. 8.6.6

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

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

¹⁰⁷ ATF 144 I 266 du 8 mai 2018

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

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

4.1.4.2 Principaux résultats de l'étude

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ Voir les directives LEI, ch. 8.6.1

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

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

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

4.1.4.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

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

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

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

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

4.1.4.4 Position du Conseil fédéral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.1.1 Règlementation et pratique en vigueur

a. Requérants d'asile

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

b. Réfugiés reconnus avec asile

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

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

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

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

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

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

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

c. Réfugiés et étrangers admis à titre provisoire

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁶ Conjoint, concubin, partenaire enregistré, enfant mineur

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

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

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

d. Regroupement familial inversé en droit de l'asile

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

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

4.2.1.2 Principaux résultats de l'étude

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.1.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

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

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

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

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

4.2.1.4 Position du Conseil fédéral

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.2.1 Règlementation et pratique en vigueur

a. Cadre général du regroupement familial

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

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

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

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

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

b. Le regroupement familial hors délai

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

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

¹²⁵ Directives LEI, ch. 6.1.1

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

¹²⁷ Directives LEI, ch. 6.10.2

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³³ Directives LEI, ch. 6.17.2.4.3

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

¹³⁵ Directives LEI, ch. 6.17.2.4.3

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

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

4.2.2.2 Principaux résultats de l'étude

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.2.3 Principales constatations du groupe d'accompagnement

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

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

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

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

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

4.2.2.4 Position du Conseil fédéral

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

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

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

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

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

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

4.3.1 Compétences

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

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

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

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

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

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

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

4.3.2 Hébergement, encadrement et éducation au niveau fédéral

4.3.2.1 Règlementation et pratique en vigueur

a. Hébergement et encadrement

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

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

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

¹³⁹ Affolter/Vogel, p. 17 et 27

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Éducation

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

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

¹⁴⁵ PLEX, p. 86

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

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

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

4.3.2.2 Principaux résultats de l'étude

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3.3 Hébergement, encadrement et éducation au niveau cantonal

4.3.3.1 Règlementation et pratique en vigueur

a. Hébergement et encadrement

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

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

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

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

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

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

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

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

b. Éducation

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

4.3.3.2 Principaux résultats de l'étude

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁹ Affolter/Vogel

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

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

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

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

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

4.3.5 Position du Conseil fédéral (niveaux fédéral et cantonal)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 Bilan et conclusion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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