

# DAS KINDESWOHL IN AUSLÄNDER- UND ASYLRECHTLICHEN VERFAHREN

## *Autorinnen und Autoren:*

Prof. Dr. Oliver Diggelmann (Universität Zürich)  
Dr. Samuel Keller (ZHAW)  
Prof. Dr. Nina Hadorn (ZHAW)  
Prof. Dr. Eva Mey (ZHAW)  
Prof. Dr. Valerio Priuli (ZHAW)  
MSc Andrea Hartmann (ZHAW)  
Prof. Dr. Gisela Kilde (ZHAW)  
lic. iur. Thomas Schaad (Universität Zürich)

## *Auftraggeber:*

Staatssekretariat für Migration (SEM)

6. Oktober 2024 (Stand 15. Mai 2025)

I.	Einleitung .....	1
A.	Ausgangslage .....	1
B.	Grundsätzliches zum «Kindeswohl» im geltenden Recht .....	1
C.	Vorgehen und Methode .....	6
II.	Studienergebnisse .....	13
A.	Ausländerrechtliche Verfahren .....	13
1.	Sachverhaltsermittlung .....	13
2.	Mitwirkung .....	20
3.	Kindesinteresse im Entscheid .....	28
4.	Teilfazit .....	32
5.	Handlungsempfehlungen .....	33
B.	Asylrechtliche Verfahren .....	37
1.	Sachverhaltsermittlung .....	38
2.	Ausgestaltung des Verfahrens .....	50
3.	Kindesinteresse im Entscheid .....	56
4.	Teilfazit .....	60
5.	Handlungsempfehlungen .....	61
C.	Querschnittsthemen .....	66
1.	Familiennachzug .....	66
2.	Wegweisung nach langjährigem Aufenthalt .....	79
3.	Unterbringung, Betreuung und Bildung .....	84
4.	Teilfazit .....	102
5.	Handlungsempfehlungen .....	105
	Verzeichnisse .....	113

## MANAGEMENT SUMMARY (DE)

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

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

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

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

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

## MANAGEMENT SUMMARY (FR)

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

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

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

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

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

## MANAGEMENT SUMMARY (IT)

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

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

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

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

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

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

## I. EINLEITUNG

### A. Ausgangslage

Am 22. September 2022 nahm der Nationalrat das *Postulat 20.4421 «Kindeswohl im Asyl- und Ausländerrecht»* an. Der Vorstoss beauftragt den Bundesrat, die Gewährleistung des Kindeswohls im Asyl- und Ausländerrecht in einem Bericht zu analysieren. Das Staatssekretariat für Migration (SEM) hat zur Vorbereitung des Berichts einen Studienauftrag erteilt. Dieser soll die im Postulat aufgeworfenen Fragen wissenschaftlich untersuchen. Die Erkenntnisse dieser Studie sollen in den Bericht des Bundesrats einfließen und dem Bericht beigelegt werden.

Das Postulat betrifft im Einzelnen vier *Themenbereiche*: (1) die kindgerechte Ausgestaltung von asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren; (2) die Gewährleistung des Kindeswohls beim Familiennachzug; (3) die Gewährleistung des Kindeswohls bei Wegweisungen; (4) die Situation von Kindern in den Bereichen Unterbringung, Betreuung und Bildung. Nicht vom Studienauftrag erfasst sind: Wegweisungsvollzug, Zwangsmassnahmen, ausserordentliche Rechtsmittel und Einbürgerung.

### B. Grundsätzliches zum «Kindeswohl» im geltenden Recht

Der Begriff des *Kindeswohls* steht im Mittelpunkt der vom Postulat angesprochenen Themen.<sup>1</sup> Er ist zugleich der zentrale Begriff und das wichtigste Rechtskonzept der UNO-

---

\* Die Autorinnen und Autoren danken Prof. Dr. Andreas Jud (ZHAW), MLaw Anna Laura Elmer, MLaw Rona Jung, MLaw Xenia Schlatter, MLaw Aurora Meier (alle Universität Zürich) für ihre ausgezeichnete Unterstützung bei der Durchführung der Untersuchungen, der Recherche und beim Verfassen der Studie. Ein herzlicher Dank geht auch an die verantwortlichen Personen im SEM und der VKM für die Zusammenarbeit und wichtige Unterstützung beim Feldzugang, ebenso an die kantonalen Migrationsämter und Gerichte für das Bereitstellen von Dossiers und Dokumenten. Ebenso bedanken wir uns herzlich bei den interviewten Expertinnen und Experten sowie den an der Onlinebefragung teilnehmenden Fachpersonen für ihre Zeit und wertvollen Einschätzungen. Zuletzt gebührt den Mitgliedern der Begleitgruppe herzlicher Dank für ihre wichtigen Hinweise und die fundierte Diskussion der Ergebnisse der vorliegenden Studie.

<sup>1</sup> In der vorliegenden Studie bezeichnet der Begriff «Kindeswohl» das Wohl des Kindes beziehungsweise «best interest of the child» nach der rechtsverbindlichen englischsprachigen Fassung von Art. 3 Abs. 1 KRK, was verschiedene Aspekte wie die Ermittlung und Bestimmung der Umstände, die das Kind betreffen, den Einbezug des Kindes in das Verfahren, aber auch die kindeswohlgerechte Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe umfassen kann. Der Begriff «Kindesinteresse» bezeichnet die in der verwaltungsrechtlichen Interessenabwägung zu berücksichtigenden konkreten Interessen des Kindes. Zur Kritik des

Kinderrechtskonvention (fortan KRK), in der wesentliche völkerrechtliche Vorgaben für den Umgang mit Kindern<sup>2</sup> zu finden sind.<sup>3</sup> Der Fokus der vorliegenden Studie liegt auf der Frage, wie diese Vorgaben im schweizerischen Ausländer- und Asylrecht der Schweiz umgesetzt und angewendet werden. Eine wichtige Rolle bei der Interpretation der KRK spielt der UNO-Kinderrechtsausschuss (fortan Kinderrechtsausschuss). Er ist mandatiert, die Umsetzung und Anwendung der KRK zu überprüfen.<sup>4</sup> Die Studie stützt sich bei der Auslegung der Normen der KRK u.a. auf diese Empfehlungen.

Die KRK verfolgt im Kern das *Ziel*, dass Kinder weder als «kleine Erwachsene»<sup>5</sup> noch als «Anhängsel ihrer Eltern»<sup>6</sup> betrachtet und behandelt werden. So soll verhindert werden, dass die Interessen von Kindern vernachlässigt, vergessen, ignoriert, untergraben oder instrumentalisiert werden.<sup>7</sup> Sie sind eigenständige Rechtssubjekte mit spezifischen Bedürfnissen, Wünschen und Ansichten.<sup>8</sup> Als zentrale normative Vorgabe formuliert die KRK in Art. 3 Abs. 1 das Gebot, das Kindeswohl in allen Angelegenheiten, die das Kind

---

Kinderrechtsausschusses am Begriff «Kindeswohl»: Kinderrechtsausschuss, Schlussbemerkungen Staatenbericht Schweiz 2021, Ziff. 19: «The Committee remains concerned that the term «the good of the child» in the Constitution does not correspond to the principle of the best interest of the child enshrined in the Convention, and has contributed to the insufficient implementation of the principle of the best interests of the child in decisions affecting children»; siehe CARONI, S. 7 f.

<sup>2</sup> Als Kinder im rechtlichen Sinne gelten alle Personen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, sowohl im nationalen Recht wie auch gemäss KRK. Der Begriff «Kinder» wird in der vorliegenden Studie in diesem Sinne verwendet.

<sup>3</sup> In der Schweiz ist die KRK am 26. März 1997 in Kraft getreten. Sie ist damit – mit Ausnahme der Normen, zu denen die Schweiz Vorbehalte angemeldet hat (Art. 10 Abs. 1, 37 Bst. c und 40 KRK) – Teil der Rechtsordnung der Schweiz. Die KRK ist durch drei Fakultativprotokolle ergänzt worden, die in der Schweiz ebenfalls in Kraft getreten sind: Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten vom 25. Mai 2000 (SR 0.107.1); Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie vom 25. Mai 2000 (SR 0.107.2); Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19. Dezember 2011 (SR 0.107.3).

<sup>4</sup> Art. 43 ff. KRK; Art. 1 ff. Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19. Dezember 2011 (SR 0.107.3). Zu den Instrumenten des Ausschusses gehören: (1) die Allgemeinen Bemerkungen des Kinderrechtsausschusses; (2) die Schlussbemerkungen des Kinderrechtsausschusses im Rahmen von Staatenberichtsverfahren; (3) die Auffassungen/Mitteilungen des Kinderrechtsausschusses im Rahmen von Mitteilungsverfahren.

<sup>5</sup> CARONI, S. 1.

<sup>6</sup> ILLES, N. 30 zu Art. 84 AuG.

<sup>7</sup> SCHMAHL, N. 2 zu Art. 3 KRK.

<sup>8</sup> Bekräftigt in der Präambel des Fakultativprotokolls zur KRK betreffend ein Mitteilungsverfahren (Fn. 3): «[...] ausserdem in Bekräftigung des Status des Kindes als Träger von Rechten und als Mensch mit Würde und sich entwickelnden Fähigkeiten [...]».

betreffen, vorrangig zu berücksichtigen. Im Einzelnen bedeutet dies Vorgaben in drei Richtungen: (1) Das Gebot formuliert ein subjektives Recht, wonach die Interessen des Kindes als eigene und vorrangige Interessen in den Entscheidungsprozess einzufließen haben. (2) Das Gebot enthält zudem die Verfahrensregel, dass die Interessen der Kinder spezifisch ermittelt und bestimmt werden müssen. (3) Ein dritter Gehalt ist die Auslegungsregel, dass die Interessen der Kinder bei der Interpretation unklarer oder mehrdeutiger Bestimmungen generell zu berücksichtigen sind.<sup>9</sup>

Das Gebot vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls entfaltet seine Wirkung zusammen mit den anderen in der KRK formulierten Vorgaben. Es leitet die Interpretation dieser Bestimmungen. Die im Kontext dieser Studie wichtigste weitere Vorgabe ist das in Art. 12 KRK statuierte *Recht des Kindes auf Gehör*. Wenn ein Kind fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, so darf es diese nicht nur frei äussern, sondern sie muss auch angemessen und dem Alter sowie der Reife des Kindes entsprechend berücksichtigt und ernst genommen werden.

Als *weitere wichtige Rechte des Kindes*, die im Licht der Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls zu interpretieren sind und im Migrationskontext von Bedeutung sind, verdienen etwa Erwähnung: das Diskriminierungsverbot (Art. 2 KRK); das Recht des Kindes auf Leben, Überleben und Entwicklung (Art. 6 KRK); sein Recht auf Identität (Art. 8 KRK); sein Recht, nicht von den Eltern getrennt zu werden bzw. auf regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen im Fall der Trennung (Art. 9 und Art. 10 Abs. 2 KRK); das Recht des Kindes auf wohlwollende, humane und beschleunigte Bearbeitung von Anträgen auf Familienzusammenführungen (Art. 10 Abs. 1 KRK); das Recht auf Schutz vor willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privat- und Familienleben (Art. 16 KRK); das Recht auf Anerkennung des Grundsatzes, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung verantwortlich sind (Art. 18 KRK); der Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staats für Kinder, die vorübergehend oder dauernd aus ihrer familiären Umgebung herausgelöst werden oder denen der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen

---

<sup>9</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 6.

Interesse nicht gestattet werden kann (Art. 20 KRK); die spezifischen Rechte von geflüchteten oder als Flüchtlinge anerkannten Kindern (Art. 22 KRK).

Besonders hervorzuheben ist der *Akzent des Gebots der Kindeswohlberücksichtigung auf dem Begriff «vorrangig»*. Dem Kindeswohl ist nicht «irgendwie», sondern mit erhöhter Priorität Nachachtung zu verschaffen. Das Gebot richtet sich an öffentliche und private Einrichtungen der sozialen Fürsorge sowie Gerichte, Verwaltungsbehörden und Gesetzgebungsorgane. Die Kontexte, in denen sich Fragen der Berücksichtigung des Kindeswohls stellen, sind ausserordentlich verschieden. Typische Fälle sind etwa zivilrechtliche Scheidungsverfahren mit betroffenen Kindern, Strafverfahren mit Beteiligung Jugendlicher, Kindesschutzverfahren sowie ausländer- und asylrechtliche Verfahren.

Für das bessere Verständnis der im Folgenden präsentierten Studienergebnisse seien weiter *vier Vorbemerkungen* grundsätzlicher Art vorangestellt.

- Hervorhebung verdient zunächst, dass Staaten grundsätzlich das Recht haben, die Einreise und den Aufenthalt von ausländischen Personen entsprechend der von ihnen gewählten Migrationspolitik zu regeln. Dies gilt auch für ausländische Kinder. Die sich aus der KRK ergebenden Rechte ändern grundsätzlich nichts an dieser staatlichen Zuständigkeit. Es sind somit die Staaten, die Einreise- und Aufenthaltsrechte von Kindern einräumen oder nicht. Aus der KRK lässt sich kein generelles Recht von Kindern auf Aufenthalt in einem bestimmten Staat ableiten.<sup>10</sup> Die Staaten sind jedoch zur Einhaltung der von ihnen eingegangenen völkerrechtlichen Bindungen verpflichtet. Bei migrierten Kindern ergeben sich solche Bindungen namentlich aus der EMRK, der KRK, der GFK, dem FZA und dem EFTA-Ü sowie den Verträgen über die Schengen- und Dublin-Assoziierung. Sie sind bei der Ausarbeitung generell-abstrakter Normen zu berücksichtigen und können im Einzelfall dazu führen, dass einem Kind ein Einreise- oder Aufenthaltsrecht zukommt.

---

<sup>10</sup> So EGMR, *Dabo gegen Schweden*, Nr. 12510/18, 18. Januar 2024, § 120.

- Der Begriff des Kindeswohls weist als Rechtsbegriff erhebliche Unschärfen auf. Er ist nicht allgemeingültig definiert.<sup>11</sup> Gerade dadurch soll die Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohls aber seine Funktion erfüllen, denn dieses ist individuell mit Blick auf das Kind und seine konkrete Situation zu bestimmen.<sup>12</sup> Ziel ist gemäss Kinderrechtsausschuss die Verwirklichung aller Rechte der KRK.<sup>13</sup> Diese konkretisiert in verschiedenen Hinsichten, wie das Kindeswohl im Einzelnen zu realisieren ist. In der Praxis allerdings lassen sich – je nach Anwendungskontext – verschiedene «Qualitätsstufen» des Kindeswohls unterscheiden.<sup>14</sup> In vielen ausländerrechtlichen Verfahren hat das Gebot vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls primär die Funktion einer Anleitung bei der Abwägung der involvierten Interessen; im Asylbereich dagegen ist beispielsweise mit Blick auf eine mögliche Rückkehr die Frage, ob diese das Kindeswohl gefährden würde. In der rechtswissenschaftlichen Literatur existiert keine systematische Theorie zur Wirkungsweise des Gebots.<sup>15</sup>
  
- Ein zentraler Gesichtspunkt beim Kindeswohl ist die spezifische Vulnerabilität des Kindes. Dieser Begriff bietet einige Orientierung. Vulnerabilität verweist auf eine «erhöhte Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit, verletzt oder beschädigt zu werden»<sup>16</sup>. Grundsätzlich gilt die Kindheit – wegen der noch nicht abgeschlossenen Entwicklung – als vulnerable Lebenslage. In besonderem Mass trifft dies auf junge Kinder zu, bei denen gerade im Migrationskontext zusätzliche Belastungen und Gefährdungen hinzukommen können. Bei geflüchteten Kindern im Besonderen bestehen Risiken für die psychische und physische Gesundheit, die mit der Fluchterfahrung, der Omnipräsenz administrativer Verfahren, allenfalls prekären Bedingungen in den Unterkünften, Armutserfahrungen oder Trennung von Familie und Freunden zusammenhängen. Diese und weitere Faktoren erhöhen das Risiko, dass

---

<sup>11</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 1 und 11.

<sup>12</sup> BIDERBOST, N. 8 zu Art. 307 ZGB.

<sup>13</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 4.

<sup>14</sup> GERBER, S. 71.

<sup>15</sup> Siehe z.B. KILKELLY, S. 51 ff. zur Wirkungsweise des Kindeswohls im Allgemeinen; EEKELAAR, S. 99 ff. zur Unterscheidung zwischen direkt und indirekt betroffenen Kindern in migrationsrechtlichen Verfahren; COLLINSON, S. 703 ff. zum Kindeswohl als subjektives Recht in migrationsrechtlichen Verfahren.

<sup>16</sup> BURGHARDT/DEDERICH/DZIABEL/HÖHNE/LOHWASSER/STÖHR/ZIRFAS, S. 13.

migrationsbedingte Entwicklungserschwerisse die altersspezifischen überlagern oder verdrängen. Diese Risiken wurden bisher häufig unzureichend er- und anerkannt.<sup>17</sup>

- Die in der vorliegenden Studie interessierenden ausländer- und asylrechtlichen Verfahren weisen mit Blick auf die Situation der Kinder signifikante Unterschiede auf. (1) Eine erste Differenz betrifft die Unterbringung. In ausländerrechtlichen Verfahren bewegen sich Kinder in der Regel in ihrem Familienverband; sie sind grundsätzlich privat untergebracht und werden auch privat betreut. Im Asylverfahren dagegen sind Unterbringung und Betreuung von Kindern staatlich organisiert. Behörden bestimmen über den Tagesablauf und die Lebenswelt des Kindes. (2) Die zweite Differenz betrifft den Zugang der Kinder zu Rechtsvertretung und -beratung. In ausländerrechtlichen Verfahren hängt der Zugang zu Rechtsvertretung und -beratung derzeit davon ab, ob die Eltern solche Unterstützung beiziehen. Im Asylverfahren werden Kinder grundsätzlich unentgeltlich rechtlich vertreten. (3) Eine dritte Differenz betrifft den Charakter der zentralen rechtlichen Entscheidung. In ausländerrechtlichen Verfahren hat der Entscheid typischerweise Abwägungscharakter. Die öffentlichen Interessen an der Nichteinreise oder der Wegweisung einerseits und die privaten Interessen an der Einreise oder am Verbleib des oder der Betroffenen in der Schweiz andererseits werden abgewogen. Im Asylverfahren wird dagegen in erster Linie geprüft, ob eine Person die Flüchtlingseigenschaft besitzt oder nicht. Fehlt sie, so wird die Rückkehr in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat angeordnet, sofern keine Vollzugshindernisse vorliegen.

### C. Vorgehen und Methode

Die im Postulat angesprochenen Themenbereiche und aufgeworfenen Fragen sind vielfältig. Sie betreffen eine Vielzahl unterschiedlicher Akteure und Verfahren des Ausländer- und Asylbereichs und beziehen sich sowohl auf materiell-rechtliche als auch auf verfahrensrechtliche Aspekte. Neben der rechtlichen Umsetzung soll auch die praktische Anwendung des Kindeswohls sowohl im Verfahren als auch bei der Unterbringung,

---

<sup>17</sup> HARTMANN/ESER DAVOLIO/MEY/KELLER, S. 5.

Betreuung und Bildung untersucht werden. Der Schwerpunkt liegt gemäss Studienauftrag auf den Verfahren. Die Studie beantwortet die vom Postulat aufgeworfenen Fragen mittels einer *Kombination rechts- und sozialwissenschaftlicher Untersuchungsmethoden*. Ziel der Untersuchungen ist es, nachvollziehbar begründete Stichproben durchzuführen und analytische Einblicke in einzelne neuralgische Bereiche und Handlungsfelder zu gewähren. Bei den offen formulierten Postulatsfragen wurden basierend auf den Vorgaben der KRK Untersuchungsschwerpunkte gesetzt. Dieser Zugriff verspricht einen differenzierten Blick auf die vielschichtige und anerkanntermassen komplexe Thematik.

Die Durchführung der Studie wurde in drei Hauptteile gegliedert, die jeweils drei Module umfassen. Der erste Teil bestand aus rechtswissenschaftlichen Recherchen und Analysen, der zweite Teil aus sozialwissenschaftlichen Untersuchungen, und im dritten Teil schliesslich wurden die Befunde und Ergebnisse synthetisiert und konsolidiert.

Die Module von Hauptteil I im Einzelnen (rechtswissenschaftliche Untersuchungen):

- In *Modul 1* wurden – als Ausgangspunkt der Studie – die Grundzüge der internationalen und nationalen Rechtslage analysiert. Berücksichtigt wurden die Rechtsprechung und die Literatur sowie spezifische Studien zum Kindeswohl und zum Recht des Kindes auf Gehör.
- *Modul 2* befasste sich mit der generell-abstrakten Umsetzung der internationalen rechtlichen Vorgaben in Rechtstexten (Gesetze, Verordnungen und Weisungen). Ausserdem wurden Dokumente der Behörden analysiert, welche das Kindeswohl und das Recht des Kindes auf Gehör konkretisieren (etwa Leitfäden, Handbücher etc.).  
(a) Im Ausländerbereich wurden namentlich Dokumente des SEM (v.a. publizierte Weisungen) und der Migrationsämter der Kantone BS, BL, SG, AG, VD, NE und GE untersucht. Die übrigen kantonalen Migrationsämter, die die Anfrage beantworteten,<sup>18</sup> verfügten über keine spezifischen Dokumente.<sup>19</sup> (b) Im Asylbereich wurden

---

<sup>18</sup> ZH, BE (Kanton Bern, Stadt Bern, Stadt Thun, Stadt Biel), LU, UR, SZ, OW, ZG, FR, SO, SH, AI, AR, GR, TG, TI, VS und JU.

<sup>19</sup> Das Bundesgericht und die übrigen Migrationsämter erteilten keine Auskunft.

neben publizierten Handbuchartikeln rund 30 weitere Dokumente analysiert. Ausserdem wurden acht Schulungsvideos in die Untersuchungen einbezogen, die sich mit Kindern im Asylverfahren befassen. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt über keine eigenen Dokumente.

- In *Modul 3* wurde die individuell-konkrete Umsetzung der rechtlichen Vorgaben in der Rechtsprechung von Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht untersucht. Die Analyse wurde durch eine Untersuchung konkreter Dossiers vertieft. 100 Einzeldossiers aus ausländer- und asylrechtlichen Verfahren wurden mit der Methode der sogenannten prozessorientierten Aktenanalyse ausgewertet.<sup>20</sup> Die Auswertungskriterien orientierten sich im Wesentlichen an den Vorgaben des Kinderrechtsausschusses.<sup>21</sup> (a) Im Ausländerbereich wurden 44 Dossiers mit insgesamt 74 betroffenen Kindern analysiert. Die Dossiers wurden von den Migrationsämtern der Kantone AG, NE und VD sowie von den Verwaltungsgerichten der Kantone GR und ZH zur Verfügung gestellt, wobei bei der Auswahl auf Varianz hinsichtlich Sprachregion, Stadt-/Land-Prägung sowie Fallzahlen<sup>22</sup> geachtet wurde.<sup>23</sup> Die im Ausländerbereich untersuchten erstinstanzlichen Dossiers betrafen allesamt Ablehnungen und in der Sache Familiennachzugs- sowie Widerrufs- und Wegweisungsverfahren, die Dossiers der Verwaltungsgerichte betrafen auch Gutheissungen in solchen Verfahren.<sup>24</sup> (b) Im Asylbereich wurden die Fälle von 56 Kindern aus ebenso vielen Dossiers des

---

<sup>20</sup> LEHMANN/KLUG, S. 301 ff.

<sup>21</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkungen Nr. 14, 12 und 6. Die Kriterien umfassten u.a. die Themenbereiche Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls, Berücksichtigung des Kindeswohls in der Interessenabwägung, Entwicklung von Szenarien und Revidierbarkeit von Entscheiden, Meinung des Kindes, persönliche Anhörung des Kindes, Information und Vertretung.

<sup>22</sup> Gestützt auf die Statistiken 3-50 (Familiennachzug ständige ausländische Wohnbevölkerung nach Einwanderungsgrund Kantone; Nationen; Kantone/Nationen) abzüglich der Geburten aus den Statistiken 3-10 (Zu- und Abnahme ständige und nicht ständige ausländische Wohnbevölkerung nach Ausländergruppe Details Zu- und Abnahme Schweiz; Kantone) der letzten fünf Jahre. Die Statistiken sind abrufbar unter: [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Publikationen & Services > Statistiken > Ausländerstatistiken > Archiv ab 2008.

<sup>23</sup> Entsprechend wurden Dossiers aus zwei deutschsprachigen Kantonen (AG, ZH), zwei französischsprachigen (NE, VD) sowie einem dreisprachigen Kanton (GR) ausgewertet; vier der fünf Kantone sind städtisch geprägt (AG, NE, VD und ZH), einer ländlich (GR); drei Kantone haben über dem Mittelwert liegende Fallzahlen (AG, VD und ZH), zwei unter dem Mittelwert liegende (GR, NE); drei Kantone verfügen erstinstanzlich über eigene Dokumente (AG, NE und VD), zwei nicht (GR, ZH).

<sup>24</sup> Mit Ausnahme von vier Dossiers wurden alle Verfahren nach dem 1. Januar 2019 eröffnet.

SEM ausgewertet.<sup>25</sup> Es handelte sich um nationale Verfahren und Dublin-Verfahren von begleiteten und unbegleiteten Kindern sowie um Familienzusammenführungen. Untersucht wurden Dossiers aus fünf Heimat- oder Herkunftsländern.<sup>26</sup> Alle untersuchten Dossiers betrafen abgeschlossene Verfahren einschliesslich eines allfälligen Beschwerdeverfahrens.<sup>27</sup> Im Asylbereich wurden sowohl gutheissende als auch ablehnende Entscheide untersucht.

Die Module von Hauptteil II im Einzelnen (sozialwissenschaftliche Untersuchungen):

- In *Modul 4* wurde die aktuelle sozialwissenschaftliche Literatur zu hier interessierenden Themenbereichen ausgewertet (Kindheit und Aufwachsen, Entwicklungspsychologische Grundlagen, Bindungstheorien, Sozialpädagogik der Lebensalter, Flucht und Migration). Einbezogen wurden auch einschlägige Studien zur Unterbringung und Betreuung bzw. zur ausserfamiliären Unterbringung im Allgemeinen sowie Leitfäden und Empfehlungen in Bezug auf die Anhörung im Asylverfahren und in Kindesschutzverfahren. Schliesslich wurden vereinzelt bestehende Statistiken einbezogen.<sup>28</sup> Weitere angefragte Statistiken waren nicht erhältlich.<sup>29</sup>
- *Modul 5* erhob relevante Erfahrungen, Beobachtungen und Einschätzungen von Fachpersonen mit leitfadengestützten und themenzentrierten Interviews. Die Interviews wurden mit 26 Fachpersonen geführt und dauerten 30 bis 60 Minuten;

---

<sup>25</sup> Bei den begleiteten Kindern wurden Dossiers von Kindern aus zwei verschiedenen Alterskategorien ausgewählt (9-10-jährig sowie 16-17-jährig). Die Dossiers wurden nur in Bezug auf das betreffende Kind ausgewertet, nicht hingegen in Bezug auf allfällige Geschwisterkinder.

<sup>26</sup> Unbegleitete Kinder: Afghanistan, Algerien, Eritrea, Guinea, Türkei; begleitete Kinder: Afghanistan, Algerien, Eritrea, Türkei, Irak; angestrebt wurde Varianz hinsichtlich der geografischen Herkunftsregion und der Schutzquote (Asylgewährungen und vorläufige Aufnahmen).

<sup>27</sup> Alle Verfahren wurden nach dem 1. Juli 2021 eröffnet. Am 3. Juni 2021 hat das SEM eine Praxisänderung mit Blick auf die Anhörung von begleiteten Kindern vorgenommen.

<sup>28</sup> Namentlich die SEM-Statistik 3-50 unter Berücksichtigung der Statistiken 2-21, 2-41, 2-22, 3-10, 3-20, 3-30 und 3-31 der Jahre 2019 bis 2024 (abrufbar unter: [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Publikationen & Services > Statistiken > Ausländerstatistik).

<sup>29</sup> Nicht erhältlich waren namentlich Statistiken zu Wegweisungen von Kindern in Familienkonstellationen im Ausländerbereich, zu abgelehnten Familiennachzugsgesuchen im Ausländerbereich sowie allgemein zu abgelehnten Einreise- und Aufenthaltsgesuchen im Ausländerbereich. Es wird empfohlen, entsprechende Daten systematisch zu erheben, auszuwerten und öffentlich zugänglich zu machen (siehe in diesem Sinne: Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 16).

Erhebung und Auswertung wurden mittels der Methode der sogenannten rekonstruierenden Untersuchung durchgeführt.<sup>30</sup> Im Mittelpunkt standen Fragen zur Umsetzung und Anwendung des Gebots vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls und des Rechts auf Gehör. Interviewt wurden folgende Fachpersonen: Mitarbeitende von Migrationsbehörden (4),<sup>31</sup> Mitarbeitende einer letztinstanzlichen kantonalen Beschwerdeinstanz (1), Rechtsvertreterinnen/Rechtsberater (7),<sup>32</sup> NGO-Mitarbeitende (4), Fachpersonen im Bereich Unterbringung und Betreuung (5), Fachperson im Bereich Therapie (1), Beistandschaft/KESB-Mitarbeitende (3). Die Expertisen betrafen teilweise die ganze Schweiz und teilweise bloss Regionen.<sup>33</sup> Ausserdem wurden im Rahmen des Studienauftrags fünf junge Erwachsene befragt, die als Kinder/Jugendliche selbst Asylverfahren durchlaufen hatten (Erfahrungsexpertinnen und -experten).<sup>34</sup> In Ergänzung dazu stellte das UNHCR eine anonymisierte Auswertung von 13 Interviews mit minderjährigen Asylsuchenden zur Verfügung, die in den Jahren 2021 und 2022 durchgeführt worden waren.<sup>35</sup>

- *Modul 6* ergänzte die Untersuchungen auf Basis der Erkenntnisse und offenen Fragen der vorangehenden Module mit einer quantitativen und anonymen Onlinebefragung von Expertinnen und Experten. Befragt wurden 509 Fachpersonen aus den vier für die Beantwortung der Postulatsfragen relevanten Bereichen: (a) ausländerrechtliche

---

<sup>30</sup> GLÄSER/LAUDES, S. 1 ff.

<sup>31</sup> Ein Interview mit der Leitung einer kantonalen Migrationsbehörde, ein Interview mit einer fallverantwortlichen Person im Ausländerbereich, zwei Interviews mit fallverantwortlichen Personen im Asylbereich.

<sup>32</sup> Drei Interviews mit Rechtsvertretungen im Ausländerbereich; vier Interviews mit mandatierten und nicht-mandatierten Rechtsvertretungen und -beratungen im Asylbereich.

<sup>33</sup> Sechs Expertisen bezogen sich auf die gesamte Schweiz, 13 auf die Deutschschweiz, fünf auf die französischsprachige Schweiz und je eine Expertise auf das Tessin und auf Graubünden.

<sup>34</sup> Es handelt sich um Personen zwischen 19 und 21 Jahren, die sich selbst in den vergangenen 3-6 Jahren als begleitete oder unbegleitete Minderjährige in einem Asylverfahren befanden.

<sup>35</sup> Das UNHCR führte in den Jahren 2021 und 2022 in allen sechs Asylregionen Gespräche (einzeln oder in kleinen Gruppen) mit UMA und Familien mit Kindern. Ziel war es, die Unterbringungssituation zu erfragen. Dabei wurde meistens auch eine Frage zum Verfahren gestellt. Die interviewten Personen sind freiwillig zum Gespräch erschienen. Die Gespräche fanden im vertraulichen Umfeld statt. Die Aussagen stammen von 13 Personen, mehrheitlich männliche UMA, wenige Familien und einzelne weibliche UMA.

Verfahren<sup>36</sup> (102 Fachpersonen); (b) asylrechtliche Verfahren<sup>37</sup> (112 Fachpersonen); (c) Unterbringung und Betreuung<sup>38</sup> (210 Fachpersonen)<sup>39</sup>; (d) Beistandschaft und KESB<sup>40</sup> (85 Fachpersonen). Die Fragebögen enthielten sowohl fach- als auch funktionsspezifische und übergreifende gemeinsame Fragen. Die Auswertung der Fragebögen erfolgte bei geschlossen gestellten Fragen deskriptiv-statistisch. Bei offen gestellten Fragen wurden die Antworten inhaltlich analysiert und codiert.

Die Module von Hauptteil III im Einzelnen (Synthetisierung und Konsolidierung der Ergebnisse):

- *Modul 7* bestand aus der Diskussion der Feldzugänge, Erhebungsmethoden und Ergebnisse der vorliegenden Studie mit der Begleitgruppe und dem SEM (September 2023 bis Februar 2025). Auf dieser Basis wurden die Ausführungen zu den Studienergebnissen und -empfehlungen vereinzelt präzisiert und ergänzt.

---

<sup>36</sup> Als im Ausländerrecht tätige Expertinnen und Experten wurden Fallführende von kantonalen Migrationsbehörden und im Ausländerrecht tätige Rechtsvertreterinnen und -vertreter angeschrieben. Die Migrationsämter der Kantone AG, NE und VD wurden aufgrund ihrer Teilnahme an der Dossieranalyse nicht angeschrieben. Die Anfrage bei allen anderen kantonalen Migrationsbehörden erfolgte über die VKM. Bei den Rechtsvertreterinnen und -vertretern wurden alle Personen, die auf der Website des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV/FSA) «Ausländerrecht» als Rechtsgebiet ausgewiesen hatten, über die dort hinterlegte E-Mailadresse angeschrieben (n=333; Ausnahme: Kanton TI, da der Fragebogen nur auf Deutsch und Französisch verfasst wurde). Da auf der Begrüssungsseite der Onlinebefragung eingegrenzt wurde, welche Berufsgruppen die Befragung ausfüllen dürfen, wurden die angeschriebenen Expertinnen und Experten eingeladen, den Link mit Berufskolleginnen und -kollegen zu teilen.

<sup>37</sup> Angeschrieben wurden Fallführende des SEM (n=11) und mandatierte Rechtsvertretungen via SEM (n=57); nicht-mandatierte Rechtsvertretungen direkt via entsprechende Organisationsadressen (n=8).

<sup>38</sup> Angeschrieben wurden Fachpersonen in den Bundesasylzentren via SEM (n=23 Sozialpädagoginnen und -pädagogen, welche die Onlinebefragung in ihren Teams verbreiteten) sowie Fachpersonen in den kantonalen Strukturen via kantonale Asylkoordinationen (n=31), womit auch Fachpersonen ausserhalb der Zentren (Fallführende auf der Gemeinde, Jobcoaches, Familienbegleitungen, Mitarbeitende Asylkoordination) und einzelne Leitungspersonen im Sample vertreten sind. Der Anteil der direkt in den Bundes- oder kantonalen Zentren tätigen Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen und Betreuungspersonen beträgt n=129.

<sup>39</sup> In Folge von Umfrageabbrüchen, die in dieser Gruppe relativ häufig vorkamen, unterscheidet sich die Grundgesamtheit je nach Themenkomplex (Fragen zur fachlichen Orientierung n=210; Fragen zur Unterbringung und Betreuung begleiteter Kinder n=200; Unterbringung und Betreuung UMA n=173; spezifisch vorläufige Aufnahme n=151; spezifisch Nothilfe n=97).

<sup>40</sup> Beistandspersonen, KESB-Leitung und KESB-Behördenmitglieder via KESB-Adressen der Schweiz (n=126). Nicht angeschrieben wurden die KESB im Kanton Tessin, da der Fragebogen nur auf Deutsch und Französisch verfasst wurde.

- *Modul 8* führte die verschiedenen Untersuchungen zu einer Synthese zusammen. Im Mittelpunkt der Zusammenführung standen die Koordination der Module und die Auswertung der Ergebnisse. Die Ergebnisse wurden im Hinblick auf die Beantwortung der Postulatsfragen anhand des Standes der Umsetzung und Anwendung der Vorgaben der KRK in der Schweiz gewichtet.
  
- *Modul 9* bestand aus dem Verfassen und Redigieren der Studie.

## II. STUDIENERGEBNISSE

### A. Ausländerrechtliche Verfahren

Das Postulat fragt nach der Gewährleistung des Kindeswohls und des Rechts des Kindes auf Gehör in ausländerrechtlichen Verfahren. Untersucht wurde die Umsetzung der Vorgaben der KRK durch Gesetz, Verordnung, Weisungen und weitere Dokumente der zuständigen Behörden (kantonale Migrationsbehörden und SEM) (Module 1, 2 und 4). Weiter wurde die Anwendung der Vorgaben der KRK im Einzelfall anhand der Rechtsprechung sowie Einzelfalldossiers ausgewertet (Modul 3). Die Erkenntnisse daraus wurden durch Expertinnen- und Experten-Interviews sowie eine Onlinebefragung ergänzt (Module 5 und 6).

Ein Viertel aller in der Schweiz lebenden Kinder sind Ausländerinnen und Ausländer.<sup>41</sup> Jedes vierte in der Schweiz lebende Kind ist entsprechend in der einen oder anderen Form von ausländerrechtlichen Verfahren betroffen. Die Verfahren können die Einreise, eine Aufenthaltsverlängerung, eine Statusverbesserung oder die geographische und berufliche Mobilität zum Gegenstand haben. Besonders bedeutsam sind Verfahren, in denen darüber entschieden wird, wo und mit wem Kinder ihr künftiges Leben verbringen werden. Diese Untersuchung legt daher einen Schwerpunkt auf Familiennachzugs- und Widerrufsverfahren.

#### 1. Sachverhaltsermittlung

##### a. Spezifisches Verfahren zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls

Der erste identifizierte Problembereich im ausländerrechtlichen Verfahren betrifft die Ermittlung des Sachverhalts. Das Gebot der vorrangigen Berücksichtigung des

---

<sup>41</sup> Ende 2023 waren von rund 1.6 Millionen Kindern in der Schweiz rund 400'000 Teil der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung (siehe [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch) > Statistiken > Bevölkerung > Stand und Entwicklung > Alter > Alterspyramide 0-17 Jahre sowie [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Publikationen & Services > Statistiken > Ausländerstatistik > Archiv ab 2008 > Ausländerstatistik Dezember 2023 > 2-21 Bestand ständige ausländische Wohnbevölkerung nach Alter). Hinzuzuzählen sind Kinder im Ausland, die durch ausländerrechtliche Verfahren in der Schweiz betroffen sind.

Kindeswohls verlangt *als Verfahrensregel die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls*. Ermittlung meint die Evaluierung und Abwägung aller Kriterien, die notwendig sind, um in einer konkreten Situation eine Entscheidung für ein bestimmtes Kind zu treffen; Bestimmung beschreibt den formalen Prozess, in dem festgelegt wird, was dem Wohl des Kindes dient.<sup>42</sup> In allen Verfahren, die Kinder betreffen, muss die Sachverhaltsermittlung auch eine Prüfung der Situation des Kindes einschliessen. Für die Informationsermittlung sollte an erster Stelle das Kind selbst beigezogen werden; wichtige Informationsträger sind sodann auch Personen, die dem Kind nahestehen (Eltern, Verwandte, Betreuungspersonen, Lehrkräfte etc.).<sup>43</sup> Die Ermittlung der Umstände des Kindes soll in einem durch spezifische Verfahrensgarantien abgesicherten Verfahren stattfinden. Mindestens muss sichergestellt sein, dass für die Ermittlung eigene Verfahrensabschnitte vorgesehen sind und das Verfahren sowie die Ergebnisse schriftlich dokumentiert werden.<sup>44</sup>

Die Analyse insbesondere der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergab, dass aus der Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls erhöhte Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung abgeleitet wurden.<sup>45</sup> Ein *spezifisches Verfahren* zur Ermittlung des Kindeswohls ist gesetzlich nicht vorgesehen und konnte weder in der Rechtsprechung noch in einem der untersuchten Dossiers festgestellt werden. Zudem verfügte keiner der an dieser Studie teilnehmenden Kantone über Dokumente zu dieser Frage. Dieser Befund wurde durch die Befragung von Fachpersonen und die Onlinebefragung bestätigt.<sup>46</sup> Somit fehlt es in ausländerrechtlichen Verfahren an einem spezifischen Verfahren (oder Verfahrensabschnittes) zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls. Dies und die eher vagen Vorgaben der Rechtsprechung bergen die Gefahr, dass die Kindesinteressen nicht vollständig ermittelt und berücksichtigt werden.

---

<sup>42</sup> Die Ermittlung soll unter Einbezug des Kindes und idealerweise durch ein multidisziplinäres Team erfolgen, die Bestimmung durch strenge Verfahrensregeln abgesichert sein, siehe Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 47 ff.

<sup>43</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 53 f. und 92.

<sup>44</sup> Mit Blick auf eine mögliche Trennung des Kindes von den Eltern: Kinderrechtsausschuss, *O.M. gegen Dänemark*, Mitteilung Nr. 145/2021, 19. September 2023, § 8.5 m.H. auf Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 58 f. und Wanderarbeitersausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 30 und 32 Bst. e und f.

<sup>45</sup> Siehe dazu im Detail Kap. II.C.1.a. hinten.

<sup>46</sup> Hier stimmten 82.4 Prozent der befragten Rechtsvertretungen der Aussage nicht zu, dass ein standardisiertes Verfahren bestehe. Von den Fallverantwortlichen waren es 65.5 Prozent.

## b. Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls

Ein zweiter neuralgischer Aspekt bei der Sachverhaltsermittlung ist das Fehlen *systematischer Ermittlung des Kindeswohls* selbst. Dies ist mit Blick auf die für die Kinder auf dem Spiel stehenden Interessen offenkundig problematisch. In einem Grossteil der untersuchten erstinstanzlichen Dossiers wurden die Kinder von Elternteilen getrennt (im Falle von Wegweisungen des Elternteils) oder nicht mit diesen vereinigt (bei Familiennachzügen).<sup>47</sup> Für diese Kinder ging es um einschneidende Veränderungen (siehe Art. 9 Abs. 1 KRK), die die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung ihres Wohls auslösen.<sup>48</sup> Damit dieses Gebot verwirklicht werden kann, müssen zuerst die relevanten Umstände ermittelt werden.<sup>49</sup> In dieser Hinsicht sind Mängel zu konstatieren.

In *materieller Hinsicht* konnte in nahezu allen erstinstanzlichen Dossiers die Aufnahme der Personalien der Kinder mittels Formularen festgestellt werden. Erfasst wurden Namen, Alter, Religion und Staatsangehörigkeit. Dies war allerdings nicht durchgängig der Fall; in einigen Fällen betreffend Widerruf oder Nichtverlängerung einer Bewilligung eines Elternteils wurden die Kinder lediglich erwähnt, d.h. ohne nähere Individualisierung. Soweit es zu weiteren Ermittlungsschritten kam, so waren diese in inhaltlicher Hinsicht beschränkt. Ermittelt wurde vor allem das affektive und wirtschaftliche Verhältnis zwischen einem Elternteil und dem Kind sowie das familiäre Umfeld und die Lebensbedingungen des Kindes im Herkunfts- und Zielland. Vereinzelt wurde der Gesundheitszustand des Kindes ermittelt (bei drei Kindern). Insgesamt zeigte sich, dass die vom Entscheid betroffenen Kinder in den erstinstanzlichen Dossiers eher eine marginale Rolle spielten. Exemplarisch zeigt sich dies darin, dass bei vierzehn Kindern der Einreisezeitpunkt anhand der Akten nicht ermittelt werden konnte.

Bezüglich *konkreter Schritte* zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls ergab die Analyse der erstinstanzlichen Dossiers ein gemischtes Bild. Von 30 Dossiers mit 56

---

<sup>47</sup> 40 von 56 Kindern wurden von einem Elternteil getrennt oder nicht mit diesem vereinigt.

<sup>48</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 19 f.; Kinderrechtsausschuss, *O.M. gegen Dänemark*, § 8.5. sowie *Y.B. und N.S. gegen Belgien*, Mitteilung Nr. 12/2017, 27. September 2018, § 8.3.

<sup>49</sup> Insbesondere sind die Auswirkungen der Trennung oder Nichtvereinigung auf das Kind zu ermitteln, siehe Kinderrechtsausschuss, *O.M. gegen Dänemark*, § 8.7.

betroffenen Kindern wurden bei 25 Kindern keine Ermittlungsschritte vorgenommen, die über die Aufnahme der Personalien und schriftliche Gewährung des Gehörs an die Verfahrensparteien vor Erlass der Verfügung hinausgegangen wären; bei den anderen 31 Kindern war die Ermittlung nur sehr limitiert.<sup>50</sup> Vergleichsweise umfangreich behandelt wurde in erstinstanzlichen Dossiers dagegen die Situation von Kindern mit einer Beistandschaft. Bei vier Kindern wurden die Beiständinnen und Beistände von den kantonalen Migrationsämtern aufgefordert, sich zur Situation und Meinung des Kindes zu äussern. In diesen Fällen legten die Beiständinnen und Beistände die Situation und Meinung des Kindes relativ detailliert dar. Der Fokus der Eingaben lag auf der konkreten Situation der Kinder. Abgesehen von diesen Fällen wurde allerdings in keinem weiteren Fall eine Einschätzung einer kinderspezifischen Fachperson eingeholt. Der Fokus der Sachverhaltsabklärung lag in den meisten Dossiers auf der Situation der Erwachsenen, wobei auf eine umfassende Kindeswohlabklärung in der Regel verzichtet wurde.<sup>51</sup>

In einem gewissen Kontrast zu diesem Befund aus den erstinstanzlichen Dossiers waren die Fallverantwortlichen in der *Onlinebefragung* mehrheitlich der Auffassung, dass das Kindeswohl jeweils vollständig ermittelt werde. Die befragten Rechtsvertretungen dagegen verneinten dies wiederum mehrheitlich.<sup>52</sup> Den Befund wenig systematischer Sachverhaltsermittlung bestätigten auch die Interviews mit den Expertinnen und Experten aus diesem Verfahrensbereich. Als Gründe für diesen Mangel nannten sie neben dem Fokus auf den involvierten Erwachsenen die Schriftlichkeit des Verfahrens, fehlendes Wissen und fehlende Ressourcen. Im Einklang mit der Rechtsprechung, wonach Kinder grundsätzlich das ausländerrechtliche Schicksal der Eltern teilen, würden sie auch im Verfahren «mit den Eltern mitlaufen», formulierte etwa eine Rechtsvertretung. Dies hänge auch

---

<sup>50</sup> Folgende Ermittlungsschritte fanden sich in den Dossiers: Eingaben der Eltern, eines Elternteils oder der Rechtsvertretung nach amtlicher Aufforderung (21 Kinder), Eingaben der Beistandschaft nach amtlicher Aufforderung (4 Kinder) und schliesslich unbeantwortet gebliebene amtliche Aufforderungen auf Beibringung von Informationen an die Eltern (5 Kinder). In einem Dossier wurde die Kindsmutter im Auftrag des Migrationsamts durch die Polizei befragt. Die Befragung beschränkte sich allerdings darauf, ob aus einer bestimmten Beziehung Kinder hervorgegangen sind. In zwei weiteren Dossiers wurden die Kinder persönlich angehört. Bei 14 Kindern fanden sich Eingaben der Eltern, eines Elternteils oder der Rechtsvertretung in den Dossiers, die ohne amtliche Aufforderung eingereicht worden waren.

<sup>51</sup> Siehe dazu Kap. II.A.1.c. gleich anschliessend.

<sup>52</sup> Der Aussage «Das Kindeswohl wird in ausländerrechtlichen Verfahren vollständig ermittelt (alle Umstände, die das Kind betreffen könnten, werden ermittelt)» stimmten knapp 79.4 Prozent der Personen mit Fallverantwortung eher oder voll und ganz zu. Rechtsvertreterinnen und -vertreter stimmten zu 73.3 Prozent eher nicht oder überhaupt nicht zu.

damit zusammen, dass die Eltern (und nicht die Kinder) die Klienten der Rechtsvertretungen seien.

Der Fokus auf den involvierten Erwachsenen spiegelt sich in der *bundesgerichtlichen Rechtsprechung*. Zwar findet sich in den Entscheiden regelmässig eine Auseinandersetzung mit Kriterien, die für die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls von Bedeutung sind. Die Entscheide enthalten regelmässig Ausführungen zur Situation des Kindes und der Eltern, zur Eltern-Kind-Beziehung und zum Herkunftsland. Allerdings wird im Einzelfall oft nur ein Teil dieser Kriterien – und vor allem primär mit Blick auf das infragestehende Aufenthaltsrecht des betroffenen Elternteils – geprüft. Das Verhalten des Elternteils erscheint insgesamt als sehr entscheidungswesentlich, weniger dagegen die aktuelle und künftige Bedeutung seiner physischen Präsenz für die Entwicklung des Kindes. Selbst wenn das Kind originär aufenthaltsberechtigt ist, d.h. wenn es selbst einen nicht von den Eltern abgeleiteten Aufenthaltstitel besitzt, kommt ihm im Entscheid meist nur eine Nebenrolle zu. Dies zeigt sich etwa im Urteil 2C\_513/2022 vom 12. Mai 2023:

Der Fall betraf einen umgekehrten Familiennachzug eines besuchsberechtigten Vaters durch seine 2020 in der Schweiz geborene und hier als Flüchtling anerkannte und niedergelassene Tochter. Die vorinstanzlichen Ermittlungen betrafen die konkret gelebte Besuchsregelung, die Umstände der Betreuung, die Beziehung der Eltern mit Blick auf die gemeinsame elterliche Sorge und die tatsächliche Möglichkeit des Kontakts aus der Distanz zwischen Vater und Tochter (E. 3.2). Bei der Anspruchsprüfung war das Verhalten des Vaters entscheidungswesentlich (E. 5.3.1 bis 5.3.3). Das Gericht anerkannte auf generell-abstrakter Ebene zwar das besonders zu berücksichtigende Interesse der Tochter, möglichst mit beiden Elternteilen gemeinsam aufwachsen zu können und nicht von ihnen getrennt zu werden, stellte hierzu aber einzig fest, aufgrund der Distanz Schweiz-Äthiopien werde der Kontakt stark reduziert ausfallen (E. 5.3.4). Wegen des Verhaltens des Vaters überwogen die öffentlichen Interessen, womit der Vater die Schweiz verlassen musste.

Der aus den Untersuchungen gewonnene Eindruck eines *Fokus auf der Situation der Erwachsenen* (und die damit einhergehende nur unvollständige Abklärung des Kindeswohls) dürfte sich teilweise damit erklären, dass sich die Voraussetzungen des Anwesenheitsanspruchs nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht direkt aus der KRK

ergeben.<sup>53</sup> Entsprechend liegt der Fokus der Sachverhaltsermittlung auf der Frage, ob die Voraussetzungen der aufenthaltsbegründenden Normen (des Erwachsenen) erfüllt sind. Die KRK fordert zusätzlich aber eine zweite Fokussierung auf das betroffene Kind. Auch dessen Situation muss vollständig ermittelt und gewürdigt werden. Die Einführung eines spezifischen Verfahrensschrittes, welcher der Ermittlung des Kindeswohls gewidmet ist, würde dazu beitragen, die Interessen der betroffenen Kinder umfassender in das Verfahren einzuführen.

### c. Schwerpunkt der Sachverhaltsermittlung

Ein dritter kritischer Aspekt bei der Sachverhaltsermittlung durch Behörden ist eine ausgeprägte *Konzentration auf die öffentlichen Interessen*. Im Vordergrund stand in den untersuchten erstinstanzlichen Dossiers betreffend Widerruf und Nichtverlängerung von Bewilligungen vor allem ein allfälliger Sozialhilfebezug oder eine Straffälligkeit des betroffenen Elternteils. Die Interessen des vom Entscheid betroffenen Kindes wurden zudem überwiegend aus der Perspektive dieses Elternteils abgeklärt. Die das Kind selbst betreffenden Umstände dagegen wurden typischerweise nicht vollständig abgeklärt. In Familiennachzugsfällen stand die Erfüllung der gesetzlichen Familiennachzugsvoraussetzungen im Mittelpunkt. Die konkrete Situation der vom Entscheid betroffenen Kinder im Herkunftsland und der Schweiz wurden hingegen kaum vertieft untersucht. In der Gesamtsicht der untersuchten erstinstanzlichen Dossiers entsteht der Eindruck eines Missverhältnisses zwischen der Detailliertheit der Abklärung der involvierten öffentlichen Interessen und jenen des Kindes.

Zwei einschlägige erstinstanzliche Fälle der Dossieranalyse sollen diesen Befund verdeutlichen:

Der erste Fall betraf ein Familiennachzugsgesuch eines Familienvaters ohne schweizerische Staatsangehörigkeit. Die ausländerrechtliche Bewilligung des Mannes wurde wegen Straffälligkeit widerrufen. Er wurde weggewiesen und es wurde ein Einreiseverbot angeordnet.

---

<sup>53</sup> Allgemein zur KRK: BGE 126 II 377 E. 5 m.H. auf BGE 124 II 361 E. 3.b; betreffend Art. 3 KRK: BGE 143 I 21 E. 5.5.2 und 144 I 91 E. 5.2, letztmals etwa bestätigt in BGer 2C\_113/2023 vom 27. September 2023 E. 5.7.4; betreffend Art. 9 und 10 KRK: BGE 124 II 361 E. 3.b sowie 139 I 315 E. 2.4, 140 I 145 E. 3.2.

Nach einiger Zeit im Ausland ersuchte er um Aufhebung des Einreiseverbots und Bewilligung der Einreise sowie Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Verbleibs bei seiner Ehefrau und den bei ihr lebenden Kindern. Das Dossier umfasste mehrere hundert Seiten und zeugte von einer eingehenden behördlichen Auseinandersetzung mit dem Fall. Es enthielt jedoch keinerlei Abklärungen der Interessen der Kinder. In der Entscheidung wurden die «äusserst grossen öffentlichen Interessen» an der Fernhaltung und die «geringen bis mittleren privaten Interessen» der Familie am Zusammenleben eingehend erörtert, während die Interessen der Kinder nicht in der Abwägung berücksichtigt wurden.

Ein zweiter Fall betraf ein nachträgliches Familiennachzugsgesuch eines Vaters mit Schweizer Staatsangehörigkeit. Dieser wollte seine im Ausland lebende Ehefrau und das gemeinsame Kind in die Schweiz nachziehen. Das kantonale Migrationsamt erfragte allfällige wichtige Gründe für die Bewilligung des nachträglichen Nachzugs. Der Vater reichte verschiedene medizinische Unterlagen ein und machte geltend, die Mutter habe nach der Geburt der Tochter unter psychischen Beschwerden und das Kind unter gesundheitlichen Problemen gelitten. Der Nachzug sei erst im Zeitpunkt der Gesuchstellung möglich geworden, nachdem sich die gesundheitlichen Zustände beider stabilisiert hätten. Das Migrationsamt wies das Gesuch ohne weitere Abklärungen ab. Es begründete seine Entscheidung damit, dass das Getrenntleben bisher möglich gewesen sei und die Beziehung durch Besuchsaufenthalte und moderne Kommunikationsmittel weiterhin gepflegt werden könne. Die gesundheitliche Situation von Mutter und Kind wurden nicht erwähnt. Nach Einsprache des Vaters hob die Einspracheinstanz die Entscheidung auf und hiess das Gesuch gut.

*Auf Beschwerdeebene ist der Befund eines Missverhältnisses in der Abklärung der involvierten Interessen etwas zu relativieren.* So wurden in den untersuchten Dossiers teils erstinstanzliche Entscheide wegen unzureichender Sachverhaltsabklärung aufgehoben und explizit weitere Ermittlungsschritte betreffend das Kindeswohl angeordnet. Gleichzeitig fanden sich in den Dossiers verschiedentlich ausführliche Abklärungen zu den Interessen des Kindes, obwohl die Feststellung des Sachverhalts grundsätzlich nicht Sache der Beschwerdeinstanz ist. Exemplarisch war ein in der Dossieranalyse untersuchter nachträglicher Härtefall nach Art. 50 Abs. 1 Bst. b AIG i.V.m. Art. 13 BV und Art. 8 EMRK, bei dem erst das Gericht als dritte Instanz die Beiständin des Kindes schriftlich befragte und das Kind anfragte, ob es angehört werden wolle. Diese zusätzlichen Ermittlungsschritte führten dazu, dass das Gericht im Gegensatz zu den ersten beiden Instanzen bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zum Schluss kam, das Interesse des Kindes, mit der

Mutter aufwachsen zu können, überwiege die öffentlichen Interessen an der Beendigung des Aufenthalts der Mutter.

Das in der erstinstanzlichen Dossierauswertung festgestellte *Missverhältnis in der Abklärung der involvierten Interessen* entspricht der Einschätzung der befragten Rechtsvertretungen in der Onlinebefragung (75.6 Prozent teilen diese Auffassung «eher»). Von den befragten Personen mit Fallverantwortung stimmten hingegen 70 Prozent dieser Aussage «nicht» zu oder «eher nicht» zu.<sup>54</sup> Eine umfassendere und systematische Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls (siehe Kap. II.A.1.a. und b. vorne) dürfte dazu führen, dass das in der Dossieranalyse und von der Mehrzahl der Rechtsvertretungen festgestellte Problem des Missverhältnisses behoben oder gemindert würde.

## 2. Mitwirkung

### a. Persönliche Anhörung des Kindes

Der zweite grundsätzliche Problembereich im ausländerrechtlichen Verfahren – neben der Sachverhaltsermittlung bzw. als Teil von ihr – betrifft die *Mitwirkung der Kinder*. Nach der KRK soll das Kind als eigenständiges Rechtssubjekt anerkannt und ernst genommen werden. Deshalb verpflichtet Art. 12 Abs. 1 KRK die Konventionsstaaten in allen das Kind berührenden Angelegenheiten zur Einholung von dessen Meinung.<sup>55</sup> Hierzu sieht Art. 12 Abs. 2 KRK vor, dass das Kind in Gerichts- und Verwaltungsverfahren «unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle» anzuhören ist.<sup>56</sup> Der Kinderrechtsausschuss verlangt aber, Kinder nach Möglichkeit selbst, d.h. unmittelbar anzuhören.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Die bei der Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls festgestellte unterschiedliche Einschätzung der verschiedenen Akteure zeigte sich ansatzweise bereits in den Interviews mit den Expertinnen und Experten. Diese unterschiedlichen Einschätzungen sind allenfalls auf die unterschiedlichen Perspektiven und Rollen im Verfahren zurückzuführen.

<sup>55</sup> Dies gilt auch in Fällen, in denen das Kind nur indirekt betroffen ist (siehe schon HITZ QUENON/MATTHEY, Studie kindgerechte Justiz, S. 101).

<sup>56</sup> Siehe zum Verhältnis von Art. 3 und Art. 12 KRK beispielsweise BVGE 2024 VII/2 E. 5.3.2. ZERMATTEN spricht von einem «Tandem» (ZERMATTEN, S. 330 ff.).

<sup>57</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Ziff. 35 ff. In diesem Sinne auch WYTTENBACH, N. 57 zu Art. 11 BV. Anhörung wird in der vorliegenden Studie als die Ausübung des Rechts auf Gehör als

Das *Schweizer Ausländerrecht* thematisiert den Anspruch des Kindes auf Gehör nur punktuell in Art. 47 Abs. 4 AIG betreffend Familiennachzug. Nach dieser Bestimmung sind Kinder über 14 Jahre bei nachträglichem Familiennachzug – «sofern erforderlich» – anzuhören.<sup>58</sup> Der Anwendungskontext ist ausgesprochen eng.<sup>59</sup> Weitere Art. 12 KRK umsetzende Normen kennt das schweizerische Migrationsrecht nicht.<sup>60</sup> In diesem Punkt geht etwa das Zivilprozessrecht auf legislatorischer Ebene weiter. Bei familienrechtlichen Angelegenheiten ist die persönliche Anhörung in Kinderbelangen nach Art. 298 ZPO der Regelfall.<sup>61</sup> Die Differenz macht klar, weshalb dem Anspruch auf Gehör nach Art. 12 KRK in migrationsrechtlichen Verfahren grosse Bedeutung zukommt.<sup>62</sup>

Das *Bundesgericht* versteht Art. 12 KRK als unmittelbar anwendbares Völkerrecht.<sup>63</sup> Ein Kind kann sich in der Schweiz somit unmittelbar auf die Bestimmung berufen, ohne dass es dafür noch einer Umsetzung in einem nationalen Gesetz bedürfte.<sup>64</sup> Unerheblich ist, ob das Kind im ausländerrechtlichen Verfahren formell Parteistellung besitzt. Relevant ist vielmehr, ob es als vom Entscheid betroffen gelten kann. Betroffen ist es nicht nur,

---

Teilaspekt von Art. 12 KRK verstanden. Dies kann entweder mittelbar durch eine Vertretung oder unmittelbar durch das Kind selbst geschehen. Bei der unmittelbaren Anhörung ist zudem zwischen einer mündlichen und schriftlichen Anhörung zu unterscheiden. Das Bundesgericht verwendet im Zusammenhang mit der unmittelbaren mündlichen Anhörung die Formulierung «persönliche Anhörung»; ausserdem findet sich diese Formulierung in Art. 298 ZPO. Vorliegend wird der Begriff «persönliche Anhörung» für eine unmittelbare mündliche Anhörung verwendet.

<sup>58</sup> Auf Verordnungsstufe finden sich in Art. 73 Abs. 3 und Art. 74 Abs. 4 VZAE praktisch gleichlautende Bestimmungen. Art. 75 VZAE hält fest, dass wichtige familiäre Gründe für die Bewilligung eines nachträglichen Familiennachzugs vorliegen, wenn das Kindeswohl nur durch einen Nachzug in die Schweiz gewahrt werden kann.

<sup>59</sup> Zum Verhältnis von Art. 47 Abs. 4 AIG und Art. 12 KRK: BGer 2C\_723/2018 vom 13. November 2018 E. 3.1; SPESCHA, N. 18 zu Art. 47 AIG m.w.H.; CARONI, N. 35 ff. zu Art. 47 AIG.

<sup>60</sup> Für einen Überblick über die gesetzliche Umsetzung von Art. 12 KRK im europäischen Ausland: WEBER KAHN/HOTZ, Studie Partizipationsrecht, S. 46 ff.

<sup>61</sup> Im Zivilprozess ist das Kind grundsätzlich zwingend anzuhören, sowohl wegen des (uneingeschränkten) Untersuchungsgrundsatzes (Art. 296 Abs. 1 ZPO) als auch zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte des Kindes (MICHEL/STECK, N. 10 zu Art. 298 ZPO).

<sup>62</sup> Das in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Recht auf Gehör kommt nur den Verfahrensparteien zu, wobei Kinder in sie betreffenden ausländerrechtlichen Verfahren nicht immer Parteistellung besitzen (siehe BGer 2C\_641/2019 vom 3. Oktober 2019 E. 2.3 mit Verweis auf BGE 130 II 521 E. 2.8). Das in Art. 6 EMRK enthaltene Recht auf persönliche Anhörung findet in ausländerrechtlichen Angelegenheiten keine Anwendung (siehe BGE 137 I 128 E. 4.4.2).

<sup>63</sup> Siehe BGE 124 III 90 E. 3.a.; 147 I 149 E. 3.2.

<sup>64</sup> BGE 124 II 361 E. 3.c.; 147 I 149 E. 3.2. Das SKMR kam in einer Studie 2019 zum Schluss, Art. 12 KRK sei als «Grundrecht und Persönlichkeitsrecht» in der Schweiz «anerkannt» (WEBER KAHN/HOTZ, Studie Partizipationsrecht, S. 212).

wenn sein eigenes Aufenthaltsrecht in Frage steht.<sup>65</sup> Es genügt, dass es um jenes eines Elternteils oder einer nahen Bezugsperson geht.<sup>66</sup> Das Bundesgericht verlangt allerdings nicht, dass Kinder zwingend persönlich anzuhören sind. Vielmehr hat eine Anhörung «in angemessener Weise» zu erfolgen, d.h. in Abhängigkeit von den Umständen des konkreten Falles, und sie kann auch schriftlich oder über eine Vertretung erfolgen.<sup>67</sup> Persönliche Anhörungen sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich ab vollendetem sechstem Altersjahr möglich.<sup>68</sup>

Die *Weisungen des SEM* machen beim Anwendungsbereich von Art. 12 KRK «einen Beurteilungsspielraum» aus.<sup>69</sup> Der Gehörsanspruch sei «vernünftigerweise» auf Verfahren zu beschränken, in denen essenzielle persönlichkeitsrelevante Interessen des Kindes unmittelbar auf dem Spiel stehen. Dies sei etwa der Fall, wenn die Trennung des Kindes von seiner Familie oder die Aussicht eines Entscheides über das Sorgerecht bei einer Ehescheidung in Frage kommt.<sup>70</sup> Da in ausländerrechtlichen Verfahren in aller Regel für die Kinder «essenzielle, persönlichkeitsrelevante Interessen» auf dem Spiel stehen, dürfte dies auf einen Grossteil der Verfahren zutreffen. Zum nachträglichen Familiennachzug wird festgehalten, dass eine persönliche mündliche Anhörung des Kindes aufgrund der Schriftlichkeit der Verfahren nicht grundsätzlich unverzichtbar sei; entscheidend sei vielmehr, dass sein Standpunkt angemessen ausgedrückt werden könne.<sup>71</sup>

Von den *kantonalen Migrationsämtern* verfügt eine Mehrheit über keine einschlägigen Anleitungen zur Handhabung des Anspruchs des Kindes auf Gehör. Einige verweisen auf

---

<sup>65</sup> Etwa weil es das ausländerrechtliche Schicksal der sorgeberechtigten Eltern oder eines Elternteils teilt (siehe Art. 25 Abs. 1 und Art. 301 Abs. 3 und Art. 301a ZGB); siehe GÜNTERT/NÜSSLE, S. 52 m.w.H.

<sup>66</sup> Voraussetzung ist, dass es sich um eine lebendige und wichtige persönliche Beziehung handelt (siehe BGer 2C\_81/2021 vom 29. Juli 2021 E. 4.1 m.w.H.). Zur Anwendbarkeit von Art. 3 und 12 KRK bei faktischen Familienbeziehungen: Kinderrechtsausschuss, *Y.B. und N.S. gegen Belgien*, § 8.3 und 8.8.

<sup>67</sup> Siehe BGE 124 II 361 E. 3.c.

<sup>68</sup> Die Altersgrenze ist im Sinne einer allgemeinen Richtlinie zu verstehen. Allenfalls kann sich eine mündliche Anhörung schon bei jüngeren Kindern aufdrängen (siehe z.B. BGer 2C\_81/2021 vom 19. Juli 2021 E. 4.1 m.H. auf BGE 131 III 553 E. 1.2.3; BGer 2C\_870/2016 vom 21. Dezember 2016 E. 3.4 betreffend ein fünfjähriges Kind). Das Bundesgericht stützt sich demnach auf die Gesprächsfähigkeit ab, nicht auf die Urteilsfähigkeit.

<sup>69</sup> SEM, Weisungen AIG, Ziff. 10.2.

<sup>70</sup> Ebenda, Ziff. 10.2 m.H.

<sup>71</sup> Ebenda, Ziff. 6.10.2 m.H.

die vorgehend beschriebenen Weisungen des SEM bzw. die Rechtsprechung des Bundesgerichts.<sup>72</sup> Der Kanton Basel-Land verfügt über Merkblätter über die Rechte von Kindern im Allgemeinen sowie die Partizipation von Kindern nach Art. 12 KRK. Ein amtsinterner Prozessbeschrieb sieht namentlich bei Wegweisungen von Kindern besondere Abklärungen zur Gehörs-gewährung vor. Der Kanton Neuenburg verfügt über eine detaillierte Anleitung zur persönlichen Anhörung von Kindern durch die Schweizer Vertretung im Herkunftsland, wenn es um nachträglichen Familiennachzug geht (Art. 47 Abs. 4 Satz 2 AIG). Die Anleitung legt fest, dass Kinder über 14 Jahren immer persönlich anzuhören sind. Dass diese Anhörungen tatsächlich durchgeführt werden, bestätigte die Dossieranalyse.

Eine *Studie des SKMR* von 2017 konstatierte, dass mehr als die Hälfte der Kantone keine Anhörungen mit Kindern in ausländerrechtlichen Verfahren durchführen. Knapp die Hälfte gab an, die Kinder «manchmal» anzuhören. Zwei Kantone gaben an, sie würden Kinder anhören.<sup>73</sup> Auch die vorliegende Untersuchung legt den Schluss nahe, dass die vom Kinderrechtsausschuss empfohlene unmittelbare Anhörung von Kindern in der Praxis *klar die Ausnahme* darstellt. In den untersuchten erstinstanzlichen Dossiers war nur gerade bei 2 von 56 betroffenen Kindern eine persönliche Anhörung feststellbar.<sup>74</sup> Auch die Onlinebefragung<sup>75</sup> sowie die durchgeführten Expertinnen- und Experten-Interviews ergaben, dass Kinder nur ausnahmsweise persönlich angehört werden. Expertinnen und Experten aus NGOs wiesen zudem darauf hin, dass Kinder in ausländerrechtlichen Verfahren – anders als bei Anhörungen in Kindesschutzverfahren – meist erst ab 14 bzw. 12 Jahren als urteils- und damit persönlich anhörungsfähig betrachtet werden. Einige befragte Personen berichteten jedoch, dass auch Kinder im Alter von 16 und 17 Jahren teilweise nicht persönlich angehört werden. In einem Alter also, in dem die

---

<sup>72</sup> Kanton Zürich, Sicherheitsdirektion, Weisung Familiennachzug, Ziff. 4.2.1.1. zur Anhörung beim nachträglichen Familiennachzug; Kanton St. Gallen, Amt für Soziales, Empfehlungen für kindergerechte Verfahren im Kanton St. Gallen, S. 6.

<sup>73</sup> Siehe HITZ QUENON/MATTHEY, Studie kindgerechte Justiz, insbesondere S. 80 ff.

<sup>74</sup> Wobei in den untersuchten erstinstanzlichen Dossiers acht Kinder zu Beginn des Verfahrens zwischen null und vier Jahre alt waren, womit eine Gesprächsfähigkeit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eher nicht anzunehmen ist. Von drei Kindern konnte das Alter nicht ermittelt werden.

<sup>75</sup> Es wurde danach gefragt, wie das Kind seine Meinung in der Regel in das Verfahren einbringt. 17.5 Prozent gaben «unmittelbar» an (10.9 Prozent durch persönliche Anhörung, weitere 6.6 Prozent durch schriftliche Eingaben des Kindes).

Anhörungsfähigkeit ausser Zweifel steht. Viele Expertinnen und Experten waren der Einschätzung, dass Kinder vor allem aufgrund mangelnden einschlägigen Wissens, fehlender Ressourcen sowie der überwiegenden Schriftlichkeit des Verfahrens nicht angehört würden.

b. Mittelbarer Einbezug des Kindes

Der Verzicht auf eine persönliche Anhörung dürfte teilweise auf die *bundesgerichtliche Praxis* zurückzuführen sein. Diese erlaubt einen Verzicht auf eine persönliche Anhörung unter drei Voraussetzungen:<sup>76</sup> (1) Das Kind muss durch seine Eltern vertreten sein.<sup>77</sup> (2) Die Interessen von Kind und Eltern sind im Wesentlichen als «gleichlaufend» zu betrachten; dies wird etwa bei fraglichem Aufenthaltsrecht sowohl der Eltern als auch der Kinder vermutet.<sup>78</sup> (3) Der rechtserhebliche Sachverhalt kann ohne persönliche Anhörung ausreichend abgeklärt werden; der Sachverhalt muss auf andere verlässliche Weise erstellbar sein.<sup>79</sup> Diese Praxis mag bis zu einem gewissen Grad erklären, weshalb in den Fällen der ausgewerteten erstinstanzlichen Dossiers der grösste Teil der betroffenen Kinder nur mittelbar angehört wurde. Die Onlinebefragung bestätigte diesen Befund. Die Mehrheit der Befragten gab an, dass die Meinung des Kindes – falls überhaupt – in der Regel schriftlich in das Verfahren eingebracht werde, am häufigsten via Rechtsvertretung der Eltern oder über die Eltern selbst.<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> BGer 2C\_303/2014 vom 20. Februar 2015 E. 5.1. Diese Ansicht verfestigte sich in den folgenden Jahren zu einer konstanten Praxis in allen ausländerrechtlichen Verfahren (siehe etwa BGer 2C\_182/2016 vom 11. November 2016 E. 2.3; BGE 144 II 1 E. 6.5; 147 I 149 E. 6.5; BGer 2C\_724/2017 vom 18. Juli 2018 E. 3.2; 2C\_488/2019 vom 4. Februar 2020 E. 3.2; 2C\_513/2022 vom 12. Mai 2023 E. 4.4.1; BGer 2C\_113/2023 vom 27. September 2023 E. 3.2).

<sup>77</sup> BGE 144 II 1 E. 6.5. In den neueren Entscheiden BGer 2C\_342/2024 vom 3. Dezember 2024 E. 3.2 und BGer 2C\_411/2024 vom 22. Januar 2025 E. 3.1 scheint das Bundesgericht auch andere Personen als Vertretung zuzulassen.

<sup>78</sup> BGE 147 I 149 E. 3.3. Auch eine Studie des SKMR von 2017 ergab, dass «fast alle» Kantone der Ansicht sind, das Interesse des Kindes stimme mit dem des weggewiesenen Elternteils überein (siehe HITZ QUENON/MATTHEY, Studie kindgerechte Justiz, S. 94). Der Kinderrechtsausschuss hat das Argument der Gleichläufigkeit der Interessen für den Verzicht einer Anhörung im Bereich des Asylrechts zurückgewiesen: Kinderrechtsausschuss, V.A. *gegen die Schweiz*, Mitteilung Nr. 56/2018, 28. September 2020, § 7.3.

<sup>79</sup> Siehe u.a. BGE 144 II 1 E. 6.5 f.; BGer 2C\_837/2022 vom 19. April 2023 E. 3.1; 2C\_818/2018 vom 25. November 2019 E. 3.2; BGer 2C\_411/2024 vom 22. Januar 2025 E. 3.1. Anders BGer 2C\_17/2021 vom 18. Juni 2021 E. 3.6 f.

<sup>80</sup> In der Befragung wurde erhoben, wie das Kind seine Meinung in der Regel in das Verfahren einbringt. 72 Prozent gaben «mittelbar» an (22.7 Prozent durch schriftliche Eingaben der Eltern oder des Elternteils,

Aus der *Praxis der bloss mittelbaren Anhörung über die Eltern* (oder die Rechtsvertretung der Eltern) ergeben sich namentlich zwei Probleme. Zum einen geht die mediatisierte Mitwirkung bei der Sachverhaltsermittlung in der Tendenz mit der Vermutung der Gleichläufigkeit der Interessen von Kindern und den sie vertretenden Eltern einher. Dies ist problematisch. Bei einer bloss mittelbaren Anhörung ist gemäss Kinderrechtsausschuss sicherzustellen, dass kein Interessenkonflikt zwischen vertretender Person und Kind vorliegt.<sup>81</sup> Entsprechend fordert der Ausschuss, dass Vertretungen von Kindern «ausschliesslich» die Interessen der Kinder vertreten und nicht jene der Eltern – idealerweise sind entsprechende Verhaltensregeln zu entwickeln.<sup>82</sup> Damit dürften Eltern, die selbst von einem Verfahren betroffen sind (und legitimerweise darin eigene Interessen haben) nur in Ausnahmefällen geeignete Vertretungen für ihre Kinder sein. Die pauschale Vermutung der Gleichläufigkeit der Interessen greift in diesem Sinne zu kurz.<sup>83</sup> Wesentliche Umstände können unerkannt bleiben. Hinzu kommt, dass in einem (nicht unerheblichen) Teil der untersuchten Dossiers die Kinder auch nicht mittelbar angehört wurden und ihr Standpunkt somit gar nicht in das Verfahren einfluss.<sup>84</sup> Dabei ging aus den erstinstanzlichen Dossiers oft nicht hervor, weshalb die Kinder angehört bzw. nicht angehört wurden. Insbesondere blieb meist unklar, ob das Kind in der Lage war, sich zu äussern und sich eine eigene Meinung zu bilden. Den Dossiers war ferner nicht zu entnehmen, ob die Kinder über das Verfahren und die Bedeutung seines Ausgangs informiert worden waren.

Auch in den *Interviews* äusserten sich Expertinnen und Experten kritisch zur Vertretungssituation der Kinder. Bei Familien werde überwiegend davon ausgegangen, dass die Eltern für das Kindeswohl zuständig seien. Die Möglichkeiten der Eltern, das Kindeswohl zu gewährleisten, seien in angespannten Verfahrenssituationen jedoch begrenzt. Die Kinder verfügen gemäss den Fachpersonen kaum über Informationen und Wissen zu ihren

---

31.3 Prozent schriftlich durch die Rechtsvertretung der Eltern oder des Elternteils und 18 Prozent schriftlich über die Rechtsvertretung des Kindes).

<sup>81</sup> Dazu auch Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Ziff. 36.

<sup>82</sup> Ebenda, Ziff. 37.

<sup>83</sup> Ähnlich: HITZ QUENON/MATTHEY, Studie kindgerechte Justiz, S. 101.

<sup>84</sup> Dies betraf 17 von insgesamt 56 betroffenen Kindern (rund 30 Prozent). In der Onlinebefragung gaben 8.1 Prozent an, die Meinung des Kindes werde gar nicht in das Verfahren eingebracht.

Rechten oder zum Verfahren. Viele verstünden zudem nur begrenzt, worum es für sie und ihre Familien überhaupt ginge. Es existieren auch keine kindergerechten allgemeinen Informationen zum ausländerrechtlichen Verfahren. Viele Eltern verstünden selbst zu wenig davon. Gemäss einer Expertin für Anhörungen können die Kinder die Belastungen und das Verhalten der Eltern oftmals nicht einordnen. Eine fallführende Person eines Migrationsamts führte aus, die Verfahren würden auch zum Schutz der Kinder schriftlich durchgeführt und der Kanton frage systematisch bei Fachbehörden nach, um die Umstände des Kindes zu ermitteln. Ein Experte, der insbesondere Kindesverfahrensvertretungen macht, formulierte die Empfehlung, dass vor allem bei belasteten Familien den Kindern Parteistellung eingeräumt werden sollte. Bei komplexen Fällen bestehe zudem an den entscheidenden Schnittstellen oft ein ungenügender Informationsaustausch unter den Fachpersonen. Es gebe ausserdem nur selten Rechtsvertretungen, die ausschliesslich für das Kind zuständig seien.<sup>85</sup> Als Folge litten viele Kinder gemäss diesem Expertendirekt oder indirekt unter dem Verfahren, ohne dass dies jemand erkenne oder das Kind begleite. Dieses Problem zeige sich im ausländerrechtlichen Verfahren ausgeprägter als im asylrechtlichen, da im Asylverfahren zumindest bei unbegleiteten Kindern das Kindeswohl mehr im Blick sei. Viele der interviewten Expertinnen und Experten wiesen weiter darauf hin, dass die elterliche Vertretung des Kindes eine angemessene Sachverhaltsabklärung betreffend das Kind unter Umständen nicht gewährleisten könne. Das Gleiche gelte – vor allem bei belasteten Familien – auch für Rechtsvertretungen der Eltern.

Zum anderen geht mit der lediglich mittelbaren Mitwirkung das Risiko einher, dass dem Teilgehalt von Art. 12 KRK als *persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht* nicht genügend Rechnung getragen wird. Die Sachverhaltsermittlung ist nicht der einzige Zweck des Rechts. Beim familienrechtlichen Anhörungsrecht nach Art. 298 ZPO benennt die bundesgerichtliche Rechtsprechung diesen persönlichkeitsbezogenen Aspekt des Äusserungsrechts explizit. So sei das Recht auf Anhörung sowohl «Ausfluss» der Persönlichkeit des Kindes als auch Mittel zur Sachverhaltsfeststellung.<sup>86</sup> Selbst wenn die relevanten Tatsachen einwandfrei festgestellt worden seien, sei das Gericht verpflichtet, das Kind

---

<sup>85</sup> Der Befund lässt sich durch die erstinstanzliche Dossieranalyse bestätigen. Nur zwei der betroffenen 57 Kinder hatten eine eigene Rechtsvertretung.

<sup>86</sup> Siehe z.B. BGE 146 III 203 E. 3.3.2.

über sein Anhörungsrecht zu informieren, weil die Anhörung ein persönliches Recht des Kindes darstelle, zu dessen Ausübung es sich äussern können müsse.<sup>87</sup>

Die Untersuchungen weisen daher darauf hin, dass die *Kinder trotz starker Betroffenheit von den Verfahren wenig in diese einbezogen werden*. Die vom Kinderrechtsausschuss empfohlene unmittelbare Anhörung findet nur selten statt, was auch mit der einschränkenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Recht auf Gehör nach Art. 12 KRK zusammenhängt.

#### c. Art und Weise der persönlichen Anhörung

Viele der interviewten Expertinnen und Experten wogen die *Chancen und Risiken einer persönlichen Anhörung* ab. So führte eine fallführende Person eines kantonalen Migrationsamtes aus, dass Anhörungen für die Kinder sehr belastend sein können. Es bedürfe gut geschulter Fachpersonen für diese Aufgabe. Gerade in Phasen ausgeprägter Fremdbestimmung sei die Mitwirkung der Kinder sehr wichtig. Eine KESB-Mitarbeiterin bestätigte dies und wies darauf hin, dass das Recht auf Gehör ein Recht und nicht eine Pflicht der Kinder darstelle. Die Ausübung sei anforderungsreich. Eine Expertin, die insbesondere Kindesverfahrensvertretungen macht, bestärkte die Relevanz eines sensiblen Einbezugs dahingehend, dass die Anhörung als Partizipationsmöglichkeit während des gesamten Prozesses begriffen werden sollte – nicht als pro forma Anhörung am Schluss. Hingewiesen wurde auch auf die Bedeutung interkultureller Dolmetscher. Eine weitere Person mit Expertise im Bereich Anhörung von Kindern wies darauf hin, dass die Bedarfslagen und Vulnerabilitäten der Kinder vorab bekannt sein müssen, um das Risiko einer Kindeswohlgefährdung bei der Anhörung zu minimieren.

In den untersuchten Dossiers fand sich auch ein *Beispiel für die gelungene Vorbereitung einer persönlichen Anhörung*. Der Fall betraf das Verwaltungsgericht Zürich.<sup>88</sup> Es ging um ein zehnjähriges Kind, dessen Vater in den Heimatstaat weggewiesen werden sollte.

---

<sup>87</sup> BGer 5A\_402/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 5.1.

<sup>88</sup> Siehe zur Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sowie zur konkreten Durchführung von persönlichen Anhörungen: GÜNTERT/NÜSSLE, S. 64 ff.

Das Kind wurde in einem Brief persönlich zur Anhörung eingeladen. Darin wurde es in kindgerechter Sprache über das Verfahren sowie Gegenstand und Form der Anhörung informiert. Es wurde zudem darüber informiert, wer es anhören würde und dass es bei Fragen Kontakt aufnehmen dürfe: «Wenn du Fragen hast, gebe ich dir gerne Auskunft. Meine Telefonnummer im Büro lautet [...]»

Abschliessend verdient Erwähnung, dass die *persönliche Anhörung die Verwirklichung der Zwecke des Gehörsrechts alleine nicht gewährleistet*. Sie erhöht wegen der Präsenz des Kindes aber deren Wahrscheinlichkeit. Im Sinne des Kinderrechtsausschusses sollte dem Kind eine persönliche Anhörung entsprechend angeboten werden. Bei einer mittelbaren Mitwirkung des Kindes dürfte die Vertretung durch eine fachlich geschulte und von den Eltern unabhängige Person Verbesserungen bewirken.<sup>89</sup>

### 3. Kindesinteresse im Entscheid

Der dritte identifizierte Problembereich betrifft das konkrete *Einfliessen der Kinderperspektive in die Entscheidung*. Er hängt mit den vorgenannten zusammen, erschöpft sich aber nicht in ihnen. Von Belang ist in diesem Zusammenhang, dass aus der Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KRK bestimmte Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismässigkeit und die Begründung der Entscheidung fliessen. Diese Gehalte sollen ein Unterlaufen der Substanz der Verpflichtung verhindern. Gemäss Kinderrechtsausschuss ist im Entscheid etwa eine explizite Darlegung erforderlich, «welche das Kind betreffenden Sachverhalte vorlagen, welche Kriterien (...) für relevant erachtet wurden, was diese Kriterien im konkreten Fall beinhalten und wie sie (...) gewichtet wurden.»<sup>90</sup> Sodann weist er darauf hin, dass sich Kinder in Entwicklung befinden, weshalb Entscheide revidierbar sein müssen.<sup>91</sup> Besonderer Begründungsbedarf eine allfällige Abweichung von der Kindesmeinung. Falls die Entscheidung darüber hinaus in einem Spannungsverhältnis zum (objektiven) Kindeswohl steht, muss sie

---

<sup>89</sup> Vgl. in diesem Sinne: Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Ziff. 36 und 37, wonach sich Vertreter bewusst sein müssen, dass sie ausschliesslich die Interessen des Kindes vertreten.

<sup>90</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 97. Siehe zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK Kap. II.C.1.a. hinten.

<sup>91</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 84.

qualifiziert begründet werden. Steht eine Trennung des Kindes von den Eltern zur Diskussion, sind namentlich die Auswirkungen auf das Kind und die Möglichkeiten zur Sicherstellung des Kontakts zu prüfen.<sup>92</sup>

Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Weisungen des SEM* gehen von einer zusehends grundlegenden Bedeutung des Kindeswohls bei der Interessenabwägung aus. Dieses sei ein wesentliches Element der Abwägung, allerdings nur «[...] ein wesentliches Element unter anderen [...]»<sup>93</sup> Die Formulierung des Bundesgerichts lässt Raum für Interpretation. Einzelne kantonale Migrationsämter verweisen auf die Weisung des SEM. Andere besitzen eigene Weisungen oder Richtlinien mit Implikationen für die Interessenabwägung. Der *Kanton Zürich* etwa verfügt über eine Weisung zu ausländerrechtlichen Massnahmen bei Sozialhilfebezug. Mit Blick auf die Verhältnismässigkeitsprüfung bei mitbetroffenen Kindern sieht diese ein «erhebliches Gewicht» des Kindeswohls vor, namentlich bei Schweizer Kindern und in der Schweiz geborenen, eingeschulten niederlassungsberechtigten Kindern.<sup>94</sup> Der *Kanton Waadt* besitzt eine Weisung mit Vorgaben für die Prüfung von Wegweisungen mit betroffenen Kindern.<sup>95</sup> Darin wird zunächst die Möglichkeit anerkannt, dass die Situation der Kinder einen Härtefall nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG darstellen und ein Aufenthaltsrecht für die ganze Familie begründen kann. Die Situation der Kinder kann der massgebliche Entscheidgesichtspunkt sein. Die Weisung erwähnt weiter, dass die «Schengen-Evaluation» von 2018 die Notwendigkeit besserer Erörterung der Situation der Kinder in den Entscheiden aufzeigte. Bei amtlichen Entscheidungen sei ein Eingehen auf ihre Situation und eine vertiefte Abklärung zwingend. Erwähnung finden müssen mindestens Umstände wie die Einreise in die Schweiz, das Alter, eine allfällige Einschulung, der Gesundheitszustand, Erkrankungen sowie

---

<sup>92</sup> Kinderrechtsausschuss, *O.M. gegen Dänemark*, § 8.5; siehe auch HITZ QUENON/MATTHEY, Studie kindgerechte Justiz, S. 23.

<sup>93</sup> BGer 2C\_541/2019 vom 22. Januar 2020 E. 4.5 (Kursivsetzung im Direktzitat durch die Autorinnen und Autoren). Siehe auch BGE 143 I 21 E. 5.5.1 und 5.5.4, bestätigt in BGer 2C\_499/2022 vom 23. März 2023 E. 8.3; SEM, Weisungen AIG, Ziff. 6.17.2.4.3.

<sup>94</sup> Kanton Zürich, Sicherheitsdirektion, Massnahmenpraxis bei Sozialhilfeabhängigkeit, S. 12.

<sup>95</sup> Kanton Waadt, Examen de la situation des enfants.

Integrationshindernisse im Herkunftsland. Der *Kanton Genf* hat gestützt auf die Schengen-Evaluation eine ähnliche Weisung erlassen.<sup>96</sup>

Die *Auswertung der erstinstanzlichen Dossiers* ergab eine deutlich untergeordnete Bedeutung des Kindeswohls in den Entscheidungsbegründungen. Überlegungen zur Revidierbarkeit einschneidender Verfügungen für das Kind waren nur in wenigen Dossiers zu finden.<sup>97</sup> Argumentationsaufwand wurde in erster Linie bei der Darlegung der Rechtsgrundlagen, der öffentlichen Interessen und der Situation eines Elternteils sowie der Eltern im Allgemeinen betrieben. Das Kindesinteresse wurde regelmässig als Teil der privaten Interessen der Eltern oder eines Elternteils mit Parteistellung behandelt. Als selbständiges Interesse trat es kaum in Erscheinung. Die Ausgangslage der Kinder wurde typischerweise aus der Perspektive eines Elternteils und im Licht von dessen affektiver und wirtschaftlicher Beziehung zum Kind geschildert. Eine Vielzahl der Entscheide enthielt keinen eigenen Abschnitt zur spezifischen Situation der Kinder. Pauschale Annahmen spielen eine wichtige Rolle. Bei Wegweisungen von Kindern etwa wurde in manchen Fällen unmittelbar vom Alter auf die Anpassungsfähigkeit im Herkunftsland geschlossen, ohne dass eine konkrete Abklärung erfolgte.<sup>98</sup> Wurden Kinder von einem Elternteil getrennt, so spielte der pauschale Verweis auf moderne Kommunikationsmittel und Besuchsaufenthalte sowie die damit verbundene Möglichkeit der Aufrechterhaltung der Beziehung in den Entscheiden eine erhebliche Rolle.<sup>99</sup> Diesen Befund bestätigten auch 70 Prozent der Rechtsvertretungen in der Onlinebefragung. Sie gaben an, es werde nicht

---

<sup>96</sup> Ferner verfügt der Kanton Genf über eine eigene Zusammenfassung der Rechtsprechung zur EMRK und zur KRK. In dieser sind auch Hinweise zur Interessenabwägung zu finden.

<sup>97</sup> Nur in einem Dossier wurde die Revidierbarkeit in Betracht gezogen: Im negativen Entscheid wurde ausgeführt, wann das Kindesinteresse in naher Zukunft das Interesse an der Fernhaltung des Vaters überwiegen und der Entscheid folglich anders ausfallen würde. In zwei Dossiers wurden verschiedene Szenarien für das Kind abstrakt geprüft, in zwei weiteren Dossiers konkret.

<sup>98</sup> Siehe zu dieser Annahme: BGer 2A.377/2005 vom 15. Juni 2005 E. 2.3; 2C\_648/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.4; SEM, Weisungen AIG, Ziff. 6.17.2.4.3. sowie ausführlich Kap. II.C.2. hinten.

<sup>99</sup> Die Formulierung der Besuchsaufenthalte und modernen Kommunikationsmittel findet sich oft in der Rechtsprechung. Ein Extremfall dürfte das Urteil 2C\_513/2022 vom 12. Mai 2023 sein, in dem die bundesgerichtliche Vorinstanz einem damals zweijährigen Mädchen zumutete, die Beziehung zum Elternteil mittels Briefen und modernen Kommunikationsmitteln aufrechtzuerhalten (siehe E. 3), wobei das Bundesgericht anerkannte, dass dies die fehlende physische Präsenz des Vaters jedenfalls im Kleinkindalter kaum kompensieren könne (E. 5.3.4). Der Kinderrechtsausschuss hat klargestellt, das Kind könne damit keine «adequate and meaningful personal relations and direct contact» zum Elternteil aufrechterhalten; es seien in jedem Fall die konkreten Auswirkungen der Trennung auf das Kind zu ermitteln (siehe Kinderrechtsausschuss, *O.M. gegen Dänemark*, § 8.6).

geprüft, ob die Beziehungspflege zu den Eltern oder dem Elternteil mit modernen Kommunikationsmitteln und Besuchsaufhalten tatsächlich möglich sei und welche Auswirkungen das auf die Kinder habe. Erinstanzlich wurden nur Dossiers von ablehnenden Entscheiden untersucht. Sie waren in den meisten Fällen nicht im Interesse des Kindes, weshalb das Fehlen spezifischer Begründungen mit Blick auf das Kind von besonderer Bedeutung ist. In der Mehrzahl der Fälle war die Begründung offenkundig ungenügend. Dieser Befund wird durch die – zahlenmässig allerdings beschränkte – Auswertung der Dossiers auf Beschwerdestufe nur teilweise bestätigt. Er ist insbesondere dahingehend zu relativieren, dass die Meinung bzw. das Interesse des Kindes auf dieser Stufe – soweit ermittelt und bestimmt – meist wiedergegeben und in die Abwägung einbezogen wurde. Pauschale Verweise auf moderne Kommunikationsmittel und Besuchsaufhalte als Möglichkeit zur Aufrechterhaltung waren nicht die Regel.

Die hierzu interviewten *Expertinnen und Experten* äusserten sich diesbezüglich wiederum je nach ihrer Rolle und Aufgabe im Verfahren unterschiedlich. Während eine Person mit Fallführung betonte, dass die Interessen des Kindes immer abgehandelt würden, eng mit denjenigen der Eltern verknüpft seien und so ausreichend berücksichtigt würden, betonten die Rechtsvertretungen, dass die Interessen der Kinder zu wenig konkret in den Entscheidungen einfließen würden. Die *Onlinebefragung* stützte in der Tendenz die Feststellung, dass das Kindesinteresse eine zu schwache Berücksichtigung finde. Zwei Drittel der befragten Personen (Fallführende und Rechtsvertretungen) stimmten zwar der Aussage zu, dass Rechtsnormen und die Praxis zum Kindeswohl in den Entscheidungen aufgeführt werden. Der Aussage allerdings, dass die Kinderperspektive auch konkret in den Entscheidungen einflüsse, stimmte bloss ein Drittel zu. Rechtsvertretungen und Fallführende schätzten diesen Punkt ebenfalls wiederum unterschiedlich ein: Rund 50 Prozent der befragten Fallführenden waren der Meinung, dass in der Interessensabwägung dargelegt werde, welches die Interessen der vom Entscheid betroffenen Kinder sind und dass diese gegenüber anderen Interessen auch vorrangig berücksichtigt werden. Die Rechtsvertretungen sahen dies kritischer; über 70 Prozent waren der Meinung, dass dies «eher nicht» oder «nicht» geschehe.

Zusammengefasst kam die *Kinderperspektive in den untersuchten erinstanzlichen Entscheidungen oft nur ungenügend zum Ausdruck*, teilweise fehlte sie gänzlich. Dies hatte

Folgen für das Gewicht, das die Kindesinteressen gegenüber den anderen Interessen entfalten. Die Begründungen vermochten daher den Anforderungen der KRK nicht vollends zu genügen. Insgesamt entsteht dadurch das Bild, dass die Situation des Kindes in den Entscheiden in der Tendenz zu wenig als *eigener*, nicht mit demjenigen der Eltern gleichzusetzender, und *vorrangiger* Gesichtspunkt berücksichtigt wird.

#### 4. Teilfazit

In den letzten Jahren können in ausländerrechtlichen Verfahren einzelne Fortschritte beim Einbezug der Kindesinteressen verzeichnet werden. Die Rechtsprechung anerkennt insbesondere die zunehmende Bedeutung der Kinder und einzelne Kantone haben vielversprechende Praxen entwickelt. Insgesamt erscheinen die Verpflichtungen zur vorgängigen Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KRK sowie zur Gewährung des Rechts auf Gehör nach Art. 12 Abs. 1 KRK aber weiterhin als nur teilweise umgesetzt.

Folgende Feststellungen drängen sich namentlich auf:

- (1) Es fehlt ein spezifisches Verfahren zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls.
- (2) Die Situation der Kinder wird oft nicht genügend ermittelt.
- (3) Der Schwerpunkt der Sachverhaltsermittlung liegt typischerweise auf den betroffenen öffentlichen Interessen und den privaten Interessen der Eltern.
- (4) Regelfall ist nicht die persönliche Anhörung, sondern die mit spezifischen Risiken einhergehende mediatisierte Mitwirkung von Kindern über die Eltern oder deren Rechtsvertretung.
- (5) Die ausschliessliche Vertretung der Kinder durch ihre Eltern oder eine Rechtsvertretung der Eltern gewährleistet nicht automatisch ein angemessenes Einfließen der Kindesinteressen in das Verfahren.
- (6) Das Recht des Kindes auf Gehör wird vorwiegend als Mittel zur Sachverhaltserstellung und weniger als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht begriffen.
- (7) Die Situation der Kinder besitzt im Entscheid oft nicht das angemessene Gewicht.

## 5. Handlungsempfehlungen

### 1. Systematische Abklärung der Situation des Kindes (siehe insb. Kap. II.A.1.)

1.1 *Empfohlen wird die Einführung eines spezifischen Abschnitts im Beweisverfahren zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls. Ermittlungsschritte und Bestimmung sind in den Akten zu dokumentieren. Kinderspezifisches Fachwissen ist beizuziehen.<sup>100</sup>*

1.2 *Die vollständige Ermittlung des Kindeswohls erfordert namentlich die Abklärung folgender Aspekte:<sup>101</sup>*

- *Meinung des Kindes;*
- *Identität des Kindes: u.a. Geschlecht, sexuelle Orientierung, nationale Herkunft, religiöse, weltanschauliche und kulturelle Identität sowie Persönlichkeit;*
- *Beziehungen des Kindes: Beziehungen zu Familienangehörigen (wobei der Begriff «Familie» weit zu verstehen ist und nicht nur leibliche, Adoptiv- und Pflegeeltern, sondern auch Geschwister und andere Mitglieder der erweiterten Familie umfassen kann); ausserfamiliäre Beziehungen des Kindes (typischerweise zu Mitgliedern der erweiterten Familie, etwa zu Grosseltern, Onkeln/Tanten sowie zum übrigen relevanten sozialen Umfeld, namentlich Freundschaften, schulische oder medizinische Beziehungen; die ausserfamiliären Beziehungen sind bei getrennt oder an verschiedenen Orten lebenden Eltern besonders wichtig);*
- *Betreuung, Schutz und Sicherheit: materielle, körperliche, erzieherische und emotionale Grundbedürfnisse sowie Bedürfnisse nach Zuneigung und Sicherheit (Recht auf Schutz vor jeder Form körperlicher oder psychischer Gewalt sowie sexueller Belästigung, Ausbeutung usw.). Künftige Entwicklungen und Risiken sind nach Möglichkeit zu antizipieren.*
- *Vulnerable Lebenslagen: Ermittlung besonderer Belastungen und Risiken (Umfeld, Anzeichen psychischer Instabilität, Suizidalität);*
- *Gesundheit und Entwicklung: allgemeiner psychischer und physischer Gesundheits- und Entwicklungszustand sowie Zugang zu Behandlungsmöglichkeiten;*
- *Bildung: Sprachkenntnisse, bisherige Schulbildung, aktueller und künftiger Zugang zu Bildung und Ausbildung sowie zu informellen Bildungsangeboten in der Freizeit;*
- *Veränderlichkeit der Situation: In Szenarien denken und die Revidierbarkeit einmal getroffener Massnahmen periodisch überprüfen.<sup>102</sup>*

---

<sup>100</sup> Siehe insb. Kap. II.A.1.a. Siehe hierzu Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 32 (c): «The best-interests assessment should be carried out by actors independent of the migration authorities in a multidisciplinary way, including a meaningful participation of authorities responsible for child protection and welfare and other relevant actors, such as parents, guardians and legal representatives, as well as the child.»

<sup>101</sup> Basierend auf der nicht abschliessenden Aufzählung in: Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 52 ff.

<sup>102</sup> Siehe insb. Kap. II.A.1.b. und c. sowie Kap. II.A.3.

1.3 *Im Verfahren sind mehr Zeit und Ressourcen für die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls aufzuwenden als bisher.*<sup>103</sup>

Einschätzung Massnahmenbündel 1:

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>104</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – **Kantone**
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen<sup>105</sup>: **empfohlen**

---

<sup>103</sup> Siehe insb. Kap. II.A.1.c.

<sup>104</sup> Einschätzung: Initial ist mit gewissen einmaligen Kosten zu rechnen (Anpassungen von Weisungen, Prozessen, Schulungsunterlagen etc.). Längerfristig sind durch die Anpassung geringe Mehrkosten zu erwarten (zusätzliche Ermittlungsschritte). Demgegenüber dürften Einsparungen durch teilweise Verzicht auf Rechtsmittelverfahren stehen bzw. sich der Aufwand der Rechtsmittelverfahren reduzieren.

<sup>105</sup> Betrifft die Anpassung von Gesetzen und/oder Verordnungen. «Erforderlich» ist eine Anpassung, wenn sich die Handlungsempfehlungen ohne solche nicht umsetzen lassen. «Empfohlen» wird eine Anpassung, wenn die Handlungsempfehlungen im Rahmen der geltenden Rechtsgrundlagen realisierbar sind (ggf. durch die Anpassung von Weisungen etc.), eine Anpassung aber mit Blick auf eine bessere Umsetzung und Anwendung der kinderrechtlichen Vorgaben als zielführend erscheint.

## 2. *Mitwirkung des Kindes (siehe insb. Kap. II.A.2.)*

- 2.1 *Kindern ist eine persönliche Anhörung anzubieten. Beim Entscheid über die persönliche Anhörung ist auf pauschale Annahmen zu verzichten (insbesondere gleichläufiger Interessen von Eltern und Kindern). Der Entscheid über die persönliche Anhörung ist in den Akten zu dokumentieren.<sup>106</sup>*
- 2.2 *Bei Verzicht auf eine persönliche Anhörung (oder wenn eine solche nicht geboten erscheint) ist die Kindesmeinung in anderer unmittelbarer Form oder über eine Vertretung einzuholen. Diese Vertretung sollte nur das Kind bzw. dessen Interessen repräsentieren. Eine Vertretung durch die Eltern oder die Rechtsvertretung der Eltern ist zur Sicherstellung der Authentizität der Kindesmeinung und zwecks Vermeidung von Interessenkonflikten zu unterlassen.<sup>107</sup>*
- 2.3 *Kinder sind in kindgerechter einfacher Sprache über das Verfahren, ihr Recht auf Mitwirkung und die Modalitäten derselben zu informieren.<sup>108</sup>*
- 2.4 *Die persönliche Anhörung ist kindgerecht auszugestalten.<sup>109</sup>*

Good Practices: Für die Ausgestaltung der persönlichen Anhörung kann auf die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sowie die Kindeswohlabklärungen der KESB verwiesen werden.

Einschätzung Massnahmenbündel 2:

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>110</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – **Kantone**
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen: **empfohlen**

---

<sup>106</sup> Siehe insb. Kap. II.A.2.a. und b.

<sup>107</sup> Siehe insb. Kap. II.A.2.b. Siehe hierzu Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 37: «Children should be heard independently of their parents, and their individual circumstances should be included in the consideration of the family's cases».

<sup>108</sup> Siehe insb. Kap. II.A.2.b. und c.

<sup>109</sup> Siehe insb. Kap. II.A.2.c.

<sup>110</sup> Einschätzung: Initial ist mit gewissen einmaligen Kosten zu rechnen (Anpassungen von Weisungen, Prozessen, Schulungsunterlagen, Schulung von Mitarbeitenden, Infrastruktur etc.). Die Massnahme dürfte längerfristig zu Mehrkosten im Bereich Personal und Infrastruktur für die kantonalen Migrationsämter führen. Demgegenüber dürften Einsparungen durch teilweise Verzichte auf Rechtsmittelverfahren stehen bzw. sich der Aufwand der Rechtsmittelverfahren reduzieren.

### 3. *Kindesinteressen im Entscheid (siehe insb. Kap. II.A.3.)*

- 3.1 *Bei Verhältnismässigkeitsprüfungen muss das Kindesinteresse einen eigenständigen Gesichtspunkt darstellen. Er darf in der Abwägung nicht als blosser Aspekt der privaten Interessen Erwachsener behandelt werden.*
- 3.2 *Den Kindesinteressen ist – im Lichte der Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KKK – in der Grundtendenz grösseres Gewicht beizumessen als in der bisherigen Praxis.*
- 3.3 *Aus der Entscheidbegründung muss hervorgehen, wie das Kindeswohl in der Interessenabwägung konkret berücksichtigt wurde. Explizite Elemente der Begründung sollten sein:*
- *Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls im konkreten Fall: Darlegung der ermittelten Umstände des Kindes, Relevanz der einzelnen Elemente, Kontext dieser Elemente im spezifischen Fall, Gewichtung der Elemente (insbesondere auch der Meinung des Kindes);*
  - *Gewichtung der Interessen der Öffentlichkeit, der Eltern und des Kindes in der Entscheidung;*
  - *Umsetzung der Verpflichtung zur «vorrangigen» Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KKK;*
  - *Ausführliche Darlegung der Gründe einer allfälligen Abweichung vom Kindeswohl.*
- 3.4 *Auf pauschale Annahmen ohne Bezugnahme zu den spezifischen Lebensumständen des Kindes ist zu verzichten (z.B. Möglichkeit der Aufrechterhaltung der Beziehung durch moderne Kommunikationsmittel oder Annahme der Anpassungsfähigkeit).*
- 3.5 *Es wird die Ausarbeitung von Entscheidvorlagen mit «Pflichtelementen» bei der Entscheidbegründung empfohlen.*

#### Einschätzung Massnahmenbündel 3:

- Dauer der Umsetzung: lange – mittel – **kurz**
- Aufwand: gross – mittel – **klein**<sup>111</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – **Kantone**

---

<sup>111</sup> Einschätzung: Initial ist mit gewissen einmaligen Kosten zu rechnen (Anpassungen von Weisungen, Prozessen, Schulungsunterlagen, Entscheidvorlagen etc.). Die Massnahme dürfte längerfristig zu geringen Mehrkosten führen (Begründungsaufwand). Demgegenüber dürften Einsparungen durch teilweise Verzicht auf Rechtsmittelverfahren stehen bzw. sich der Aufwand der Rechtsmittelverfahren reduzieren. Die Kostenfolgen einer allfälligen materiellen Praxisänderung sind hier nicht berücksichtigt.

## B. Asylrechtliche Verfahren

Das Postulat fragt nach der Gewährleistung des Kindeswohls und des Rechts des Kindes auf Gehör in asylrechtlichen Verfahren. Untersucht wurde die Umsetzung der Vorgaben der KRK durch Gesetz, Verordnung, Weisungen und weitere Dokumente des SEM (Module 1, 2 und 4). Weiter wurde die Anwendung der Vorgaben der KRK im Einzelfall anhand der Rechtsprechung sowie Einzelfalldossiers ausgewertet (Modul 3). Die Erkenntnisse wurden durch Expertinnen- und Experten-Interviews sowie die Onlinebefragung ergänzt (Module 5 und 6).

Im Asylbereich kam es in den letzten Jahren zu einigen markanten Verbesserungen. Namentlich müssen Asylgesuche von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) seit 2014 von Gesetzes wegen prioritär behandelt werden (Art. 17 Abs. 2<sup>bis</sup> AsylG).<sup>112</sup> UMA erhalten zudem zur Wahrung ihrer Interessen während des Verfahrens eine Vertrauensperson zugeteilt (Art. 17 Abs. 3 AsylG).<sup>113</sup> Im den BAZ sowie am Flughafen wird diese Funktion durch die zugewiesene Rechtsvertretung wahrgenommen. Nach Zuweisung an den Kanton wird durch die KESB eine Beistandschaft oder Vormundschaft errichtet.<sup>114</sup> Eine andere Verbesserung betrifft Kinder, die zusammen mit ihren Familien ein Asylgesuch stellen (begleitete Kinder). Diese profitieren (mit) von einer (Familien-)Rechtsvertretung (Art. 102f ff. AsylG). Ferner wurden Massnahmen ergriffen, um die bei Kindern heikle persönliche Anhörung kindgerechter zu gestalten. Trotz dieser Verbesserungen bestehen bei der Umsetzung und Anwendung der Verpflichtungen der KRK weiterhin Lücken.

---

<sup>112</sup> Diese Verpflichtung wird in der Realität weitgehend erfüllt. Expertinnen und Experten wiesen in den Interviews allerdings darauf hin, dass im Rahmen der beschleunigten Verfahren weiterhin nicht genügend Zeit für kindgerechte Information, Vorbereitung, Vertrauensaufbau sowie eine sorgfältige Sachverhaltsabklärung bleibe.

<sup>113</sup> Zur Rolle der Vertrauensperson: AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Studie UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren, S. 17 f.

<sup>114</sup> Ebenda, S. 18.

## 1. Sachverhaltsermittlung

### a. Spezifisches Verfahren zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls

Ein erster Problembereich im asylrechtlichen Verfahren ist – bis zu einem gewissen Grad in Analogie zum ausländerrechtlichen – das *Fehlen eines spezifischen Verfahrens* zur Ermittlung des Kindeswohls. Es fehlen klar vorstrukturierte Schritte und Vorgaben für die Erstellung des Sachverhalts. Weder den anwendbaren Rechtsnormen noch der Rechtsprechung noch den Dokumenten des SEM können solche prozeduralen Vorgaben entnommen werden. In den untersuchten Dossiers fand sich keine schriftliche Dokumentation der Kindeswohlbestimmung. Bei Gutheissungen war die Situation des Kindes in internen Notizen zum Teil vergleichsweise umfassend festgehalten. Die Expertinnen- und Experten-Interviews bestätigten diesen Befund. Viele Befragte waren der Ansicht, eine systematische Ermittlung und Bestimmung der jeweiligen Bedarfslage des Kindes sei zu wenig erkennbar. Eine Expertin aus dem Bereich Betreuung brachte die Situation wie folgt auf den Punkt: «Kindeswohlfragen laufen maximal nebenher, neben Verfahren, neben Bildung, neben BAZ, neben Kindsein, neben allem, was sonst läuft.» Mit dieser perspektivischen Verengung gingen gemäss einem Experten aus dem therapeutischen Bereich besondere Risiken einher. Genannt wurde insbesondere die fragile Identitätsentwicklung im Übergang zum jungen Erwachsenenalter. In der Onlinebefragung stimmten knapp die Hälfte (44.7 Prozent) der befragten Fallverantwortlichen beim SEM der Aussage «eher zu», dass ein standardisiertes Verfahren zur Ermittlung des Kindeswohls existiere. 7.9 Prozent stimmten «voll und ganz» zu, 28.9 Prozent «eher nicht» und 10.5 Prozent «überhaupt nicht» (bei 7.9 Prozent Enthaltungen).

Hervorzuheben ist die *grundsätzlich günstigere formale Stellung des Kindes* im Asylverfahren verglichen mit dem ausländerrechtlichen. Urteilsfähige Kinder haben Anspruch auf Prüfung *ihrer* Asylgründe (Art. 17 Abs. 2 AsylG und Art. 5 AsylV 1) und besitzen formell Parteistellung. Sie werden persönlich angehört. Bei der Prüfung des Asylgesuchs werden standardmässig *bestimmte* Umstände erhoben, die auch für die Ermittlung des Kindeswohls relevant sind (Geburtsdatum, Geschlecht, Sprachkenntnisse, Ethnie, Gesundheit, Umstände im Herkunftsland, familiäre Beziehungen). Teilweise ergeben sich aus den einschlägigen Rechtsnormen und der Rechtsprechung erhöhte Sorgfaltspflichten

mit Blick auf die Sachverhaltsabklärung.<sup>115</sup> In den Dokumenten des SEM finden sich detaillierte Ausführungen zu bestimmten Elementen der Sachverhaltsermittlung (z.B. Feststellung der Minderjährigkeit und Ermittlung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs). Die Sachverhaltserstellung durch die persönlichen Anhörungen (Art. 29 AsylG) wird ebenfalls beschrieben.

Von Bedeutung ist der für UMA bei der *Erstbefragung* vorgesehene besondere Verfahrensabschnitt.<sup>116</sup> Er soll nach der Rechtsprechung und den Dokumenten des SEM eine möglichst präzise Einschätzung der Urteilsfähigkeit des Kindes erlauben.<sup>117</sup> Ausserdem dient er der Abklärung einer behaupteten Minderjährigkeit sowie der Eruiierung einer allfälligen Notwendigkeit der Anordnung weiterer Massnahmen zur Wahrung des Kindeswohls. Nach dem Handbuch des SEM sind detaillierte Angaben zur Person und zu im Herkunfts- oder einem Drittstaat lebenden Familienmitgliedern zu ermitteln, ausserdem die familiäre Betreuungssituation und Informationen zur Obhut und Verantwortung für den UMA vor Verlassen des Heimatlandes.<sup>118</sup> Damit sollen die Glaubwürdigkeit der Angaben und die Notwendigkeit allfälliger Nachforschungen vor Ort abgeschätzt und ein allfälliger Wegweisungsentscheid vorbereitet werden.<sup>119</sup> Der separate Verfahrensabschnitt dient nicht ausschliesslich, aber zumindest wesentlich der Ermittlung des Kindeswohls.

*Das Bild bei der Sachverhaltsermittlung erscheint somit im asylrechtlichen Verfahren insgesamt günstiger als im ausländerrechtlichen.* Die relevanten Umstände werden

---

<sup>115</sup> Das Kindeswohl ist bei der Prüfung der Zumutbarkeit eines Wegweisungsvollzugs i.S.v. Art. 83 Abs. 4 AIG zu beachten (BVGE 2015/30 E. 7.2 m.H.). Art. 69 Abs. 4 AIG enthält diesbezüglich eine Konkretisierung für UMA: Bei einer Ausschaffung muss sichergestellt werden, dass diese im Rückkehrstaat einem Familienmitglied, einem Vormund oder einer Aufnahmeeinrichtung übergeben werden (siehe auch Art. 10 EU-Rückführungsrichtlinie). Spezifische Untersuchungspflichten gelten auch bei der Frage eines Selbsteintritts der Schweiz im Dublin-Verfahren (Art. 17 Dublin-III-VO bzw. Art. 29a AsylV 1) (siehe zum Gesundheitszustand, Sicherheitsinteressen und Abklärungspflichten zu behaupteten Straftaten: BVGer E-2056/2020 vom 31. August 2020 E. 6.3; D-1251/2023 vom 23. Februar 2023 E. 4.6).

<sup>116</sup> Die Erstbefragung von UMA ist gesetzlich nicht verankert (siehe BVGer E-3902/2019 vom 22. Oktober 2019 E. 7.3); das SEM qualifiziert sie als Anhörung gemäss Art. 26 AsylG in der Vorbereitungsphase (siehe SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.1).

<sup>117</sup> BVGE 2023 VI/4 E. 6.4; SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.1.

<sup>118</sup> SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.1.

<sup>119</sup> Ebenda.

tendenziell eingehender erhoben. Dies gilt insbesondere mit Blick auf UMA, da diese in der Regel (mehrfach) persönlich angehört werden. Auch hier ist aber zu konstatieren, dass eine systematische Ermittlung fehlt.<sup>120</sup> Namentlich liegt auch im Asylverfahren der Fokus nicht auf dem Kindeswohl, Hauptthema ist vielmehr die Abklärung der Minderjährigkeit (bei UMA), eine allfällige Dublin-Zuständigkeit, die Flüchtlingseigenschaft sowie allfällige Wegweisungsvollzugshindernisse. Die das Kind betreffenden Fakten und die Implikationen des Verfahrens für sein Wohl sind ein Nebenthema. Dieses blosse «Mitführen» der Kinderproblematik geht mit dem Risiko einher, dass Aspekte des Kindeswohls ungenügend abgeklärt werden und Risiken unentdeckt bleiben. Das Fehlen einer geregelten systematischen Ermittlung stellt ein Defizit dar und ist mit den Vorgaben der KRK zumindest partiell nicht vereinbar. Vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohl bedeutet u.a., dass die Fakten betreffend das Kind adäquat in das Verfahren einfliessen müssen.

#### b. Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht des Kindes

Ein Teilproblem bei der Sachverhaltsermittlung ist die im Postulat angesprochene Thematik der *Mitwirkungspflicht* der Kinder. Sie stellt sich in der Praxis vor allem bei UMA, da hier die Sachverhaltsermittlung ganz wesentlich von der Mitwirkung des Kindes abhängt. Das Postulat erfragt namentlich, «ob die Befragenden einen grösseren Teil der Beweisführung übernehmen sollen». Der Kinderrechtsausschuss hat sich hierzu punktuell geäussert. Die Beweislast könne bei der Wegweisung nicht allein beim asylsuchenden Kind liegen, da Behörden und Asylsuchende ungleichen Zugang zu relevanten Informationen besitzen.<sup>121</sup> Der Kinderrechtsausschuss äusserte sich diesbezüglich in einer kürzlich gegen die Schweiz erfolgten «Auffassung» zur Beweislast bei der Altersbestimmung. Behörden dürften die Beweislast für die Minderjährigkeit nicht vollständig der asylsuchenden Person aufbürden.<sup>122</sup> Im Zweifelsfall sei eine umfassende Bewertung der physischen und psychischen Entwicklung vorzunehmen.

---

<sup>120</sup> Für Leitlinien für ein entsprechendes Verfahren siehe z.B. UNHCR, Best Interests Procedure Guidelines.

<sup>121</sup> Kinderrechtsausschuss, *M.K.A.H gegen die Schweiz*, Mitteilung Nr. 95/2019, 22. September 2021, § 10.5 mit Verweis auf Wanderarbeitsausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 29 und 33.

<sup>122</sup> Kinderrechtsausschuss, *A.M. gegen die Schweiz*, Mitteilung Nr. 80/2019, 21. Mai 2024, § 4.8.

In der Schweiz ist das Asylverfahren durch den *Untersuchungsgrundsatz* geprägt (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 12 VwVG). Die Behörden – konkret: das SEM – haben den Sachverhalt richtig und vollständig zu ermitteln. Man spricht in diesem Zusammenhang von «subjektiver Beweislast» oder «Beweisführungslast», wobei als Beweismittel namentlich Urkunden, Gutachten oder die Auskünfte der asylsuchenden Person in Frage kommen (Art. 12 VwVG). Zur vom Postulat aufgeworfenen Frage, «ob die Befragenden einen grösseren Teil der Beweisführung übernehmen sollen», ist daher festzuhalten, dass die Beweisführungslast des SEM bereits nach geltendem Recht eine Verpflichtung zur vollständigen Erstellung des relevanten Sachverhalts bedeutet. Von dieser subjektiven Beweislast – wer hat den Sachverhalt festzustellen? – ist die «objektive Beweislast» zu unterscheiden. Sie entscheidet, wer die *Folgen von Beweislosigkeit* am Verfahrensende trägt. Im Asylverfahren enthält Art. 7 AsylG die objektive Beweislastregel: Die asylsuchende Person muss ihre Flüchtlingseigenschaft zumindest glaubhaft machen. Gelingt ihr dies nicht, hat sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.<sup>123</sup> Sie wird in einem solchen Fall nicht als Flüchtling anerkannt und erhält kein Asyl. Asylsuchende haben aus diesem Grund in der Regel ein starkes Eigeninteresse, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken.

Das Asylgesetz statuiert allerdings für alle Asylsuchenden – auch für Kinder – bestimmte *Mitwirkungspflichten*. Von zentraler Bedeutung ist insbesondere die Pflicht, an der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 8 Abs. 1 AsylG). Asylsuchende müssen zu ihrer Identität Auskunft erteilen und Identitäts- und Reisepapiere sowie weitere Beweismittel einreichen. Wenn sie angehört werden, haben sie ihre Asylgründe anzugeben. Die Mitwirkungspflichten tragen dem Umstand Rechnung, dass die Angaben von Asylsuchenden für das Verfahren und eine richtige materielle Entscheidung oft zentral sind. Ohne sie lässt sich der Sachverhalt kaum umfassend erstellen. Juristisch-technisch handelt es sich bei den Mitwirkungspflichten bei der Sachverhaltsfeststellung um *Mitwirkungslasten*; bei ungerechtfertigter Nichtmitwirkung drohen zwar keine (strafrechtlichen) Sanktionen, jedoch prozessuale Nachteile von erheblicher Bedeutung.<sup>124</sup> Dazu gehört namentlich die Möglichkeit des Verzichts auf Weiterführung des Verfahrens (Art. 8

---

<sup>123</sup> KILDE, Asylrechtliche Verfahren, Rz. 9.74.

<sup>124</sup> Zur Abgrenzung: MEYER, Rz. 661 ff.; HERZIG, S. 79.

Abs. 3<sup>bis</sup> AsylG) und auf eine Anhörung (Art. 36 Abs. 1 Bst. c AsylG). Ausserdem kann von einem für die asylsuchende Person nachteiligen Sachverhalt ausgegangen werden.<sup>125</sup> Diese Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflichten dürfen jedoch nur eintreten, wenn sie *verhältnismässig*<sup>126</sup> bzw. *zumutbar*<sup>127</sup> sind. Dabei ist die Frage, wie weit eine Mitwirkungspflicht vorliegt und inwieweit sie verletzt wurde, stets individuell zu beurteilen.<sup>128</sup> Bei Kindern kommt der Frage der Mitwirkung besondere Bedeutung zu: Generell sind hier weniger hohe Anforderungen an die Mitwirkung zu stellen als bei Erwachsenen. Dies nehmen auch das Bundesverwaltungsgericht und das SEM an.<sup>129</sup> Vor diesem Hintergrund ist die Postulatsfrage, «ob bei Minderjährigen für die Beurteilung der Mitwirkungspflicht ein anderer Massstab angewendet werden soll als für Erwachsene», klar zu bejahen. Dies ergibt sich allein schon aus dem in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Hürde für die Annahme von Mitwirkungspflichtverletzungen durch Kinder ist hoch anzusetzen.<sup>130</sup>

Das Postulat nimmt sodann auf eine spezifische Passage im Handbuch des SEM Bezug. Diese legt nahe, eine Anhörung im Sinne von Art. 29 AsylG durchzuführen, in der auch die Mitwirkungspflichten von Art. 8 AsylG gelten,<sup>131</sup> *sobald ein Kind «urteilsfähig»* (bzw. 13- oder 14-jährig)<sup>132</sup> ist. Die Bedeutung dieser Anleitung ist nicht eindeutig. Sollten die entsprechenden Passagen darauf abzielen, persönlich angehörten Kindern in jedem Fall eine «volle» Mitwirkungspflicht aufzuerlegen, so wäre dies im Sinne des bereits

---

<sup>125</sup> Grundlage ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung: Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP.

<sup>126</sup> SCHÄDLER, S. 790 und 793.

<sup>127</sup> MEYER, Rz. 175; HRUSCHKA N. 1 zu Art. 8 AsylG.

<sup>128</sup> HADATSCH/BRUNNER, S. 28.

<sup>129</sup> BVGer E-6114/2010 vom 11. Oktober 2010 E. 5.6. In BVGE 2021 VI/3 E. 11.5.2 wird neben Alter und Reife auch die Ausbildung als Kriterium erwähnt. Siehe schon EMARK 1996/17 und 1999/2. SEM, Handbuch Untersuchungsgrundsatz, Mitwirkungspflicht und Beweisverfahren, S. 6 f. m.H.

<sup>130</sup> Dies muss umso mehr gelten, als die Mitwirkung des Kindes entsprechend der Grundkonzeption der KRK freiwillig ist (Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Ziff. 16). Würden daneben weitgehende Mitwirkungspflichten als zulässig erachtet, würde die beabsichtigte Freiwilligkeit der Mitwirkung bedeutungslos. Zur Mitwirkungspflichtverletzung in Zusammenhang mit dem Wegweisungsvollzug: BVGE 2021 VI/3 E. 11.5.2 Eine Mitwirkungspflichtverletzung, die zum Erlöschen der staatlichen Abklärungspflicht führt, ist «nur in Ausnahmefällen, in welchen das Ausmass der Mitwirkungspflichtverletzung eine Abklärung durch die Vorinstanz vollkommen verunmöglicht, da dieser jegliche Anhaltspunkte fehlen» anzunehmen.

<sup>131</sup> SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.3 und 2.4.5 (recte 2.4.4).

<sup>132</sup> Siehe zur Urteilsfähigkeit nachfolgend Kap. II.B.1.c.

Ausgeführten anzupassen. Die Mitwirkungspflicht von Kindern muss im Vergleich zu jener Erwachsener eine relativierte sein; «automatisch» und «voll» kommt sie bei Kindern nicht zum Tragen, vielmehr entscheiden die konkreten Verhältnisse über die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit.

Der *Umfang und Gegenstand der Mitwirkungspflicht* ist bei Kindern demnach im Einzelfall zu bestimmen. In der Praxis bereitet diese Thematik einige Schwierigkeiten. Die interviewten Expertinnen und Experten bestätigten diesen Grundbefund. Gemäss einigen von ihnen – aus fast allen beteiligten Berufsbereichen – werden Kindeswohl und Urteilsfähigkeit selten professionell und fundiert eingeschätzt. Betont wird generell das faktische Gewicht der fallverantwortlichen Person bzw. ihrer Einschätzungen. Es würden zwar Anleitungen existieren, welches Gewicht welchen Aussagen je nach Alter beizumessen ist, die Interpretation aber bleibe individuell. Gemäss Expertinnen und Experten aus den Bereichen NGOs sowie Betreuung/Unterbringung fehlten auch den (mandatierten) Rechtsvertretungen der Kinder einheitliche fachliche Guidelines und fachliches Grundwissen zu dieser Frage. Hinzu kommt, dass sich die Frage nach den relevanten Kriterien grundsätzlich nicht abstrakt beantworten lässt. Die Einzelfälle variieren zu sehr. Die Einführung von Schemata und Altersgrenzen erscheint aus Sicht der KRK nicht wünschenswert. Grundlegend ist vielmehr, dass Umfang und Gegenstand (auf welche Punkte bezieht sich die Mitwirkungspflicht) aufgrund der individuellen Situation des Kindes bestimmt und schriftlich festgehalten werden. In den Dossiers fanden sich keine entsprechenden Überlegungen und daran anschliessende Festlegungen der Mitwirkungspflicht während des Verfahrens. Ein gesondertes Problem stellt sich, wenn trotz sorgfältiger Untersuchung des SEM und freiwilliger Mitwirkung des Kindes weiterhin *Unklarheiten* bestehen. Hier kann sich die Frage stellen, ob das Kind zur Mitwirkung «verpflichtet» werden kann, um Sachverhaltslücken zu schliessen. UNHCR und Kinderrechtsausschuss haben sich zu diesem Punkt ablehnend geäussert. Wenn der Sachverhalt nicht mit Sicherheit ermittelt werden könne, oder das Kind nicht in der Lage ist, sein Asylgesuch vollständig zu begründen, sei eine Entscheidung auf Grundlage aller bekannten Umstände zu treffen.<sup>133</sup> Im Zweifel sei zugunsten des Kindes zu entscheiden.<sup>134</sup> Dies gilt auch bei

---

<sup>133</sup> UNHCR, Richtlinien zum Internationalen Schutz, Ziff. 73.

<sup>134</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Ziff. 71.

Bedenken hinsichtlich der Glaubwürdigkeit kindlicher Behauptungen.<sup>135</sup> Die Mitwirkungspflicht darf nicht zum Vehikel werden, um einen für das Kind nachteiligen Sachverhalt als Entscheidungsgrundlage verwenden zu können.

Eine weitere Facette der Thematik der Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht betrifft die *Altersbestimmung* bei UMA. Sie kann an dieser Stelle nur kurz erwähnt werden. Als problematisch gelten insbesondere die verwendeten Methoden und die oft fehlende Multidisziplinarität bei der Realisierung dieses Verfahrensschritts.<sup>136</sup> Der Kinderrechtsausschuss hat auch hier Vorgaben entwickelt,<sup>137</sup> die in der Schweiz nur unvollständig umgesetzt sind.

### c. Mitwirkungsrecht des Kindes

Von der Mitwirkungspflicht ist das (*freiwillige*<sup>138</sup>) *Mitwirkungsrecht* abzugrenzen. Auch hier stellen sich bedeutende Fragen zu den Konturen dieses Rechts. Der Kinderrechtsausschuss empfiehlt nach Möglichkeit die unmittelbare Anhörung des Kindes.<sup>139</sup> Das SEM orientiert sich in den Handbuchartikeln für die Frage der persönlichen Anhörung am Kriterium der Urteilsfähigkeit sowie an Altersleitlinien.<sup>140</sup> In Bezug auf die Urteilsfähigkeit

---

<sup>135</sup> UNHCR, Richtlinien zum Internationalen Schutz, Ziff. 73.

<sup>136</sup> UNHCR, Runder Tisch Kinderrechte, S. 6. In den Expertinnen- und Experten-Interviews wurde teils das Missverhältnis zwischen Ungenauigkeit der verwendeten Methoden und dem massiven psychischen Druck kritisiert, der das Verfahren bzw. dessen Ergebnis bei den Jugendlichen auslöse. Ein Teil der befragten Expertinnen und Experten wies allerdings darauf hin, dass es in den letzten Jahren zu Verbesserungen bei den Methoden und beim Vorgehen gekommen sei. Diese seien mittlerweile breiter angelegt und würden auch mehrere Abklärungen einschliessen.

<sup>137</sup> Empfohlen wird eine umfassende multidisziplinäre Bewertung der physischen und psychologischen Entwicklung des Kindes durch Spezialistinnen und Spezialisten (Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 4/23, Ziff. 4; Kinderrechtsausschuss, Schlussbemerkungen Staatenbericht Schweiz 2021, Ziff. 43 Bst. c; Kinderrechtsausschuss, *N.B.F. gegen Spanien*, Mitteilung Nr. 11/2017, 27. September 2018, § 12.4. Ebenfalls: SCHMAHL, N. 11 zu Art. 22 KRK). Abgelehnt werden vom Kinderrechtsausschuss – wegen ihrer Ungenauigkeit – Knochen- und Zahnanalysen (Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 4/23, Ziff. 4). Sodann spricht sich der Kinderrechtsausschuss für ein Verbot von Methoden aus, die Nacktheit oder eine Untersuchung intimer Körperstellen einschliessen (*R.Y.S. gegen Spanien*, Mitteilung Nr. 76/2019, 4. Februar 2021, § 8.8). Auch die neue EU-Asylverfahrensverordnung, die für die Schweiz nicht verbindlich ist, enthält verschiedene Vorgaben zur Altersbestimmung (u.a. ein multidisziplinäres Verfahren; medizinische Verfahren als letztes Mittel; siehe Art. 25).

<sup>138</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Ziff. 16.

<sup>139</sup> Siehe Kap. II.A.2.a. vorne.

<sup>140</sup> SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.3 und 2.4.5 (recte 2.4.4).

unterscheidet es drei Stufen: bedingte Urteilsfähigkeit bei Kindern zwischen sechs und zehn Jahren, variabler Bereich bei Elf- und Zwölfjährigen, volle und effektive Urteilsfähigkeit bei Jugendlichen ab 13 Jahren.<sup>141</sup> Urteilsfähige UMA werden im Sinne von Art. 29 AsylG angehört.<sup>142</sup> In anderen Dokumenten, die sich auf begleitete Kinder beziehen, wird die Urteilsfähigkeit – und damit Anhörungsfähigkeit – ab 14 Jahren angenommen, wobei eine persönliche Anhörung im Einzelfall auch davor möglich ist.<sup>143</sup> Die KRK sichert jedem Kind und damit im Grundsatz kategorisch ein Mitwirkungsrecht zu, sofern es «fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden». Die Formulierung ist nicht mit dem landesrechtlichen Begriff der Urteilsfähigkeit (i.S.v. Art. 16 ZGB) gleichzusetzen, auch wenn in der französischen Version der KRK wie auch im ZGB von «discernement» die Rede ist.<sup>144</sup> Die Formulierung der KRK ist nicht als Einschränkung zu verstehen. Behörden sollten, im Gegenteil, davon ausgehen, dass das Kind diese Fähigkeit grundsätzlich besitzt.<sup>145</sup> Entscheidend für die Fähigkeit zur Meinungsbildung muss sein, dass das Kind ein ausreichendes Verständnis hat, um sich eine angemessene Meinung zu bilden, was bereits in der frühen Kindheit möglich ist.<sup>146</sup> Es muss dafür nicht alle Aspekte der es betreffenden Angelegenheit eingehend kennen. Fixe Altersgrenzen stehen im Widerspruch zu dieser Grundidee und dürfen – wenn die KRK vollständig umgesetzt werden soll – weder durch Gesetz noch Praxis eingeführt werden.<sup>147</sup> Die KRK setzt die Schwelle für die Annahme, ein Kind sei «fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden» tief an. Sie will die freiwillige Mitwirkung ermöglichen und fördern. Dies kann der Fall sein, bevor eine Urteilsfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB vorliegt. Und: Die Schwelle für die Ausübung des Mitwirkungsrechts muss (deutlich) tiefer liegen als jene zur Annahme einer Mitwirkungspflicht mit nachteiligen Folgen bei ihrer Verletzung.

---

<sup>141</sup> SEM, Handbuch UMA, 2.4.3. Demgegenüber ist die Urteilsfähigkeit gemäss ZGB ein binäres Konzept, d.h. sie liegt entweder vor oder nicht (siehe FANKHAUSER, S. 260).

<sup>142</sup> SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.3 und 2.4.5 (recte 2.4.4).

<sup>143</sup> SEM, Handbuch Anhörung, Ziff. 2.2.7; SEM, Handbuch KRK, Ziff. 2.2. Siehe dazu Kap. II.B.1.c. so gleich.

<sup>144</sup> Vgl. zum Ganzen: KILDE, Anhörung, S. 208 f.

<sup>145</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Ziff. 20.

<sup>146</sup> Ebenda, Ziff. 21.

<sup>147</sup> Ebenda.

Die *Situation von UMA unterscheidet sich auch hier von jener begleiteter Kinder*. Bei ersteren wird im Rahmen der Erstbefragung u.a. die Urteilsfähigkeit geprüft.<sup>148</sup> Urteilsfähige UMA werden gemäss Art. 29 AsylG persönlich angehört.<sup>149</sup> In der Praxis betrifft dies in der Regel Kinder über 12 Jahren.<sup>150</sup> Die Dossieranalyse bestätigte: In allen untersuchten UMA-Fällen gab es bei Kindern zwischen 13 und 17 Jahren persönliche Anhörungen.<sup>151</sup> Anders war das Bild bei begleiteten Kindern. Ihre Situation wird daher im Folgenden gesondert betrachtet.

d. Insbesondere: Mitwirkungsrecht des begleiteten Kindes

Ein sensibler Punkt bei der Sachverhaltserstellung betrifft die *Mitwirkung begleiteter Kinder*. Eine zentrale Frage ist hier, ob die Behörden das Kind zu seinem Schutz von einer allenfalls belastenden Mitwirkung ausschliessen dürfen.<sup>152</sup> Aus Sicht des Kinderrechtsausschusses ist dieses vermeintliche Dilemma relativ einfach aufzulösen. Entstehungsgeschichte und Aufbau der KRK weisen darauf hin, dass der Kindesmeinung im Vergleich zu früher grösseres Gewicht zukommen soll.<sup>153</sup> Das spricht für eine Mitwirkung des Kindes. Auf die Ausübung seines Mitwirkungsrechts darf es auch verzichten. Möchte es mitwirken, so soll es auch über eine persönliche, d.h. unmittelbare Mitwirkung entscheiden können.<sup>154</sup> Belastungsrisiken durch Ausübung des Rechts, z.B. im Rahmen einer persönlichen Anhörung, muss der Staat durch entsprechende Vor- und Nachbereitung, Information und Schaffung eines kindgerechten Umfelds begegnen. Der Kinderrechtsausschuss betont gerade mit Blick auf die Schweiz, dass die Mitwirkung des Kindes auch für die Sachverhaltserstellung zentral ist. Auch bei begleiteten Kindern ist eine persönliche

---

<sup>148</sup> SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.1. Siehe dazu auch Kap. II.B.1.a. vorne.

<sup>149</sup> SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.5 (recte 2.4.4).

<sup>150</sup> SFH, Rechtliches Gehör, S. 8. Vgl. implizit auch SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.4.3 und 2.4.5 (recte 2.4.4).

<sup>151</sup> In zwei Fällen, in denen das Kind nicht persönlich angehört wurde, lag eine Begründung dafür vor (in einem Fall war der Asylsuchende nicht zur Anhörung erschienen, im anderen Fall handelte es sich um einen 13-jährigen traumatisierten Asylsuchenden).

<sup>152</sup> Eine solche Auffassung ergibt sich z.B. auch aus internen Dokumenten des SEM, wonach jüngere Kinder nicht systematisch den Anforderungen einer persönlichen Anhörung ausgesetzt werden sollten. Für eine Übersicht über die Praxis der europäischen Staaten: EMN, *Accompanied children's right to be heard in international protection procedures*.

<sup>153</sup> Siehe schon Bundesrat, Botschaft KRK, S. 12.

<sup>154</sup> Kinderrechtsausschuss, *M.K.A.H. gegen die Schweiz*, § 10.11.

Anhörung wichtig, um *deren* Situation prüfen zu können.<sup>155</sup> Die meisten interviewten Expertinnen und Experten äusserten sich ähnlich. Sie betonten, adäquate Umstände für die Gehörsausübung zu schaffen sei Sache des Staats. Zugleich könne ein Ausschluss im spezifischen Einzelfall besonders vulnerable Kinder wohl entscheidend schützen, so mehrere Expertinnen und Experten im Bereich Anhörung (Fallverantwortliche und Rechtsvertretungen).

Die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts will auch der Meinung von begleiteten Kindern mehr Gewicht einräumen, ein *genereller Anspruch auf persönliche Anhörung (gestützt auf die KRK) wird aber nicht anerkannt*.<sup>156</sup> Demnach kann im Regelfall von hinreichend eingebrachten Kindesinteressen ausgegangen werden, wenn sich die Eltern (1) explizit zur Situation der Kinder äussern und (2) eine Rechtsvertretung involviert ist.<sup>157</sup> Das SEM orientiert sich in seinem Handbuch an Altersgrenzen. Es sieht – im Sinne einer Leitlinie – ab dem vollendeten 14. Lebensjahr eine persönliche Anhörung begleiteter Kinder vor, während diese Frage bei Kindern unter 14 Jahren im Einzelfall geprüft wird.<sup>158</sup> Das SEM hat zudem im Juni 2021 eine «Auffassung» des Kinderrechtsausschusses zur Schweiz in internen Dokumenten umgesetzt. Darin wird festgehalten, dass begleitete Kinder, die das vierzehnte Altersjahr erreicht haben, systematisch angehört werden, während jüngere Kinder nur dann angehört werden, wenn es für die Feststellung des Sachverhalts notwendig ist. Die Erfahrung zeige, dass letztere häufig die Gründe nicht kennen würden, weshalb ihre Eltern um Schutz für die Familie nachsuchen. Entsprechend soll die Rechtsvertretung im Gespräch mit der Familie eruieren, ob die Kinder eigene Asylgründe oder Argumente gegen die Wegweisung vorbringen können und ob ein Interessenkonflikt mit den Eltern bestehe. Ferner werden urteilsfähige Kinder über sechs Jahren auf ausdrücklichen Wunsch hin persönlich angehört. Der Kinderrechtsausschuss scheint darüber jedoch hinausgehen zu wollen. Im Asylverfahren könne nicht

---

<sup>155</sup> Kinderrechtsausschuss, *V.A. gegen die Schweiz*, § 7.3; Kinderrechtsausschuss, *Z.S. und A.S. gegen die Schweiz*, Mitteilung Nr. 74/2019, 10. Februar 2022, § 7.8.

<sup>156</sup> Instruktiv: BVGer E-3427/2021 vom 28. März 2022 E. 4.4. Dies bestätigten auch die Expertinnen- und Experten-Interviews sowie die Ergebnisse der Onlinebefragung.

<sup>157</sup> BVGer E-5856/2022 vom 5. Januar 2023 E. 4.3.1 f. Auf der Linie der alten Rechtsprechung demgegenüber: BVGer E-3831/2024 vom 27. Juni 2024 E. 5.3.2, wonach auf eine Anhörung des Kindes verzichtet werden kann, wenn sich seine Interessenlage mit derjenigen seiner Eltern deckt und der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne die Anhörung festgestellt werden kann.

<sup>158</sup> Siehe SEM, Handbuch KRK, Ziff. 2.2; SEM, Handbuch Anhörung, Ziff. 2.2.7.

davon ausgegangen werden, dass sich die Interessen der Kinder mit denen der Eltern decken.<sup>159</sup> Erlebtes könne auf sie gänzlich andere Auswirkungen haben.<sup>160</sup> Dies spricht dafür, dass das SEM die Situation der Kinder – im Rahmen seiner Untersuchungspflicht – in einer persönlichen Anhörung evaluieren sollte.<sup>161</sup> Es gehe nicht nur um die Gewährung des Mitwirkungsrechts, sondern auch um die Ermittlung des Kindeswohls – ungeachtet der Fluchtgründe der Eltern.<sup>162</sup>

Trotz der *Praxisänderung von 2021* (Anhörung begleiteter Kinder) erfolgte in keinem der untersuchten elf Dossiers betreffend Kinder unter 14 Jahren eine persönliche Anhörung.<sup>163</sup> In einigen Dossiers fehlte jegliche Begründung, in anderen wurde der Verzicht – im Rahmen der persönlichen Anhörung der Eltern – mit dem jungen Alter des Kindes begründet.<sup>164</sup> In wiederum anderen Fällen wurden die Eltern gefragt, ob das Kind eigene Gesuchsgründe vorzubringen habe oder eine persönliche Anhörung wünsche. Auch die Kinder über 14 Jahren wurden nicht in jedem Fall angehört. Aus den Dossiers ging nicht hervor, weshalb auf die Anhörungen verzichtet wurde.<sup>165</sup> Dies führte dazu, dass die nicht persönlich angehörten Kinder in den Entscheiden oft wenig in Erscheinung traten.

Die interviewten Expertinnen und Experten *differenzierten* bei begleiteten Kindern mit Blick auf persönliche Anhörungen. Die Durchführung von beinahe identischen Befragungen wie bei Erwachsenen sei bei jungen begleiteten Kindern wenig sinnvoll; dies deshalb, weil diese Kinder keine Asylgründe begründen müssten, so eine Rechtsvertretung. Kritisch sahen die Expertinnen und Experten, dass jüngeren begleiteten Kindern – je nach Expertin/Experte unter 14 oder unter 12 Jahren – auch sonst keine Gespräche ermöglicht würden. Nur selten würden Ausnahmen gemacht. Dies geschehe etwa, wenn das SEM von eigenen Fluchtgründen ausgehe. Die Praxis der Nichtanhörung stelle eine schlechte

---

<sup>159</sup> Kinderrechtsausschuss, *V.A. gegen die Schweiz*, § 7.3.

<sup>160</sup> Ebenda, § 7.4.

<sup>161</sup> Ähnlich WYTTEBACH, N. 75 zu Art. 11 BV. Siehe auch Kinderrechtsausschuss, *M.K.A.H. gegen die Schweiz*, § 10.11.

<sup>162</sup> *V.A. gegen die Schweiz*, § 7.3. Im betreffenden Fall waren sowohl Art. 3 als auch Art. 12 KRK verletzt (siehe § 8).

<sup>163</sup> Alle Dossiers sind nach der genannten Praxisänderung vom Juni 2021 eröffnet worden.

<sup>164</sup> Die betreffenden Kinder waren zwischen 9 und 10 Jahre alt.

<sup>165</sup> Es handelte sich in allen drei Fällen um Gutheissungen.

Alternative zur standardisierten Anhörung dar. Die Ohnmachtserfahrung des Kindes könne sich dadurch verstärken. Es sei deshalb wichtig, Kindern die Wahl der angemessenen Befragung zu überlassen, führte eine Expertin einer NGO aus. Hinzu komme, dass bei begleiteten Kindern deren problematische familiäre Situation – so einige Expertinnen und Experten – oft erst nach Gefährdungsmeldungen bei der KESB an den Tag komme. Vulnerabilitätsrisiken von Kindern in Familien würden nur schwer und deshalb oft zu spät erkannt.<sup>166</sup> Auch in der *Onlinebefragung* waren viele Befragte der Auffassung, dass begleitete Kinder oft erst ab einem bestimmten Alter (12 oder 14 Jahre) persönlich angehört würden: 67.6 Prozent der Fallführenden nennen das Alter unter 14 Jahren als Hauptgrund, warum jüngere begleitete Kinder nicht angehört würden. Am häufigsten erfolge der Verzicht wegen des tiefen Alters und der ungenügenden Reife des Kindes. Andere Gründe seien die Gleichsetzung von Kindes- und Elterninteressen und die Einschätzung, eine weitere Sachverhaltsabklärung sei unnötig. «Alter und Reife» werden allgemein als relevant dafür betrachtet, ob und wie ein Kind angehört wird (knapp 65 Prozent «ziemliche» oder «sehr» grosse Zustimmung). Zudem gaben in der Onlinebefragung auch 91.4 Prozent an, die Befragungen von Kindern würden in den gleichen Räumlichkeiten wie die Befragungen von Erwachsenen durchgeführt. Es käme allerdings zu mehr Pausen oder kürzeren Anhörungen.

Insgesamt kann eine *wachsende Sensibilität für die Bedeutung des persönlichen Gehörtwerdens* konstatiert werden. Ein gewisser Gesinnungswandel hat hier fraglos eingesetzt. Relativiert wird der Befund allerdings durch die weiterhin praktizierte Orientierung an Alterslimiten sowie am Kriterium der Urteilsfähigkeit, die das Recht auf Gehör in der Tendenz einschränken. Die KRK hat mit der Betonung der Fähigkeit zur Meinungsbildung ein eigenständiges Recht des Kindes im Sinn. Grundsätzlich sollten sich die Modalitäten der Gewährung des Gehörsrechts auf eine fundierte Einschätzung der Fähigkeiten des Kindes im konkreten Fall stützen, Verfahren und Situation zu begreifen. Die persönliche Anhörung sollte nicht nur der Feststellung von Asylgründen und Wegweisungshindernissen dienen, sondern auch besondere Bedürfnisse bzw. das Wohlergehen des Kindes in der aktuellen Situation ermitteln (zur Abklärung allfälliger Handlungsnotwendigkeiten

---

<sup>166</sup> Darauf gab es auch Hinweise in den untersuchten Dossiers. So erhielten die Kinder in einer Familie nach dem Wegweisungsentscheid wegen häuslicher Gewalt seitens des Vaters einen Beistand, und der Vater kam in Präventivhaft.

in Bezug auf das Verfahren sowie die Unterbringung und Betreuung). Eine formelle Befragung ist nicht die einzige Option.<sup>167</sup> Expertinnen und Experten verwiesen auf die Erfahrungen und Praktiken der Abklärungen in Kindesschutzverfahren, die hier genutzt werden könnten.<sup>168</sup> Eine Expertin führte aus: «Im Kindesschutzverfahren will man Kindern mit potentiell traumatischen Erlebnissen ja auch möglichst jung Gehör schenken. Das sind ähnliche Herausforderungen.»

Zusammenfassend: Die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls bei allen Kindern könnte durch Einführung eines spezifischen und einzelfallbezogenen Verfahrens und die Vermeidung von Schematismen markant *verbessert werden*. Bei begleiteten Kindern ist darauf zu achten, dass die spezifische und von jener der Eltern möglicherweise stark abweichende Perspektive ins Verfahren eingebracht werden kann. Der Entscheid über die Anhörung ist in den Akten zu dokumentieren.

## 2. Ausgestaltung des Verfahrens

Das Recht auf Gehör nach Art. 12 Abs. 1 KRK will das *tatsächliche Gehörtwerden des Kindes* sicherstellen. Es will seine Mitwirkung nicht nur formal ermöglichen. Das Recht will vielmehr ein Gehörtwerden im vollen Wortsinn ermöglichen. Voraussetzung der Ausübung des Rechts ist eine altersgerechte und dem Entwicklungsstand entsprechende Information des Kindes. Dieses muss seine Mitwirkungsmöglichkeiten, die Modalitäten der Meinungsäusserung und allfällige Entscheidungsoptionen sowie ihre Folgen verstanden haben. Grundsätzlich ist die Information Sache der zuständigen Behörden sowie auch – bei begleiteten Kindern – der Eltern (bzw. der Sorgeberechtigten bei unbegleiteten Kindern).<sup>169</sup>

Das *Asylgesetz* kennt verschiedene Vorgaben zur Information Asylsuchender. Diese beziehen sich allerdings *nicht spezifisch auf Kinder*. Ausgangspunkt – und zugleich

---

<sup>167</sup> Für eine Sammlung von Best Practices: SFH, Rechtliches Gehör, S. 11 ff.

<sup>168</sup> Zum Beispiel das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument Kindesschutz (HAURI/JUD/LÄTSCH/ROSCH, S. 1 ff.) oder FHNW-Prozessmanual zur Kindeswohlabklärung (BIESEL/FELLMANN/MÜLLER/SCHÄR/SCHNURR, S. 1 ff.).

<sup>169</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Ziff. 25.

zentral – ist, dass Kinder wie Erwachsene vom SEM im Rahmen der persönlichen Anhörung mündlich über den Ablauf der Anhörung, die Mitwirkungspflicht und das weitere Verfahren orientiert werden. Die untersuchten *Dossiers* legen den Schluss nahe, dass dies weitestgehend die Realität ist. Auch den Rechtsvertretungen und Rechtsberatungen obliegen gemäss Pflichtenheft des SEM bestimmte, wiederum nicht kinderspezifische Informationspflichten. Sie betreffen u.a. die Rechte und Pflichten im Verfahren, die Folgen einer Verletzung der Mitwirkungspflicht sowie die Kommunikation von Terminen. In den *Dokumenten des SEM* sind *teilweise spezifische Informationsschritte für Kinder* vorgesehen. Auch hier stehen UMA im Vordergrund. Die Schritte betreffen namentlich allfällige Altersabklärungen und den Rechtsschutz bei einer Altersänderung. Die untersuchten *Dossiers* enthielten keine Hinweise, dass Kinder generell – auch ausserhalb der persönlichen Anhörung – informiert wurden. Auch für eine Vorbereitung der Anhörung und weiterer Verfahrensschritte fanden sich keine Indizien. Entsprechend liegt der Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen auf den Erkenntnissen der weiteren Untersuchungen. So legen die Dokumente des SEM den Schluss nahe, dass die weitergehende Information im Prinzip als an die Rechtsvertretungen bzw. Rechtsberatungen delegiert begriffen wird. Die Onlinebefragung mit den Fachpersonen aus Unterbringung und Betreuung und die Interviews mit jungen Erwachsenen, die als unbegleitete Minderjährige in die Schweiz geflüchtet waren (sogenannten Erfahrungsexpertinnen und -experten<sup>170</sup>) ergab bemerkenswerterweise, dass sich fast alle UMA ab Ankunft zu wenig informiert bis desorientiert fühlen (mit Blick auf das Asylverfahren an sich, ihre Rechte, die Rolle der Rechtsvertretung, der Vertrauensperson und der Rechtsberatung sowie hinsichtlich der vielen weiteren Akteurinnen und Akteure in den BAZ).

Was die *Modalitäten* der persönlichen Anhörung betrifft, so sieht das Schweizer Recht – auf Verordnungsstufe – eine Pflicht zur Berücksichtigung der besonderen Aspekte der Minderjährigkeit vor (Art. 7 Abs. 5 AsylV 1). Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Pflicht in einem *Grundsatzurteil* von 2014 konkretisiert.<sup>171</sup> Rechnung zu tragen ist nach dieser Rechtsprechung insbesondere dem Alter und der Reife der betroffenen Person sowie der Komplexität des Falles. Das Gericht leitete aus den gesetzlichen Vorgaben sowie

---

<sup>170</sup> Zuzüglich der UNHCR-Befragung von UMA in den BAZ (siehe Kap. I.C. vorne).

<sup>171</sup> BVGE 2014/30 E. 2.3.

internationalen Richtlinien detaillierte Anforderungen an die Durchführung der persönlichen Anhörung ab. Die *Handbuchartikel* des SEM verweisen auf dieses Urteil. Ausserdem existieren im SEM interne *Schulungsunterlagen und -videos sowie weitere Dokumente*, die ältere und jüngere Kinder betreffen und diese Vorgaben umsetzen. Grundsätzlich hat in diesem Bereich in den letzten Jahren eine markante Sensibilisierung stattgefunden. Die *interviewten Expertinnen und Experten* machen bei der Art und Weise des Gehörtwerdens des Kindes dennoch eine Reihe neuralgischer Punkte aus, die deutlich zu wenig Beachtung fänden. Viele Kinder kämen mit Vorbelastungen und geringen psychischen und sozialen Ressourcen in die komplexen Asylverfahren. Alle befänden sich in einer Ausnahmesituation, viele seien durch Stress gekennzeichnet, teils sind sie ohne Eltern unterwegs. In der Praxis würden sie jedoch selten alters- und traumasensibel angehört und selten bei der Vor- und Nachbereitung adäquat unterstützt, so eine Mehrheit der Interviewten mit Expertise im Bereich Anhörung. Auch die Erfahrungsexperten beurteilten den Eintritt ins Verfahren als schwierig. So erinnert sich diese Person: «Du kommst in ein Land, du kannst die Sprache nicht, du kennst niemanden und weisst nichts». Die meisten Expertinnen und Experten verwiesen darauf, dass der primäre Fokus des Verfahrens auf der standardisierten und möglichst effizienten Prüfung des Asylantrags liege. Wenn Kindeswohlfragen ein Thema würden, dann vor allem bei UMA und meist in späteren Phasen des Verfahrens. Selbst bei erhöhter Aufmerksamkeit für das Kindeswohl verbleibe der Hauptfokus auf der zügigen Abklärung der Flüchtlingseigenschaft anhand anderer Faktoren. Als Folge gälten mit Blick auf das Kindeswohl in Asylverfahren, so ein Experte für Kindes- und Erwachsenenschutz, nicht dieselben Standards wie in Kindeschutzverfahren. Dabei gäbe es sowohl allgemeine als auch spezifische Leitfäden dazu, so mehrere Expertinnen und Experten.<sup>172</sup>

Die Expertinnen und Experten waren sich über sinnvolle *Konturen der Information und Kommunikation* auffällig einig. Essenziell sei zunächst eine kindgerechte Information über die einzelnen Verfahrensschritte. Allfällige unmittelbare Konsequenzen von Verfahrensschritten – etwa der persönlichen Anhörung oder einer Altersabklärung – müssten

---

<sup>172</sup> Verwiesen wurde z.B. auf MMI/UNICEF, «Die Kindesanhörung. Es geht um dich – deine Meinung ist gefragt»; UNICEF/MMI, «Die Kindesanhörung in zivilrechtlichen Verfahren»; UNICEF/MMI, «Partizipation und Anhörung von Kindern im Asylverfahren»; UNICEF, «Faltblatt. Deine Rechte im Asylverfahren».

aufgefangen und bewältigt werden können. Unter Umständen seien die psychischen und sozialen Ressourcen des Kindes für die Bewältigung dieser Ereignisse bereits sehr knapp. Die Interviews mit den Expertinnen und Experten aus den Bereichen Unterbringung und Betreuung, Therapie, NGO und Beistandschaften legen den Schluss nahe, dass Kinder vor allem bei fehlendem Einfluss auf ihre Situation Trauma- und Retraumatisierungsrisiken ausgesetzt sind.<sup>173</sup> Die Erfahrungen auf der Flucht sowie im Heimatland machten sich hier bemerkbar. Gemäss einer Expertin für Unterbringung/Betreuung gibt es Phasen, in denen man den Eindruck habe, «jeder zweite» sei traumatisiert: «Zum Beispiel haben wir mehrfach von massivster bulgarischer und serbischer Polizeigewalt gehört, oder von brutalen Schlepperbanden, vom Miterleben, wie einem Nahestehende im Meer ertrinken, oder auch, wie die Mutter neben dem Kind erschossen wurde.» Ob ein Kind traumatisiert sei, erkenne man etwa beim Spielen. Meistens hätten die Eltern ebenfalls traumatische Situationen erlebt. In Kollektivunterkünften sei es zudem zusätzlich schwierig, die Situation der unbegleiteten und noch mehr der begleiteten Kinder angemessen zu erkennen. Es komme daher darauf an, wie die Kinder auf die einzelnen Schritte vorbereitet werden, wie sie informiert sind und ob sie begleitet werden.

Nahezu alle interviewten Expertinnen und Experten betonten auch den *hochsensiblen Charakter der persönlichen Anhörung*. Diese könne nicht gleich wie bei Erwachsenen durchgeführt werden. Ihre Hinweise zur Durchführung deckten sich grösstenteils mit dem erwähnten Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts von 2014.<sup>174</sup> Ein Erfahrungsexperte berichtete, ihm seien mehr als 100 Fragen gestellt worden. Das Setting – mit einer Übersetzerin neben ihm und einer behördlichen wie einer protokollführenden Person vor ihm – habe er als einschüchternd erlebt. Seine «Anwältin» sei zwar anwesend gewesen, habe sich aber nicht eingebracht. Ein anderer Erfahrungsexperte sagte: «Das Asylverfahren selbst empfand ich als äusserst belastend, insbesondere das erste Interview, das sieben Stunden dauerte. Dieses Interview diene dazu, den Fluchtweg und die Aufenthalte in anderen Ländern zu klären, während das zweite Interview die Fluchtgründe behandelte.» Expertinnen und Experten wiesen auch darauf hin, dass ohne generelle Vorgaben der

---

<sup>173</sup> So die einschlägige Forschung, etwa: HARGASSER, S. 1 ff.; MANNHART/FREISLEDER, S. 38 ff.

<sup>174</sup> Namentlich: adäquater Einbezug des Verhaltens des Kindes, seines Entwicklungsstandes und möglicher Erfahrungen; die Art der Befragung, insbesondere wenn einschneidende Erfahrungen hineinspielen; Vermeidung von Druck; schliesslich: Vermeidung steriler Räume (im Grundsatzurteil nicht erwähnt).

befragenden Person ein zu grosses Gewicht zukomme. Es bedürfe guter Schulung, um das Recht auf Gehör vollständig zu gewähren und gleichzeitig nicht durch detailliertes Nachfragen Risiken einer Retraumatisierung einzugehen. Die Ausbildung der fallverantwortlichen Personen stellt gemäss vielen Expertinnen und Experten ein Problem dar. Dies bestätigte die Onlinebefragung der Fallführenden und Rechtsvertretungen: Nur 26.4 Prozent fühlen sich «voll und ganz» angemessen ausgebildet und geschult, um mit Kindern arbeiten und deren Wohl erkennen zu können (41.8 Prozent «eher», 27.3 Prozent «eher nicht» und 0.9 Prozent: «überhaupt nicht»).

Eine *kindgerechte Kommunikation* müsste nach Ansicht der meisten interviewten Expertinnen und Experten bei Ankunft im BAZ beginnen. Dies sei – neben den einzelfall- und kindeswohlsensiblen Umständen der Anhörung – der zweite Schlüsselfaktor beim Schutz des Kindes. Das Verfahren werde nicht genügend verständlich und einfach erklärt. Es werde etwa zu wenig deutlich, dass es in der persönlichen Anhörung keine richtigen und falschen Antworten gebe, und dass Pausen verlangt werden können. Mit Blick auf UMA wurde konstatiert, dass diese mehr Zeit mit der Vertrauensperson benötigten. Eine Erfahrungsexpertin führte hierzu aus: «Ich habe einfach einen Termin bekommen, dass wir in dieser Zeit ein Interview haben und sonst wegen Rechten, nein ... Erst später in der Schule habe ich gelernt, welche Rechte und Pflichten ich habe.» Auch bei verständlicher Information durch eine Rechtsvertretung zu Beginn des Verfahrens bleibe die Anhörung aber eine grosse Belastung. Es brauche, so ein Experte einer NGO, Konstanz, Ruhe, kleine Einheiten und Stabilität. Die Jugendlichen würden Gründe, die für die Asylgewährung wichtig wären, bei schlechter Vorbereitung und Begleitung niemals erwähnen können. Wenn ein UMA etwa sage, dass es seiner Familie schlecht gehe und sie auf viele Länder verteilt sei (mit dem Ziel des Familiennachzug), dann habe dies keinen Einfluss auf den Asylentscheid. Das wüssten UMA oft nicht. Begleitete Kinder seien stark davon abhängig, was ihre Eltern ihnen erzählten.

Die Expertinnen und Experten wiesen auch auf das generell *geringe Wissen der Bezugspersonen* insbesondere über den Verfahrensstand hin. Weil sie selbst nicht ausreichend informiert seien, könnten sie auch die Kinder nicht richtig informieren. Gerade bei negativen Entscheiden müsste jedoch jemand dafür zuständig sein, das Kind aufzufangen. Betreuungspersonen erhielten die Informationen nicht automatisch von der

Rechtsvertretung. Schweigt die Rechtsvertretung eines UMA, so eine Expertin Betreuung/Unterbringung, «dann kriegen wir es auch nicht mit (...). Wir bekommen vor allem mit, wenn sie einen negativen Entscheid bekommen und in ein Loch fallen. Da versuchen wir sie einigermaßen aufzufangen, aber halt erst im Nachhinein». Nach dem Übertritt in den Kanton gebe es vereinzelt spezialisierte Zentralstellen für UMA. Diese seien mit Blick auf Information und Begleitung fachlich besser aufgestellt. Das Asylverfahren sei zu diesem Zeitpunkt häufig aber schon beendet oder vorläufig beendet. Einige Expertinnen und Experten aus der kantonalen Unterbringung bemängelten zudem den Informationsfluss zwischen BAZ und Kantonen. Eine Expertin berichtete: «Nur in sehr besonderen Situationen erfahren wir kindeswohlrelevante Themen, die über rudimentäre physische Gebrechen hinausgehen».

Ein besonderes Krisenmoment für UMA ist das Erreichen der *Volljährigkeit*. Sie verlieren damit – sei es durch den Entscheid der Altersbestimmung oder ihren 18. Geburtstag und oft unabhängig von Reife und Vulnerabilität – Schutz, Setting und Sozialkontakte.<sup>175</sup> Dies kann von einem Tag auf den anderen geschehen. Der Schritt hat weitreichende Implikationen für das Verfahren: Bei Erwachsenen gelten andere Zuständigkeitsregeln im Dublin-Verfahren und weniger hohe Anforderungen an den Wegweisungsvollzug. Eine Mehrheit der interviewten Experten beschrieb v.a. den abrupten Übertritt nach einem Altersbestimmungsverfahren als grossen psychischen Belastungsfaktor, der bei vielen Jugendlichen Angst und bisweilen massive Krisen auslöse. Aus kinderrechtlicher Perspektive wäre ein schonender Übergang geboten. Die KRK versteht das Erwachsenwerden als Prozess, nicht als einzelnen, riesigen Schritt nach vollendetem 18. Altersjahr.<sup>176</sup> Aus entwicklungspsychologischer Sicht unterscheidet sich die Situation einer 17.8 Jahre alten Person kaum von derjenigen eines 18.2 Jahre alten jungen Erwachsenen. Zwar kommt die KRK ab 18 Jahren nicht mehr zur Anwendung. Um Krisen vorzubeugen, scheinen jedoch angemessene Übergangsfristen und ein an das junge Erwachsenenalter angepasstes Setting geboten.

---

<sup>175</sup> Bei der Onlinebefragung mit Fallführenden und Rechtsvertretungen gab ein Grossteil der Teilnehmenden an, dass es nach dem Befund der Volljährigkeit unmittelbar zum Wechsel in die Erwachsenenstruktur komme (40.9 Prozent) oder zumindest nach wenigen Tagen (36.4 Prozent). Nur 8 Prozent gaben an, dass der Wechsel vorbereitet und begleitet erfolge, und nur 5.7 Prozent, dass die Betroffenen (bei vorhandenem Platz) in der UMA-Struktur bleiben könnten.

<sup>176</sup> Ebenso: UNHCR, Runder Tisch Kinderrechte, S. 5 ff.

### 3. Kindesinteresse im Entscheid

Ein dritter Problemkreis im Asylverfahren ist das *Einfließen des konkreten Kindesinteresses in Entscheide betreffend Vollzug von Wegweisungen*. Das Postulat thematisiert diesen Fragenkomplex explizit. Es soll geklärt werden, wie weit Wegweisungshindernisse wirklich im Licht des Kindeswohls geprüft werden und ob die Pflicht zur Begründung hinreichend beachtet wird. Der Kinderrechtsausschuss vertritt die Auffassung, eine Rückkehrentscheidung komme grundsätzlich nur bei Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl in Frage.<sup>177</sup> Einzuhalten ist aber auf jeden Fall das Refoulementverbot.<sup>178</sup> Darüber hinaus verlangt der Ausschuss, dass das Kindeswohl bei einer Wegweisung vorrangig berücksichtigt wird, es bei der Rückkehr angemessen betreut wird und seine Rechte ausüben kann.<sup>179</sup> Dies gilt sowohl für begleitete als auch für unbegleitete Kinder. Der Kinderrechtsausschuss verlangt konkrete Abklärung, wie das Kind im Heimatstaat- oder zuständigen Dublin-Staat in Empfang genommen wird. Mit Blick auf gesundheitliche Probleme räumt er allerdings ein, dass das Refoulementverbot kein Recht auf Aufenthalt im Staat mit dem besseren Gesundheitssystem vermittelt.<sup>180</sup> Anders ist die Situation nur, wenn die Behandlung für das Leben und die Entwicklung des Kindes essenziell ist und im Rückkehrstaat nicht zur Verfügung steht. Bei einer Rückkehr muss – in Zusammenarbeit mit dem Rückkehrstaat – sichergestellt sein, dass die Behandlung auch während des Transfers und nach der Rückkehr gewährleistet ist.<sup>181</sup> In der Praxis scheint der

---

<sup>177</sup> Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 32 Bst. k und 33; in Bezug auf unbegleitete Kinder: Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Ziff. 84. Siehe allgemein zur Bedeutung von Art. 3 KRK bei Rückkehrentscheidungen: Kinderrechtsausschuss, *A.B. gegen Finnland*, Mitteilung Nr. 51/2018, 4. Februar 2021, § 12; zum Vorsichtsgebot: Kinderrechtsausschuss, *I.A.M. gegen Dänemark*, Mitteilung Nr. 3/2016, 25. Januar 2018, § 11.3 und 11.8.

<sup>178</sup> Dem Kind darf unter keinen Umständen ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstehen (*irreparable harm*). Bei Zweifeln, dass der Rückkehrstaat das Kind davor bewahren kann, darf es nicht zurückgeführt werden (siehe Kinderrechtsausschuss, *I.A.M. gegen Dänemark*, Mitteilung Nr. 3/2016, 25. Januar 2018, § 11.8.; Kinderrechtsausschuss, *Z.S. und A.S. gegen die Schweiz*, § 7.3 f.; Kinderrechtsausschuss, *M.K.A.H. gegen die Schweiz*, § 10.4; Kinderrechtsausschuss, *K.K. gegen die Schweiz*, Mitteilung Nr. 110/2020, 25. Januar 2023, § 9.3, 9.4 und 9.6).

<sup>179</sup> Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 33; Kinderrechtsausschuss, *K.K. gegen die Schweiz*, § 9.3.

<sup>180</sup> Kinderrechtsausschuss, *K.S. und M.S. gegen die Schweiz*, Mitteilung Nr. 74/2019, 10. Februar 2022, § 7.3; Kinderrechtsausschuss, *K.K. gegen die Schweiz*, § 9.4.

<sup>181</sup> Kinderrechtsausschuss, *K.K. gegen die Schweiz*, § 9.6. Der Kinderrechtsausschuss scheint die Frage als Vollzugsmodalität zu betrachten (ebenda).

Kinderrechtsausschuss damit nicht zu verlangen, dass die für das Kind beste Lösung gewählt wird.<sup>182</sup> Der Standard ist tiefer anzusetzen. Die KRK beschränkt jedoch die Entscheidungsspielräume der Staaten bei Kindern weit stärker als bei Erwachsenen.

Nach Ablehnung eines Asylgesuches in der Schweiz sind im Wegweisungsverfahren mögliche *Vollzugshindernisse* zu prüfen. Ist der Wegweisungsvollzug «unzumutbar», so führt dies zur vorläufigen Aufnahme (Art. 83 Abs. 1 und 4 AIG). Die Anordnung ist keine Ermessensfrage, wie man allenfalls denken könnte. Das Vorliegen von Gründen für eine vorläufige Aufnahme ist eine Rechtsfrage.<sup>183</sup> In der Praxis ist diese rechtliche Zumutbarkeitsschwelle von besonderer Relevanz. Das Kindeswohl ist bei ihrer Bestimmung gemäss Bundesverwaltungsgericht von «gewichtiger Bedeutung».<sup>184</sup> In ständiger Rechtsprechung wird das Kindeswohl als Element der Zumutbarkeitsfrage verstanden.<sup>185</sup> Unzumutbarkeit wird – dieser Punkt ist zu betonen – nicht erst bei einer existenziellen Notlage des Kindes angenommen.<sup>186</sup> Die Schwelle für die Annahme der Unzumutbarkeit liegt tiefer als bei Erwachsenen. Es ist im Kern zu prüfen, ob eine Rückkehr das Kindeswohl gefährden würde.<sup>187</sup> Bei UMA sind hier etwa relevant: Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art seiner Beziehungen (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit), Eigenschaften seiner Bezugspersonen (insbesondere Unterstützungsbereitschaft und -fähigkeit), Stand und Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung sowie der Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz.<sup>188</sup> Hinzu kommen weitere Sicherungen: UMA müssen im Rückkehrstaat einem Familienmitglied, einem Vormund oder einer Aufnahmeeinrichtung übergeben werden können (Art. 69 Abs. 4 AIG). Lassen sich keine

---

<sup>182</sup> Siehe dazu Kap. I.B. vorne.

<sup>183</sup> BVGE 2014/26 E. 7.9.6.

<sup>184</sup> BVGE 2009/51 E. 5.6 und BVGE 2009/28 E. 9.3.2.

<sup>185</sup> Etwa: BVGE 2021 VI/3 E. 11.5.2; 2015/30 E. 7.2; 2014/26 E. 7.6; 2012/31 E. 7.3.2.3. Anders: BVGer E-6485/2014 vom 8. Dezember 2017 E. 7.2 und 7.4. Mit «Zulässigkeit» ist gemeint, dass dem Vollzug keine völkerrechtlichen Verpflichtungen entgegenstehen (zum Beispiel das Refoulementverbot gemäss Art. 3 EMRK). Das SEM argumentiert regelmässig, dass die Kindeswohlgarantie mangels direkter Anwendbarkeit im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung nicht zum Tragen komme (siehe SEM, Handbuch Wegweisung, Ziff. 3.2.2.3.1).

<sup>186</sup> Siehe u.a. BVGE 2014/26 E. 7.6 m.H. auf BVGE 2009/51 E. 5.8 und 2009/28 E. 9.3.4 f. Ebenso: SEM, Handbuch Wegweisung, Ziff. 3.2.2.3.2.

<sup>187</sup> BVGE 2014/26 E. 7.6.

<sup>188</sup> BVGE 2015/30 E. 7.2.

Angehörigen ausfindig machen, so müssen konkrete geeignete Unterbringungsmöglichkeiten abgeklärt und gegebenenfalls Übernahmezusicherungen eingeholt werden.<sup>189</sup> Diese Vorgaben zum Schutz des Kindes finden sich im Wesentlichen auch in den Dokumenten des SEM.<sup>190</sup> In Entscheiden über den Vollzug von Wegweisungen muss *nachvollziehbar begründet* sein, wie das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt wurde.<sup>191</sup>

Das Beispiel von *Rückführungen nach Guinea* mag verdeutlichen, was dies konkret bedeutet. Eine zentrale Rolle beim Wegweisungsvollzug nach Guinea spielt in der Praxis eine von einem Schweizer gegründete NGO («rocCONAKRY»). Sie betreibt oder unterstützt in Guinea Waisenhäuser. Auf Anfrage des SEM verpflichtet sie sich in einem Schreiben, rückgeführte UMA am Flughafen abzuholen, sie bis zur Volljährigkeit dem Kindeswohl entsprechend unterzubringen, zu ernähren, psychosozial zu unterstützen, ihre wirtschaftliche Integration zu fördern und allgemein zu betreuen. Gemäss Bundesverwaltungsgericht kommt das SEM seiner Untersuchungspflicht auf diese Weise hinreichend nach.<sup>192</sup> Expertinnen und Experten wiesen im Rahmen der Interviews darauf hin, dass solche Abkommen nur sinnvoll seien, wenn Aufenthalt, Reise und Übergabe vorbereitet und fachlich begleitet werden. Ausserdem müsse die Einrichtung ein Konzept zur Kindeswohlgewährleistung besitzen, und die versprochenen Leistungen müssten überprüft werden.

In *Dublin-Verfahren* müssen Überstellungshindernisse betreffend Kinder bereits bei der Abklärung der Zuständigkeit geprüft werden. Sie können für einen sogenannten «Selbsteintritt» der Schweiz relevant werden. Als solchen bezeichnet man den vom Dublin-System vorgesehenen Fall, dass ein Vertragsstaat ein Verfahren freiwillig übernimmt, für das er grundsätzlich nicht zuständig wäre (Art. 17 Dublin-III-VO i.V.m. Art. 29a Abs. 3 AsylV 1). Das Wohl eines involvierten Kindes kann ein Grund für eine solche Übernahme sein. In der Zuständigkeitsentscheidung muss – wie in der Interessenabwägung im Ausländerrecht – *nachvollziehbar begründet* werden, wie das Kindeswohl berücksichtigt

---

<sup>189</sup> BVGE 2021 VI/3 E. 11.5.2; siehe auch BVGE 2015/30 E. 7.3.

<sup>190</sup> Siehe z.B. SEM, Handbuch Wegweisung, Ziff. 3.2.2.3.2; SEM, Handbuch UMA, Ziff. 2.5.2.

<sup>191</sup> BVGE 2015/30 E. 7.2.

<sup>192</sup> BVGer D-3060/2024 vom 29. Mai 2024 E. 5.2.

wurde.<sup>193</sup> Gemäss Bundesverwaltungsgericht kann unter Umständen – je nach Implikationen einer Überstellung für das Kind – eine «positive Verpflichtung» bestehen, ein Asylgesuch zu prüfen.<sup>194</sup>

Die Dossieranalyse ergab ein *gemischtes Bild*. Bei den Entscheiden über einen Wegweisungsvollzug konnte – im Vergleich mit den ausländerrechtlichen Verfahren – grundsätzlich eine vermehrte Erwähnung des Kindesinteresses konstatiert werden. Dies gilt vor allem mit Blick auf UMA. Auch in den Begründungen nahm es mehr Raum ein. Bei *begleiteten Kindern* wurde das Kindeswohl allerdings nicht immer spezifisch geprüft. In drei von zehn Fällen wurden die Wegweisungshindernisse nur in Bezug auf die Eltern geprüft, in vier Fällen vorwiegend mit Blick auf die Eltern und unter blosser Bezugnahme auf die Kinder. Nur in drei Fällen wurde spezifisch mit Blick auf das Kind geprüft. Zwei Kinder sind persönlich angehört worden. Die Meinung des Kindes wurde nur in drei der insgesamt 17 Fälle im Entscheid wiedergegeben. In diesen drei Fällen waren die Kinder zuvor auch persönlich angehört worden. Auffällig war zudem, dass die Perspektive der jüngeren begleiteten Kinder und jene der nicht persönlich angehörten begleiteten Kinder insgesamt wenig in die Entscheide über einen Wegweisungsvollzug einflossen. Expertinnen- und Experten-Interviews bestätigten diesen Befund. Eine intensivere Abklärung der Hindernisse sowie eine eingehendere Begründung findet sich typischerweise in den UMA-Dossiers. Mit einer Ausnahme wurden die Hindernisse in allen Dossiers geprüft.<sup>195</sup> In allen UMA-Fällen wurde die Meinung des Kindes im Entscheid dargelegt. Abweichungen davon wurden im Entscheid begründet.

Zusammenfassend ergibt sich, dass *bei UMA Hindernisse beim Wegweisungsvollzug in aller Regel geprüft wurden* und bei Abweichen von der Kindesmeinung in der Regel eine erhöhte Begründungsdichte festgestellt werden konnte. Bei den begleiteten Kindern fand nur selten eine Kindeswohlprüfung statt; die Begründung war tendenziell ausführlicher, wenn das Kind zuvor persönlich angehört worden war.

---

<sup>193</sup> BVGE 2021 VI/1 E. 15.5 mit Verweis auf die entsprechende EGMR-Rechtsprechung. Siehe auch BVGer D-2505/2024 vom 16. Mai 2024 E. 5 und 7.3.4 f.; D-6865/2023 vom 5. Juli 2024 E. 6.3; D-1251/2023 vom 23. Februar 2023 E. 4.6; E-2056/2020 vom 31. August 2020 E. 6.3.

<sup>194</sup> BVGE 2021 VI/1 E. 16.1.

<sup>195</sup> Die Ausnahme betraf einen 15-jährigen Asylsuchenden, der bereits in einem Dublin-Staat als Flüchtling anerkannt worden war und nach Erhebung der Beschwerde in der Schweiz Zweit asyl erhielt.

#### 4. Teilfazit

In den vergangenen Jahren wurden in Asylverfahren verschiedene Vorgaben der KRK deutlich besser implementiert. In der Grundtendenz ist eine verstärkte Sensibilität für die Situation der Kinder bzw. vor allem der UMA zu konstatieren. Dies gilt sowohl für die Sachverhaltsermittlung, die Mitwirkung und das Einfließen der Kindesinteressen in die Entscheide. Namentlich zu nennen sind etwa zunehmende Abklärungen bei jüngeren begleiteten Kindern oder das vermehrte Einfordern konkreter Abklärungen bei der Wegweisung von UMA durch das Bundesverwaltungsgericht. Dennoch sind die sich aus der KRK ergebenden Pflichten auch heute erst partiell umgesetzt. Dies gilt sowohl für die Implikationen der Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KRK als auch für jene des Rechts auf Gehör nach Art. 12 Abs. 1 KRK.

Folgende Feststellungen drängen sich mit Blick auf die weitere Diskussion auf:

- (1) Im Asylverfahren fehlt ein spezifisches Verfahren zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls. Der Schwerpunkt der Sachverhaltsermittlung liegt auf der Prüfung der Asylgründe, der Dublin-Zuständigkeit sowie allfälliger Wegweisungsvollzugshindernisse. Bei UMA können weitere Sachverhaltsabklärungen hinzukommen (z.B. Altersbestimmung).
- (2) Es fehlt eine am Kindeswohl orientierte Bestimmung von Gegenstand und Umfang der Mitwirkungspflicht im *konkreten* Einzelfall.
- (3) Schematische Altersregeln erzeugen sachlich nicht gerechtfertigte Hürden bei der Mitwirkung von Kindern, namentlich jüngerer begleiteter Kinder. Dies geht auch mit spezifischen Risiken bei der Sachverhaltserstellung einher.
- (4) Das Asylverfahren ist insgesamt – im Besonderen die persönliche Anhörung – nur bedingt auf Wahrung des Kindeswohls ausgerichtet.
- (5) Das Verfahren zur Altersbestimmung trägt den spezifischen Risiken dieses Verfahrensschritts für die Jugendlichen ungenügend Rechnung. Der Übertritt in die Volljährigkeit wird zu wenig vorbereitet und begleitet.
- (6) Die Situation jüngerer begleiteter Kinder und ihre allenfalls von jenen der Eltern divergierenden Interessen werden im Entscheid wenig berücksichtigt.

## 5. Handlungsempfehlungen

### 4. *Systematische Abklärung der Situation des Kindes (siehe insb. Kap II.B.1. und II.B.2.)*

4.1 *Empfohlen wird die Einführung einer durch Fachpersonen für Kindeswohlfragen durchgeführten ersten Bedarfsabklärung zu Beginn des Asylverfahrens. Ziel ist eine fachlich fundierte Ersteinschätzung der Umstände des Kindes (z.B. gesundheitliche Situation). Im Anschluss kann es zu konkretisierenden Abklärungsschritten mit Blick auf die Unterbringung, Betreuung, Beurteilung der Mitwirkungspflicht, Verfahrensmodalitäten etc. kommen. Die Fachpersonen für Kindeswohlfragen sollten organisatorisch und personell möglichst unabhängig agieren können.*<sup>196</sup>

4.2 *Empfohlen wird die Einführung eines spezifischen Abschnitts im Beweisverfahren zur Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls. Ermittlungsschritte und Bestimmung sind in den Akten zu dokumentieren. Kinderspezifisches Fachwissen ist beizuziehen.*<sup>197</sup>

4.3 *Die vollständige Ermittlung des Kindeswohls erfordert namentlich die Abklärung folgender Aspekte:*<sup>198</sup>

- *Meinung des Kindes;*
- *Identität des Kindes: u.a. Geschlecht, sexuelle Orientierung, nationale Herkunft, religiöse, weltanschauliche und kulturelle Identität sowie Persönlichkeit;*
- *Vulnerable Lebenslagen: Geschichte des Kindes im Heimatland, auf der Flucht und im Zielland (Gewalterfahrungen, Trennungen oder Tod von Familienangehörigen, soziale und emotionale Entwicklung, begleitet/unbegleitet, Einschränkungen [disabilities]);*
- *Umstände des Aufwachsens und Ressourcen: aktuelle und absehbare Entwicklung, physisches und psychisches Wohlergehen, Betreuung und Aufwachsen, Familie, wichtige Bezugspersonen und Beziehungen, weitere persönliche und soziale Ressourcen;*
- *Umstände im Heimatstaat im Fall einer Wegweisung (oder Drittstaat/Dublin-Staat): Betreuungssituation, Schutz und Sicherheit, Aufrechterhaltung des familiären und persönlichen Umfelds, Zugang zu Bildung und Gesundheitssystem;*
- *Umstände im Zielland: Dauer des Aufenthalts (über/unter 5 Jahre), allfällige Gefährdung der Entwicklung durch eine Rückkehr in den Heimatstaat (oder Drittstaat/Dublin-Staat).*

---

<sup>196</sup> Siehe insb. Kap. II.B.1.a. und II.C.3.a. Siehe hierzu Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 32 (c): «The best-interests assessment should be carried out by actors independent of the migration authorities in a multidisciplinary way, including a meaningful participation of authorities responsible for child protection and welfare and other relevant actors, such as parents, guardians and legal representatives, as well as the child».

<sup>197</sup> Siehe insb. Kap. II.B.1.a.

<sup>198</sup> Basierend auf KALVERBOER/BELTMAN/VAN OS/ZIJLSTRA, insb. Anhang I und II.

Einschätzung Massnahmenbündel 4:

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>199</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – Kantone
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen (Massnahme 4.1): je nach Ausgestaltung erforderlich

## 5. *Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht des Kindes (siehe insb. Kap. II.B.1.b.)*

5.1 *Gegenstand und Umfang der Mitwirkungspflicht sind in jedem Einzelfall verhältnismässig und am Kindeswohl orientiert festzulegen. Schritte und Ergebnis sind in den Akten zu dokumentieren. Es wird empfohlen, vertieft zu prüfen, ob der Entscheid als anfechtbarer Zwischenentscheid auszugestalten ist.*

5.2 *Das Altersbestimmungsverfahren ist internationalen Vorgaben anzupassen (siehe z.B. EASO, Praxisleitfaden für die Altersbestimmung). Im Zweifel ist von der Minderjährigkeit auszugehen.*

Einschätzung Massnahmenbündel 5:

- Dauer der Umsetzung: lange – mittel – **kurz**
- Aufwand: gross – mittel – **klein**<sup>200</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – Kantone

---

<sup>199</sup> Einschätzung: Initial ist mit gewissen einmaligen Kosten zu rechnen (Anpassungen von Weisungen, Prozessen, Schulungsunterlagen etc.). Längerfristig sind durch die Anpassung geringe Mehrkosten zu erwarten (zusätzliche Ermittlungsschritte). Demgegenüber dürften Einsparungen durch teilweise Verzicht auf Rechtsmittelverfahren stehen bzw. sich der Aufwand der Rechtsmittelverfahren reduzieren. Bei *Massnahme 4.1* dürfte sich nach einem gewissen Initialaufwand (Schaffung entsprechender Strukturen für die Bedarfsabklärung) aus dem zusätzlichen Abklärungsschritt längerfristig gewisse Mehrkosten ergeben (personelle Ressourcen). Demgegenüber dürften längerfristig Einsparungen stehen (z.B. Reduktion gewisser Abklärungen im Asylverfahren, Prävention von Krisensituationen, nachhaltigere Integration, Reduktion des Aufwands in Rechtsmittelverfahren).

<sup>200</sup> Einschätzung: Initial ist mit gewissen einmaligen Kosten zu rechnen (Anpassungen von Weisungen, Prozessen, Schulungsunterlagen etc.). *Massnahme 5.1* dürfte längerfristig zu geringen Mehrkosten führen (Festlegung der Mitwirkungspflicht im Einzelfall, allenfalls zusätzliche Untersuchungsschritte). Demgegenüber dürften Einsparungen durch teilweise Verzicht auf Rechtsmittelverfahren stehen bzw. sich der Aufwand der Rechtsmittelverfahren reduzieren. *Massnahme 5.2* dürfte nach einem gewissen Initialaufwand (z.B. breitere Abstützung der wissenschaftlichen Methoden, Schaffung entsprechender Strukturen) längerfristig kostenneutral umsetzbar sein.

## 6. *Mitwirkungsrecht des Kindes (siehe insb. Kap II.B.1.c. und d.)*

- 6.1 *Kindern ist eine persönliche Anhörung anzubieten. Auf eine Einschränkung des Mitwirkungsrechts gestützt auf das Kriterium der Urteilsfähigkeit oder anhand von Altersgrenzen sollte generell verzichtet werden.<sup>201</sup> Der Entscheid über die persönliche Anhörung ist in den Akten zu dokumentieren.*
- 6.2 *Verzichtet das Kind auf eine persönliche Anhörung (oder erscheint eine solche aufgrund der Umstände nicht geboten), so ist seine Meinung über eine Vertretung einzuholen. Diese Vertretung sollte nur das Kind bzw. dessen Interessen repräsentieren. Im Falle von begleiteten Kindern ist eine Vertretung durch die Eltern oder die Rechtsvertretung der Eltern zur Sicherstellung der Authentizität der Kindesmeinung und zwecks Vermeidung von Interessenkonflikten zu vermeiden.<sup>202</sup>*
- 6.3 *Die Aussagen des begleiteten Kindes dürfen nicht zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Ausführungen der Eltern verwendet werden.*
- 6.4 *Es wird empfohlen, ein Praxishandbuch «Begleitete Kinder» zu erstellen (analog Handbuch UMA).*

Einschätzung Massnahmenbündel 6:

- Dauer der Umsetzung: lange – mittel – **kurz**
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>203</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – Kantone
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen: **empfohlen**

## 7. *Kindgerechte Durchführung von Verfahren (siehe insb. Kap. II.B.2. und II.B.1.)*

- 7.1 *Im Asylverfahren ist die kindgerechte Information aller Kinder einschliesslich der begleiteten sowohl durch die Behörde als auch die Rechtsvertretung sicherzustellen. Angesichts der weitgehenden Delegation dieser Aufgabe an die Rechtsvertretungen sind entsprechende Ressourcen einzuplanen.<sup>204</sup>*

---

<sup>201</sup> Siehe insb. Kap. II.B.1.c. und d.

<sup>202</sup> Siehe insb. Kap. II.B.1.c. und d. Siehe hierzu Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 37: «Children should be heard independently of their parents, and their individual circumstances should be included in the consideration of the family's cases».

<sup>203</sup> Einschätzung: Das SEM verfügt über die Infrastruktur und Prozesse zur Durchführung von Anhörungen. Ein gewisser dauerhafter Mehraufwand dürfte sich aus der vermehrten Durchführung von Anhörungen bzw. angemessenen Gesprächen mit Kindern ergeben. Demgegenüber dürften Einsparungen durch teilweise Verzicht auf Rechtsmittelverfahren stehen bzw. sich der Aufwand der Rechtsmittelverfahren reduzieren. Ebenfalls dürfte sich daraus eine teilweise Entlastung der Rechtsvertretungen ergeben.

<sup>204</sup> Siehe insb. Kap. II.B.2.

- 7.2 *Es ist zu gewährleisten, dass die Kinder auf wichtige Verfahrensschritte und v.a. persönliche Anhörungen frühzeitig, ausreichend und kindgerecht vorbereitet werden (z.B. durch persönliche Einladung in kindgerechter Sprache, mögliche Kontaktaufnahme vor der Anhörung, Besichtigung der Räumlichkeiten etc.). Im beschleunigten Verfahren ist zudem sicherzustellen, dass zwischen den verschiedenen Verfahrensschritten Zeit für Information, Vor- und Nachbereitung und Vertrauensaufbau bleibt. Je nach Verfassung und Bedarfslage des Kindes ist auf ein beschleunigtes Verfahren zu verzichten.*<sup>205</sup>
- 7.3 *Persönliche Anhörungen müssen kindgerecht durchgeführt werden (z.B. Räumlichkeiten, Zeitfenster, informelles Auftreten). Bei jüngeren und traumatisierten Kindern im Besonderen sind alternative, das Kind weniger belastende Gesprächsformen in Erwägung zu ziehen.*<sup>206</sup>
- 7.4 *Es ist zu gewährleisten, dass Kinder nach wichtigen Verfahrensschritten angemessen begleitet werden (insbesondere nach persönlicher Anhörung).*<sup>207</sup>
- 7.5 *Vor, während und nach dem Altersbestimmungsverfahren ist für eine Begleitung zu sorgen, die die verstärkte Drucksituation auffängt.*<sup>208</sup>
- 7.6 *Beim Übertritt in die Volljährigkeit (nach einem Altersbestimmungsverfahren oder bei Erreichen der Volljährigkeit) sind die Übergänge schonend zu gestalten (z.B. kein abrupter Wechsel der Unterkunft, Gespräche, Betreuung etc.).*<sup>209</sup>

Einschätzung Massnahmenbündel 7:

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>210</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – **Kantone**
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen: **erforderlich**

<sup>205</sup> Siehe insb. Kap. II.B.2. sowie einleitende Bemerkungen zu II.B.

<sup>206</sup> Siehe insb. Kap. II.B.1.c., d. und 2.

<sup>207</sup> Siehe insb. Kap. II.B.2.

<sup>208</sup> Siehe insb. Kap. II.B.2.

<sup>209</sup> Siehe insb. Kap. II.B.2.

<sup>210</sup> Einschätzung: Die Massnahmen sind initial durch die Anpassung von Weisungen, Prozessen und Schulungsunterlagen mit gewissen einmaligen Kosten verbunden. Ebenfalls dürfte sich initial ein geringer Mehraufwand bei der Schulung (oder Anstellung) von Mitarbeitenden und gegebenenfalls Einrichtung entsprechender Örtlichkeiten zur Durchführung von Gesprächen v.a. mit jüngeren Kindern ergeben. Eine verbesserte Information, Vorbereitung und Begleitung dürfte zudem dauerhaft zu einem gewissen Mehraufwand beim SEM und bei den Rechtsvertretungen führen. Den Rechtsvertretungen müssen dafür entsprechende Ressourcen zur Verfügung stehen. Demgegenüber dürften Einsparungen bei der Sachverhaltserstellung stehen, indem das Kind besser auf seine Mitwirkung dabei vorbereitet ist. Ebenfalls können hierdurch allenfalls Krisensituation verhindert werden, was zu Kosteneinsparungen im Verfahren oder danach führen kann. *Massnahme 7.6* betrifft auch die Kantone. Die entsprechenden Strukturen bestehen. Die Umsetzung der Massnahme dürfte längerfristig mit geringen Mehrkosten verbunden sein. Demgegenüber stehen Einsparungen durch die Prävention von Krisensituation sowie mit Blick auf die allfällige Integration.

## 8. *Kindesinteressen im Entscheid (siehe insb. Kap. II.B.3.)*

8.1 *In der Entscheidungsbegründung ist darzulegen, wie das Kindeswohl berücksichtigt wurde. In der Verfügung sind die folgenden Begründungsabschnitte vorzusehen:*<sup>211</sup>

- *Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls: Darlegung der ermittelten Umstände des Kindes, Relevanz der einzelnen Elemente, Kontext dieser Elemente im spezifischen Fall, Gewichtung der Elemente (insbesondere auch der Meinung des Kindes);*
- *Prüfung der Asylgründe: KRK-orientierte Auslegung der Bestimmungen des AsylG und der GFK (insbesondere kinderspezifische Fluchtgründe);*
- *Prüfung von Hindernissen beim Wegweisungsvollzug: Nachweis vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls, der Sicherheit des Kindes bei der Rückkehr, angemessener Betreuung und der Gewährleistung der KRK-Vorgaben (z.B. mentale und gesundheitliche Entwicklung, Bildung, Auswirkungen der Rückkehr auf das soziale und persönliche Umfeld). Bei Zweifel tendenziell Verzicht auf Wegweisung. Im Falle von UMA gelten zusätzliche Schutzvorkehrungen;*
- *Die Umstände von begleiteten Kindern sind vollständig und ungeachtet der Fluchtgründe der Eltern zu prüfen.*

Einschätzung Massnahme 8.1:

- Dauer der Umsetzung: lange – mittel – **kurz**
- Aufwand: gross – mittel – **klein**<sup>212</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – Kantone

---

<sup>211</sup> Basierend auf Kinderreichtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 97 und Nr. 6, Ziff. 26 ff.; Kinderreichtsausschuss, *A.B. gegen Finnland*, § 12; Kinderreichtsausschuss, *I.A.M. gegen Dänemark*, § 11.3 und 11.8.

<sup>212</sup> Einschätzung: Initial ist mit gewissen einmaligen Kosten zu rechnen (Anpassungen von Weisungen, Prozessen, Schulungsunterlagen, Entscheidvorlagen etc.). Die Massnahme dürfte längerfristig zu geringem Mehraufwand führen (Begründungsaufwand). Demgegenüber dürften Einsparungen durch teilweise Verzicht auf Rechtsmittelverfahren stehen. Die Kostenfolgen einer allfälligen materiellen Praxisänderung sind hier nicht berücksichtigt.

## C. Querschnittsthemen

Das Postulat thematisiert auch eine Reihe von Fragenkomplexen, die sich nicht ausschliesslich den ausländer- oder asylrechtlichen Verfahren zuordnen lassen. Sie werden im folgenden Abschnitt C. separat behandelt.

### 1. Familiennachzug

Das Postulat fragt nach der Gewährleistung des Kindeswohls und des Rechts des Kindes auf Gehör bei Familiennachzügen. Die Postulatsfragen werden nachfolgend in Ergänzung zu den Erkenntnissen aus den vorgehenden Kapiteln A. und B. separat in Bezug auf diese Verfahren beantwortet. Der Schwerpunkt der Untersuchungen lag auf der Auswertung der internationalen und schweizerischen Rechtsprechung (Module 1 und 3).

#### a. Interessenabwägung beim Familiennachzug

Das Postulat fragt nach der Bedeutung des Kindeswohls bei Interessenabwägungen im Kontext von *Familiennachzügen*. Es erbittet Klärung, wie das Kindeswohl und das Recht des Kindes auf regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen bei der Abwägung gehandhabt und berücksichtigt werden. Eine kurze Vorbemerkung zum Begriff des Familiennachzugs ist an dieser Stelle angezeigt. Familiennachzug bedeutet rechtlich betrachtet sowohl «Nachzug» im wörtlichen Sinn (etwa: Eltern holen ihr Kind in die Schweiz) wie auch «Nicht-Trennung» von der Familie, wenn ein Familienmitglied die Schweiz verlassen müsste. Ein Nachzugsrecht kann somit dazu führen, dass die Bewilligung einer bereits in der Schweiz zugelassenen Person verlängert wird. Umgangssprachlich würde man hier nicht von Nachzug sprechen.

Zu Interessenabwägungen kommt es nur bei einem Teil der Familiennachzüge. Der Gesetzgeber sieht verschiedene Voraussetzungen für den Familiennachzug vor, etwa ein bestimmter Verwandtschaftsgrad, genügend Einkommen oder das Einhalten einer bestimmten Frist. Vergleichsweise weitgehende fixierte Nachzugsrechte sieht insbesondere das Freizügigkeitsrecht vor. Kinder wie auch Eltern im Besonderen können grosszügig nachgezogen werden. Auch das Asylrecht kennt bei Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde,

ein gesetzlich garantiertes Nachzugsrecht. Familienzusammenführungen sollten bei anerkannten Flüchtlingen rasch stattfinden können.<sup>213</sup> Die Nachzugsbestimmungen des AIG unterscheiden nach dem Anwesenheitsrecht der nachziehenden Person. Sie knüpfen das Nachzugsrecht teilweise an Fristen. Im Kern gilt aber für alle diese Konstellationen: Sind die Voraussetzungen erfüllt, so wird der Nachzug gewährt.

Von diesen Konstellationen sind jene *mit Interessenabwägungen* zu unterscheiden. In diesen Fällen ist das Kindesinteresse der Grundidee nach nur *ein* Element bei der Abwägungsentscheidung. Sein Gewicht wird in eine Relation zu den involvierten privaten und öffentlichen Interessen gesetzt. Das Ergebnis der Abwägung entscheidet über die Nachzugsfrage. Drei Subkategorien können unterschieden werden. (1) Die erste Kategorie sind Ermessensentscheide von Behörden über die Gewährung des Familiennachzugs. Kennzeichnend sind Kann-Formulierungen im AIG, etwa in Art. 44 AIG (Personen mit Aufenthaltsbewilligung). Eine solche Rechtsgrundlage vermittelt keinen festen Anspruch auf Nachzug.<sup>214</sup> Das Gesetz eröffnet den Behörden nur die Möglichkeit, den Nachzug zu gewähren. Das Kindeswohl ist in diesen Fällen ein Gesichtspunkt, der nach Massgabe der KRK zu berücksichtigen ist. (2) Die zweite Subkategorie betrifft die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Nachzugsrecht. Die Verpflichtungen im Hinblick auf das Kindeswohl müssen in die Konkretisierung kindeswohlrelevanter unbestimmter Rechtsbegriffe einfließen. Ein Beispiel ist die AIG-Norm zum nachträglichen Nachzug von Kindern (Art. 47 Abs. 4 AIG). Das Nachzugsrecht wird in diesen Fällen an das Vorliegen «wichtiger familiärer Gründe» geknüpft. Die Konkretisierung des Begriffs muss daher in einer Weise erfolgen, die für das Kindeswohl im *konkreten* Fall sensibel ist. (3) Die dritte und in der Praxis wichtigste Subkategorie sind Abwägungen im Kontext geltend gemachter Verletzungen von Art. 8 EMRK oder Art. 13 BV (Recht auf Achtung des Familienlebens). Das Recht auf Familienleben vermittelt in gewissen Situationen ein Nachzugsrecht, in denen das staatliche Recht keinen solchen Anspruch einräumt. Wird in das Recht eines Kindes auf Familienleben (durch Verweigerung eines Aufenthaltsrechts)

---

<sup>213</sup> Art. 51 AsylG ist als *lex specialis* zu den Familiennachzugsrechten des AIG konzipiert: BVGE 2020 VI/7 E. 2.2 f. In der Praxis können bei der asylrechtlichen Familienzusammenführung der Nachweis des Familienverhältnisses (durch amtliche Dokumente) oder des Bestehens eines realen Familienlebens vor der Flucht Probleme bereiten.

<sup>214</sup> Ein Anspruch auf Nachzug kann sich in Fällen mit behördlichem Ermessen allerdings aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK ergeben: BGE 146 I 185 E. 5.

eingegriffen, so muss dieser Eingriff im Rahmen einer Interessenabwägung gerechtfertigt erscheinen. Private und öffentliche Interessen werden in eine Relation gesetzt. Voraussetzung für eine Berufung auf das Recht auf Familie ist ein tatsächlich «gelebtes» Familienleben.<sup>215</sup> Die involvierten öffentlichen und privaten Interessen sind bei Vorliegen eines Eingriffs *immer* abzuwägen.<sup>216</sup>

Von hoher Relevanz ist die *Praxis des EGMR* bei der Abwägung. Festzuhalten ist zunächst, dass der EGMR in seiner Rechtsprechung die *Vorgaben der KRK berücksichtigt*.<sup>217</sup> Dem Kindesinteresse ist im Lauf der Zeit zunehmend grösseres Gewicht beigemessen worden.<sup>218</sup> Das Gericht geht von einem breiten internationalen Konsens aus, dass das Kindeswohl bei der Abwägung «vorrangig» zu berücksichtigen sei.<sup>219</sup> Es übernimmt die Diktion der KRK und verlangt eine ausgewogene Gesamtabwägung der involvierten Interessen. Hierzu hat der EGMR einen Katalog von Kriterien entwickelt, die berücksichtigt werden müssen; ausserdem hat das Gericht Konstellationen identifiziert, deren

---

<sup>215</sup> Zum konventionsrechtlichen Familienbegriff: MOTZ, Studie Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz, S. 28 m.w.H. sowie BGE 135 I 143 E. 3.1; BGE 137 I 154 E. 3.4.2. Zum Familienbegriff der KRK siehe Art. 5 KRK und Kinderrechtsausschuss, *Y.B. und N.S. gegen Belgien*, § 8.11 sowie *O.M. gegen Dänemark*, § 8.3 zum Stiefkind. Die ältere Schweizer Rechtsprechung setzte noch ein gefestigtes Aufenthaltsrecht des nachziehenden Familienangehörigen voraus, damit ein Fall in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fiel. Der EGMR sieht den Schutzbereich bei Vorliegen einer schützenswerten gelebten familiären Beziehung eröffnet, unabhängig vom Aufenthaltsstatus der betroffenen Person; die rechtliche Qualifizierung und tatsächliche Ausgestaltung des Aufenthalts wird im Rahmen der Gesamtabwägung berücksichtigt (siehe EGMR, *M.P.E.V. gegen die Schweiz*, Nr. 3910/13, 8. Juli 2014, § 28, 31 f., 45 und 55 ff.; *Jeunesse gegen die Niederlande*, Nr. 12738/10, 3. Oktober 2014, § 104 f.; *M.A. gegen Dänemark*, Nr. 6697/18, 9. Juli 2021, § 135 [i]). Auch gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung betrifft die Frage nach dem Anwesenheitsrecht nicht den Schutzbereich, sondern die Interessenabwägung (BGE 144 I 266 E. 3.8). Dieser Auffassung folgt auch das Bundesverwaltungsgericht: Siehe etwa BVGE 2018 VII/4 E. 6 zum Anwesenheitsrecht vorläufig aufgenommener Personen, BVGE 2021 VI/1 E. 13.5 zur Anwendbarkeit von Art. 8 EMRK in Dublin-Verfahren sowie z.B. BVGer F-3410/2021 vom 8. April 2022 E. 6 zu Art. 8 EMRK als Eintretensvoraussetzung. In der Praxis (inkl. Rechtsprechung) wird teilweise nach wie vor ein gefestigtes Aufenthaltsrecht vorausgesetzt (veraltet wohl die Formulierung in: SEM, Weisungen AIG, Ziff. 6.17.2 und 6.17.2.2).

<sup>216</sup> Der EGMR unterscheidet zwischen der positiven Pflicht, die Familie durch Anerkennung eines Nachzugsrechts zu vereinigen, und der negativen Pflicht, die Familie nicht zu trennen. In beiden Fällen kommen ähnliche Prinzipien zur Anwendung, die Hürden für die Annahme einer positiven Pflicht sind aber höher (siehe EGMR, *Jeunesse gegen die Niederlande*, § 104 ff.; *Pormes gegen die Niederlande*, Nr. 25402/14, 28. Juli 2020, § 54 f.).

<sup>217</sup> EGMR, *Mamousseau und Washington gegen Frankreich*, Nr. 39388/05, 6. Dezember 2007, § 60 m.w.H.

<sup>218</sup> Dazu: HELLAND/HOLLEKIM, S. 226 ff.

<sup>219</sup> EGMR, *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz*, Nr. 41615/07, 6. Juli 2010, § 135; *X. gegen Lettland*, Nr. 27851/09, 26. November 2013, § 96; *Jeunesse gegen die Niederlande*, § 109; *El Ghatet gegen die Schweiz*, Nr. 56971/10, 8. November 2016, § 46; *M.A. gegen Dänemark*, § 135; *B.F. und andere gegen die Schweiz*, Nr. 13258/18, 15500/18, 57303/18, 9078/20, 4. Juli 2023, § 120.

Vorliegen gegen oder für den Familiennachzug sprechen.<sup>220</sup> Betroffenheit von Kindern spricht zunächst grundsätzlich für Gewährung des Nachzugs.<sup>221</sup> Von grundlegender Bedeutung ist, ob und inwieweit das Familienleben bei Ablehnung des Familiennachzugs verunmöglicht würde und ob es allenfalls im Herkunftsland real gelebt werden könnte. Der grundsätzliche Vorrang des Kindeswohls bedeutet, dass der Gerichtshof den Umständen des Kindes besondere Aufmerksamkeit schenkt und insbesondere überprüft, ob ihm die nationalen Gerichte genügendes Gewicht beigemessen haben.<sup>222</sup> Die Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls obliegt allerdings den innerstaatlichen Gerichten.<sup>223</sup> Erforderlich ist eine Bezugnahme auf die konkreten, realen Umstände des betroffenen Kindes. Pauschale Begründungen genügen nicht. Das Augenmerk des Gerichtshofs liegt insbesondere auf dem Alter, der Situation im Herkunftsland und dem Grad der Abhängigkeit von den Eltern.<sup>224</sup> Bei einer Wegweisung eines Familienangehörigen müssen die Praktikabilität des künftigen Lebens der Beziehung und die Verhältnismässigkeit geprüft werden.<sup>225</sup> Bei einem Nachzug aus dem Herkunftsland ist von Belang, ob der nachziehende Elternteil der einzige verbliebene ist und ob der andere Elternteil auch nachgezogen wird.<sup>226</sup> In prozeduraler Hinsicht macht der EGMR ebenfalls Vorgaben: Familiennachzugsgesuche sind flexibel, rasch und effizient zu behandeln.<sup>227</sup> Eine rudimentäre Begründung oder eine lange Verfahrensdauer wird eher als Verletzung von Art. 8 EMRK qualifiziert, wenn sie Kinder betrifft.<sup>228</sup> Zusammenfassend: Die Vorgaben der KRK bedeuten in der Praxis des EGMR, dass Familiennachzugsgesuche in der Tendenz eher zu

---

<sup>220</sup> EGMR, *Jeunesse gegen die Niederlande*, § 106 ff.; *M.A. gegen Dänemark*, § 130 ff.; *M.T. und andere gegen Schweden*, Nr. 22105/108, 20. Oktober 2022, § 58; *B.F. und andere gegen die Schweiz*, § 88 ff.; *Dabo gegen Schweden*, Nr. 12510/18, 18. Januar 2024, § 88 ff. sowie *Okubamichael Debru gegen Schweden*, Nr. 49755/18, 25. Juli 2024, § 56, und *D.H. und andere gegen Schweden*, Nr. 34210/19, 25. Juli 2024, § 54.

<sup>221</sup> EGMR, *M.A. gegen Dänemark*, § 135 m.w.H.

<sup>222</sup> EGMR, *El Ghatet gegen die Schweiz*, § 46; *B.F. und andere gegen die Schweiz*, § 120 ff.

<sup>223</sup> EGMR, *El Ghatet gegen die Schweiz*, § 47 m.H. auf *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz*, § 138.

<sup>224</sup> EGMR, *El Ghatet gegen die Schweiz*, § 46; *B.F. und andere gegen die Schweiz*, § 121 ff.

<sup>225</sup> EGMR, *Jeunesse gegen die Niederlande*, § 109.

<sup>226</sup> EGMR, *B.F. und andere*, § 120.

<sup>227</sup> EGMR, *Tanda-Muzinga gegen Frankreich*, Nr. 2260/10, 10. Juli 2014, § 82; *Mugenzi gegen Frankreich*, Nr. 52701/09, 10. Juli 2014, § 46.

<sup>228</sup> EGMR, *Senigo Longue und andere gegen Frankreich*, Nr. 19113/09, 10. Juli 2014, § 73. Ist die Begründung unzureichend, weil namentlich eine echte Abwägung der ermittelten und bestimmten Interessen fehlt, stellt dies bereits eine Verletzung von Art. 8 EMRK dar (EGMR, *El Ghatet gegen die Schweiz*, § 47; ferner *I.M. gegen die Schweiz*, Nr. 23887/16, 9. April 2019, § 77 f.).

bewilligen sind, wenn Kinder betroffen sind. Entscheidend ist aber die Gesamtabwägung im konkreten Einzelfall.

Von Bedeutung sind in diesem Kontext auch einige *Konkretisierungen der KRK* durch den *Kinderrechtsausschuss*. Das Vertragsorgan hat sich zu verschiedenen Konstellationen spezifisch geäußert. Er entnimmt der KRK Anforderungen an Abwägungsentscheide bei Familiennachzügen.<sup>229</sup> Eine besonders neuralgische Thematik sind potenzielle Trennungen eines Kindes von einem Elternteil. Der Kinderrechtsausschuss geht gestützt auf Art. 3 und Art. 9 Abs. 1 KRK von einem Gebot der Nichttrennung sowie einer Pflicht der Auswirkungsabklärung einer allfälligen Trennung auf das Kind aus. Das Verhindern von Trennungen und die Erhaltung der Familieneinheit sind gemäss Kinderrechtsausschuss wichtige Komponenten des Kinderschutzsystems (siehe Art. 9 Abs. 1 KRK).<sup>230</sup> Trennungen sollten nur als *ultima ratio* angeordnet werden. Auch dürfen sie nicht mit wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt werden.<sup>231</sup> Grundsätzlich sind Kinder nicht gegen ihren Willen von ihren Eltern zu trennen, ausser die Trennung liegt in ihrem Wohl. Die Prüfung einer potenziellen Trennung unterliegt den strengen Anforderungen von Art. 3 und 9 KRK. Es bedarf folglich eines individuell-konkreten Verfahrens samt systematischer Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls unter Berücksichtigung der Meinung des Kindes.<sup>232</sup> Neben dessen Alter ist insbesondere die Art und Weise, wie die Eltern-Kind-Beziehung gelebt wird und nach einer Trennung gelebt werden könnte, von Belang. Die reale Situation wird in eine Relation zur mutmasslichen neuen gesetzt. Zulässig ist die Trennung nur, wenn sie notwendig und verhältnismässig ist. Der Kinderrechtsausschuss nimmt zudem an, dass persönliche Beziehungen im Falle einer Trennung nicht allein durch moderne Kommunikationsmittel aufrechterhalten werden können. Art. 9 Abs. 3 KRK setze vielmehr voraus, dass angemessene und bedeutungsvolle Beziehungen im Rahmen direkter Kontakte gepflegt werden können.<sup>233</sup> Der Staat habe effektive

---

<sup>229</sup> Siehe insbesondere Kinderrechtsausschuss, *O.M. gegen Dänemark*, § 8.1 ff. und *Y.B. und N.S. gegen Belgien*, § 8.1 ff.

<sup>230</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 60.

<sup>231</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 61. Dies ist beim Bewilligungswiderruf aufgrund Sozialhilfebezugs zu beachten, sofern er zu einer Trennung oder Nichtvereinigung des Kindes mit Familienangehörigen führt.

<sup>232</sup> Siehe hierzu Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 63.

<sup>233</sup> Kinderrechtsausschuss, *O.M. gegen Dänemark*, § 8.6.

Massnahmen zu ergreifen, damit die persönlichen Beziehungen aufrechterhalten werden können – selbst wenn das Kind und der Elternteil in unterschiedlichen Staaten leben.<sup>234</sup> Können keine angemessenen und bedeutungsvollen Beziehungen aufrechterhalten werden, spricht dies umso mehr gegen eine Trennung.

Die zunehmende Anerkennung der Bedeutung der KRK spiegelt sich auch in der *Entwicklung der Schweizer Rechtsprechung*.<sup>235</sup> Nach dem Bundesgericht sind die Art. 3, Art. 9 Abs. 3, Art. 10 Abs. 1, Art. 16 Abs. 1 und Art. 18 KRK im Rahmen der Rechtsauslegung und der Interessenabwägungen zu berücksichtigen.<sup>236</sup> Dies gilt auch für die Auslegung des nationalen Rechts – etwa Art. 96 AIG.<sup>237</sup> Die ältere Praxis war zurückhaltender. Sie betrachtete das Kindeswohl als «ein Element unter anderen»,<sup>238</sup> ohne das Gewicht dieses Elements näher zu spezifizieren. In BGE 143 I 21 änderte das Bundesgericht diese restriktive Praxis. Es anerkannte die grundlegende Bedeutung der KRK für alle das Kind betreffenden Angelegenheiten.<sup>239</sup> Nach der Rechtsprechung lassen sich aus den Bestimmungen der KRK zwar keine Aufenthaltsrechte unmittelbar ableiten, sie bestimmt jedoch Auslegung und Anwendung des schweizerischen Rechts. Die zunehmende

---

<sup>234</sup> Kinderrechtsausschuss, *N.R. gegen Paraguay*, Mitteilung Nr. 30/2017, 10. Mai 2017, § 8.4 und 8.8.

<sup>235</sup> Siehe AMARELLE, S. 258 f. mit Beispielen. Der Kanton Genf verfügt über eine eigene Zusammenfassung der Rechtsprechung zur EMRK und KRK, in welcher diese Kriterien bzw. die entsprechenden Entscheide zitiert werden. Ferner ergibt sich aus Schulungsunterlagen des Kantons Genf zu Art. 8 EMRK und zu Härtefällen, dass diese Kriterien auch im Einzelfall geprüft werden sollten.

<sup>236</sup> Siehe zur KRK generell: BGE 126 II 377 E. 5.d sowie BGer 2C\_113/2023 vom 27. September 2023 E. 5.7.4. Zu den einzelnen Bestimmungen: BGE 124 II 361 E. 3.b; BGer 2A.563/2002 vom 23. Mai 2003 E. 2.5; BGE 135 I 143 E. 2.3; 135 I 153 E. 2.2.2; 136 I 285 E. 5.2; 139 I 315 E. 2.4; 140 I 145 E. 3.2; BGer 2C\_520/2016 vom 13. Januar 2017 E. 4.3 oder BGE 144 I 91 E. 5.2; 143 I 21 E. 5.5.1; BGer 2C\_641/2019 vom 3. Oktober 2019 E. 4.1 zu Art. 96 AIG. Nicht zu berücksichtigen sind demgegenüber Art. 24 und 29 KRK (siehe BGer 2C\_776/2022 vom 14. November 2023 E. 7.3).

<sup>237</sup> BGer 2C\_776/2022 vom 14. November 2023 E. 7.3. Art. 9 Abs. 3 KRK findet damit auch im ausländerrechtlichen Kontext Anwendung, was bei der Ausarbeitung der KRK noch umstritten war (siehe Bundesrat, Botschaft KRK, S. 32 f.).

<sup>238</sup> Etwa BGer 2C\_648/2014 vom 6. Juli 2015 E. 2.3 oder 2C\_608/2015 vom 1. Februar 2016 E. 4.

<sup>239</sup> BGE 143 I 21 E. 5.5.4 m.H. auf EGMR, *El Ghatet gegen die Schweiz*, § 46. Trotz folgender Urteile, die die KRK nach wie vor eher als Leitgedanke und das Kindeswohl als blosses Element unter anderen verstanden (siehe etwa BGer 2C\_608/2015 vom 1. Februar 2016 E. 4; BGE 144 I 91 E. 5.2; BGer 2C\_904/2018 vom 24. April 2019 E. 2.4; BGer 2C\_488/2019 vom 4. Februar 2020 E. 5), geht die jüngere Rechtsprechung – soweit ersichtlich – durchwegs von einer mindestens «wesentlichen» Bedeutung aus (siehe etwa BGer 2C\_800/2018 vom 12. Februar 2020 E. 3.2; 2C\_484/2020 vom 19. Januar 2021 E. 4.2.3; 2C\_965/2021 vom 5. April 2022 E. 4.7; 2C\_998/2020 vom 3. Juni 2021 E. 3.4 verwendet das Adjektiv «eindringlich»).

Berücksichtigung der KRK war etwa wichtig bei der Entwicklung der Rechtsprechung zum umgekehrten Familiennachzug. Auf diese Spezialthematik ist weiter hinten einzugehen.<sup>240</sup>

Die *Realität* bei Interessenabwägungen mit involvierten Kindern korrespondiert allerdings nur teilweise mit der skizzierten Rechtslage. Die *Dossieranalyse*, die *Onlinebefragung*, die *Expertinnen-Interviews* und die *Analyse der Rechtsprechung* warfen Licht auf verschiedene neuralgische Punkte. Erwähnung verdient etwa, dass dem Kindeswohl in der erstinstanzlichen Rechtsprechung – und teilweise auch in der bundesgerichtlichen – bisher kaum ein den normativen Vorgaben der KRK entsprechendes Gewicht eingeräumt wird.<sup>241</sup> Das Kindesinteresse wird selten als entscheidend betrachtet. Weiter wird auch spärlich konkret abgeklärt, wie im Falle einer Trennung substanzielle persönliche Beziehungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 KRK aufrechterhalten werden können. Die reale Situation wird ungenügend gewürdigt. Ein weiterer problematischer Aspekt ist die restriktive Auslegung der Regelung über den nachträglichen Familiennachzug (Art. 47 Abs. 4 AIG). Nach Ablauf der Fristen wird die Abwägungsfrage (Vorliegen «wichtiger familiärer Gründe») zuweilen nur als Problem begriffen, ob die weiterhin notwendige Betreuung der Kinder im Herkunftsland bei Tod oder Krankheit der betreuenden Person nicht mehr gewährleistet ist und ob keine sinnvolle andere Alternative in der Heimat gefunden werden kann.<sup>242</sup> Eine solche thematische Verengung der gebotenen Gesamtabwägung und das darin erkennbar restriktive Verständnis des Kindeswohls lassen sich nicht mit den Vorgaben der KRK in Einklang bringen.<sup>243</sup> Insbesondere die Frist von zwölf Monaten bei Kindern über zwölf Jahren erscheint zudem in ihrem Schematismus problematisch. Führen die Fristen überdies zu dauerhaften Trennungen, kann dies der Vorgabe widersprechen, in Szenarien zu denken und revidierbare Entscheidungen zu treffen. Und schliesslich sind Familiennachzugsverfahren, die Kinder betreffen, so zu organisieren und durchzuführen, dass sie den prozeduralen Vorgaben von Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 3 KRK genügen, also flexibel, rasch und effizient sind.

---

<sup>240</sup> Zum Aufenthaltsrecht vorne Fn. 53 sowie zum umgekehrten Familiennachzug Kap. II.C.1.c. hinten.

<sup>241</sup> So in Bezug auf die Rechtsprechung auch AMARELLE, S. 270.

<sup>242</sup> Zuletzt etwa BGer 2C\_280/2023 vom 29. September 2023 E. 5.2 m.w.H.

<sup>243</sup> Auch nach CARONI verletzt die Praxis die sich aus der KRK ergebenden Verpflichtungen (CARONI, N. 33 zu Art. 47 AIG).

Insgesamt sind die prozeduralen und inhaltlichen Vorgaben zur Interessenabwägung nur teilweise umgesetzt. Mit Blick auf eine umfassende Ermittlung und Bestimmung sowie Gewichtung des Kindeswohls und die Revidierbarkeit einmal getroffener Entscheidungen erscheint die Praxis zum nachträglichen Familiennachzug als besonders problematisch.

b. Wartefrist bei Familiennachzug durch vorläufig aufgenommene Personen

Das Postulat erwähnt auch die Problematik einer *Wartefrist* für den Nachzug von Kindern vorläufig aufgenommener Personen. Es handelt sich um eine international und auch in der Schweiz seit Längerem kontrovers diskutierte Frage.<sup>244</sup> Der Kinderrechtsausschuss identifiziert mit Blick auf die Schweiz – bemerkenswert explizit – «dringenden Handlungsbedarf».<sup>245</sup> Eine differenzierte Behandlung der Thematik ist hier geboten. Ausgangspunkt ist der Zweck der gesetzlichen Regelung. Art. 85c Abs. 1 AIG sieht beim Nachzug von Kindern vorläufig aufgenommener Personen eine dreijährige Wartefrist vor. Die Regelung will eine allzu starke Integration dieser Personengruppe verhindern, welcher der Grundidee nach ein Aufenthaltsrecht lediglich bis zum Wegfall der Hindernisse für den Wegweisungsvollzug eingeräumt werden soll. Die Wartefrist will die Vereinigung von Familien während dieser Frist grundsätzlich verunmöglichen. Ein Kernproblem ist jedoch, dass Grundidee und Realität beim Status der vorläufig Aufgenommenen nur bedingt übereinstimmen. Die meisten vorläufig aufgenommenen Personen – 90 Prozent – verbleiben dauerhaft in der Schweiz.<sup>246</sup> Der faktischen Bleibewahrscheinlichkeit steht der Leitgedanke der Vorläufigkeit des Status gegenüber. Hinzu kommt die hier besonders interessierende Frage, wie weit ein vom Gesetz vorgesehener und der Idee nach kategorischer Nachzugsausschluss bei Kindern mit internationalen Vorgaben vereinbar ist.

---

<sup>244</sup> Siehe für die politische Diskussion die Übersicht in: Bundesrat, Erläuternder Bericht Wartefrist Familiennachzug von vorläufig Aufgenommenen, S. 3 ff. Zur internationalen Kritik die Nachweise in EGMR, *B.F. und andere gegen die Schweiz*, § 56 ff. Zur Kritik an der Schweizer Wartefrist: Kinderrechtsausschuss, Schlussbemerkungen Staatenbericht Schweiz 2021, Ziff. 42 Bst. d; siehe auch schon Kinderrechtsausschuss, Schlussbemerkungen Staatenbericht Schweiz 2015, Ziff. 68. Zur Lehre: UEBERSAX, S. 231 f.; BOLZLI, N. 14 zu Art. 85 AIG; CARONI, N. 8 ff. zu Art. 85c AIG; MOTZ, Studie Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz, S. 32 ff.

<sup>245</sup> Kinderrechtsausschuss, Schlussbemerkungen Staatenbericht Schweiz 2021, Ziff. 4, 6 und 43 Bst. g.

<sup>246</sup> Siehe EGMR, *B.F. und andere gegen die Schweiz*, § 100 m.H.

Der EGMR hat sich in zwei Entscheiden mit der *Zulässigkeit von Wartefristen im Nachzugsrecht generell* befasst.<sup>247</sup> Die Entscheide ergingen nach Annahme des Postulats. Im Entscheid *M.A. gegen Dänemark* aus dem Jahr 2021 ging es um die Frage, wie weit eine Wartefrist von drei Jahren bei sogenannt subsidiär Schutzberechtigten mit dem Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK vereinbar ist. In der Sache war über den Nachzug einer Ehefrau durch ihren aus Syrien nach Dänemark geflohenen Ehemann zu entscheiden. Kinder waren nicht involviert. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass spätestens zwei Jahre nach Anordnung des subsidiären Schutzes eine Einzelfallprüfung zu erfolgen habe.<sup>248</sup> Er beschränkte damit die Freiheit der Staaten zur Statuierung von Wartefristen. Der im darauffolgenden Jahr 2022 ergangene Entscheid *M.T. und andere gegen Schweden* betraf einen ehemaligen UMA, dem in Schweden subsidiärer Schutz gewährt worden war. Er wollte seine Mutter sowie seinen Bruder aus Syrien nachziehen. Die Behörden hatten eine temporäre Wartefrist mit gesetzlichen Ausnahmebestimmungen eingeführt, die im konkreten Fall während rund eineinhalb Jahren zur Anwendung kam. Das Gericht kam in Würdigung der Umstände des Falles zum Schluss, die Frist sei mit Art. 8 EMRK vereinbar.<sup>249</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht und das SEM haben ihre Praxis nach dem Urteil *M.A. gegen Dänemark* angepasst. In der Schweiz muss beim Familiennachzug seither ca. sechs Monate vor Ablauf von zwei Jahren eine eingehende und individuelle Prüfung vorgenommen werden, wobei eine ausnahmsweise Bewilligung vor Ablauf der Frist nicht ausgeschlossen ist.<sup>250</sup> Im Rahmen dieser Untersuchung wurde nicht eruiert, wie oft der Nachzug von Kindern vor Ablauf der Frist bewilligt wird, aufgrund der Rechtsprechung scheint die Praxis aber von der Zulässigkeit einer «strikten und a priori

---

<sup>247</sup> Eine rechtsvergleichende Untersuchung des EGMR zeigte, dass von den 36 Mitgliedsstaaten des Europarats, die einen subsidiären Schutzstatus und Familiennachzug kennen, fünf Staaten eine relative oder absolute Wartefrist vorsehen (Lettland, Liechtenstein, Schweiz, Österreich und Nord-Mazedonien; EGMR, *M.A. gegen Dänemark*, § 69).

<sup>248</sup> EGMR, *M.A. gegen Dänemark*, § 162.

<sup>249</sup> EGMR, *M.T. und andere gegen Schweden*, § 72 ff. und 84.

<sup>250</sup> BVGE 2022 VII/6 E. 6.5; SEM, Handbuch Familienvereinigung, Ziff. 2.3.1.1; SEM, Weisungen Asylbereich, Ziff. 6.3.9.1. Siehe zum laufenden Gesetzgebungsverfahren: Bundesrat, Erläuternder Bericht Wartefrist Familiennachzug von vorläufig Aufgenommenen.

undifferenzierten»<sup>251</sup> Frist auszugehen.<sup>252</sup> Ein gewisser Schematismus soll jedenfalls beibehalten werden. Die Implikationen der konventionsrechtlichen Rechtsprechung für eine Wartefrist beim Nachzug von Kindern sind wohl nicht eindeutig. Hier wird vorgeschlagen, bei der Antwort zu *differenzieren*. (1) Die Festsetzung einer Wartefrist erscheint nicht kategorisch als unzulässig. Der EGMR hatte in beiden Fällen sogenannt «relative» Wartefristen zu beurteilen, die gestützt auf explizite Ausnahmeklauseln im konkreten Fall festgesetzt worden waren. Solche Ausnahmeklauseln sollen eine menschenrechtskonforme und mit der Kinderrechtskonvention kompatible Anwendung der Wartefrist ermöglichen. (2) Ein strikter Ausschluss einer Gesamtabwägung bei Kindern während einer gewissen Zeitdauer ist jedoch als problematisch zu qualifizieren. Die Schwelle zur Erforderlichkeit einer Einzelfallprüfung muss beim Nachzug von Kindern tiefer liegen als bei Erwachsenen.<sup>253</sup> Die Vulnerabilität der Kinder ist der Hauptgrund. Kinder besitzen ein anderes Zeitempfinden als Erwachsene, ausserdem dauern Trennungen real regelmässig länger als die festgesetzten Fristen.<sup>254</sup> Im Fall *M.T. und andere gegen Schweden*, der auch Kinder betraf, sprach die Tatsache, dass eine individuelle Gesamtabwägung vorgesehen war, für die Rechtmässigkeit der Wartefrist im konkreten Fall – im Vergleich zu *M.A. gegen Dänemark* war wesentlich, dass es sich nicht bloss um eine enge Ausnahmeklausel handelte.<sup>255</sup>

Die im Postulat aufgeworfene Frage lässt sich dahingehend beantworten, dass bei allen vorläufig aufgenommenen Kindern im Einzelfall eine umfassende Ermittlung und Bestimmung ihres Wohls sowie eine relativ grosszügig zu handhabende ausnahmsweise Zulassung vor Ablauf der Wartefrist möglich sein sollte. Folgt man der Kritik des

---

<sup>251</sup> So BVGE 2022 VII/6 E. 6.3.2.

<sup>252</sup> Die Lehre schätzt die diesbezügliche Schweizer Praxis als streng ein: REBER, S. 30; GRAF, S. 24.

<sup>253</sup> Siehe hierzu auch: REBER, S. 30. Weiter ist zu berücksichtigen, dass Flüchtlingen günstigere Familiennachzugsbestimmungen gewährt werden müssen als anderen ausländischen Personen (siehe EGMR, *B.F. und andere gegen die Schweiz*, § 90, 98 und 103 f.).

<sup>254</sup> EGMR, *M.A. gegen Dänemark*, § 179.

<sup>255</sup> Siehe EGMR, *M.T. und andere gegen Schweden*, § 83 f. und *M.A. gegen Dänemark*, § 192 m.H. auf § 63 f. und 176.

Kinderrechtsausschusses, so ist von einer Wartefrist – wenn sie Kinder betrifft – gar generell abzusehen.<sup>256</sup>

c. Umgekehrter Familiennachzug

Ein *Spezialfall* des Familiennachzugs ist der «*umgekehrte Familiennachzug*» (fortan ohne Anführungszeichen). Der sperrige Begriff verweist auf den Fall, dass ein minderjähriges Kind einen Elternteil oder beide Eltern in die Schweiz «nachzieht». Normalerweise ziehen Eltern ihre minderjährigen Kinder nach, nicht umgekehrt – daher der Begriff. Das Postulat erbittet eine Stellungnahme zur Frage, ob ein generelles «Recht auf umgekehrten Familiennachzug» eingeführt werden sollte. Spezifischer wird zudem die Frage aufgeworfen, ob Minderjährige mit Schweizer Staatsangehörigkeit zum Nachzug ihrer ausländischen Eltern berechtigt sein sollten.

Ein Anspruch auf umgekehrten Familiennachzug kann in *unterschiedlichen Konstellationen* bestehen. Das Personenfreizügigkeitsrecht im EU-Binnenmarkt kennt deren zwei. Sie betreffen eingeschulte Kinder von (ehemaligen) Wanderarbeitnehmerinnen oder -nehmern und Kinder mit EU-/EFTA-Staatsangehörigkeit und drittstaatsangehörigen Eltern.<sup>257</sup> Jenseits der Binnenmarkt-Freizügigkeit betrifft der umgekehrte Familiennachzug primär Fälle, in denen es um Nicht-Trennung einer Familie geht.<sup>258</sup> Im Asylverfahren werden die Entscheidungen betreffend Familienangehörige, die sich mit einem Kind in der Schweiz befinden, unter Berücksichtigung des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens getroffen.<sup>259</sup> Aus der Abwägung der Interessen kann sich hier ein

---

<sup>256</sup> Eine generelle Abschaffung müsste der Problematik Rechnung tragen, dass die Nachzugsfristen nach Art. 47 Abs. 1 AIG früher zu laufen beginnen, was in der Praxis die Erfüllung der materiellen Nachzuvoraussetzungen innert Frist erschweren könnte. Die Abschaffung oder Relativierung der Wartefrist muss daher in Koordination mit einer kinderrechtskonformen Anwendung der Nachzugsfristen einhergehen.

<sup>257</sup> Zur ersten Konstellation Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA und BGer 2C\_185/2019 vom 4. März 2021 E. 6 sowie zur zweiten Konstellation Art. 24 Anhang I FZA und BGE 144 II 113 E. 4.

<sup>258</sup> Siehe Kap. II.C.1.a. vorne.

<sup>259</sup> Zum umgekehrten Familiennachzug in Dublin-Verfahren: POLONI, S. 17 f. Zum Einbezug in die vorläufige Aufnahme siehe Art. 44 AsylG sowie u.a. BVerfGE E-182/2021 vom 30. April 2024 E. 9.6 m.H. Wird der Wegweisungsvollzug beispielsweise bei einem Mädchen wegen Gefahr der weiblichen Genitalverstümmelung ausgesetzt, sind gemäss Praxis des Kinderrechtsausschusses auch ihre Eltern oder der sie betreuende Elternteil vorläufig aufzunehmen (siehe z.B. Kinderrechtsausschuss, *R.H.M. gegen Dänemark*, Mitteilung Nr. 83/2019, 4. Februar 2021, § 9 m.w.H.).

Anspruch auf umgekehrten Nachzug ergeben. Im Ausländerrecht geht es vor allem um Fälle von Kindern, bei denen ein Elternteil sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz verliert. Etwa weil sich die Eltern trennen oder ein Erlöschens- oder Widerrufsgrund eingetreten ist. Lebt das Kind mit dem obhutsberechtigten Elternteil in der Schweiz, so kann der besuchsberechtigte Elternteil unter gewissen Voraussetzungen nachgezogen werden.<sup>260</sup> Ist dagegen das Aufenthaltsrecht des sorge- und obhutsberechtigten Elternteils fraglich, so ist zu unterscheiden: Schweizer Kinder können ihren ausländischen sorgeberechtigten Elternteil grundsätzlich nachziehen.<sup>261</sup> Ausländische aufenthaltsberechtigte oder niedergelassene Kinder haben dagegen prinzipiell dem obhutsberechtigten Elternteil ins Ausland zu folgen. Sie dürfen nur ausnahmsweise mit dem obhutsberechtigten Elternteil in der Schweiz bleiben.<sup>262</sup> Die Lehre kritisiert die Rechtsprechung zum umgekehrten Familiennachzug. Sie fokussiert insgesamt zu sehr auf das Verhalten und die Beziehungsumstände der Eltern statt auf das Kindeswohl.<sup>263</sup>

Von diesen Konstellationen der Trennung oder Nicht-Trennung sind jene der *Familienvereinigung* zu unterscheiden.<sup>264</sup> Das Schweizer Recht kennt grundsätzlich keinen Anspruch von Kindern auf Nachzug von Familienangehörigen in diesem Sinne. Schweizer Kinder, die im Ausland leben, können zwar ihre Eltern «mitziehen», wenn sie in die Schweiz übersiedeln.<sup>265</sup> In der Schweiz lebende Elternteile ohne Anwesenheitsberechtigung können zudem unter – strengen – Voraussetzungen ihren Aufenthalt legalisieren,

---

<sup>260</sup> Zu Schweizer Kindern: BGE 140 I 145 E. 4.2; zu ausländischen Kindern: BGE 139 I 315 E. 2.3 ff. und BGE 144 I 91 E. 5 sowie E. 5.2 zu den einzelnen Voraussetzungen; ferner BGer 2C\_904/2018 vom 24. April 2019 E. 4.2 zur Voraussetzung der wirtschaftlichen Beziehung sowie BGE 147 I 149 E. 3 zu Art. 12 KRK in dieser Konstellation.

<sup>261</sup> BGE 135 I 153 E. 2.2, präzisiert in BGE 136 I 285 E. 5.2, 137 I 247 E. 5.1 und 140 I 145 E. 4: Nachzug möglich, ausser es sprechen ordnungs- oder sicherheitspolitische Interessen von einer gewissen Schwere dagegen.

<sup>262</sup> BGE 137 I 247 E. 4.2.3. Siehe hierzu Kap. II.C.2. hinten.

<sup>263</sup> Siehe AFFOLTER, S. 36 ff.; SPESCHA, N. 25 zu Nr. 21 (Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK); SCHMUCKI/RAVEANE/BÜCHLER, Rz. 25.143.

<sup>264</sup> Siehe Kap. II.C.1.a. vorne.

<sup>265</sup> BGer 2C\_273/2023 vom 30. Mai 2024 E. 5.5 ff. Siehe auch die Andeutung in BGer 2C\_7/2018 vom 10. September 2018 E. 2.1.2. Da das Schweizer Kind im Gegensatz zu den im Ausland lebenden sorgeberechtigten Eltern(-teilen) jederzeit in die Schweiz einreisen kann und es dadurch zu einer Trennung käme, sollte gestützt auf diese Rechtsprechung auch der Nachzug der Eltern(-teile) möglich sein. Diese Frage wurde aber – soweit ersichtlich – noch nicht höchstrichterlich geklärt.

um bei ihrem anwesenheitsberechtigten Kind zu bleiben.<sup>266</sup> Ein eigentliches umgekehrtes Nachzugsrecht im Sinne eines Rechts zum Mitziehen existiert für in der Schweiz lebende ausländische Kinder jedoch nicht.

Diese Situation wird in zwei Hinsichten kritisiert. Als problematisch wird zum einen der Fall geflüchteter unbegleiteter Kinder bezeichnet, denen Asyl gewährt wurde. Diese Kinder erhalten eine dauerhafte Bleibeperspektive, dürfen ihre Eltern aber nicht nachziehen. Zum anderen wird kritisiert, dass unbegleitete Kinder oft (nur) vorläufig aufgenommen werden. In ihren Fällen besteht oft eine faktische hohe Bleibewahrscheinlichkeit ohne Nachzugsperspektive mit Blick auf die Eltern. Die Vereinbarkeit der Nichtgewährung des umgekehrten Nachzugs in diesen Fällen mit den Vorgaben der KRK erscheint fraglich. Hervorhebung verdient in diesem Zusammenhang, dass sich die KRK bei geflüchteten Kindern am Ziel des Zusammenlebens der Familien orientiert (Art. 22 Abs. 2 KRK).<sup>267</sup> Die Vertragsstaaten müssen – neben der Pflicht, die Eltern ausfindig zu machen – auch prüfen, wo das Kind mit den Eltern zusammengeführt werden könnte (sofern eine Zusammenführung im Sinne des Kindeswohls ist). Ist eine Zusammenführung weder im Herkunftsland noch in einem Drittstaat möglich, so ist sie im Aufenthaltsland des Kindes zumindest in Erwägung zu ziehen (wobei hier die Vorgaben von Art. 9 und 10 KRK zu berücksichtigen sind).<sup>268</sup> Sie sollte höchstens bei Vorliegen starker Gründe ausgeschlossen werden. Ein *kategorischer* Ausschluss des umgekehrten Familiennachzugs ist mit den Vorgaben der KRK kaum vereinbar. Dies ist ein starkes Argument, zumindest die Möglichkeit eines umgekehrten Nachzugs bei als Flüchtlinge anerkannten unbegleiteten Minderjährigen vorzusehen (und sie allenfalls in das behördliche Ermessen zu stellen). Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang, dass sämtliche EU-Staaten bei geflüchteten unbegleiteten Kindern einen umgekehrten Familiennachzug kennen.<sup>269</sup> Daran könnte und sollte sich die Schweiz orientieren.

---

<sup>266</sup> BGE 144 I 91 E. 5.2.1 m.H. auf BGE 139 I 315 E. 2.3 ff. Siehe auch EGMR, *Nunez gegen Norwegen*, Nr. 55597/09, 28. Juni 2011, § 84.

<sup>267</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Ziff. 81 ff.

<sup>268</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Ziff. 83; berücksichtigt in: EGMR, *Dabo gegen Schweden*, § 64. Aus Art. 22 KRK alleine ergibt sich nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses kein Familiennachzugsrecht: Kinderrechtsausschuss, *L.S. gegen die Schweiz*, Mitteilung Nr. 81/2019, 30. September 2020, § 6.4.

<sup>269</sup> Siehe Art. 10 Abs. 3 Bst. a und b EU-Familienzusammenführungsrichtlinie; POLONI, S. 14 ff.

## 2. Wegweisung nach langjährigem Aufenthalt

Eine spezifisch vom Postulat angesprochene Problematik sind auch *Wegweisungen von Kindern nach langjährigem Aufenthalt* in der Schweiz. Die Frage wird nachfolgend in Ergänzung zu den Erkenntnissen aus den vorgehenden Kapiteln A. und B. separat in Bezug auf diese Konstellation beantwortet. Da die untersuchten erstinstanzlichen Dossiers keine Fälle der Wegweisung nach langjährigem Aufenthalt umfassten, liegt der Schwerpunkt der Untersuchungen auf der Auswertung der schweizerischen Rechtsprechung (Modul 3).

Die Wegweisung ist eine Entfernungsmassnahme, die eine davon betroffene Person verpflichtet, ein bestimmtes Territorium zu verlassen.<sup>270</sup> Grundsätzlich spricht man ab einem geregelten Aufenthalt von fünf Jahren von einem langjährigem Aufenthalt.<sup>271</sup> Die Wegweisung eines Kindes nach einer solchen Aufenthaltsdauer dürfte im Regelfall einzig bei ordentlichen Wegweisungen nach Art. 64 Abs. 1 lit. c AIG erfolgen, also Wegweisungen, die nach einer Verweigerung, einem Widerruf oder einer Nichtverlängerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung verfügt werden. Der Begriff des langjährigem Aufenthalts impliziert eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer mit der Dauer des Aufenthalts zusammenhängenden Mindestintegration. Wegweisungen nach langjährigem Aufenthalt sind im Licht der Bedeutung von Kontinuität im Leben des Kindes offenkundig heikel. Sie können etwa die Folge davon sein, dass ein Elternteil das Anwesenheitsrecht verliert, etwa bei Widerruf oder Nichtverlängerung der Bewilligung. Gründe dafür können etwa Stellenverlust, Straffälligkeit, Sozialhilfebezug, Schuldenwirtschaft, Auflösung der Ehe oder Täuschung sein (siehe Art. 50 f. und Art. 61a–63 AIG). Oder sie können Folge davon sein, dass das Kind selbst das Anwesenheitsrecht verliert, namentlich bei straffällig gewordenen Kindern.<sup>272</sup> Eine solche Konstellation kann sich im Ausländerrecht wie im Asylbereich ergeben. In Letzterem kann etwa die Dauer des Asylverfahrens der Grund für die Langjährigkeit des Aufenthalts vor Erlass einer Wegweisungsverfügung nach

---

<sup>270</sup> Eine Wegweisung kann entweder ordentlich, mit Standardformular, formlos, aufgrund der Dublin-Assoziierungsabkommen, am Flughafen oder nach Ablehnung eines Asylgesuchs verfügt werden (Art. 64–64a und 65 AIG sowie Art. 44 AsylG).

<sup>271</sup> Siehe Europarat, Ministerkomitee, Empfehlung 2000/15.

<sup>272</sup> Siehe hierzu SEM Weisungen AIG, Ziff. 8.6.6.

Art. 44 AsylG sein. Namentlich bei Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft oder der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme kann es auch nach langfristigem Aufenthalt zu einer Wegweisung kommen. Ist ein Kind unbegleitet und nicht verbeiständet oder bevormundet, bestimmen die kantonalen Behörden unverzüglich eine Vertrauensperson, die deren Interessen während des Wegweisungsverfahrens wahrnimmt (Art. 64 Abs. 4 AIG und Art. 88a VZAE).<sup>273</sup> Gemäss Weisungen des SEM muss eine ordentliche Wegweisungsverfügung an ein unbegleitetes Kind sowie an eine Familie mit Kindern für jede minderjährige Person eine individuelle sachliche und rechtliche Begründung einschliesslich einer individuellen Prüfung des Kindeswohls enthalten.<sup>274</sup>

Die KRK beansprucht für alle diese Konstellationen Geltung. Sie stellt bei Wegweisungen nach langer Dauer *inhaltliche wie prozedurale Anforderungen an die Entscheidung*.<sup>275</sup> Wenn das Kind in den Heimatstaat weggewiesen wird, muss die Reintegration sichergestellt sein. Dies kann etwa geschehen, indem mit dem Kind gemeinsam ein Reintegrationsplan ausgearbeitet wird.<sup>276</sup> Vertiefter Abklärung bedarf das Kindeswohl namentlich, wenn die Trennung von einem Elternteil in Frage steht.<sup>277</sup> In der Praxis findet die Einschätzung regelmässig mit Hilfe etablierter Kriterien statt, die mit den vom EGMR verwendeten übereinstimmen.<sup>278</sup> Grundsätzlich gilt, dass Wegweisungen von Kindern nach langjährigem Aufenthalt in der Regel im Familienverbund stattfinden. Die Schlüsselgrösse für die Implikationen einer Wegweisung sind die *familiären und familienähnlichen Beziehungen* des Kindes. Bei Wegweisung bloss eines Elternteils unterscheidet die Praxis insbesondere danach, ob beide Elternteile sorge- und obhutsberechtigt sind oder nur einer. In ersterem Fall bestehen für das Kind mehr Möglichkeiten: Hier wird die Frage der Wegweisung des Kindes – im Ausländerbereich – in der Regel offengelassen; eine Wegweisung des Kindes wird nicht verfügt.<sup>279</sup> Das Kind verliert seine Anwesenheitsberechtigung

---

<sup>273</sup> Siehe zur Wegweisung von unbegleiteten Kindern: SEM, Weisungen AIG, Ziff. 8.6.7.

<sup>274</sup> SEM, Weisungen AIG, Ziff. 8.6.1.

<sup>275</sup> Siehe Kap. II.C.1.a. vorne.

<sup>276</sup> Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 32 Bst. k.

<sup>277</sup> Ebenda, Ziff. 32 Bst. e.

<sup>278</sup> Siehe für eine Analyse der Rechtsprechung des EGMR: LELOUP, S. 53 ff. Zuletzt etwa bestätigt in EGMR, *P.J. und R.J. gegen die Schweiz*, Nr. 52232/20, 17. September 2024, § 45 ff. m.w.H.

<sup>279</sup> BGer 2C\_17/2021 vom 18. Juni 2021 E. 3.6; 2C\_709/2019 vom 17. Januar 2020 E. 3.2.

nicht und kann beim nicht weggewiesenen Elternteil in der Schweiz bleiben. Wenn hingegen nur der sorge- und obhutsberechtigte Elternteil weggewiesen werden soll bzw. kein sorge- und obhutsberechtigter Elternteil in der Schweiz bleibt, folgen die Kinder in der Regel dem ausländerrechtlichen Schicksal des sorge- und obhutsberechtigten Elternteils.<sup>280</sup>

Die bundesgerichtliche und bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Wegweisung von Kindern nach langjährigem Aufenthalt misst ihrem *Alter* entscheidendes Gewicht zu. Es bestimmt die Anpassungsfähigkeit des Kindes wesentlich mit und damit über die realen Möglichkeiten im Heimatstaat bei einer Wegweisung. Das Bundesgericht unterscheidet *im Ausländerbereich verschiedene Grade der Anpassungsfähigkeit* – in Abhängigkeit vom Alter. Bei Kleinkindern bzw. Kindern bis zur Einschulung geht es grundsätzlich von hoher Anpassungsfähigkeit aus. Entsprechend wird bei diesen Kindern grundsätzlich die Zumutbarkeit<sup>281</sup> der Ausreise mit dem sorge- und obhutsberechtigten Elternteil angenommen.<sup>282</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang von «anpassungsfähigem Alter» (Anpassungsfähigkeit meint hier nicht nur eine relative, sondern eine ausgeprägte Anpassungsfähigkeit). Während der obligatorischen Schulzeit reduziert sich die Anpassungsfähigkeit des Kindes. In dieser Phase wird die Integration in der Schweiz und die Vertrautheit mit dem Heimatstaat geprüft.<sup>283</sup> Nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit wird in der Regel kein anpassungsfähiges Alter mehr angenommen, auch nicht im weit gefassten Sinne wie zwischen Einschulung und Ende der Schulpflicht. Daher wird auch die Zumutbarkeit einer Rückkehr nicht mehr ohne Weiteres in Betracht gezogen.<sup>284</sup> Die Integrationsmöglichkeiten der frühen Kindheit und frühen Jugendjahre bestehen bei diesen Jugendlichen nicht mehr. Im Asylbereich ist der Schematismus grober.

---

<sup>280</sup> Siehe hierzu Kap. II.C.1.c. vorne.

<sup>281</sup> Der vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang verwendete Begriff der «Zumutbarkeit» der Ausreise ist nicht mit der «Zumutbarkeit» des Wegweisungsvollzugs gemäss Art. 83 Abs. 4 AIG gleichzusetzen. Die Begriffe unterscheiden sich u.a. hinsichtlich Prüfmassstab und Rechtsfolgen. Ersterer bildet den Massstab bei der Interessenabwägung, wenn die Ausreise des Kindes mit den Eltern in Frage steht. «Unzumutbarkeit» kann diesfalls dazu führen, dass die Bewilligung des betroffenen Elternteils verlängert wird. Letzterer stellt ein Vollzugshindernis dar, bei dessen Vorliegen das SEM die vorläufige Aufnahme verfügt.

<sup>282</sup> BGer 2C\_709/2019 vom 17. Januar 2020 E. 6.2.2 mit Verweis auf BGE 143 I 21 E. 5.4 und E. 6.3.6; 139 II 393 E. 5.1; 122 II 289 E. 3c.

<sup>283</sup> BGer 2C\_709/2019 vom 17. Januar 2020 E. 6.2.2 m.w.H.

<sup>284</sup> BGer 2C\_730/2020 vom 6. Mai 2021 E. 4.5.4; 2C\_870/2018 vom 13. Mai 2019 E. 6.3.

Die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts unterscheidet zwei Alterskategorien. Differenziert wird zwischen jungen und älteren (oder adoleszenten) Kindern. Bei Ersteren wird grundsätzlich Anpassungsfähigkeit angenommen. Bei älteren oder adoleszenten Kindern ist eine differenzierte Betrachtung der Umstände des Einzelfalls geboten.<sup>285</sup>

Die Berücksichtigung des *Integrationsgrads* erfolgt bei Kindern ebenfalls in Abhängigkeit vom Alter. Bei Kindern im voll anpassungsfähigen Alter (d.h. bis zur Einschulung) und ohne eigene Anwesenheitsberechtigung nimmt das Bundesgericht an, dass sie ausländerrechtlich das Schicksal des sorge- und obhutsberechtigten Elternteils teilen.<sup>286</sup> Bei eingeschulerten Kindern werden die Beziehung zum Heimatstaat und der Integrationsgrad in der Schweiz zu zentralen Faktoren. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die Wegweisung von Kindern dieser Alterskategorie grundsätzlich als zumutbar, wenn sie durch Sprachkenntnisse, gelegentliche Ferienaufenthalte und eine entsprechende Kulturvermittlung im familiären Rahmen mit den Verhältnissen im Heimatland vertraut sind.<sup>287</sup> Der Integrationsgrad in der Schweiz wird mitberücksichtigt.<sup>288</sup> Gelungene Integration insbesondere kann zur Unzumutbarkeit der Wegweisung führen. In einem Fall von in der Schweiz geborenen und während zehn Jahren hier wohnhaften Kindern etwa ging das Bundesgericht von einer gefestigten Beziehung zur Schweiz und einer guten Integration aus.<sup>289</sup> Die Interessen der Kinder flossen in die Interessenabwägung zum Verbleib der Mutter in der Schweiz ein und führten dazu, dass die privaten gegenüber den öffentlichen Interessen einer Wegweisung überwogen. In anderen Fällen bejahte das Gericht die Zumutbarkeit der Wegweisung: Im Falle eines elfjährigen in der Schweiz aufgewachsenen Kindes konstatierte das Bundesgericht, dass es altermässig zwar nicht mehr im vollen Sinn anpassungsfähig, aber auch nicht besonders integriert sei. Das Gericht betrachtete eine Ausreise ins Heimatland daher als zumutbar, selbst wenn das Kind damit

---

<sup>285</sup> BVer E-182/2021 vom 30. April 2024 E. 9.2.2. f. mit Verweis auf BVGE 2009/28 E. 9.3 ff., BVGE 2009/51 E. 5.6, je m.w.H. sowie BVer D-4726/2017 vom 3. Mai 2018 E. 5; siehe auch BVer E-5946/2020 vom 3. Juni 2024 E. 9.2.1.

<sup>286</sup> BGE 143 I 21 E 5.4.

<sup>287</sup> BGE 143 I 21 E. 5.4 m.H.; BVer 2C\_730/2020 vom 6. Mai 2021 E. 4.5.3; 2C\_709/2019 vom 17. Januar 2020 E. 6.2.2; 2C\_1064/2017 vom 15. Juni 2018 E. 6.5.

<sup>288</sup> BVer 2C\_709/2019 vom 17. Januar 2020 E. 6.2.2.

<sup>289</sup> Ebenda, E. 6.2.2 ff.

aus seinem Umfeld herausgerissen werde.<sup>290</sup> Auch bei guter Integration von Kindern dieser Alterskategorie ist eine Wegweisung möglich. Bei einem gut integrierten elfjährigen Kind, das in der Schweiz aufgewachsen ist, konstatierte das Bundesgericht, dass es die Sprache des Heimatlandes spreche und dieses regelmässig ferienhalber besucht habe. Das Gericht ging davon aus, dass das Kind mit den dortigen Gepflogenheiten vertraut und eine Rückkehr mit der Mutter zumutbar sei.<sup>291</sup> Einem in Deutschland geborenen Mädchen, das im Alter von einem Jahr in die Schweiz übergesiedelt und hier eingeschult worden war, mutete es zu, der obhutsberechtigten Mutter nach Aserbaidshan zu folgen; es sei der Sprache mächtig und über die Mutter mit den dortigen Verhältnissen vertraut – auch wenn das Kind selbst noch nie in Aserbaidshan war.<sup>292</sup>

Das *Bundesverwaltungsgericht gewichtet* in der Tendenz *Kindeswohlüberlegungen etwas stärker als die tatsächliche Integration und die Dauer* des Aufenthalts in der Schweiz.<sup>293</sup> Es hielt zu dieser Frage in einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 explizit fest: «Während Kindern in einem anpassungsfähigen, sehr jungen Alter die Rückkehr in ihr Heimatland gegebenenfalls selbst nach einem mehrjährigen Aufenthalt im Gastland üblicherweise zuzumuten ist, verlangt ein Vollzug der Wegweisung eines langjährig anwesenden Adoleszenten ... eine differenzierte Betrachtung. Abzuwägen sind dabei insbesondere die *besonderen Bindungen*, welche die betreffende Person im Aufenthaltsstaat eingegangen ist.»<sup>294</sup> Die Gewichtung der Aufenthaltsdauer habe sodann, so das Gericht weiter, der *Intensität und Prägung des Aufenthalts* Rechnung zu tragen. Als Beispiel für diese leicht andere Gewichtung kann der Fall eines 15-Jährigen und seit sechs Jahren in der Schweiz wohnhaften Kindes angeführt werden. Das Bundesverwaltungsgericht hielt seine Rückkehr in den Heimatstaat für unzumutbar, da es durch die Entwurzelung in seiner Gesundheit und Entwicklung konkret gefährdet worden wäre.<sup>295</sup>

---

<sup>290</sup> BGer 2C\_730/2020 vom 6. Mai 2021 E. 4.5.3. Die Wegweisung wurde aber schliesslich auch mit Blick auf die 16-jährige Schwester nicht verfügt, der eine Rückkehr nicht zugemutet werden konnte.

<sup>291</sup> BGer 2C\_538/2021 vom 24. Juni 2022 E. 4.4.3.

<sup>292</sup> BGer 2C\_34/2023 vom 19. Oktober 2023 E. 6.4.

<sup>293</sup> Siehe zum Kindeswohl und zur Integration: BVGer E-3008/2019 vom 3. Januar 2020 E. 6.3.2.

<sup>294</sup> BVGer E-5946/2020 vom 3. Juni 2024 E. 9.2.1. m.H. (Kursivsetzung im Direktzitat durch die Autorinnen und Autoren).

<sup>295</sup> Ebenda und E. 9.2.2.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die *Frage der Zumutbarkeit* der Ausreise (mit den Eltern) der zentrale Aspekt der Thematik ist. Bei jüngeren Kindern wird die Zumutbarkeit im Regelfall bejaht. Danach werden die Anforderungen immer höher. Bei eingeschulerten und älteren Kindern wird der Integrationsgrad in der Schweiz sowie – mit Blick auf die (Re-)Integrationsmöglichkeiten im Herkunftsland – geprüft, ob sie mit der heimatischen Kultur und Sprache einigermaßen vertraut sind. Wird bei der Wegweisung von Kindern mit dem obhutsberechtigten Elternteil dem «ausländerrechtlichen Schicksal des Elternteils» ein zu grosses Gewicht beigemessen, so kann dies das Gebot der KRK verletzen, das Kind als eigenständiges Rechtssubjekt ernst zu nehmen. Auch wenn in der Grundtendenz die Eltern im Fokus der Entscheidungen stehen, dürfen Kinder nicht als blosse «Anhängsel» behandelt werden.

### 3. Unterbringung, Betreuung und Bildung

Das Postulat thematisiert schliesslich die Situation von Kindern bei der Unterbringung und Betreuung sowie mit Blick auf den Zugang zu Bildung. In der Schweiz wurden in den vergangenen Jahren verschiedene Untersuchungen zur Unterbringungs- und Betreuungssituation durchgeführt. Diese wurden im Rahmen der vorliegenden Studie ausgewertet (Modul 4). Die Befunde wurden durch Erkenntnisse aus den Experten- und Expertinnen-Interviews (Modul 5) sowie aus der Onlinebefragung (Modul 6) ergänzt.

#### a. Unterbringung und Betreuung im Allgemeinen

Der Staat trägt für die Kinder in seiner Obhut eine *besondere Verantwortung*. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls bei *allen* das Kind berührenden Angelegenheiten nach Art. 3 Abs. 1 KRK.<sup>296</sup> Für das Kind wichtige Entscheide des die Obhut ausübenden Staates betreffen neben der Unterbringung und Betreuung auch den Zugang zu medizinischer Versorgung und zu Bildung. Bei der Unterbringung der Kinder sind grundsätzlich verschiedene Formen möglich. Im Asylbereich etwa sind nach dem Kinderrechtsausschuss bei UMA eine

---

<sup>296</sup> Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22, Ziff. 30 und 32 Bst. f; Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Ziff. 25 und 40.

Unterbringung in einer Pflegefamilie oder allenfalls in einer geeigneten Kinderbetreuungs- einrichtung denkbare Optionen.<sup>297</sup> Welche Lösung die adäquateste ist, entscheidet sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls. Ein zentraler Gesichtspunkt beim Unterbringungsentscheid sollte stets die Kontinuität der Lebensumstände des Kindes sein.<sup>298</sup> Sie ist für seine Entwicklung von schwer zu überschätzender Bedeutung. Wechsel dagegen – insbesondere häufige – sind risikobehaftet. In Notsituationen können Übergangslösungen geboten sein. Sie müssen allerdings die Ausnahme darstellen und von kurzer Dauer sein, wenn Entwicklungsgefährdungen vermieden werden sollen. Schutz und Geborgenheit sind wichtige Entwicklungsfaktoren. Die Entscheide erfordern Fachwissen sowohl mit Blick auf die Unterbringung als auch mit Blick auf die Betreuung.<sup>299</sup> Spezifische Risiken sind für Laien oft nicht erkennbar.

Eine grundlegende Problemstellung bei der Unterbringung und Betreuung ist die *Gewährleistung des Kindeswohls in nicht primär auf das Kind ausgerichteten Settings*. Dieses Problem stellt sich primär im Asylbereich mit seiner Zentralisierung zu Beginn des Verfahrens. Sämtliche Asylsuchenden sind bis zum Abschluss des Verfahrens oder dem Übertritt in den Kanton in einem BAZ untergebracht.<sup>300</sup> Der Aufenthalt in einem solchen Zentrum dauert maximal 140 Tage (Art. 24 Abs. 4 AsylG), bevor anschliessend gegebenenfalls der Übertritt in einen Kanton erfolgt.<sup>301</sup> Kommt es zum Übertritt, so sind fortan die kantonalen Behörden für Unterbringung, Betreuung und Bildung zuständig.<sup>302</sup> Die diesbezügliche Situation der Asylsuchenden variiert in den einzelnen Kantonen stark.<sup>303</sup>

---

<sup>297</sup> Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Ziff. 40.

<sup>298</sup> Ebenda.

<sup>299</sup> Ebenda.

<sup>300</sup> Es bestehen Ausnahmen: So werden z.B. UMA extern untergebracht, wenn eine der folgenden Konstellationen vorliegt: UMA unter 12 Jahren; über 12-jährige UMA mit unter 12-jährigen Geschwistern; UMA, die in einer Privatunterkunft wohnen können. Der Entscheid obliegt dem SEM (siehe SEM, UMA-Betreuungshandbuch, S. 5 und 46).

<sup>301</sup> Bei Erforderlichkeit vertiefter Abklärungen kann der Übertritt schon eher erfolgen (Art. 24 Abs. 3 Bst. c AsylG).

<sup>302</sup> Im Kanton Zürich z.B. ist die Unterbringung in zwei Phasen aufgeteilt. In einer ersten Phase werden Asylsuchende während 4-6 Monaten in einem Durchgangszentrum des Kantons untergebracht (§ 6 Abs. 1 AfV). Anschliessend werden sie auf die Gemeinden verteilt (§ 6 Abs. 2 AfV).

<sup>303</sup> Für einen Überblick über die diversen Betreuungsformen von UMA: SSI, Mapping der kantonalen Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen für UMA.

Nach dem Übertritt kommt es teilweise erneut zu Übergangslösungen.<sup>304</sup> In diesen Situationen folgt auf das erste Provisorium im BAZ ein zweites in den Kantonen, was bei den Betroffenen unvermeidlich das Gefühl hochgradiger Instabilität ihrer Situation erzeugt. In den kantonalen bzw. kommunalen Asylstrukturen wohnen zudem oftmals nicht nur Asylsuchende. Teilweise sind auch anerkannte Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen in diesen Strukturen untergebracht, für die der Kanton oder die Gemeinde bereits länger zuständig ist.<sup>305</sup> Die anwendbaren Unterbringungsregeln unterscheiden sich je nach zuständigem Gemeinwesen. In der BAZ-Phase sind die asylgesetzlichen Regelungen und die Vorgaben des Bundes generell massgeblich.<sup>306</sup> Für die Bundeszentren besteht auf normativer Ebene eine gewisse Einheitlichkeit. In den Kantonen gelten entweder die kantonale Sozialgesetzgebung oder die einschlägige Verordnung des Bundes (PAVO).<sup>307</sup> Ein rechtlicher Rahmen für die Unterbringungssituation während des ganzen Asylverfahrens fehlt.

Die *Unterschiede zwischen den Unterbringungssituationen von Kindern in Asylstrukturen und Kindern in der übrigen Kinder- und Jugendhilfe* (d.h. jenseits des Asylverfahrens) sind *markant*.<sup>308</sup> Der zentrale Grund ist die Funktionsweise bzw. der Zweck des Asylverfahrens. Es geht primär um die Abklärung der Flüchtlingseigenschaft. Diese klare Fokussierung geht während der Unterbringung in den BAZ mit einer sehr beschränkten Orientierung am realen Bedarf des einzelnen Kindes einher.<sup>309</sup> Nach der Zuweisung in einen Kanton werden die Kinder in fast allen Kantonen aufgrund ihres Status in einer zur Kinder- und Jugendhilfe parallelen Angebotslandschaft betreut und untergebracht – mit

---

<sup>304</sup> So ist z.B. im Kanton Zürich der Aufenthalt mit der Unterbringung in einem Durchgangszentrum ebenfalls nur vorübergehend, bis die Zuweisung an eine Gemeinde erfolgt.

<sup>305</sup> Siehe z.B. im Kanton Zürich: Erläuterungen Unterstützungszuständigkeit, Ziff. 3.2.

<sup>306</sup> Die entsprechenden Rechtsgrundlagen finden sich im Asylgesetz sowie in der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Zentren des Bundes und Unterkünften an den Flughäfen vom 4. Dezember 2018 (SR 142.311.23). Ein Rechtsgutachten aus dem Jahr 2023 kam zum Schluss, dass die asylgesetzlichen Regelungen zur Unterbringung und Betreuung als spezialgesetzliche Regelungen dem ZGB und der darauf basierenden Pflegekinderverordnung (PAVO) vorgehen (AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Studie UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren, S. 23 und 25). Entsprechend kommen die Regeln der PAVO auf die Unterbringung und Betreuung in BAZ nicht zur Anwendung.

<sup>307</sup> Art. 13 Abs. 2 Bst. a PAVO. Die PAVO wird voraussichtlich überarbeitet (Postulat Roduit Benjamin [22.4407], Ein zeitgemässer Handlungsrahmen für die ausserfamiliäre Begleitung von Kindern tut Not, 14. Dezember 2022).

<sup>308</sup> BOMBACH, S. 1 ff.; MÖRGEN/RIEKER, S. 1 ff.

<sup>309</sup> Siehe auch NKVF, Rapport de visite CFA Provence 2023, Ziff. 7.

anderen Standards sowie anderen zuständigen Ämtern. Die interviewten Expertinnen und Experten bestätigten diese Befunde und unterstrichen die Dominanz der Logik der jeweiligen Verfahrensphase und des jeweiligen Status für die jeweilige Situation des Kindes. Namentlich nannten sie die knappen Raumverhältnisse und die oft nicht auf Kinder ausgerichtete Gestaltung der Örtlichkeiten. Die Ergebnisse der Onlinebefragung von Fachpersonen auf Bundes- und kantonaler Ebene aus den Bereichen Unterbringung und Betreuung bestätigten dieses Bild für Bund und Kantone. Nur ein gutes Viertel (26 Prozent) gab an, UMA könnten ihren Bedürfnissen entsprechend untergebracht werden. Bei begleiteten Kindern schätzten rund ein Drittel (31 Prozent) der Befragten die Bedürfnisgerechtigkeit als gegeben ein. In den BAZ dominierten ein Denken in Kategorien der Verfahrenseffizienz und nicht in Bedarfslagen der Einzelnen.<sup>310</sup> Dies erschwert die Priorisierung des Kindeswohls von unbegleiteten wie auch begleiteten Kindern. Obschon die BAZ-Phase nicht lange dauert, erfolgen hier massgebliche Weichenstellungen mit Blick auf Unterbringungs- und Betreuungssituation des Kindes.

Der Gesetz- und Verordnungsgeber hat die Problematik für die BAZ-Phase etwas *abzumildern* versucht. Das Problem ist generell zumindest erkannt worden. Art. 82 Abs. 3<sup>bis</sup> AsylG sieht vor, dass den besonderen Bedürfnissen von Kindern, Familien und betreuungsbedürftigen Personen bei der Unterbringung «nach Möglichkeit» Rechnung zu tragen ist. Auf Verordnungsstufe wird der Grundsatz näher konkretisiert.<sup>311</sup> Das SEM hat in den vergangenen Jahren zudem intensive Anstrengungen unternommen, um die Situation von Familien und UMA in Kollektivstrukturen zu verbessern. Namentlich wurden das Betriebskonzept Unterbringung (BEKO)<sup>312</sup> überarbeitet und das UMA-Betreuungshandbuch<sup>313</sup> entwickelt, auf das sowohl in der Online-Befragung als auch in den Interviews mit den Expertinnen und Experten Betreuung/Unterbringung mehrfach verwiesen wurde. Das im Jahr 2022 zuletzt angepasste BEKO formuliert Zielsetzungen und Standards mit

---

<sup>310</sup> Siehe auch MEY/KELLER/ADILI/BOMBACH/ESER DAVOLIO/GEHRIG/KEHL/MÜLLER-SULEYMANOVA, Bericht Evaluation UMA-Pilotprojekt.

<sup>311</sup> Art. 5 Verordnung des EJPD über den Betrieb von Zentren des Bundes und Unterküften an den Flughäfen vom 4. Dezember 2018 (SR 142.311.23). Bei hohen Gesuchszahlen sieht das SEM-Handbuch bei der separaten Unterbringung von Familien die Möglichkeit eines gewissen Abweichens von den Vorkehrungen vor (SEM, Handbuch BAZ, Ziff. 2.3.1).

<sup>312</sup> SEM, Betriebskonzept Unterbringung (BEKO), Version 4.0 vom 1. Januar 2022.

<sup>313</sup> SEM, Handbuch zur Unterbringung und Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ) Version, 2.0 vom 1. November 2023.

Blick auf die Unterbringung in den BAZ. Es enthält namentlich Vorgaben für UMA und Familien und ist verpflichtend und nicht als blosser Orientierung gedacht. Das seit 2020 existierende und 2023 zuletzt angepasste Betreuungshandbuch UMA enthält ebenfalls bindende Regelungen für alle BAZ. Aktuellere Untersuchungen zeigen mit Blick auf Kinder allerdings trotz der Verbesserungen weiterhin ein ungenügendes Gesamtbild. Das Problem kann in keiner Weise als gelöst gelten. Die NKVF kommt in neueren Berichten etwa verschiedentlich zum Schluss, dass die Unterbringungs- und Betreuungssituation von Kindern in den BAZ mindestens teilweise nicht mit den Vorgaben der KRK kompatibel ist.<sup>314</sup>

Für die *kantonalen und kommunalen Strukturen* wurden die normativen Vorgaben in dieser Studie nicht systematisch erhoben. Aussagen zur Unterbringung und Betreuung in diesen Strukturen können hier höchstens gestützt auf punktuelle Erkenntnisse gemacht werden. Ein gewisses Bild zeichnet sich dennoch ab. Von Belang ist etwa, dass die vorhandenen kantonalen Unterbringungsstrukturen bzw. ihre Standards in den wenigen existierenden Studien zuweilen als ungenügend eingestuft werden. Moniert wird insbesondere die geringe Ausrichtung auf Bedarfslagen von teilweise hochvulnerablen Kindern.<sup>315</sup> Ein Thema ist auch die Belastungsgrenze der Strukturen. Wird sie erreicht, so hat dies unweigerlich auch Folgen für die Unterbringungssituation der Kinder. Die generelle Volatilität bei den Asylgesuchten verschärft die ohnehin instabile Situation.<sup>316</sup>

Die Ergebnisse der *Expertinnen- und Experteninterviews* stimmten mit dem Ausgeführten sowohl für die Situation auf Bundes- als auch auf Kantonsebene überein. Ein zentrales Thema war in den Interviews die Raumsituation. So wurde von einem Experten aus dem Bereich Unterbringung berichtet, dass in kantonalen Kollektivunterkünften oft viele hochgradig vorbelastete Menschen auf engem Raum zusammenleben, was Risiken für

---

<sup>314</sup> Siehe z.B. NKVF, Bericht Überprüfung BAZ Tessin und Zentralschweiz 2023-2024, z.B. Ziff. 4, 8, 18, etc.; NKVF, Rapport de visite CFA Provence 2023, Ziff. 2, 7, 11, etc.; NKVF, Besuchsbericht BAZ Basel und Aesch 2023, Ziff. 24 ff; NKVF, Besuchsbericht BAZ Steckborn 2023, Ziff. 8 f. Siehe auch schon NKVF, Medienmitteilung «Kommission besorgt über Lebensbedingungen von Kindern und Jugendlichen in Rückkehrzentren» vom 10. Februar 2022 (abrufbar unter [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Dokumentation > Medienmitteilungen); NKVF, Bericht Überprüfung BAZ 2021-2022, Ziff. 11 und 151 f.

<sup>315</sup> Siehe z.B. MÖRGEN/RIEKER, S. 1 ff.

<sup>316</sup> Siehe dazu ROULIN/JURT, S. 185 ff.

psychische Erkrankungen und Gewalt erhöhe. Expertinnen und Experten aus den Bereichen Psychologie/Sozialpädagogik betonten auch die Bedeutung einer gewissen Mitbestimmung des Kindes für seine Situation. In einer Phase ausgeprägter Fremdbestimmung wie im Asylverfahren sei dies wichtig. Sie wiesen zudem auf die Problematik von Mehrbettzimmern ohne Privatsphäre sowie Spiel- und Rückzugsmöglichkeiten hin.<sup>317</sup> Eine kindgerechte Raumgestaltung könne einen wesentlichen Beitrag zur Prävention von deviantem Verhalten leisten. Dies sei wichtig, weil die Phase der Kindheit nicht nachholbar und entwicklungsrelevant sei. Auch die interviewten jungen Erwachsenen berichteten von Schwierigkeiten, als junge Geflüchtete Beziehungen zu Bezugspersonen aufzubauen und in die Gesellschaft integriert zu werden. In eine (Pflege-/Gast-)Familie eingebunden zu sein, bringe diesbezüglich Vorteile. Ein junger Erwachsener hob die Beziehungsdimension dieser Situation hervor: «Die Pflegefamilie hat mich immer motiviert und mich ermutigt, nicht aufzugeben». Eine vertraute und gestaltbare Umgebung helfe, die Anpassung an neue Sprachen und Kulturen zu bewältigen.

Auch in *Gesprächen des UNHCR mit UMA und Familien* in den BAZ stand oft die Kombination von genereller Unsicherheit und psychischer Belastung im Mittelpunkt. Ein Grundsachverhalt bei begleiteten wie unbegleiteten Kindern sei ein starker psychischer Druck. Es kämen Unsicherheit in Bezug auf Verfahren und Zukunft, fehlende Informationen und Ohnmachtsgefühle zusammen, die sich zu Not und Angstzuständen kumulieren können. Die Anwesenheit beim Vollzug von Wegweisungen kann für ein Kind ein einschneidendes Erlebnis sein. Derartige Erfahrungen gehen unvermeidlich mit der Wahrnehmung der Asylstruktur als einem unsicheren Ort einher. Eltern berichteten, ihre Kinder hätten sich aus Angst vor der eigenen Ausschaffung versteckt oder seien davongelauften. Als Problem wurden zudem das fehlende psychologische «Auffangen» der Kinder während der Nacht genannt, da in dieser Zeit bedrückende Gefühlslagen oft verstärkt auftreten.

In den Ergebnissen der *Onlinebefragung* dominierte ebenfalls eine kritische Einschätzung der Situation bezüglich Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen. Die psychische Situation von UMA namentlich wurde als neuralgischer Punkt genannt. Der Aussage, UMA

---

<sup>317</sup> Siehe auch NKVF, Bericht Überprüfung BAZ Tessin und Zentralschweiz 2023-2024, Ziff. 6 ff.

gehe es «psychisch überwiegend gut in den Unterbringungen»<sup>318</sup>, stimmte ein Drittel der Befragten zu (32 Prozent, davon 4 Prozent «voll und ganz»). Ein grösserer Teil stimmte nicht zu (41 Prozent, davon 11 Prozent «überhaupt nicht»). Bei den Beistandspersonen von UMA auf kantonaler Ebene war die Einschätzung zur psychischen Situation noch kritischer. 25 Prozent äusserten sich sehr kritisch und 40 Prozent eher kritisch (bei 10 Prozent Enthaltungen). In den Grundkonturen ähnlich ist das Bild bei der Frage nach einer «übergreifend» kindgerechten Unterbringung und Betreuung. Mit «übergreifend» kindgerecht sind die Bedingungen bei Örtlichkeiten und Räumlichkeiten sowie entsprechender Belegung und verfügbaren Fachpersonen gemeint. Von den Fachpersonen Unterbringung und Betreuung verneinten 33 Prozent diese Frage mit Blick auf begleitete Kinder und 27 Prozent mit Blick auf UMA, bei jeweils rund 25 Prozent Enthaltungen.<sup>319</sup> Die Beistandspersonen gaben an, in den meisten Unterkünften sei eine kindgerechte Unterbringung «überhaupt nicht» (10 Prozent) oder «eher nicht» (40 Prozent) vorhanden. Ein kritischer Aspekt ist vor allem der Schutz vor Auswirkungen eskalierender Situationen. 40 Prozent der in den BAZ oder kantonalen Zentren tätigen Sozialpädagoginnen und -pädagogen und Betreuungspersonen waren der Ansicht, dass UMA vor Eskalationen unter Erwachsenen «nicht sicher» seien. Mit Blick auf begleitete Kinder sahen dies 44 Prozent so, von den Fachpersonen Asyl gar 51 Prozent. Noch höher – bei 70 Prozent – ist der Anteil kritischer Einschätzungen bei den befragten Beistandspersonen. Als ungenügend kritisiert wurde teilweise auch der «Betreuungsschlüssel» bei UMA. Fast die Hälfte (46 Prozent) der Fachpersonen, die in den BAZ oder den kantonalen Zentren tätig sind, erachten den Betreuungsschlüssel als «überhaupt nicht» oder «eher nicht» angemessen. Auf die ergänzende Frage nach dem aktuell gültigen Betreuungsschlüssel wurde unterschiedlich geantwortet. Mehrmals wurde 1:20 und einmal gar 1:30 genannt,<sup>320</sup> das

---

<sup>318</sup> In dieser und den nachfolgenden Fragen wurde nicht nach BAZ und kantonaler Unterbringung differenziert – sie bezogen sich jeweils auf beide Typen.

<sup>319</sup> Der vergleichsweise hohe Anteil Enthaltungen ist überproportional auf Personen zurückzuführen, die nicht in die Betreuungsarbeit in den BAZ bzw. den kantonalen Zentren eingebunden sind, sondern in ambulanten Settings mit der Zielgruppe arbeiten (z.B. Integrationsförderung) oder Leitungs- und Koordinationsaufgaben auf behördlicher Ebene wahrnehmen (z.B. Asylkoordination). Berücksichtigt man hier nur die Antworten jener Fachpersonen aus Sozialpädagogik und Betreuung, die direkt mit den Kindern in den Zentren zu tun haben, sehen nur 20 Prozent die Bedürfnisgerechtigkeit als gegeben, während 66 Prozent sie verneinen (bei 14 Prozent Enthaltungen).

<sup>320</sup> Zum Vergleich: 1 zu 4 gilt als Richtwert in Institutionen der Kinder- und Jugendhilfe (siehe z.B. im Kanton Zürich: § 18 KJV). Diesem Richtwert kommen jedoch auch sehr wenige Einrichtungen für die Ankunftsphase von UMA in vereinzelt Kantonen nach.

Spektrum reichte aber bis 1:4. Hier ist ausgeprägte Varianz zu konstatieren, die sich in den Antworten auf die Frage nach der Angemessenheit des Schlüssels spiegelt. Die fehlende durchgehende Verfügbarkeit einer Fachperson – insbesondere nachts, wenn sich die Probleme verschärften – wurde von 60 Prozent der Beistandspersonen bemängelt.

Eine generelle Problematik bei Unterbringung und Betreuung ist die bedingte Verfügbarkeit *professioneller Standards*. Solche können die Kultur und generelle Situation in den Strukturen markant verbessern. Leitlinien, Empfehlungen, «best practices» etc. nutzen vorhandenes und im günstigen Fall wissenschaftlich bearbeitetes Erfahrungswissen für praktische Zwecke. Bei UMA stellt sich die Situation übergreifend besser dar als bei begleiteten Kindern. Für UMA existieren in der Schweiz mehrere Fachstandards, namentlich die Empfehlungen der SODK zu UMA<sup>321</sup>, die Empfehlungen der SODK/KOKES zur ausserfamiliären Unterbringung<sup>322</sup> und das Handbuch des Internationalen Sozialdienstes Schweiz<sup>323</sup>. Allerdings sind diese Orientierungshilfen nicht rechtsverbindlich. Die Handhabung ist folglich nicht einheitlich. Rechtsverbindlichkeit – möglicherweise der zentralen Standards – könnte dazu beitragen, die Orientierung an professionellem Wissen besser durchzusetzen.<sup>324</sup> Relevant könnte in diesem Zusammenhang sein, dass die verbindliche Orientierung an Handbüchern auf Bundesebene generell zu Verbesserungen geführt hat. Interviewte Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen berichteten, in den BAZ würden seit der Einführung des UMA-Betreuungshandbuchs mit allen UMA sozialpädagogische Eintrittsgespräche durchgeführt. Das Wohl der UMA werde zwar nach wie vor nicht systematisch erhoben, zumindest aber existiert hier eine klare Tendenz in Richtung Einheitlichkeit und verbindlicher Fachlichkeit. Der Bedarf von begleiteten Kindern allerdings – da waren sich die befragten Fachpersonen (Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen, Mitarbeitende der KESB, Mitarbeitende von NGOs, Rechtsvertretungen) einig – würde nicht erfragt und auch kaum erkannt. Bei begleiteten Kindern fehlten fachliche Standards und Orientierungen und Standards für die Zusammenarbeit mit Eltern weitgehend.<sup>325</sup> Der

---

<sup>321</sup> SODK, Empfehlungen zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen.

<sup>322</sup> SODK/KOKES, Empfehlungen zur Ausserfamiliären Unterbringung.

<sup>323</sup> SSI, Begleitung von jungen Migrant\*innen.

<sup>324</sup> Dazu auch: SFH, Mindeststandards für die Unterbringung von Asylsuchenden, S. 9 f.

<sup>325</sup> BOMBACH, S. 1 ff.; ASEFAW/BOMBACH/WÖCKEL, S. 171 ff.

Kontrast zur deutlich besseren Situation bei UMA erklärt sich mit der verbreiteten Vorstellung, Kinder würden mit ihren Familien «mitlaufen», d.h. ihre Interessenlage entspreche jener ihrer Familie. Dies trifft in manchen Fällen nicht zu. Standards und dafür ausgebildetes Personal könnten helfen, diese Problematik zu entschärfen. Von Seiten der Sozialpädagogik wurde auf den Ressourcenmangel und die fehlende Ausbildung der Involvierten, namentlich der Quereinsteiger hingewiesen. Ausserdem seien die häufigen Personalwechsel/Fachpersonenwechsel ein Problem. Dies sei auch wiederum durch den Ressourcenmangel bedingt, die Probleme hängen teilweise zusammen. Ein Experte Sozialpädagogik berichtete, unter solchen herausfordernden Bedingungen würde oft auf Sanktionen statt auf Pädagogik gesetzt (Geldabzug, Taschengeldsperre, Ausgangsbeschränkungen). Die in den BAZ oder kantonalen Zentren tätigen Fachpersonen sahen ihre Arbeit zu einem kleinen Teil als durch «klare Standards» geleitet. Bei UMA waren dies ungefähr 19 Prozent und bei begleiteten Kindern gerade einmal 8 Prozent. Etwa ein Drittel schätzte sich mit Blick auf beide Kategorien immerhin als «eher» durch Standards geleitet ein.<sup>326</sup> Sozialpädagoginnen und Betreuer verfügen insgesamt über eine Fülle an Leitlinien, Handbüchern, Orientierungshilfen etc. für den Umgang mit kinderspezifischen Fragen, was hier durchaus eine Rolle spielen könnte.<sup>327</sup> Denn wenn zwar diverse, fachlich unterschiedlich fundierte Standards zugänglich, aber ohne Verbindlichkeit sind (betrifft gemäss der Onlinebefragung eher die Kantone) und die Bedingungen zur Umsetzung gleichzeitig ungenügend sind, kann dies Fachpersonen stark verunsichern. Die realen Möglichkeiten zur Einhaltung verfügbarer Standards variieren nach zwei Drittel der befragten Fachpersonen Unterbringung und Betreuung mit der jeweiligen Zahl der

---

<sup>326</sup> Auffallend sind hier die hohen Anteile von Nicht-Antwortenden, insbesondere in den kantonalen Zentren. So äusserten sich etwa in Bezug auf begleitete Kinder 49 Prozent der in den Zentren tätigen Fachpersonen überhaupt nicht zur Frage nach dem Vorhandensein klarer Standards, was den Eindruck fehlender Klarheit und Verbindlichkeit zusätzlich untermauert. Fachpersonen, die in den BAZ mit UMA arbeiten, verwiesen in den offenen Antworten auf das Potential der bestehenden Standards auf Bundesebene. Sie wiesen aber auch darauf hin, dass deren Anwendung und Umsetzung im sozialpädagogischen Alltag weiterhin herausfordernd ist.

<sup>327</sup> Auf die Frage, woran man sich in der alltäglichen Arbeit bei Kinderschutzfragen orientiere, beziehen sich (bei n=210 und möglichen Mehrfachnennungen) 92 Nennungen auf *gesetzliche Grundlagen* (grösste Gruppen: Kinderrechte [29], ZGB [22], Asylgesetz [11]). 61 Nennungen beziehen sich auf *UMA-Handbücher und -Konzepte* (grösste Gruppen: UMA-Betreuungshandbuch des SEM [18], organisationsinterne Handbücher Betreuung UMA [20]). Weitere 50 Nennungen betreffen offizielle *Weisungen* (grösste Gruppen: Weisungen des Kantons [14], Weisungen des SEM [11]). Daneben werden von jeweils wenigen Personen *weitere Orientierungsgrundlagen* genannt, etwa Grundlagen der Mütter-, Väter- und Familienberatung, Leitfäden von NGO, der Kodex der Sozialen Arbeit, eigene Erfahrungen, der Austausch im Team oder die Vorgaben des Vorgesetzten.

Asylgesuche. Diese bestimmt den Umgang mit den Kindern wesentlich mit. Ein ungenügend erkanntes Problem im Kontext der Frage nach verbindlichen Standards ist – nebst dem Wechsel von Betreuungspersonen – auch der Wechsel von Betreuungsstrukturen, Rechtsvertretungen und Beistandspersonen. Solche Wechsel bergen spezifische Risiken. Sie können das Gefühl des Alleingelassenwerdens verstärken. Ein ehemaliger UMA berichtete: «Sie haben mir ein Ticket gegeben und ein Blatt mit Wegbeschreibung. Ich habe gesagt, ich kann das nicht, aber sie haben gesagt: du schaffst das. Bis [zur ersten Stadt] habe ich es geschafft, ab dann habe ich Hilfe gebraucht. Dann habe ich Leute aus meinem Land gefragt. Sie haben mich [zum besagten Dorf] gebracht, doch dort hiess es: Du bist hier falsch. Es war am Abend. Ich habe gesagt, ich kann nicht mehr, ich bin den ganzen Tag schon unterwegs und immer noch nicht am richtigen Ort.»

Zusammenfassend ist bei der Unterbringung und Betreuung *eine starke Determinierung der Situation der Kinder durch die jeweilige Verfahrenssituation* und den Status des Kindes bzw. den seiner Eltern zu konstatieren. Nur in Ausnahmesituationen bestimmt ein konkret ermittelter Bedarf die Wahl der Unterbringungsform.<sup>328</sup> Von hoher Relevanz für die Unterbringungssituation im Asylverfahren ist die aktuelle Anzahl Asylgesuche. Sie bestimmt die Rahmenbedingungen von Unterbringung und Betreuung stark mit, namentlich mit Blick auf den Betreuungsschlüssel, die Belegung pro Zimmer und die Unterbringung von UMA mit Erwachsenen.<sup>329</sup> Hinzu kommt das Problem einer ausgesprochen heterogenen Unterbringungslandschaft. Die föderalistische Staatsstruktur geht in diesem Bereich mit einer teilweise problematischen Varianz einher. Fehlendes Fachwissen und der Mangel an qualifizierten Fachpersonen sind ein weiteres Grundproblem bei der Unterbringung/Betreuung. In der Gesamtbetrachtung sind – trotz Verbesserungen während der letzten Jahre namentlich bei den Standards betreffend UMA – weiterhin signifikante Defizite zu konstatieren. Die Gesamtsituation scheint mit der Verpflichtung des Staates zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls bei allen das Kind berührenden Angelegenheiten nur bedingt vereinbar.

---

<sup>328</sup> Gemäss befragten Expertinnen und Experten in den Interviews und der Onlinebefragung sind diese Ausnahmesituationen selten. Sie betreffen entweder Massnahmen des Kinderschutzes (vorwiegend in Familien) oder in Akutsituationen die Kinder- und Jugendpsychiatrie.

<sup>329</sup> Siehe MEY/KELLER/ADILI/BOMBACH/ESER DAVOLIO/GEHRIG/KEHL/MÜLLER-SULEYMANOVA, Bericht Evaluation UMA-Pilotprojekt, S. 72; RIEKER/HÖHNE/MÖRGEN, S. 9 ff.

## b. Unterbringung in der Nothilfe und der vorläufigen Aufnahme

Kinder sind auch nach Abschluss des Asylverfahrens teilweise in staatlichen Strukturen untergebracht. Dies betrifft u.a. *Kinder in der Nothilfe*<sup>330</sup> sowie *Kinder, die in der Schweiz vorläufig aufgenommen wurden*. Mit der erstgenannten Thematik der Nothilfe hat sich neulich eine durch die EKM in Auftrag gegebene Studie separat befasst. Sie hat die Situation von Kindern untersucht und kommt zu einem klaren Schluss: Die Lebensumstände dieser Kinder seien als hochprekär einzuschätzen, ihre gesamten Verhältnisse würden durch den Status der Nothilfe bestimmt.<sup>331</sup> Ein begleitendes Rechtsgutachten stellte die Unvereinbarkeit dieser Situation mit einer Reihe rechtlicher Vorgaben fest, namentlich den Verpflichtungen der KRK sowie verfassungsrechtlichen Vorgaben.<sup>332</sup> Hervorhebung verdient hier, dass Nothilfe ein Dauerzustand sein kann. Im Jahr 2020 lebten in der Schweiz 390 Kinder seit mehr als einem Jahr in der Nothilfe; bei 137 war dies bereits mehr als vier Jahre der Fall.<sup>333</sup> Der als Übergangslösung gedachte Status der Nothilfe ist für diese Kinder ein höchst problematisches Dauerprovisorium.<sup>334</sup>

Die interviewten *Expertinnen und Experten* waren sich in der kritischen Beurteilung dieser Thematik im Grundsatz einig. Besondere Problemfelder seien neben der Langzeitnothilfe auch belastende Situationen in Kollektivstrukturen und das Miterleben von Ausschaffungen. Als Hauptprobleme wurden vor allem Gewalt, Hoffnungslosigkeit der Eltern, fehlender Raum oder fehlende Privatsphäre genannt. Erfragt wurde in der Onlinebefragung zudem die Zuständigkeit zur «Fallführung» in der Nothilfe. Die Antworten zeigten Unklarheiten in Bezug auf die Kompetenzen auf. Die Zuständigkeit liegt hier nach Angaben (oder Schätzung<sup>335</sup>) der Befragten bei der Betreuung in der Nothilfeunterkunft (28 Prozent), bei der KESB (14 Prozent) oder bei «anderen» (15 Prozent: etwa Eltern

---

<sup>330</sup> Diese Situation betrifft u.a. Familien und Kinder, deren Wegweisungsvollzug angeordnet wurde, die aber aus unterschiedlichen Gründen nicht ausgereist sind (z.B. weil ihre Identität nicht geklärt ist). Ihnen wird in der Schweiz nur die Nothilfe gemäss Art. 12 BV gewährt. Siehe z.B. für den Kanton Bern: NKVF, Überprüfung Rückkehrzentren Bern 2021, S. 6.

<sup>331</sup> LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER, Studie zur Nothilfe, insbesondere S. 65.

<sup>332</sup> AMARELLE/ZIMMERMANN, Rechtsgutachten zur Nothilfe, S. 25.

<sup>333</sup> LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER, Studie zur Nothilfe, S. 23.

<sup>334</sup> Siehe BGE 131 I 166 E. 3.1.

<sup>335</sup> Eine Fachperson schrieb dazu: «Das weiss wohl niemand so genau».

oder Sozialdienste der Gemeinden). Hieraus ergibt sich für die Gewährleistung des Kindeswohls in der Nothilfe eine problematische Konstellation, in der Kinder in teils hochproblematischen Situationen aufwachsen und zugleich die Zuständigkeiten für die «Fallführung» unklar sind.<sup>336</sup>

Bei *vorläufig aufgenommenen Kindern* stellt der real dauerhafte Verbleib der grossen Mehrheit der Personen in diesem Status in der Schweiz das Ausgangsfaktum dar. Eine ernsthafte Auseinandersetzung mit der Situation der Kinder kann daher nicht auf Grundlage der Annahme stattfinden, die mit dem Status verbundenen Probleme stellten sich nur vorübergehend. Für vorläufig aufgenommene Personen sind die Kantone zuständig. Die Unterstützung erfolgt nach den kantonalen Ansätzen der Asylfürsorge, die stark variieren, aber von Gesetzes wegen tiefer liegen als jene der Sozialhilfe für die einheimische Bevölkerung (Art. 86 Abs. 1 AIG). Die Divergenzen zwischen den Ansätzen und Unterbringungssituationen bedeuten faktisch markante Ungleichheiten für Personen in diesem Status. Je nach Kanton kann die Unterbringung in den Asylstrukturen erfolgen, auch in Kollektivunterkünften. Für vorläufig aufgenommene Kinder kann dies hochproblematisch sein.

Aus den Interviews mit Expertinnen und Experten konnten mit Blick auf vorläufig aufgenommene Kinder nur punktuell Erkenntnisse gewonnen werden, weil hier nur einzelne Einblicke vorhanden waren. Rechtsvertretungen etwa betonten das Problem langfristiger Unterbringungen in Kollektivunterkünften. Die Unruhe des Asylwesens wird hier unter Umständen dauerhaft Teil der Lebensbedingungen der Kinder. Ausserdem wurde die Thematik beruflicher Integration angesprochen. Der Ausweis F könne stellensuchenden Jugendlichen den Zugang zu Lehr- und Arbeitsstellen erschweren. In der Onlinebefragung wurde der hohe Anteil vorläufig aufgenommener Familien mit Kindern in Kollektivunterkünften von allen Fachgruppen als kritisch für die Gewährleistung des Wohls betroffener Kinder hervorgehoben. 73 Prozent der befragten Fachpersonen Unterbringung und Betreuung gaben zudem an, vorläufig aufgenommene und «Asylfürsorge» beziehende Familien würden oft jahrelang – gar bis zu sieben Jahre – in Kollektivunterkünften wohnen. Die befragten Beistandspersonen bestätigten dies.

---

<sup>336</sup> Ähnlich: LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER, Studie zur Nothilfe, S. 34 und 63.

c. Aufsicht und Beschwerdemöglichkeiten

Die Gewährleistung kindgerechter Unterbringung hängt von der Existenz einer *Aufsicht* über die Behörden sowie von wirksamen *Beschwerdemöglichkeiten* ab. Hier ist wiederum die Situation im Bund von jener in den Kantonen zu unterscheiden. Auf Bundesebene sind zunächst die Bemühungen des SEM um generelle Qualitätssicherung im Bereich Unterbringung zu erwähnen. Das Staatssekretariat hat 2021 ein entsprechendes Konzept mit Blick auf Unterbringungen in den BAZ erarbeitet. Es soll der besseren Einhaltung von Standards generell und mit Blick auf Kinder im Besonderen dienen. Dies gilt namentlich im Hinblick auf die im UMA-Betreuungshandbuch formulierten Vorgaben.<sup>337</sup> Zur Überprüfung sind interne, mindestens jährliche Audits vorgesehen. Die Regelmässigkeit soll präventiv wirken. Ausserdem können die Leitungen der einzelnen Asylregionen regelmässig Inspektionen durchführen.<sup>338</sup> Sie können dies auch unangemeldet tun. Die NKVF besitzt ebenfalls einen jederzeitigen Zugang zu den BAZ. Die Möglichkeit solcher Besuche soll im BAZ-Alltag automatisch mitbedacht werden. Ein weiteres Element zur Verbesserung ist die Pflicht des SEM, Empfehlungen der NKVF zu prüfen und zur möglichen Umsetzung Stellung zu nehmen (Art. 9 Abs. 2 NKVF-Gesetz). Hier deutet sich ein realitätsnahes Verständnis von Umsetzung als einem Prozess mit laufender Justierung an. Das BEKO für die BAZ sieht sodann vor, dass in jedem BAZ eine Feedback-Box bereitgestellt wird. Darin sollen «Anliegen, Rückmeldungen oder Beschwerden betreffend Unterbringung» zuhanden des SEM deponiert werden können.<sup>339</sup>

Die interviewten Expertinnen und Experten Unterbringung und Betreuung wiesen im Bereich BAZ vor allem auf die Bedeutung der Audits, die durch das SEM durchgeführt werden, hin. Die Regelmässigkeit wird hier als zentraler Punkt genannt. Ausserdem erwähnten sie die Relevanz solcher interner Kontrollmechanismen für die Umsetzung des UMA-Betreuungshandbuchs und der unangekündigten Besuche (namentlich durch die NKVF). Den Kindern bekannte Beschwerdemöglichkeiten waren den Experten hingegen kaum bekannt. Auch in den UNHCR-Gesprächen mit UMA und Familien in den BAZ

---

<sup>337</sup> AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Studie UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren, S. 22.

<sup>338</sup> Ebenda.

<sup>339</sup> SEM, BEKO, S. 67.

wurde eine grosse Unsicherheit der Kinder mit Blick auf ihre Möglichkeit zu Rückmeldungen/Beschwerden deutlich. Sie wüssten kaum, wer von den Ansprechpersonen für ihre Anliegen zuständig sei. Ausserdem wüssten sie auch nicht, wer überhaupt in der Lage sei, sich erfolgreich für sie einzusetzen. Generell sei die Vorstellung verbreitet, man dürfe nur zur Rechtsvertretung und Rechtsberatung, wenn man «aufgeboten» werde.

Gesondert Erwähnung verdient eine externe Untersuchung von 2021 zu bekannt gewordenen *Gewaltvorfällen* in den BAZ. Diese hatten für heftige Diskussionen über die Zustände in den Zentren geführt. Die Untersuchung stellte fest, dass die Behörden die Strafverfahren eingeleitet hatten.<sup>340</sup> Dies zeigt, dass die Vorfälle nicht toleriert wurden. Das SEM beschloss im Nachgang der Untersuchung zudem, die Einführung einer externen Meldestelle näher zu prüfen. Ein entsprechender Pilotversuch begann am 1. November 2022 und war während der Studienlaufdauer noch nicht beendet.<sup>341</sup> Das Pilotprojekt wurde schliesslich am 31. Oktober 2024 beendet. Das SEM hat aufgrund der Erfahrungen sein internes Beschwerdemanagement für «weniger schwerwiegende Meldungen» zu betrieblichen Themen (etwa Verpflegung und Infrastruktur) angepasst und beschlossen, für «schwerwiegendere Meldungen» (mutmassliche Grundrechtsverletzungen) eine zentrale, schweizweite externe Meldestelle zu schaffen.<sup>342</sup>

Die Aufsicht über die *kantonalen und kommunalen Strukturen* und entsprechende Beschwerdemöglichkeiten wurden in dieser Studie nicht erhoben. Die folgenden Bemerkungen können sich daher nur auf fragmentarische Informationen stützen. Ausgangspunkt ist erneut die Feststellung grosser Varianz bei der Aufsicht über kantonale und kommunale Strukturen. In einigen Kantonen existieren Kontrollprozesse, in anderen fehlen sie weitgehend. Aufsicht findet – wo sie existiert – primär in Form behördeninterner Prüfung oder mandatierter Aufsicht durch Private statt.<sup>343</sup> Eine unabhängige Aufsicht über die problem anfälligen Kollektivunterkünfte scheint kaum zu existieren. Es fehlt zudem an

---

<sup>340</sup> OBERHOLZER, Bericht Sicherheit BAZ, S. 99.

<sup>341</sup> Für eine Zwischenevaluation siehe: PRESTEL/BONVIN/KOBELT, Zwischenbericht Meldestellen.

<sup>342</sup> Siehe [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Asyl / Schutz vor Verfolgung > Das Asylverfahren > Asylregionen und Bundesasylzentren > Pilotprojekt «Externe Meldestellen».

<sup>343</sup> Drei Kantone gaben an, dass sie die UMA- bzw. MNA-Strukturen den Kinder- und Jugendhilfestrukturen angegliedert haben – inklusive der bestehenden Heimaufsicht.

übergeordneten Stellen, die mit Blick auf die Unterbringung und Betreuung von Kindern verbindlich Anordnungen erteilen können. Zwar ist es in den letzten Jahren zu wichtigen Klärungen zwischen SEM und KESB gekommen.<sup>344</sup> Allerdings wiesen die Interviews und die Onlinebefragung darauf hin, dass in der Praxis weiterhin gewisse Unklarheiten in Bezug auf Zuständigkeitsbereiche bestehen. Dies betrifft zwar nicht die KESB-Mitarbeitenden und Beistandspersonen selbst. Nur 20 Prozent von ihnen sahen die eigene Zuständigkeit im Unterbringungsbereich als «eher nicht» und 2.4 Prozent «gar nicht» geklärt und abgrenzbar. Hingegen waren 56 Prozent von ihnen der Meinung, dass die Zuständigkeiten der KESB den weiteren involvierten Fachpersonen zu wenig klar seien. Interviewte KESB-Expertinnen und Experten wiesen zudem darauf hin, dass sie bei von den Behörden zu verantwortenden problematischen Unterbringungssituationen – ohne nachweisliche Gefährdung des Kindeswohls – keine adäquaten Massnahmen ergreifen können. Die KESB sei nur bei Kindeswohlgefährdungen im Einzelfall zuständig. Die Kompetenz, den Schutz und das Wohl des Kindes zu gewährleisten, müsse hingegen dort vorhanden sein, wo die Kinder untergebracht und betreut werden. Sie übt nicht generell eine Aufsicht über die Behörden aus. Bei einzelnen existierenden Aufsichtsprozessen mangelt es nach den KESB-Expertinnen und Experten oft an erforderlichlichem Fachwissen. Es fehlten Standards und Leitfäden, die hinreichend Orientierung böten, vergleichbar etwa den Heimgesetzen einzelner Kantone. In der Onlinebefragung war zudem das bescheidene Wissen der Fachpersonen mit Blick auf unabhängige Meldestellen ein Thema.<sup>345</sup> Geringes Wissen der Fachpersonen dürfte mit noch weit geringerem der betroffenen Kinder einhergehen. Von klaren, allgemein bekannten Aufsichtsstrukturen kann nicht die Rede sein. Auch Schutz- und Präventionskonzepte scheinen den Expertinnen und Experten, die sich dazu äussern, kaum bekannt zu sein. Explizit angesprochen wurde zudem das Fehlen sicherer Orte und Schutzräumen in allen Kollektivunterkünften – sowohl in den BAZ als auch in den kantonalen Grossinstitutionen. Gemäss einem Experten aus dem Bereich Unterbringung habe es in seiner Kollektiveinrichtung zwar separate Schlafzimmer für Familie und

---

<sup>344</sup> Siehe AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Studie UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren, S. 26 f.

<sup>345</sup> Von den Fachpersonen Unterbringung und Betreuung auf Bundes- und kantonaler Ebene stimmten 33 Prozent «eher» und 16 Prozent «voll und ganz» der Aussage zu, dass sich UMA an eine «schriftlich definierte, unabhängige Stelle» wenden können, wenn es zu belastenden Erlebnissen kommt. 14 Prozent gaben «eher nicht» und 8 Prozent «überhaupt nicht» an. Ein Drittel beantwortete die Frage nicht; im Fall von begleiteten Kindern sind die Werte vergleichbar.

Mädchen gegeben. Der Weg zur Toilette habe aber durch den Männertrakt geführt, weshalb trotz Separierung kein sicherer Ort geschaffen werden konnte.<sup>346</sup>

Zusammenfassend ergibt sich in den Bereichen Aufsicht und Beschwerde auf Bundesebene ein in der jüngeren Vergangenheit verbessertes Bild. Defizite bestehen aber weiterhin, namentlich beim *Wissen bzw. der Information der Kinder mit Blick auf ihre Beschwerde- und Rückmeldungsmöglichkeiten*. In den Kantonen dürfte u.a. das Fehlen einer *unabhängigen externen Aufsicht über problematische Unterbringungen* wie in Kollektivunterkünften ein zentraler Schwachpunkt darstellen.

#### d. Zugang zu Gesundheitsversorgung und Bildung

In den Interviews mit Expertinnen und Experten aus dem Betreuungsbereich zeigte sich, dass die Gewährleistung von Zugängen zu einer bedarfsgerechten Gesundheitsversorgung sowie zur Bildung und Ausbildung in vielerlei Hinsicht sehr herausfordernd sind. Diese Herausforderungen beginnen ab Ankunft in der Schweiz (BAZ) und ziehen sich weiter auf der kantonalen und kommunalen Ebene. Die KRK nimmt die Vertragsstaaten in beiden Bereichen in die Pflicht.<sup>347</sup> Die Bereiche werden hier gesondert betrachtet. Bei der *medizinischen Versorgung* besteht nach den meisten interviewten Expertinnen und Experten folgendes Grundproblem: Eine fundierte Abklärung der physischen und psychischen Gesundheitssituation der Kinder finde grundsätzlich nicht statt. Dies gilt insbesondere im Asylverfahren. Hier stehe die physische Gesundheit eindeutig im Vordergrund. Jedoch erachteten einzelne Expertinnen und Experten aus den Bereichen Unterbringung Kantone, Beistandschaft Kantone und NGO die Abklärungen zur physischen Gesundheit als teilweise unzureichend. Genannt wurden unter anderem Krätze und infektiöse Wunden als ungenügend diagnostizierte Krankheiten. In der Online-Umfrage fügten mehrere Sozialpädagoginnen und -pädagogen bei den offenen Antworten Kinder mit chronischen Erkrankungen und speziellen medizinischen Bedürfnissen als zu wenig erkannt und begleitet hinzu. Psychische Leiden würden gemäss der meisten interviewten Expertinnen

---

<sup>346</sup> Überlegungen zur Situation von Kindern in verschiedenen Unterbringungsmodalitäten finden sich auch bei GORDZIELIK/REZZONICO/STRAUSS, S. 3 ff.

<sup>347</sup> Art. 24 und 28 KRK und Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkungen Nr. 6 Ziff. 40, 41 ff., 46 ff. und Nr. 14, Ziff. 79.

und Experten aus den Bereichen Unterbringung Kantone, Beistandschaft Kantone und NGO nicht angemessen ermittelt und erkannt. Selbst wenn entsprechende Konzepte zur Erkennung und Begleitung psychischer Beschwerden bestünden, so zwei interviewte Expertinnen aus Betreuung und Unterbringung und ein Experte Beistandschaft, fehle es oft an Behandlungsmöglichkeiten und an niederschweligen Angeboten in akuten Krisen: Wenn psychische Bedarfslagen erkannt würden, etwa in Akutsituationen, seien die notwendigen Behandlungen teilweise nicht oder nur mit langen Wartezeiten zugänglich.<sup>348</sup> Schlafstörungen, psychische Unruhe, aggressives und autoaggressives Verhalten oder Konsum von Rauschmitteln sind von vielen genannte Symptome. Einzelne Expertinnen und Experten (Vertrauenspersonen/Rechtsvertretungen) erwähnten das Problem der Verabreichung von Medikamenten als Symptombekämpfung oder von Psychopharmaka ohne gefestigte Diagnose. Ursache sei unter anderem das Fehlen von Plätzen in der Kinder- und Jugendpsychiatrie. In der Onlinebefragung gaben die meisten Expertinnen und Experten aus den Bereichen Unterbringung und Betreuung allerdings an, die medizinische Grundversorgung sei «sichergestellt». Nur 7 Prozent der Befragten verneinten dies. Die UNHCR-Gespräche mit UMA und Familien in den BAZ jedoch stützten den Befund eines tendenziell schwierigen Zugangs zu medizinischer Versorgung. Jugendlichen würden teilweise vorschnell Medikamente verabreicht. Ausserdem fehle es an genügender Übersetzung, wobei Ärzte die Probleme auch mit Übersetzung oft nicht verstehen würden.

Beim *Zugang zu Bildung* hoben die interviewten Expertinnen und Experten zunächst das an sich grosse Gewicht der «*obligatorischen Schulbildung*» bis zum Alter von 16 Jahren in der Schweiz hervor. Daraus könne aber nicht automatisch auf eine gute Bildungssituation der Kinder im Asylverfahren geschlossen werden. Es bestünden teilweise hohe oder sehr hohe Hürden. Die Situation der Kinder variiert allerdings stark. In den BAZ existieren entweder eine interne Beschulung, die im Normalfall nur wenige Stunden pro Woche umfasse, oder ein Zugang zu den Angeboten der öffentlichen Schule. Diese

---

<sup>348</sup> Ein Hinweis in dieser Richtung war auch im Rahmen der Dossieranalyse festzustellen. Ein auf psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung angewiesener UMA wurde vom zuständigen ärztlichen Dienst nach der Bedarfsabklärung nicht in eine weitere Behandlung überwiesen, da dies nicht zeitnah realisierbar war. Aus Kapazitätsgründen waren ausser Kriseninterventionen auch keine Folgeberatungen beim konsultierten Arzt möglich. Die Problematik ist nicht auf den Asylbereich beschränkt. In den Bereichen Kinder- und Jugendpsychiatrie und Therapie sind aktuell schweizweit Engpässe vorhanden. Auf dem Wege zu Behebung dieser Lage gilt es spezifische Zugänge und Bedarfslagen geflüchteter Kinder zu berücksichtigen.

Möglichkeiten seien jedoch mit zunehmendem Alter der Kinder – und vor allem bei hohen Gesuchszahlen – zusehends weniger gewährleistet. Teilweise sei die Situation durch Instabilität geprägt. Ein ehemaliger UMA etwa konnte im BAZ 16 Tage die Schule besuchen, musste dann aber jüngeren Geflüchteten Platz machen. Damit gingen die Tagesstruktur und die Möglichkeit zum Erwerb der Landessprache verloren. Auch auf Kantonsebene gestalte sich der Zugang zur öffentlichen Schule oft als sehr anspruchsvoll. Auch bei jüngeren Kindern (unter 16 Jahren), die noch der obligatorischen Schulpflicht unterliegen, blieben Zugänge aufgrund voller oder separierter Klassen oder der Lage bzw. Situation der Asylunterkünfte teilweise verwehrt. Bei internen oder auch privaten internen Schulangeboten als Alternative stellten sich auch Qualitäts-, Angebots- und Aufsichtsfragen. Ausserdem seien bei rein interner Beschulung die Kontakte zur Zivilgesellschaft beschränkt, womit die für die Entwicklung wichtigen Peer-Groups und der Zugang zu informellen Bildungsangeboten fehlten. Diese Situation könne sich auch auf die psychische Situation der Jugendlichen auswirken.

Für über 16-jährige Kinder ist der Zugang zur öffentlichen Schule noch seltener gewährt, obwohl ihnen dieser eine deutlich bessere Ausgangslage für den Eintritt in eine nachobligatorische Ausbildung verschaffen würde. Einzelne Kantone machten die öffentliche Schule gemäss Expertinnen und Experten aus diesem Grund auch für über 16-Jährige zugänglich, doch bestehe hier noch viel Entwicklungsbedarf. Der Zugang zur *nachobligatorischen Bildung* gestaltet sich gemäss den meisten Expertinnen und Experten generell schwierig. Dies gilt besonders für jene, die die öffentliche Schule nicht besuchen konnten. Jugendliche über 16 Jahren verharren dann oft in einer Art Bildungslücke, bis im Alter von 18 Jahren die Förderung im Rahmen der Integrationsagenda greife; auch hier variere die Situation allerdings je nach Kanton. Problematisiert wird auch, dass die Jugendlichen die für sie möglichen Bildungswege oft zu wenig gut verstünden. Schliesslich sei die Schwelle zu tertiärer Bildung sehr hoch. Junge Erwachsene könnten nur durch eine Kombination von ausgeprägter Eigeninitiative und gezielter Unterstützung durch eine engagierte Person oder NGO die tertiäre Bildungsstufe erreichen, so Expertinnen und Experten aus den Bereichen Betreuung/Kantone/NGOs. In der Onlinebefragung wurden diese Einschätzungen weitgehend bestätigt. Die Vernetzungen mit lokalen Angeboten der Kinder- und Jugendhilfe erachteten viele Befragte als wichtigen *informellen Bildungszugang* (16 Prozent stimmten «voll und ganz» zu, 35 Prozent in der Tendenz («eher»). Bei

Kindern in der Nothilfe wurde der Besuch einer öffentlichen Schule von 45 Prozent der Fachpersonen Unterbringung und Betreuung als gesichert betrachtet. Die UNHCR-Gespräche mit UMA und Familien in den BAZ bestätigten den Befund eines tendenziell schwierigen Zugangs zur regulären Bildung. Gemäss den Expertinnen und Experten wie auch den betroffenen Kindern und Eltern wäre ein solcher gerade auch nach der Flucht wichtig. Denn Flucht bedeutet oft einen langen Schulunterbruch.

Zusammenfassend ergibt sich das Bild eines *erschwert* Zugangs von Kindern zu *medizinischer Versorgung, insbesondere im Asylverfahren*. Dies gilt namentlich mit Blick auf psychische und nicht offenkundig schwerwiegende Gesundheitsrisiken. Beim Zugang zu *Bildung* ist der oftmals stark erschwerte Zugang zur öffentlichen Schule und dadurch auch zur Zivilgesellschaft sowohl während als auch nach dem Asylverfahren zu problematisieren. Dieser kann mit Einbussen in Bezug auf Qualität und Quantität der Beschulung verbunden sein und bringt bei über 16-jährigen die Gefahr einer grösseren Bildungslücke mit grossen Konsequenzen für die nächsten Bildungsschritte mit sich.

#### 4. Teilfazit

Beim *Familiennachzug und bei der Wegweisung von Kindern nach langjährigem Aufenthalt* hat in den letzten Jahren erkennbar eine Sensibilisierung stattgefunden. Es drängen sich jedoch in beiden Bereichen weitere Handlungsfelder auf:

- (1) Die nachfolgenden Erkenntnisse gelten in Ergänzung zu den Erkenntnissen aus den vorgehenden Kapiteln A. und B. Siehe für die Sachverhaltsermittlung, Mitwirkung des Kindes sowie der Gewichtung des Kindeswohls dort.
- (2) Die teilweise fehlende Gesamtabwägung der involvierten Interessen und ein restriktiv verstandener Kindeswohlbegriff beim nachträglichen Familiennachzug erscheinen problematisch. In besonderem Mass gilt dies für die 12-monatige Nachzugsfrist bei Kindern über 12 Jahren.
- (3) Die Wartefrist für den Familiennachzug durch vorläufig aufgenommene Flüchtlinge und Personen wird bei Kindern in der Tendenz wohl zu starr gehandhabt.
- (4) Für unbegleitete Kinder existiert in der Schweiz derzeit praktisch keine Möglichkeit, Familienmitglieder aus dem Ausland «nachzuziehen». Dies ist im Licht der

KRK insbesondere dann problematisch, wenn sich das Kind mit seiner Familie in keinem anderen Land vereinigen kann. Es stellt sich die Frage einer Ausnahmeklausel.

- (5) Bei der Wegweisung von Kindern nach langjährigem Aufenthalt liegt die Schwelle für die Annahme von Zumutbarkeit der Wegweisung teilweise tief. Es ist eine in der Tendenz nicht unproblematische Orientierung an Alterslimiten und pauschalen Annahmen zu konstatieren.

In den Bereichen *Unterbringung und Betreuung sowie Zugang zu medizinischer Versorgung und Bildung* ist das Gesamtbild ebenfalls gemischt. Zahlreiche Anstrengungen der letzten Jahre haben teilweise zu Verbesserungen geführt. Zugleich sind – namentlich im Licht der Vorgaben der KRK – weiterhin erhebliche Defizite festzustellen:

- (6) Die Unterbringung und Betreuung von Kindern im Asylbereich ist wesentlich durch die Phase bzw. Stellung im konkreten Asylverfahren bestimmt. Viele (Kollektiv-) Unterkünfte sind nur beschränkt auf die Bedürfnisse von Kindern ausgerichtet. Hier entstanden auf Bundesebene und in einzelnen Kantonen zwar jüngst spezifische Konzepte, doch bestehen in der Umsetzung noch erhebliche Defizite.
- (7) Kinder von Personen in der Nothilfe oder von vorläufig aufgenommenen Personen oder Flüchtlingen verbleiben teilweise deutlich zu lange in den entsprechenden Strukturen. Damit gehen markante Entwicklungsrisiken für die Kinder einher.
- (8) Die häufigen Wechsel zwischen Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen führen zu sozialen und örtlichen Diskontinuitäten.
- (9) Die Unterbringungs- und Betreuungsstandards zwischen den einzelnen Unterkünften – namentlich zwischen solchen aus verschiedenen Kantonen – variieren teilweise stark. Es fehlen übergreifende allgemein verbindliche und überprüfbare Vorgaben.
- (10) Die Zuständigkeiten der verschiedenen Akteure in den Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen sind den Kindern, ihren Eltern (und teils auch den Akteuren selbst) oft nicht klar.
- (11) Unabhängige und auf Kindeswohlfragen spezialisierte Aufsichtsstellen, welche die Einhaltung von fachlich fundierten Vorgaben überprüfen und verbindlich

einfordern können, fehlen teilweise auf Bundesebene und sehr weitgehend in vielen Kantonen.

- (12) Niederschwellige Beschwerdemöglichkeiten, an die sich betroffene Kinder im Einzelfall wenden können, sind den Kindern und Fachpersonen zu wenig bekannt oder fehlen in den Unterbringungs- und Betreuungskontexten.
- (13) Die Abklärung medizinischer Bedarfe und der Zugang zur medizinischen Versorgung ist nicht durchgehend gewährleistet. Dies gilt insbesondere mit Blick auf psychische Schwierigkeiten. Der Zugang zu Bildung ist teilweise stark eingeschränkt, vor allem bei Kindern ab 16 Jahren.

## 5. Handlungsempfehlungen

**Vorbemerkungen zu den Handlungsempfehlungen 9 – 10:** Die Handlungsempfehlungen 1 – 8 gelten auch und insbesondere für Familiennachzüge und Wegweisungen nach langjährigem Aufenthalt. Die nachfolgenden Handlungsempfehlungen sind Ergänzungen in Bezug auf die durch das Postulat aufgeworfenen spezifischen Fragen zu diesen beiden Konstellationen.

### 9. *Familiennachzug (siehe insb. Kap. II.C.1 und II.A.)*

- 9.1 *Es sind Verbesserungen bei der Sachverhaltsermittlung, Mitwirkung des Kindes und Gewichtung des Kindeswohls gemäss den Handlungsempfehlungen 1, 2 und 3 vorne vorzunehmen.*
- 9.2 *Familiennachzug: Beim Nachzug von Kindern ist ein genereller Verzicht auf Fristen in Erwägung zu ziehen. Bei Beibehalt wird empfohlen, die Frist bei Kindern über zwölf Jahren deutlich zu verlängern.*
- 9.3 *Die Praxis bei Entscheiden über den nachträglichen Familiennachzug im Besonderen ist den Anforderungen der KRK anzupassen (insbesondere Anforderungen an Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls, Mitwirkung der Kinder und Gewichtung des Kindeswohls im Entscheid).*
- 9.4 *Wartefrist: Die bestehenden Regelungen betreffend Wartefrist sind dahingehend völkerrechtskonform auszulegen, dass auch vor Ablauf derselben eine Beurteilung im Licht der Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls möglich ist. Es wird ausserdem empfohlen, eine generelle Aufhebung der Wartefrist zu prüfen (zu starke Schematisierung).*
- 9.5 *Umgekehrter Familiennachzug: Es wird empfohlen, die Einführung von umgekehrten Nachzugsrechten für Kinder in spezifischen Situationen zu prüfen (namentlich Kinder mit Bleibeperspektive und ohne Möglichkeit, sich im Ausland mit der Familie zu vereinigen).*
- 9.6 *Umgekehrter Familiennachzug: Bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen wird empfohlen, eine Art. 10 Abs. 3 EU-Familienzusammenführungsrichtlinie entsprechende Bestimmung zum Recht auf umgekehrten Familiennachzug einzuführen.*

Einschätzung Massnahmen 9.3 und 9.4 (Praxisänderungen):

- Dauer der Umsetzung: lange – mittel – **kurz**
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>349</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – **Kantone**

---

<sup>349</sup> Einschätzung: Die in *Massnahme 9.3* empfohlene Anpassung entspricht im Wesentlichen den Handlungsempfehlungen 1 bis 3 vorne, weshalb auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann. *Massnahme 9.4* dürfte zu einem gewissen Mehraufwand im Einzelfall führen (Abklärungsschritte, Begründungsaufwand). Demgegenüber dürften Einsparungen durch teilweise Verzichte auf Rechtsmittelverfahren stehen bzw. sich der Aufwand der Rechtsmittelverfahren reduzieren.

Einschätzung Massnahmen 9.2 und 9.6 (Anpassung der rechtlichen Grundlagen):

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>350</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – Kantone
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen: **erforderlich**

Einschätzung Massnahme 9.5 (Prüfauftrag):

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – mittel – **klein**<sup>351</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – Kantone

## 10. *Wegweisung nach langjährigem Aufenthalt (siehe insb. Kap. II.C.2. sowie II.A. und II.B)*

10.1 *Es sind Verbesserungen bei der Sachverhaltsermittlung, Mitwirkung des Kindes und Gewichtung des Kindeswohls gemäss den Handlungsempfehlungen 1, 2, 3 und 4, 6, 8 vorne vorzunehmen.*

10.2 *Bei Entscheiden über Wegweisungen nach langjährigem Aufenthalt wird von der Abstützung auf starre Alterslimiten und pauschale Annahmen (z.B. Anpassungsfähigkeit im Alter X) dringend abgeraten; Implikationen einer Wegweisung für das Kindeswohl sind konkret mit Blick auf das betroffene Kind zu ermitteln.*

Einschätzung Massnahme 10.2:

- Dauer der Umsetzung: lange – mittel – **kurz**
- Aufwand: gross – mittel – **klein**<sup>352</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – **Kantone**

---

<sup>350</sup> Einschätzung: Die *Massnahme 9.2* dürfte kostenneutral sein. Die *Massnahme 9.6* dürfte zu einer Zunahme entsprechender Verfahren führen. Der Mehraufwand ist abhängig von der Anzahl Fälle, welche unter die entsprechende Regelung fallen und wäre vertieft zu prüfen.

<sup>351</sup> Einschätzung: Der Prüfauftrag ist mit *geringen einmaligen Kosten* verbunden.

<sup>352</sup> Einschätzung: Für die in *Massnahme 10.1* empfohlenen Anpassungen kann in Bezug auf die finanziellen Auswirkungen auf die entsprechenden Massnahmen verwiesen werden. *Massnahme 10.2* dürfte zu einem gewissen Mehraufwand im Einzelfall führen (Abklärungsschritte, Begründungsaufwand). Gleichzeitig können aber durch die Umsetzung der Handlungsempfehlung allenfalls Rechtsmittelverfahren vermieden werden, was auch zu Einsparungen führt. Die Kostenfolgen einer allfälligen materiellen Praxisänderung sind hier nicht berücksichtigt.

**Vorbemerkungen zu den Handlungsempfehlungen 11 – 16:** Die Handlungsempfehlungen 11 – 12 stellen die übergeordneten Empfehlungen für die Unterbringung, Betreuung und Bildung dar, um das Kindeswohl in diesen Bereichen zu gewährleisten. Deren Umsetzung bedarf jedoch weitreichender struktureller Anpassungen. Die Empfehlungen 13 – 16 sollen zwischenzeitlich Verbesserungen bei der Gewährleistung des Kindeswohls bewirken.

## **11. Unterbringung und Betreuung während und nach dem Asylverfahren (siehe insb. Kap. II.C.3.)**

*11.1 Für die Unterbringung und Betreuung von Kindern (begleitet und unbegleitet) während des Asylverfahrens sind grundsätzlich Strukturen ausserhalb von BAZ oder kantonalen Zentren vorzusehen und zu schaffen (d.h. nicht nur in getrennten Räumen, sondern in separaten Unterbringungseinheiten).*

*11.2 Nach Abschluss des Asylverfahrens ist auf die Unterbringung von Kindern (begleitet und unbegleitet) in Kollektivunterkünften zu verzichten. Sollte eine solche im Ausnahmefall erforderlich sein, ist die Dauer so kurz wie möglich zu halten und zwingend zeitlich zu befristen.*

*11.3 Wechsel von Vertrauens-, Vertretungs- und Bezugspersonen sowie Transfers zwischen verschiedenen Unterbringungen sind im Interesse der Kontinuität auf ein Minimum zu reduzieren.*

Good Practices:

- Aktuell wird bei besonders vulnerablen UMA bzw. primär bei UMA unter 12 Jahren auf die Unterbringung in BAZ verzichtet; diese Praxis sollte ausgebaut werden;
- In allen Kantonen existieren professionelle Strukturen und Prozesse für ausserfamiliäre Unterbringung von Kindern und Jugendlichen. Zur inklusiven Unterbringung von UMA ist auf die Praxis in Deutschland zu verweisen;<sup>353</sup>
- SSI, Good-Practice-Katalog bei der Unterbringung von UMA in den Kantonen.

Einschätzung Massnahmenbündel 11:

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: **gross** – mittel – klein<sup>354</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund – Kantone**

---

<sup>353</sup> In Deutschland sind – abgesehen von Übergangsunterbringungen – alle UMA in Angeboten der Kinder- und Jugendhilfe untergebracht. Das heisst, dass sie z.B. zusammen mit anderen Kindern und Jugendlichen in einer betreuten Jugendwohnung leben, die den Standards der Kinder- und Jugendhilfe unterliegen.

<sup>354</sup> Einschätzung: Die bedarfsgerechte Unterbringung von Kindern und Familien ausserhalb von BAZ, kantonalen Zentren und Kollektivunterkünften dürfte zu grossen einmaligen und erheblichen wiederkehrenden Kosten führen. Demgegenüber dürften gewisse Einsparungen durch die Vermeidung allfälliger Krisensituationen und auch durch das frühzeitige Erkennen geringerer Betreuungsbedarfe (und entsprechender Unterbringung z.B. in einer Jugendwohnung) stehen. Längerfristig kann mit erheblichen Einsparungen durch bessere psychische Gesundheit und eine erleichterte soziale und berufliche Integration gerechnet werden.

## 12. Vorgaben für die Unterbringung und Betreuung (siehe insb. Kap. II.C.3.)

- 12.1 *Sämtliche geltenden Rechtsnormen betreffend Unterbringung und Betreuung während und nach dem Asylverfahren (d.h. auch für vorläufig aufgenommene Kinder und Kinder in der Nothilfe) sind in einer übersichtlich gestalteten und gut verständlichen Publikation aufzuführen. Erwähnung finden sollten auch sämtliche Möglichkeiten der Überprüfbarkeit zur Einhaltung dieser Vorgaben, sowohl auf Bundesebene wie auch in den Kantonen. Lücken bei der Verwirklichung des Kindeswohls können so besser erkannt und behoben werden.*
- 12.2 *Längerfristig ist eine Vereinheitlichung der Rechtsgrundlagen und Standards betreffend Betreuung/Unterbringung aller Kinder zu empfehlen (z.B. Anwendbarkeit der in Überarbeitung befindlichen PAVO oder analoge Regelung). Heute existierende parallele Zuständigkeiten und Strukturen etwa von kantonaler Kinder- und Jugendhilfe und kantonaler Unterbringung und Betreuung im Asylbereich sollten bei dieser Gelegenheit abgebaut werden; dabei ist jedoch sicherzustellen, dass keine Lücken in der Zuständigkeit entstehen.*

Good Practices: Bestehende Standards für Konzepte der Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen im Kinder- und Jugendhilfereich (z.B. Kinder- und Jugendheimgesetz des Kantons Zürich, KJG).<sup>355</sup>

Einschätzung Massnahme 12.1:

- Dauer der Umsetzung: lange – mittel – **kurz**

---

<sup>355</sup> Kriterien in Anlehnung an das KJG: **Betreuung: Ausbildungen/Team:** Anwesenheit einer ausgebildeten Fachperson (durchgehend); Personalmix mit möglichst grossem für das Kindeswohl relevantem Wissen (Therapie, interkulturelles Wissen, Bildung, Sozialarbeit); **Betreuungsschlüssel und «Bezugspersonenprinzip»:** Schlüssel sollte Arbeit am Einzelfall ermöglichen (ca. 1:4); ev. begleitetes Wohnen (abendliche Betreuung, Erweiterung der Betreuung während der Nacht sowie in anderen besonders belastenden Akutsituationen); **Therapie sowie Kinder- und Jugendpsychiatrie:** ausgebildete Therapeutin/Therapeut nach Möglichkeit vor Ort (auch als Schnittstelle zu psychiatrischen Angeboten bei entsprechendem Bedarf); niederschwelliger Zugang zu sozialberaterischen Angeboten; Organisierter/routinemässiger Austausch zwischen für die Betreuung relevanten Akteuren (etwa auch mit Beistandschaft, Schule, KESB, Vereinen); **Weiterbildung:** Sensibilisierung aller Akteure für die Bedeutung von Bildung; Weiterbildung; Coaching durch Fallbesprechungen und Supervisionen; Sensibilisierung für Problematik begleiteter Kinder (etwa Kinder psychisch kranker Eltern); **Begleitung Übergang in Volljährigkeit:** Einbettung und Begleitung der Altersabklärungen; angemessene Vorbereitung und partizipative Gestaltung des Übergangs: Unterstützung in Alltagssituationen: Begleitung zu Terminen, Vermittlung von Bildungsangeboten, Zugangsverschaffung zu kulturellen Angeboten, Förderung von Hobbys und Freizeitaktivitäten sowie persönlichem Austausch, Schaffung von Anlaufstellen für alltägliche Anliegen. **Unterbringung: Örtlichkeiten:** Sichere Räume, kindgerechte Orte, Anbindung an Zivilgesellschaft, spezifische Risiken des Ortes für Gewährleistung des Kindeswohls sind zu benennen und zu beheben; **Zimmergrösse:** Unterbringung in Zimmern mit wenigen Betten; **Sozialraum:** Ermöglichung des Aufbaus von Kontakten mit der Zivilbevölkerung, Nutzung von ÖV; Teilnahme an gesellschaftlichen Aktivitäten; **Flexibilität des Settings:** Veränderbarkeit der Situation des Kindes/des Jugendlichen (kann Veränderung des Settings sinnvoll erscheinen lassen). **Schutzkonzept (als Teil des Gesamtkonzepts):** Vorgehen bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdung; Prävention bei allen Kindern (psychische Gesundheit, physische Gesundheit, Sexualität, Medien, Sucht); Prävention bei einzelnen vulnerablen Kindern (präventiver Schutz, individualisierter Notfallplan); Melde- und Besprechungspflicht bei allen besonderen Vorkommnissen.

- Aufwand: gross – mittel – **klein**<sup>356</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund – Kantone**

Einschätzung Massnahme 12.2:

- Dauer der Umsetzung: **lange** – mittel – kurz
- Aufwand: **gross** – mittel – klein<sup>357</sup>
- Bestehendes Wissen: vorhanden – **zugänglich/teilweise vorhanden** – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund – Kantone**
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen: **erforderlich**

### 13. *Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortungen (siehe insb. Kap. II.B.2. und II.C.3.)*

13.1 *Die Funktionen beteiligter Fachpersonen sollten den Kindern, Jugendlichen und, falls begleitet, den Eltern von Beginn an in verständlicher Sprache kommuniziert werden. Bei UMA betrifft dies insbesondere die Rolle der Vertrauens- und/oder der Beistandsperson.*

13.2 *Die Verantwortungsbereiche, Zusammenarbeit und Schnittstellen zur Gewährleistung des Kindeswohls zwischen SEM bzw. Kantonen und KESB sollen weiter geschärft und verschriftlicht werden, sodass diese für alle involvierten Akteure nachvollziehbar sind.*

13.3 *Die Erfassung und Weitergabe kindeswohlrelevanter Informationen und ein kindgerechter Transfer (physischer Übergang von Bund zu Kanton oder Gemeinden) sind durchgehend zu gewährleisten.*

Einschätzung Massnahmenbündel 13:

- Dauer der Umsetzung: lange – mittel – **kurz**
- Aufwand: gross – mittel – **klein**<sup>358</sup>

<sup>356</sup> Einschätzung: Die Massnahme führt zu gewissen einmaligen Kosten (Erstellen einer entsprechenden Übersicht). Langfristig wirken sich geklärte Verantwortungen, Aufgaben und rechtliche Verbindlichkeiten kostensparend aus, indem sie zu besserer fachlicher Zusammenarbeit und Effizienz in allen Prozessen und Strukturen führen. Daher dürften die langfristigen bzw. sich wiederholenden Kosten sinken.

<sup>357</sup> Einschätzung: Initial ist die Vereinheitlichung der Rechtsgrundlagen mit einmaligen Kosten verbunden (Anpassung der rechtlichen Grundlagen). Die Phasen des Abbaus paralleler Strukturen und Zuständigkeiten zwischen kantonalen Kinder- und Jugendhilfeangeboten und Asylbereich dürfte zu erheblichen Folgekosten führen (Anpassung der Strukturen, Prozesse). Langfristig führt die Vereinheitlichung aber zu verbesserter fachlicher Qualität und Handlungssicherheit in Betreuung und Unterbringung sowie zu effizienterer Planung und Entwicklung. Durch auf die Bedarfe angewandte Präventions-, Förder-, Schutz- und Beteiligungsangebote im Einzelfall können Folgekosten in den Bereichen psychische und physische Gesundheit, soziale Integration und Delinquenz sowie Schul- und Berufsbildung vermieden werden.

<sup>358</sup> Einschätzung: Die Massnahmen sind mit gewissen einmaligen Kosten verbunden (Schaffung von Strukturen zur verbesserten Information der Asylsuchenden sowie der Schnittstelle BAZ – Kantone, Schärfung und Verschriftlichung Zuständigkeiten SEM/Kantone – KESB). Langfristige bzw. sich wiederholende Kosten können durch die Klärung, Vermeidung von Kommunikations- und Passungsproblemen und daraus entstehender Effizienzsteigerung in gewissem Umfang sinken.

- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund – Kantone**

#### 14. *Aufsicht sowie Beschwerde-/Ombudsstellen (siehe insb. Kap. II.C.3.c.)*

- 14.1 *Für alle Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen ist eine unabhängige Aufsicht vorzusehen (bzw. bestehende Aufsichten sind zu stärken). Die Einhaltung der Betreuungs- und Unterbringungskonzepte sollte regelmässig und unangekündigt überprüft werden – unter Einbezug der Kinder. Die Aufsichtsstelle sollte verbindliche Massnahmen anordnen können.*
- 14.2 *Für alle Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen sind niederschwellige, kindgerechte und auf Kindeswohlfragen spezialisierte Ombuds- oder Beschwerdestellen zu schaffen (bzw., wo vorhanden, bestehende Stellen diesbezüglich zu stärken). Es ist zu gewährleisten, dass eine Überprüfung des konkreten Einzelfalles stattfinden kann.*
- 14.3 *Es ist sicherzustellen, dass Kinder und, im Falle begleiteter Kinder, Eltern angemessen über ihre Beschwerdemöglichkeiten informiert sind.<sup>359</sup>*

#### Good Practices:

- Kinderombudsstelle Schweiz (Pilotphase und im Bereich Asyl wenig verankert), regionale Ombudsstellen (z.B. Ombudsstelle Kinderrechte Ostschweiz);
- In einzelnen Kantonen existieren Aufsichtsstellen und selten auch Beschwerdemöglichkeiten für geflüchtete Kinder und Familien;
- Auf Ebene BAZ kommt die NKVF einzelnen Aufgaben nach (jedoch benötigt jede Aufsicht verbindliche Standards);
- In Deutschland müssen alle Bundesländer Ombudsstellen spezifisch für die Kinder- und Jugendhilfe etablieren und bekanntmachen.

#### Einschätzung Massnahmenbündel 14:

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>360</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund – Kantone**
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen: **erforderlich**

<sup>359</sup> Siehe insb. Kap. II.B.2. und II.C.3.

<sup>360</sup> Einschätzung: Die Einführung bzw. Stärkung bestehender Stellen führt zu erhöhten wiederkehrenden Kosten. Gleichzeitig werden durch entsprechende Stellen auch Problematiken früher erkannt, was zur Einsparung von Kosten führen kann, die durch unerkannte und deshalb sich weiter verschärfende Problemstellungen und Missstände entstehen.

**15. Zugang zu Gesundheitsversorgung (siehe insb. Kap. II.C.3.d.)**

- 15.1 *Die psychische und physische Gesundheit soll zu Beginn des Asylverfahrens (Bundesebene) Bestandteil einer umfassenden Abklärung sein (siehe Handlungsempfehlung 4.1 vorne).*
- 15.2 *Auf Basis dieser Abklärungen ist auf der zuständigen Staatsebene der Zugang zu medizinischer und therapeutischer Versorgung orts- und zeitnah sowie fachlich fundiert zu gewährleisten. Dies ist auch bei der Verabreichung von Medikamenten sicherzustellen.*
- 15.3 *Zusätzliche Ressourcen für die psychologische und psychiatrische Betreuung von Kindern und Jugendlichen mit entsprechenden Bedarfen sind auf Bundes- und kantonaler Ebene bereitzustellen; potenzielle faktische und psychologische Hürden für die Inanspruchnahme sind abzubauen, beispielsweise durch niederschwellige Angebote und Aufklärung (der betroffenen Personen sowie des Betreuungspersonals) insbesondere in Asylstrukturen.*

Einschätzung von Massnahmenbündel 15:

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>361</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – **Kantone**

**16. Zugang zu formeller Bildung und informellen Bildungsorten (siehe insb. Kap. II.C.3.d.)**

- 16.1 *Kinder und, im Falle begleiteter Kinder, deren Eltern sollten über die Möglichkeiten des Zugangs zu Bildung und Ausbildung in angemessener Sprache und mit Bezugnahme auf ihre Bedarfe und Möglichkeiten im Einzelfall informiert werden.*
- 16.2 *Bei über 16-Jährigen ist der Zugang zu Bildungs- und Ausbildungsangeboten ebenfalls sicherzustellen, dies wo immer möglich über die Regelstrukturen.*
- 16.3 *Der Zugang zur öffentlichen Schule ist aufgrund des hohen Stellenwerts des alltäglichen Austauschs mit Peers und des Zugangs zur Zivilgesellschaft für die Entwicklung, psychische Gesundheit und die soziale, sprachliche und berufliche Integration zu verbessern. Für Kinder im Vorschulalter entspricht dies Zugängen zur frühen Förderung.*
- 16.4 *Es wird in dem Zusammenhang auch empfohlen, die Zusammenarbeit mit der Schulsozialarbeit und den Schulpsychologischen Diensten zu stärken.*

---

<sup>361</sup> Einschätzung: Für *Massnahme 15.1* siehe Empfehlung 4.1 vorne. *Massnahmen 15.2 und 15.3* dürften zu einem Mehraufwand bei Bund und Kantonen führen. Früherkennung sowie – wo als nötig diagnostiziert – zeitnaher und niederschwelliger Zugang zu passenden therapeutischen Angeboten im Einzelfall führen jedoch auch zur frühzeitigen Bearbeitung der verbreiteten Belastungen und besserer psychischen Gesundheit sowie zu rascherer sozialer und beruflicher Integration, was wiederum zu Einsparungen führen dürfte.

16.5 *UMA sollen bei Bedarf bis zum Abschluss einer Erstausbildung über die Volljährigkeit hinaus eng begleitet werden, z.B. durch einen Bildungsbeauftragten oder Coach.*

16.6 *Barrieren zu informellen Bildungsangeboten wie Sport- und anderen Vereinen, Quartier- und Jugendarbeit oder Familientreffpunkten und -zentren sollen abgebaut werden.*

Good Practices:

- Die meisten Kantone bemühen sich um eine schnelle Sprachausbildung und Eingliederung in die öffentlichen Schulen bei unter 16-Jährigen - vereinzelt auch bis zur Volljährigkeit; die Integrationsagenda Schweiz (IAS)<sup>362</sup> ermöglicht den Kantonen die Umsetzung entsprechender Angebote und Massnahmen;
- Einige Kantone ermöglichen eine Begleitung bis zum Abschluss einer Erstausbildung über die Volljährigkeit hinaus.

Einschätzung von Massnahmenbündel 16:

- Dauer der Umsetzung: lange – **mittel** – kurz
- Aufwand: gross – **mittel** – klein<sup>363</sup>
- Bestehendes Wissen: **vorhanden** – zugänglich/teilweise vorhanden – zusammenzutragen/grundlegend zu erarbeiten
- Adressaten: **Bund** – **Kantone**
- Anpassung der rechtlichen Grundlagen: zu prüfen

---

<sup>362</sup> Für Informationen siehe [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Integration & Einbürgerung > Integrationsförderung > Kantonale Integrationsprogramme und Integrationsagenda > Integrationsagenda Schweiz.

<sup>363</sup> Einschätzung: *Massnahme 16.1*: Information Bildungszugänge in einfacher Sprache führt zu geringem Aufwand für Erstellung Übersicht und Vermittlung in Einzelfallplanung sowie zur dauerhaften Aufwänden, je nach Kanton; *Massnahme 16.2*: Der Zugang zu Bildung/Ausbildung für über 16-Jährige führt primär bei Kantonen (aber auch bereits beim Bund während BAZ) zu einmaligen Aufwänden der Implementierung oder des Einkaufs entsprechender Brückenangebote, hinzu kommen dauerhafte Aufwände für die Umsetzung der Angebote; *Massnahme 16.3*: Klärung und Gewährung verbindlicher Zugangsermöglichung zur öffentlichen Schule sowie Zugänge zur frühen Förderung führen zu einmaligen (Klärung) und dauerhaften (Gewährung) Aufwänden, vor allem für Kantone, die hier noch wenige Angebote haben; *Massnahme 16.4*: Klärung und Gewährung engerer Zusammenarbeit mit Schulsozialarbeit und Schulpsychologischen Diensten u.Ä. führt zu einmaligem (Klärung) und dauerhaftem (Gewährung) Aufwand vor allem bei Kantonen (je nach bereits bestehenden Angeboten); *Massnahme 16.5*: Enge Begleitung der Jugendlichen bis zum Abschluss einer Erstausbildung führt zu dauerhaftem Mehraufwand für Kantone; *Massnahme 16.6*: Zugang zu informellen Bildungsangeboten führt zu einmaligen (Zugänge schaffen) und dauerhaften (Zugänge pflegen) Aufwänden geringen Ausmasses. Einschätzung Einfluss auf Folgekosten: Frühzeitige Zugänge zur Bildung und Ausbildung ermöglichen Abschluss einer Schulbildung (öffentliche Schule) und einer grundständigen Ausbildung. Hinzu kommen dadurch ermöglichte Zugänge zur Zivilgesellschaft und Peers als zentraler Schlüssel nicht nur für soziale und berufliche Integration (frühe finanzielle Unabhängigkeit), sondern auch für das Gefühl von Zugehörigkeit und Anerkennung und somit für die psychische Gesundheit.

## VERZEICHNISSE

### *Abkürzungen*

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AfV	Kanton Zürich, Asylfürsorgeverordnung vom 25. Mai 2005, LS 851.13
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005, SR 142.20 (bis zum 31. Dezember 2018 > AuG)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Zürich
Art.	Artikel
ASYL	Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -praxis, Bern
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
AsylV 1	Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999, SR 142.311
Aufl.	Auflage
AuG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20 (per 1. Januar 2019 umbenannt in > AIG)
BAZ/CFA	Bundesasylzentrum/Centre fédéral pour requérants d'asile
BB1	Bundesblatt
BEKO	Betriebskonzept Unterbringung
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
Bst.	Buchstabe

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, SR 273
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Dublin-III-VO	Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, 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. Juni 2013, S. 31 ff.
E.	Erwägung
EASO	Europäisches Unterstützungsbüro für Asylfragen (European Asylum Support Office)
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFTA-Ü	Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR 0.632.31
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKM	Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der Asylrekurskommission (bis 1. Januar 2007)
EMN	European Migration Network
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 28. November 1974, SR 0.101
EU	Europäische Union

EU-Asylverfahrensverordnung	Verordnung (EU) 2024/1348 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Mai 2024 zur Einführung eines gemeinsamen Verfahrens für internationalen Schutz in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2013/32/EU, ABl. L 2024/1348 vom 22. Mai 2024
EU-Familienzusammenführungsrichtlinie	Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251 vom 3. Oktober 2003, S. 12 ff.
EU-Rückführungsrichtlinie	Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedsstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008, S. 98 ff.
f./ff.	folgende/fortfolgende
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 1. Juni 2002, SR 0.142.112.681
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 21. Januar 1955, SR 0.142.30
Hrsg.	Herausgeber
IAS	Integrationsagenda Schweiz
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden
KJH	Kinder- und Jugendhilfe
KJP	Kinder- und Jugendpsychiatrie
KJG	Kanton Zürich, Kinder- und Jugendheimgesetz vom 27. November 2017 LS 852.2

KJV	Kanton Zürich, Kinder- und Jugendheimverordnung vom 6. Oktober 2021, LS 852.21
KOKES	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 26. März 1997, SR 0.107
m.H.	mit Hinweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MMI	Marie Meierhofer Institut für das Kind, Zürich
N.	Note
NGO	Nichtregierungsorganisation
NKVF	Nationale Kommission zur Verhütung von Folter
NKVF-Gesetz	Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter vom 20. März 2009, SR 150.1
Nr./Nrn.	Nummer/Nummern
PAVO	Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977, SR 211.222.338
Rz.	Randziffer/Randziffern
S.	Seite/Seiten
SAV/FSA	Schweizerischer Anwaltsverband/Fédération Suisse des Avocats/Federazione Svizzera degli Avvocati
SEM	Staatssekretariat für Migration
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, Bern
SODK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSI	Internationaler Sozialdienst Schweiz
u.a.	unter anderem
UMA	Unbegleitete minderjährige Asylbewerber
UNHCR	Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen

Unicef	Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen
UNO	United Nations Organization/Vereinte Nationen
VKM	Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden
VO	Verordnung
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007, SR 142.201
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZHAW	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
Ziff.	Ziffer/Ziffern
zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

## *Literatur*

- Affolter Rahel, La protection de l'enfant en droit suisse des étrangers : état des lieux et potentiel de progression, in: Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023 – Annuaire du droit de la migration 2022/2023, Bern 2023, S. 23 ff.
- Amarelle Cesla, La pesée des Intérêts en droit des migrations: un prélude?, in: ZSR 143 II/2024, S. 223 ff.
- Asefaw Fana/Bombach Clara/Wöckel Lars, In der Schweiz lebende Minderjährige mit Fluchterfahrung: «Wer versteht meine Innenwelt?», in: Swiss Archives of Neurology, Psychiatry and Psychotherapy 169(6) 2018, S. 171 ff.
- Biderbost Yvo, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., Zürich/Genf 2023, Art. 307 ZGB
- Biesel Kay/Fellmann Lukas/Müller Brigitte/Schär Clarissa/Schnurr Stefan, Prozessmanual. Dialogisch-systemische Kindeswohlklärung, Bern 2017
- Bolzli Peter, in: Orell Füssli Kommentar Migrationsrecht, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 5. Aufl., 2019, Art. 85 AIG
- Bombach Clara, Warten auf den Transfer – Kinder(er)leben im Nicht-Ort Camp (Diss.), Zürich 2023
- Burghardt Daniel/Dederich Markus/Dziabel Nadine/Höhne Thomas/Lohwasser Diana/Stöhr Robert/Zirfas Jörg, Vulnerabilität: Pädagogische Herausforderungen, Stuttgart 2017
- Caroni Martina, in: Stämpfli Handkommentar Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), 2. Aufl., Bern 2024, Art. 47 und 85c AIG
- Caroni Martina, Die vorrangige Berücksichtigung des übergeordneten Kindesinteresses im Migrationsrecht – Menschenrechtliche Praxis, in: Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023 – Annuaire du droit de la migration 2022/2023, Bern 2023, S. 1 ff.

- Collinson Jonathan, Making the best interests of the child a substantive human right at the centre of national level expulsion decisions, in: *Netherlands Quarterly of Human Rights* 38(3) 2020, S. 169 ff.
- Eekelaar John, Two Dimensions of the Best Interests Principle: Decisions About Children and Decisions Affecting Children, in: Sutherland Elaine E./Barnes Macfarlane Lesley-Anne (Hrsg.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge 2017, S. 99 ff.
- Fankhauser Roland, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, in: *Basler Juristische Mitteilungen* 5/2010, S. 240 ff.
- Gerber Simone, *Wann interveniert der Staat in Familien, Eintritts- und Eingriffsschwellen im Kinderschutz und im Kindesrecht*, Bern 2021
- Gläser Jochen/Laudes Grit, *Experteninterviews und qualitative Inhaltsanalyse als Instrument rekonstruierender Untersuchungen*, 3. Aufl., Wiesbaden 2010
- Gordzielik Teresia/Rezzonico Laura/Strauss Raphael, Kollektive Unterbringung von Geflüchteten: Le respect de standards minimaux dans les centres d'hébergement « temporaires » de la Confédération et des cantons, in: *ASYL* 4/2023, S. 3 ff.
- Graf Anne-Laurence, *Affaire M.A. c. Danemark: délai légal de trois ans pour le regroupement familial jugé disproportionné*, in *ASYL* 4/2021, S. 23 ff.
- Güntert Sonja/Nüssle Tamara, Kindesanhörung im ausländerrechtlichen Verfahren, in: Achermann Alberto/Amarelle Cesla/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Uebersax Peter (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023 – Annuaire du droit de la migration 2022/2023*, Bern 2023, S. 51 ff.
- Hadatsch Florian/Brunner Sabine, *Neuer Leitfaden: Partizipation und Anhörung von Kindern im Asylverfahren*, in: *ASYL* 1/2024, S. 26 ff.
- Hauri Andrea/Jud Andreas/Lätsch David /Rosch Daniel (Hrsg.), *Abklärungen im Kinderschutz. Das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument in der Praxis*, Bern 2021
- Hargasser Brigitte, *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge: Sequentielle Traumatisierungsprozesse und die Aufgaben der Jugendhilfe*, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2016
- Hartmann Andrea/Eser Davolio Miryam/Mey Eva/Keller Samuel, *Unsicher in einem sicheren Land? Unbegleitete minderjährige Asylsuchende in der Schweiz zwischen Prekarität und Kinderschutz*, in: *SOZIALPOLITIK.CH* 1/2024, Artikel 1.6, S. 1 ff.

- Helland Trond/Hollekim Ragnhild, The Convention on the Rights of the Child's Imprint on Judgments from the European Court of Human Rights: A Negligible Footprint?, in: *Nordic Journal of Human Rights* 41/2023, S. 213 ff.
- Herzig Christophe A., *Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren*, Zürich 2012
- Hruschka Constantin, in: *Orell Füssli Kommentar Migrationsrecht, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen*, 5. Aufl. 2019, Art. 8 AsylG
- Kalverboer Margrite/Beltman Daan/van Os Carla/Zijlstra Elianne, The Best Interests of the Child in Cases of Migration: Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures, in: *International Journal of Children's Rights* 25 (2017), S. 114 ff.
- Kilde Gisela, § 9 Asylrechtliche Verfahren, in: Hotz Sandra (Hrsg.), *Handbuch Kinder im Verfahren, Stellung und Mitwirkung von Kindern in Straf-, Zivil-, Gesundheits-, Schul- und Asylverfahren*, Zürich/St. Gallen 2020, S. 328 ff. (zit. Asylrechtliche Verfahren)
- Kilde Gisela, Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren, in: Eitel Paul/Zeiter Alexandra (Hrsg.), *Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts: Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo*, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 205 ff. (zit. Anhörung)
- Kilkelly Ursula, The Best Interests of the Child: A Gateway to Children's Rights?, in: Sutherland Elaine E./Barnes Macfarlane Lesley-Anne (Hrsg.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge 2017, S. 51 ff.
- Lehmann Robert/Klug Wolfgang, Die prozessorientierte Aktenanalyse, in: Begemann Maik-Carsten/Birkelbach Klaus (Hrsg.), *Forschungsdaten für die Kinder- und Jugendhilfe: qualitative und quantitative Sekundäranalysen*, Wiesbaden 2019, S. 301 ff.
- Leloup Mathieu, The principle of the best interests of the child in the expulsion case law of the European Court of Human Rights: Procedural rationality as a remedy for inconsistency, in: *Netherlands Quarterly Journal of Human Rights* 37(I) 2019, S. 50 ff.
- Mannhart A./Freisleder J., Traumatisierung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen: Behandlung in der kinder- und jugendpsychiatrischen Klinik, in: *Monatsschrift Kinderheilkunde* 1/2017, Berlin/Heidelberg 2017, S. 38 ff.

- Meyer Christian, Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes (Diss.), Zürich 2019
- Michel Margot/Steck Daniel, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 298 ZPO
- Mörigen Rebecca/Rieker Peter, Vulnerabilitätsverfahren und die Erarbeitung von Agency: Ankommensprozesse junger Geflüchteter, in: Gesellschaft – Individuum – Sozialisation. Zeitschrift für Sozialisationsforschung Band 2 Nr. 1 (2021), S. 1 ff.
- Poloni Valentina, Le regroupement familial inversé des mineurs non accompagnés, in: Jusletter, 15. April 2019
- Reber Corinne, Bundesverwaltungsgericht passt Wartefrist bei Familiennachzug durch vorläufig Aufgenommene an, in: ASYL 3/2023, S. 29 ff.
- Rieker Peter/Höhne Ellen/Mörigen Rebecca, Unterbringung und Betreuung unbegleiteter minderjähriger Geflüchteter in der Schweiz aus Sicht von Fachpersonen, Schweizerische Zeitschrift für Soziale Arbeit 27.20 (2021), S. 9 ff.
- Roulin Christophe/Jurt Luiza, Institutioneller Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten bei fluktuierender Anzahl von Asylgesuchen, in: Diskurs Kindheits- und Jugendforschung 2/2020, S. 185 ff.
- Schädler Simon, Die Mitwirkungspflicht im Asylverfahren: Mit einem besonderen Fokus auf renitentes Verhalten, in: AJP 2021, S. 788 ff.
- Schmahl Stefanie, United Nations Convention on the Rights of the Child, Article-by-Article Commentary, Baden-Baden 2021
- Schmucki Antonella/Raveane Zeno/Büchler Andrea, § 25 Ausländische Kinder sowie weitere Verwandte, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas/Vetterli Luzia (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis - Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022, S. 1439 ff.
- Spescha Marc, in: Orell Füssli Kommentar Migrationsrecht, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 5. Aufl. 2019, Art. 47 AIG und Nr. 21 (Kommentar BV/EMRK/UNO-KRK)
- Uebersax Peter, Die EMRK und das Migrationsrecht aus Sicht der Schweiz, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 203 ff.

Wytttenbach Judith, in: St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl. 2023, Art. 11  
BV

Zermatten Jean, Schutz versus Mitsprache des Kindes? Überlegungen zum Spannungsfeld zwischen Art. 3 und 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK), in: Zeitschrift für Vormundchaftswesen 2009, S. 315 ff.

*Studien, Rechtsgutachten und Berichte*

Affolter-Fringeli Kurt/Vogel Urs, UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren (BAZ):

Zur Rolle der Vertrauensperson, der Kindesvertretung im Asylverfahren, der gesetzlichen Vertretung im Allgemeinen und der Herbeiführung allfälliger Kindesschutzmassnahmen, Studie im Auftrag des SEM, Ligerz und Kulmerau 30. Mai 2023 (zit. Studie UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren)

Amarelle Cesla/Zimmermann Nesa (Universität Neuenburg), Das Nothilferegime und die

Rechte des Kindes: Rechtsgutachten und Studie zur Vereinbarkeit mit der schweizerischen Bundesverfassung und der Kinderrechtskonvention, Studie im Auftrag der EKM, September 2024 (zit. Rechtsgutachten zur Nothilfe)

Hitz Quenon Nicole/Matthey Fanny (SKMR), Une justice adaptée aux enfants: L’audi-

tion de l’enfant lors d’un placement en droit civil et lors du renvoi d’un parent en droit des étrangers, Studie im Auftrag des BJ, Bern 7. April 2017 (zit. Studie kindgerechte Justiz)

Lannen Patricia/Paz Castro Raquel/Sieber Vera (MMI), Kinder und Jugendliche in der

Nothilfe im Asylbereich: Systematische Untersuchung der Situation in der Schweiz, Studie im Auftrag der EKM, September 2024 (zit. Studie zur Nothilfe)

Mey Eva/Keller Samuel/Adili Kushtrim/Bombach Clara/Eser Davolio Mirjam/Gehrig

Milena/Kehl Konstantin/Müller-Suleymanova Dilyara (ZHAW), Evaluation des UMA-Pilotprojektes: Befunde zur kindes- und altersgerechten Unterbringung und Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in den Zentren des Bundes, im Auftrag des SEM, Schlussbericht vom Januar 2019 (zit. Bericht Evaluation UMA-Pilotprojekt)

Motz Stefanie A., Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz: Rechtsrahmen und

strategische Überlegungen, Studie im Auftrag des SKMR, Oktober 2017 (zit. Studie Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz)

NKVF, Bericht an das Staatssekretariat für Migration (SEM) betreffend die Überprüfung

der Bundesasylzentren (BAZ) der Asylregion Tessin und Zentralschweiz durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), September 2023 – Januar 2024, Bern 10. April 2024 (zit. Bericht Überprüfung BAZ Tessin und Zentralschweiz 2023–2024)

NKVF, Bericht an das Staatssekretariat für Migration (SEM) betreffend Überprüfung der Bundesasylzentren (BAZ) durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) 2021 – 2022, Bern Dezember 2022 (zit. Bericht Überprüfung BAZ)

NKVF, Besuch der NKVF des temporären Bundesasylzentrums Steckborn (TG) am 28. März 2023, Bern 10. August 2023 (zit. Besuchsbericht BAZ Steckborn 2023)

NKVF, Besuch der NKVF in den temporären Bundesasylzentren Bonergasse und Schäferweg in Basel (BS) sowie in Aesch (BL) am 2. und 3. Mai 2023, Bern 10. August 2023 (zit. Besuchsbericht BAZ Basel und Aesch 2023)

NKVF, Überprüfung der Rückkehrzentren des Kantons Bern durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), Mai – August 2021, Bern 30. November 2021 (zit. Bericht Überprüfung der Rückkehrzentren Bern 2021)

NKVF, Visite de la CNTP au Centre fédéral temporaire pour requérants d’asile (CFA) de Provence (VD) le 29 mars 2023, Bern 11. Oktober 2023 (zit. Rapport de visite CFA Provence 2023)

Oberholzer Niklaus, Bericht über die Abklärung von Vorwürfen im Bereich der Sicherheit in den Bundesasylzentren: erstattet im Auftrag des Staatssekretariats für Migration (SEM) vom 20. September 2021 (zit. Bericht Sicherheit BAZ)

Prestel Victor/Bonvin Blaise/Kobelt Emilienne (TC Team Consult), Zwischenbericht. Evaluation des Pilotprojektes «Externe Meldestelle»: erstattet im Auftrag vom Staatssekretariat für Migration (SEM) Version 2.0 vom März 2024 (zit. Zwischenbericht Meldestellen)

Weber Kahn Christina/Hotz Sandra (SKMR), Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention in der Schweiz: Studie zu den rechtlichen Grundlagen und zur Praxis in den neun Kantonen in den Themenbereichen Familienrecht, Jugendstrafrecht, Kinderschutz, Bildung, Studie im Auftrag des Bundes, Bern 2019 (zit. Studie Partizipationsrecht)

## *Materialien, Weisungen und weitere Unterlagen*

Bundesrat, Änderung des Ausländer- und Integrationsgesetzes (Anpassung der Wartefrist beim Familiennachzug von vorläufig Aufgenommenen): Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens; Bern (ohne Datum) (abrufbar unter: [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Dokumentation > Medienmitteilungen > Bundesrat schlägt Anpassung der Wartefrist beim Familiennachzug vor) (zit. Erläuternder Bericht Wartefrist Familiennachzug von vorläufig Aufgenommenen)

Bundesrat, Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes, 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1 ff. (zit. Botschaft KRK)

EASO, Praxisleitfaden für die Altersbestimmung, Reihe EASO-Praxisleitfäden, 2. Aufl., 2018 (zit. Praxisleitfaden für die Altersbestimmung)

Europarat, Ministerkomitee, Empfehlung 2000/15 vom 13. September 2000 über den sicheren Aufenthalt von langjährigen Einwanderern (zit. Empfehlung 2000/15)

European Migration Network, Accompanied children's right to be heard in international protection procedures – EMN Inform, April 2023 (zit. Accompanied children's right to be heard in international protection procedures)

Kanton St. Gallen, Amt für Soziales, Empfehlungen für kindergerechte Verfahren im Kanton St. Gallen, RRB 2021/399 / Beilage, 2. April 2019 (Stand 26. Januar 2021) (zit. Empfehlungen für kindergerechte Verfahren im Kanton St. Gallen)

Kanton Waadt, Examen de la situation des enfants dans le cadre d'une mesure de renvoi de Suisse de la famille suite aux recommandations formulées par l'évaluation Schengen, Ordre de Service 2019/1, 1. Mai 2019 (zit. Examen de la situation des enfants)

Kanton Zürich, Sicherheitsdirektion, Massnahmenpraxis bei Sozialhilfeabhängigkeit, 1. September 2024 (abrufbar unter: [www.zh.ch](http://www.zh.ch) > Themen > Migration & Integration > Ausländerrechtliche Massnahmen & Vollzug) (zit. Massnahmenpraxis bei Sozialhilfeabhängigkeit)

Kanton Zürich, Unterstützungszuständigkeit für Personen des Asyl- und Flüchtlingsbereichs, Erläuterungen, 20. Juni 2024 (abrufbar unter: [www.zh.ch](http://www.zh.ch) > Soziales > Sozialhilfe > Sozialhilfehandbuch > Zuständigkeit > Zuständigkeitsordnung in der Sozialhilfe > Unterstützungszuständigkeit für Personen des Asyl- und Flüchtlingsbereichs > Erläuterungen) (zit. Erläuterungen Unterstützungszuständigkeit)

Kanton Zürich, Sicherheitsdirektion, Weisung Familiennachzug, 18. Januar 2019 (zit. Weisung Familiennachzug)

Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (2005), Behandlung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder ausserhalb ihres Herkunftslandes, 3. Juni 2005, CRC/GC/2005/6 (zit. Allgemeine Bemerkung Nr. 6)

Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009), Recht des Kindes, gehört zu werden, 20. Juli 2009, CRC/C/GC/12 (zit. Allgemeine Bemerkung Nr. 12)

Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013), Recht des Kindes auf Berücksichtigung seines Wohls als ein vorrangiger Gesichtspunkt (Art. 3 Abs. 1), 29. Mai 2013, CRC/C/GC/14 (zit. Allgemeine Bemerkung Nr. 14)

Kinderrechtsausschuss, Schlussbemerkung zum fünften und sechsten Staatenbericht der Schweiz, 22. Oktober 2021, CRC/C/CHE/CO/5-6 (zit. Schlussbemerkungen Staatenbericht Schweiz 2021)

Kinderrechtsausschuss, Schlussbemerkungen zum zweiten, dritten und vierten Staatenbericht der Schweiz, 26. Februar 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4 (zit. Schlussbemerkungen Staatenbericht Schweiz 2015)

MMI/Unicef, Die Kindesanhörung. Es geht um dich – deine Meinung ist gefragt: Für Jugendliche ab 13 Jahren, Zürich 2014 (abrufbar unter: [www.unicef.ch](http://www.unicef.ch) > Was wir tun > National > Publikationen und Materialien) (zit. Es geht um dich – deine Meinung ist gefragt)

SEM, Betriebskonzept Unterbringung (BEKO), Version 4.0, vom 1. Januar 2022 (zit. BEKO)

SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, A2 - UN-Kinderrechtskonvention (KRK) (Stand 15. Juni 2022) (zit. Handbuch KRK)

SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, B3 - Untersuchungsgrundsatz, Mitwirkungspflicht und Beweisverfahren (Stand 10. Februar 2020) (zit. Handbuch Untersuchungsgrundsatz, Mitwirkungspflicht und Beweisverfahren)

SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C1 – Bundesasylzentren (Stand 2. August 2024 (zit. Handbuch BAZ)

SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C6.2 – Anhörung zu den Asylgründen (Stand 21. Dezember 2023) (zit. Handbuch Anhörung)

SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, C9 – Unbegleitete minderjährige Asylsuchende (UMA) (Stand 19. August 2024) (zit. Handbuch UMA)

SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, E3 – Wegweisung, Vollzug der Wegweisung und Anordnung der vorläufigen Aufnahme (Stand 8. Mai 2019) (zit. Handbuch Wegweisung)

SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, F7 – Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen (Familienvereinigung) (Stand 16. Juli 2024) (zit. Handbuch Familienvereinigung)

SEM, Handbuch zur Unterbringung und Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ), Version 2.0 (Stand 1. November 2023) (zit. UMA-Betreuungshandbuch)

SEM, Weisungen und Erläuterungen, I. Ausländerbereich (Weisungen AIG), vom Oktober 2013 (Stand 1. Juni 2024) (zit. Weisungen AIG)

SEM, Weisungen, III. Asylbereich, vom 1. Januar 2008 (Stand 1. Juni 2024) (zit. Weisungen Asylbereich)

SFH, Mindeststandards für die Unterbringung von Asylsuchenden: Positionspapier SFH, Bern Januar 2021 (abrufbar unter: [www.fluechtlingshilfe.ch](http://www.fluechtlingshilfe.ch) > Publikationen > Positionspapiere) (zit. Mindeststandards für die Unterbringung von Asylsuchenden)

SFH, Rechtliches Gehör für Minderjährige im Asylverfahren. Juristische Analyse und Vorschläge der SFH, Bern 2021 (zit. Rechtliches Gehör)

SODK, Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich, 20. Mai 2016 (abrufbar unter: [www.sodk.ch](http://www.sodk.ch) > Dokumentation > Empfehlungen) (zit. Empfehlungen zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich)

SODK/KOKES, Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) und der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) zur Ausserfamiliären Unterbringung, 20. November 2020 (abrufbar unter: [www.sodk.ch](http://www.sodk.ch) > Dokumentation > Empfehlungen) (zit. Empfehlungen zur Ausserfamiliären Unterbringung)

SSI, Begleitung von jungen Migrant\*innen in der Schweiz: Handbuch zum Mentoring von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, Februar 2022 (abrufbar unter: [www.ssi-suisse.org](http://www.ssi-suisse.org) > Publikationen > Unbegleitete Minderjährige) (zit. Begleitung von jungen Migrant\*innen)

- SSI, Good-Practice-Katalog: Vielversprechende Ansätze der Unterbringung und Betreuung von unbegleiteten Minderjährigen in der Schweiz, Genf/Zürich März 2018 (abrufbar unter [www.ssi-suisse.org](http://www.ssi-suisse.org) > Publikationen > Unbegleitete Minderjährige) (zit. Good-Practice-Katalog)
- SSI, Mapping der kantonalen Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen für UMA, 2022 (abrufbar unter: [www.ssi-suisse.org](http://www.ssi-suisse.org) > Publikationen > Unbegleitete Minderjährige) (zit. Mapping der kantonalen Unterbringungs- und Betreuungsstrukturen für UMA)
- UNHCR, Best Interests Procedure Guidelines: Assessing and Determining the Best Interests of the Child, 2021 (zit. Best Interests Procedure Guidelines)
- UNHCR, Richtlinien zum Internationalen Schutz: Asylanträge von Kindern im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 und 1 (F) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2009 (zit. Richtlinien zum Internationalen Schutz)
- UNHCR, Runder Tisch «Kinderrechte im Schweizer Asylverfahren – eine Bestandesaufnahme zum 30. Jahrestag der Kinderrechtskonvention, Bern 2019 (zit. Runder Tisch Kinderrechte)
- Unicef, Faltblatt. Deine Rechte im Asylverfahren (abrufbar unter: [www.unicef.ch](http://www.unicef.ch) > Was wir tun > National > Publikationen und Materialien) (zit. Faltblatt. Deine Rechte im Asylverfahren)
- Unicef/MMI, Die Kindesanhörung in zivilrechtlichen Verfahren: Leitfaden für Fachpersonen, Zürich Juni 2023 (abrufbar unter: [www.unicef.ch](http://www.unicef.ch) > Was wir tun > National > Publikationen und Materialien) (zit. Die Kindesanhörung in zivilrechtlichen Verfahren)
- Unicef/MMI, Partizipation und Anhörung von Kindern im Asylverfahren: Leitfaden für Rechtsvertretung, Vertrauenspersonen, Mitarbeitende des SEM sowie andere Fachpersonen, 2023 (abrufbar unter: [www.unicef.ch](http://www.unicef.ch) > Was wir tun > National > Publikationen und Materialien) (zit. Partizipation und Anhörung von Kindern im Asylverfahren)
- Wanderarbeitsausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of

international migration, 16. November 2017, CMW/C/GC/3-/CRC/C/GC/22 (zit. Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 3/22)

Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, 16. November 2017, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 (zit. Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 4/23)

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

## *Auteurs et auteurs :*

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

## *Mandant :*

Secrétariat d'État aux migrations (SEM)

6 octobre 2024 (état 15 mai 2025)

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

## MANAGEMENT SUMMARY (FR)

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

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

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

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

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

## MANAGEMENT SUMMARY (DE)

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

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

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

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

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

## MANAGEMENT SUMMARY (IT)

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

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

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

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

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

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

## I. INTRODUCTION

### A. Contexte

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

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

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

L'*intérêt supérieur de l'enfant* est au centre des thèmes visés dans le postulat<sup>1</sup>. C'est à la fois la notion centrale et le concept juridique primordial de la Convention de l'ONU

---

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

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

relative aux droits de l'enfant (CDE), qui énonce les règles essentielles du droit international applicables aux enfants<sup>2,3</sup>. La question principale de la présente étude est de savoir comment ces dispositions sont mises en œuvre et appliquées en Suisse en droit des étrangers et en droit de l'asile. Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU (Comité des droits de l'enfant), qui a pour mandat de contrôler la mise en œuvre et l'application de la CDE<sup>4</sup>, joue un rôle important dans l'interprétation de cette convention. L'étude s'appuie entre autres sur ses recommandations pour interpréter les dispositions de la CDE.

Le *but* essentiel de la CDE est d'assurer que les enfants ne soient considérés et traités ni comme des « *kleine Erwachsene* » [petits adultes]<sup>5</sup>, ni comme des « *Anhängsel Ihrer Eltern* » [simples appendices de leurs parents]<sup>6</sup>, afin d'éviter que leurs intérêts ne soient négligés, oubliés, ignorés, vidés de leur sens ou instrumentalisés<sup>7</sup>. Les enfants sont des

---

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

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

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

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

<sup>5</sup> CARONI, p. 1

<sup>6</sup> ILLES, n. 30 ad art. 84 LEtr

<sup>7</sup> SCHMAHL, n. 2 ad art. 3 CDE

sujets de droit autonomes ayant des besoins, des désirs et des points de vue spécifiques<sup>8</sup>. L'art. 3, al. 1, CDE formule l'impératif normatif essentiel selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants. Cet impératif se décline en trois axes prescriptifs : (1) il consacre un droit subjectif de l'enfant à la prise en compte de ses intérêts dans les décisions en tant que considération à part entière revêtant une importance primordiale. (2) Sur le plan procédural, il impose d'évaluer et de déterminer spécifiquement les besoins des enfants. (3) Et enfin, il établit une règle qui oblige à tenir compte, de manière générale, des intérêts des enfants lors de l'interprétation de dispositions ambiguës ou peu claires<sup>9</sup>.

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

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

---

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

<sup>9</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 6

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

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

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

- Il faut mentionner tout d'abord que chaque État est en droit de régler l'entrée et le séjour des personnes étrangères sur son territoire conformément à la politique migratoire qu'il a choisie, et que ce droit s'étend aux enfants. Les droits découlant de la CDE ne changent rien à cette compétence étatique : ce sont les États qui accordent, ou n'accordent pas, les droits des enfants à entrer sur leur territoire et à y séjourner. La CDE ne donne pas naissance à un droit général des enfants à séjourner dans un État déterminé<sup>10</sup>. Les États sont toutefois tenus de respecter les obligations de droit international qu'ils ont souscrites. Dans le cas des enfants migrants, de telles obligations découlent notamment de la CEDH, de la CDE, de la Conv. réfugiés, de l'ALCP et de la Convention AELE, ainsi que des accords de Schengen et de Dublin. Tous ces actes sont à prendre en compte lors de l'élaboration de normes générales et abstraites et peuvent donner lieu à un droit d'entrée ou de séjour pour un enfant.

---

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

- L'intérêt supérieur de l'enfant est une notion juridique peu précise, faute d'une définition de portée générale<sup>11</sup>. Or c'est justement cette indétermination qui doit permettre à l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant de remplir sa fonction, cet aspect étant à déterminer individuellement en fonction de l'enfant et de sa situation concrète<sup>12</sup>. Selon le Comité des droits de l'enfant, le but est la réalisation de tous les droits reconnus dans la CDE<sup>13</sup>. Cette dernière précise à divers égards la manière de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant dans le détail. En pratique toutefois, on peut distinguer plusieurs « *Qualitätsstufen* » [niveaux de qualité] de l'intérêt supérieur de l'enfant en fonction du contexte d'application<sup>14</sup>. Dans nombre de procédures relevant du droit des étrangers, le principe de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant fait principalement office de fil conducteur dans la pesée des intérêts en présence, mais dans le domaine de l'asile se pose par exemple la question de savoir si un retour au pays risque de mettre en péril l'intérêt supérieur de l'enfant. La doctrine juridique ne fournit aucune théorie systématique sur le fonctionnement de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale<sup>15</sup>.
  
- La vulnérabilité particulière des enfants est un aspect crucial de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour éclairer quelque peu cette notion, la vulnérabilité désigne une « *erhöhte Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit, verletzt oder beschädigt zu werden* » [une probabilité ou un risque accru de subir des blessures ou des dommages]<sup>16</sup>. L'enfance est considérée comme un état vulnérable de manière générale, car l'individu n'a pas fini de se développer. C'est d'autant plus vrai pour les jeunes enfants, exposés à des contraintes et des dangers supplémentaires justement dans le contexte des migrations, et tout particulièrement les enfants réfugiés, dont la santé psychique et physique est mise en péril par le fait de fuir leur pays, l'omniprésence des procédures

---

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

<sup>12</sup> BIDERBOST, n. 8 ad art. 307 CC

<sup>13</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 4

<sup>14</sup> GERBER, p. 71

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

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

administratives, des conditions parfois précaires dans les hébergements, la pauvreté ou encore le fait de perdre famille et amis. Ces facteurs, parmi d'autres, accroissent le risque que les obstacles au développement dus au contexte migratoire supplantent ou évincent les difficultés propres au jeune âge. Ces risques ne sont pas suffisamment reconnus et pris en compte actuellement<sup>17</sup>.

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

### C. Démarche et méthode

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

---

<sup>17</sup> HARTMANN/ESER DAVOLIO/MEY/KELLER, p. 5

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

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

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

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

demandes<sup>18</sup> ne disposaient pas de documents spécifiques<sup>19</sup>. (b) Dans le domaine de l’asile, les auteures et auteurs ont analysé les articles de manuels publiés et 30 documents supplémentaires, ainsi que huit vidéos de formation consacrées aux enfants dans la procédure d’asile. Le Tribunal administratif fédéral n’a pas de documents spécifiques.

- Le *module 3* a examiné la mise en œuvre des prescriptions légales au niveau individuel et concret dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, en approfondissant l’analyse par l’examen de dossiers concrets. 100 dossiers individuels relevant de procédures en droit des étrangers et de l’asile ont été étudiés au moyen d’une méthode d’analyse axée sur la procédure<sup>20</sup>. Les critères d’appréciation s’alignaient pour l’essentiel sur les prescriptions du Comité des droits de l’enfant<sup>21</sup>. (a) L’analyse en droit des étrangers a porté sur 44 dossiers concernant un total de 74 enfants, mis à disposition par les offices des migrations des cantons d’AG, NE et VD et les tribunaux administratifs des cantons de GR et ZH. Les auteures et auteurs ont veillé à avoir une diversité de dossiers en termes de région linguistique, de cadre ville/campagne et de nombre de cas<sup>22</sup>.<sup>23</sup> Tous les dossiers de première instance examinés dans le domaine du droit des étrangers concernaient des refus en matière de regroupement familial, de révocation de l’autorisation de séjour et de renvoi ; les dossiers des tribunaux administratifs concernaient également des décisions

---

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

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

<sup>20</sup> LEHMANN/KLUG, p. 301 ss

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

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

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

favorables dans de telles procédures<sup>24</sup>. (b) Dans le domaine de l’asile, l’examen a porté sur 56 cas d’enfants, avec autant de dossiers du SEM<sup>25</sup>, concernant des procédures nationales et des procédures Dublin d’enfants accompagnés ou non ainsi que des regroupements familiaux. Les dossiers examinés impliquaient cinq pays d’origine ou de provenance<sup>26</sup> et tous portaient sur des procédures achevées, voies de droit incluses le cas échéant<sup>27</sup>, avec aussi bien des décisions d’admission que de rejet.

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

- Le *module 4* dépouillait la bibliographie sociologique actuelle consacrée aux thématiques en question (enfance et croissance, bases de psychologie du développement, théories du lien, sociopédagogie des âges de vie, fuite et migration). Il se penchait aussi sur des études pertinentes concernant l’hébergement et l’encadrement, l’hébergement extrafamilial en général et les guides et recommandations en matière d’audition dans la procédure d’asile et la procédure de protection de l’enfant. L’examen incluait certaines statistiques existantes<sup>28</sup>, d’autres statistiques n’ont pas pu être obtenues<sup>29</sup>.
- Le *module 5* recensait les expériences, observations et appréciations pertinentes de spécialistes au moyen d’entretiens thématiques structurés selon des fils conducteurs,

---

<sup>24</sup> À l’exception de quatre dossiers, toutes les procédures ont été ouvertes après le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

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

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

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

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

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

réalisés avec 26 personnes et d'une durée de 30 à 60 minutes, les données ayant été récoltées et évaluées selon une méthode d'analyse reconstructive<sup>30</sup>. Les entretiens se focalisaient sur la question de la mise en œuvre et de l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale et sur le droit d'être entendu. Ont été interviewés des collaboratrices et collaborateurs des autorités de migration (4)<sup>31</sup>, une personne d'une autorité de recours cantonale supérieure (1), des représentantes et représentants juridiques et des conseillères et conseillers juridiques (7)<sup>32</sup>, des collaboratrices et collaborateurs d'ONG (4), des spécialistes de l'hébergement et de l'encadrement (5), une personne spécialisée dans le domaine de la thérapie (1) et des professionnelles et professionnels du domaine curatelle/APEA (3), actifs en partie au niveau national, en partie au niveau régional<sup>33</sup>. Ont également été interrogés cinq jeunes adultes étant passés par des procédures d'asile lors de leur enfance/adolescence (« experts témoins »)<sup>34</sup>. En complément, le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) a mis à disposition une évaluation anonymisée de 13 entretiens avec des requérantes et requérants d'asile mineurs, réalisés en 2021 et 2022<sup>35</sup>.

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

---

<sup>30</sup> GLÄSER/LAUDES, p. 1 ss

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

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

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

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

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

dans le postulat : (a) procédures en droit des étrangers<sup>36</sup> (102 spécialistes) ; (b) procédures en droit de l'asile<sup>37</sup> (112 spécialistes) ; (c) hébergement et encadrement<sup>38</sup> (210 spécialistes)<sup>39</sup> ; (d) curatelle et APEA<sup>40</sup> (85 spécialistes). Les questionnaires contenaient des questions spécifiques au domaine et à la fonction ainsi que des questions communes d'ordre général. Les questions fermées ont été évaluées de manière statistique et descriptive. Les questions ouvertes ont subi une analyse du contenu suivie d'un codage.

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

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

---

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

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

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

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

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

- Le *module 8* faisait la synthèse des diverses analyses effectuées, en se concentrant sur la coordination des modules et l'évaluation des résultats. Ces derniers ont été pondérés eu égard aux questions soulevées par le postulat, d'après l'état de la mise en œuvre et de l'application des prescriptions de la CDE en Suisse.
- Le *module 9* consistait en la rédaction de l'étude.

## II. RÉSULTATS DE L'ÉTUDE

### A. Procédures en droit des étrangers

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

Un quart des enfants vivant en Suisse sont des étrangers<sup>41</sup>. Dès lors, un enfant sur quatre est concerné par une forme ou autre de procédure relevant du droit des étrangers, qui peut avoir pour objet l'entrée, la prolongation du séjour, une amélioration du statut ou la mobilité géographique et professionnelle. Eu égard à l'importance particulière des procédures visant à décider où et avec qui un enfant passera sa vie, l'étude se concentre sur les procédures de regroupement familial et de révocation de l'autorisation.

#### 1. Détermination de l'état de fait

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

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

---

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

l'ensemble des éléments à prendre en considération pour arrêter une décision concernant un enfant dans une situation particulière. La détermination correspond au processus formel ayant pour objet de définir ce qui sert l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>42</sup>. Dans toute procédure concernant des enfants, la détermination de l'état de fait doit inclure un examen de la situation de l'enfant. Pour obtenir les informations, il faut s'adresser en premier lieu à l'enfant lui-même ; d'autres sources d'informations importantes sont les personnes qui lui sont proches (parents, famille, pourvoyeurs de soins, personnel enseignant, etc.)<sup>43</sup>. La procédure visant évaluer la situation de l'enfant doit jouir de la protection de garanties procédurales spécifiques. Il faut au moins garantir des stades de procédure spécifiques pour l'évaluation de la situation, ainsi que la documentation de la procédure et de ses résultats<sup>44</sup>.

L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en particulier, a révélé que l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale est considérée comme engendrant des contraintes renforcées en termes de détermination de l'état de fait<sup>45</sup>. Une *procédure spécifique* visant à l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant ne figure pas dans la loi et n'a été observée ni dans la jurisprudence, ni dans les dossiers examinés. De plus, aucun des cantons participant à l'étude n'avait de documents concernant cette question. Des spécialistes ainsi que l'enquête en ligne ont confirmé ce constat<sup>46</sup>. Force est de constater qu'une procédure (ou étape de procédure) spécifiquement destinée à évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant fait défaut dans les procédures relevant du droit des étrangers. Combiné aux règles plutôt vagues établies dans la jurisprudence, ce déficit entraîne le risque d'une évaluation et d'une prise en compte incomplètes des intérêts de l'enfant.

---

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

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

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

<sup>45</sup> Pour le détail, voir le chap. II.C.1.a. ci-après.

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

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

Un deuxième aspect névralgique de la détermination de l'état de fait est l'absence d'une *évaluation systématique de l'intérêt supérieur de l'enfant* en tant que tel, défaut manifestement problématique au vu des intérêts en jeu pour les enfants. Dans une majorité des dossiers de première instance étudiés, les enfants ont été séparés de leurs parents (en cas de renvoi du parent) ou n'ont pas été réunis avec eux (en cas de regroupement familial)<sup>47</sup>. Il s'agit pour eux de modifications ayant un impact majeur (cf. art. 9, al. 1, CDE), qui déclenche une obligation de tenir compte de leur bien à titre de considération primordiale<sup>48</sup>. Afin de pouvoir réaliser ce principe, il faut d'abord élucider les faits pertinents<sup>49</sup>, et force est de constater des déficits à cet égard.

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

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

---

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

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

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

concernés, on n'observe, pour 25 enfants, aucune mesure d'évaluation allant au-delà de la saisie des données personnelles et de l'octroi aux parties à la procédure du droit d'être entendu, par écrit, avant le prononcé de la décision ; pour les 31 enfants restants, l'évaluation effectuée reste très limitée<sup>50</sup>. En revanche, la situation des enfants sous curatelle a fait l'objet d'un examen plus complet dans les dossiers de première instance. Dans le cas de quatre enfants, l'autorité cantonale des migrations a invité les curatrices et curateurs à s'exprimer sur la situation et sur l'opinion de l'enfant, ce qu'ils ont fait de manière relativement détaillée, en se focalisant toutefois sur la situation concrète des enfants. Ce sont les seuls cas dans lesquels l'autorité a demandé spécifiquement l'appréciation d'une personne spécialiste spécifique pour les enfants. Dans la plupart des dossiers, l'examen de l'état de fait s'est concentré sur la situation des adultes et il a en général été renoncé à une analyse complète de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>51</sup>.

À la différence de ce constat dans les dossiers de première instance, les responsables de cas ayant répondu à l'*enquête en ligne* ont estimé majoritairement que l'intérêt supérieur de l'enfant est toujours évalué de manière exhaustive. En revanche, les représentantes et représentants juridiques interrogés ont majoritairement pensé le contraire<sup>52</sup>. Les entretiens avec des expertes et experts de ce domaine de procédure confirment que la détermination de l'état de fait n'est pas systématique. Les raisons évoquées pour expliquer ce déficit sont une focalisation sur l'adulte impliqué, la forme écrite de la procédure, ainsi qu'un manque de connaissances et de ressources. Une personne assurant la représentation juridique souligne que la jurisprudence selon laquelle les enfants partagent en principe le sort de leurs parents en droit des étrangers fait qu'ils « *mit den Eltern mitlaufen* » [sont traités comme des accessoires des parents] dans la procédure, ce qui est aussi lié au fait que les

---

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

<sup>51</sup> Voir le chap. II.A.1.c. ci-après.

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

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

La focalisation sur l'adulte impliqué se reflète dans la *jurisprudence du Tribunal fédéral*. Bien qu'on trouve régulièrement dans ses arrêts une appréciation de critères pertinents pour l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment un exposé relatif à la situation de l'enfant et des parents, à la relation parents-enfants et au pays de provenance, l'examen se limite souvent à une partie seulement de ces critères et vise en première ligne à trancher le droit de séjour du parent concerné. Le critère de décision prépondérant semble être le comportement du parent plutôt que l'importance présente et future de sa présence physique pour le développement de l'enfant. Même lorsque l'enfant dispose d'un droit de séjour originaire, c'est-à-dire qu'il possède un titre de séjour autonome, non dérivé de ses parents, il ne joue généralement qu'un rôle secondaire dans la décision. On peut prendre pour exemple l'arrêt 2C\_513/2022 du 12 mai 2023 :

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

Cette impression de *focalisation sur la situation des adultes* (et l'élucidation incomplète de l'intérêt supérieur de l'enfant qui en découle) s'explique probablement en partie par la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle les conditions du droit au séjour ne découlent pas directement de la CDE<sup>53</sup>. Par conséquent, la détermination de l'état de fait se

---

<sup>53</sup> Concernant la CDE de manière générale : ATF 126 II 377 consid. 5, avec renvoi à ATF 124 II 361 consid. 3.b ; concernant l'art. 3 CDE : ATF 143 I 21 consid. 5.5.2 et 144 I 91 consid. 5.2, récemment confirmé dans TF, arrêt 2C\_113/2023 du 27 septembre 2023 consid. 5.7.4 ; concernant les art. 9 et 10 CDE : ATF 124 II 361 consid. 3.b et 139 I 315 consid. 2.4, 140 I 145 consid. 3.2

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

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

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

Deux dossiers pertinents permettent d'illustrer ce constat :

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

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

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

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

cas n'étaient « pas » ou « plutôt pas » d'accord<sup>54</sup>. Une évaluation et une détermination plus complètes et systématiques de l'intérêt supérieur de l'enfant (voir chap. II.A.1.a. et b. ci-avant) devrait permettre d'éliminer ou d'atténuer le problème de la disproportion constatée lors de l'analyse des dossiers et identifiée par la majorité des représentantes et représentants juridiques.

## 2. Participation

### a. Audition personnelle de l'enfant

Le deuxième domaine problématique fondamental de la procédure en droit des étrangers, en plus de la détermination de l'état de fait ou en tant qu'aspect de cette dernière, concerne la *participation des enfants*. En vertu de la CDE, l'enfant doit être reconnu comme un sujet de droit à part entière et pris au sérieux. C'est pourquoi l'art. 12, al. 1, CDE oblige les États parties à laisser l'enfant s'exprimer sur toute question l'intéressant<sup>55</sup>. À cet effet, l'art. 12, al. 2, CDE prévoit que l'enfant doit être entendu dans les procédures judiciaires ou administratives « soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié »<sup>56</sup>. Le Comité des droits de l'enfant préconise toutefois d'entendre directement l'enfant dans la mesure du possible<sup>57</sup>.

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

---

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

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

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

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

nécessaire »<sup>58</sup>. Le contexte d'application est extrêmement restreint<sup>59</sup>. Le droit suisse des migrations ne comporte aucune autre norme qui transpose l'art. 12 CDE<sup>60</sup>. Sur ce plan, la législation sur la procédure civile, par exemple, va plus loin : l'art. 298 CPC dispose que l'audition personnelle de l'enfant est la norme pour les questions de droit de la famille qui l'intéressent<sup>61</sup>. Cette différence met en lumière l'importance que revêt le droit d'être entendu au sens de l'art. 12 CDE dans les procédures relevant du droit des migrations<sup>62</sup>.

Selon le *Tribunal fédéral*, l'art. 12 CDE est une norme du droit conventionnel directement applicable<sup>63</sup>. Un enfant peut donc se prévaloir directement de cette disposition en Suisse, sans qu'il soit nécessaire de la transposer dans une loi nationale<sup>64</sup>. Il est sans objet de savoir si l'enfant a formellement la qualité de partie dans la procédure de droit des étrangers, il faut plutôt déterminer s'il peut être considéré comme étant touché par la décision. Ce n'est pas le cas uniquement lorsque son propre droit de séjour est en question<sup>65</sup>, mais également lorsque cela concerne l'un de ses parents ou une personne proche<sup>66</sup>. Le Tribunal fédéral n'exige toutefois pas impérativement que les enfants soient entendus

---

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

<sup>59</sup> Concernant la relation entre l'art. 47, al. 4 et l'art. 12 CDE : TF, arrêt 2C\_723/2018 du 13 novembre 2018 consid. 3.1 ; SPESCHA, n. 18 ad art. 47 LEI et les références citées ; CARONI, n. 35 ss ad art. 47 LEI

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

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

<sup>62</sup> Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29, al. 2, Cst. n'est acquis qu'aux parties à la procédure ; or les enfants n'ont pas toujours cette qualité dans les procédures de droit des étrangers qui les concernent (voir TF, arrêt 2C\_641/2019 du 3 octobre 2019 consid. 2.3 avec référence à l'ATF 130 II 521 consid. 2.8). Le droit à une audition personnelle inscrit à l'art. 6 CEDH ne s'applique pas dans les procédures relevant du droit des étrangers (cf. ATF 137 I 128 consid. 4.4.2).

<sup>63</sup> Voir ATF 124 III 90 consid. 3.a. ; 147 I 149 consid. 3.2.

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

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

<sup>66</sup> La condition étant qu'il s'agisse d'une relation personnelle importante et vivante (voir TF, arrêt 2C\_81/2021 du 29 juillet 2021 consid. 4.1, avec les références citées). Concernant l'applicabilité des art. 3 et 12 CDE aux relations familiales de facto : Comité des droits de l'enfant, *Y.B. et N.S. c. Belgique*, § 8.3 et 8.8.

personnellement. Il demande une audition appropriée, autrement dit en fonction des circonstances du cas concret, et admet qu'elle puisse avoir lieu par écrit ou par l'entremise d'une représentante ou d'un représentant<sup>67</sup>. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les auditions personnelles sont en principe possibles à partir de l'âge de six ans<sup>68</sup>.

Les *directives du SEM* font état d'une certaine « marge de manœuvre » en lien avec le champ d'application de l'art. 12 CDE<sup>69</sup>. Selon le SEM, le droit d'être entendu doit « raisonnablement » être restreint aux procédures dans lesquelles des intérêts essentiels concernant la personne de l'enfant sont directement en jeu, ce qui est notamment le cas lorsqu'il est question de le séparer de sa famille ou lorsqu'il s'agit de décider qui aura la garde suite à un divorce<sup>70</sup>. Puisque les procédures relevant du droit des étrangers concernent généralement des « intérêts essentiels concernant la personne » des enfants, cette condition devrait être remplie dans la majorité des cas. Le SEM estime que, la procédure en matière de droit des étrangers étant essentiellement écrite, il n'est pas indispensable que les enfants soient entendus personnellement et oralement, la condition déterminante étant que leur point de vue puisse s'exprimer de façon appropriée<sup>71</sup>.

La majorité des *offices cantonaux des migrations* ne dispose pas d'instructions spécifiques concernant la gestion du droit d'être entendu de l'enfant. Certains renvoient aux instructions susmentionnées du SEM ou à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>72</sup>. Le canton de Bâle-Ville a des aide-mémoires sur les droits des enfants en général et sur la participation des enfants en vertu de l'art. 12 CDE. Un descriptif de procédure interne prévoit des investigations spécifiques en vue de l'octroi du droit d'être entendu en cas de renvoi

---

<sup>67</sup> Voir ATF 124 II 361 consid. 3.c.

<sup>68</sup> Ce seuil s'entend comme une ligne directrice générale. Une audition orale peut s'imposer aussi pour des enfants plus jeunes (voir p. ex. TF, arrêt 2C\_81/2021 du 19 juillet 2021 consid. 4.1, avec référence à l'ATF 131 III 553 consid. 1.2.3 ; TF, arrêt 2C\_870/2016 du 21 décembre 2016 consid. 3.4 concernant un enfant de cinq ans). Le Tribunal fédéral prend donc pour référence la capacité à s'entretenir plutôt que la capacité de discernement.

<sup>69</sup> SEM, directives LEI, ch. 10.2

<sup>70</sup> Ibidem, ch. 10.2 et les références citées

<sup>71</sup> Ibidem, ch. 6.10.2 et les références citées

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

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

Une étude réalisée par le CSDH en 2017 a constaté que moins de la moitié des cantons auditionnaient les enfants dans les procédures relevant du droit des étrangers. Un peu moins de la moitié des cantons ont indiqué entendre les enfants « parfois » et deux cantons ont indiqué qu'ils le faisaient<sup>73</sup>. La présente étude donne elle aussi à penser que l'audition directe des enfants, telle que recommandée par le Comité des droits de l'enfant, fait *clairement figure d'exception* en pratique. Parmi les dossiers de première instance examinés, une audition personnelle n'a été observée que pour 2 enfants concernés sur 56<sup>74</sup>. L'enquête en ligne<sup>75</sup> tout comme les entretiens réalisés avec des expertes et experts ont eux aussi révélé que l'audition personnelle des enfants n'intervenait qu'exceptionnellement. Les expertes et experts membres d'ONG ont aussi fait remarquer, que dans les procédures relevant du droit des étrangers, les enfants sont généralement considérés comme capables de discernement, et donc auditionnables personnellement, à partir de 14 ou 12 ans, ce qui n'est pas le cas dans le domaine de la protection de l'enfant. Certaines personnes interrogées ont toutefois rapporté que même des enfants de 16 ou 17 ans, âge où la capacité d'être entendu n'est plus en doute, n'étaient pas toujours entendus personnellement. De nombreux expertes et experts ont estimé que si les enfants n'étaient pas entendus, c'était surtout en raison d'un manque de connaissances et de ressources correspondantes, ainsi que du fait que les procédures étaient essentiellement menées en la forme écrite.

---

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

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

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

## b. Implication directe de l'enfant

L'absence d'auditions personnelles s'explique en partie par la *pratique du Tribunal fédéral*, qui permet de renoncer à effectuer une audition personnelle si trois conditions sont remplies<sup>76</sup> : (1) l'enfant doit être représenté par ses parents<sup>77</sup>. (2) Les intérêts de l'enfant doivent être considérés comme coïncidant avec ceux des parents, condition présumée remplie par exemple lorsque la question concerne aussi bien le droit de séjour de ces derniers que de leurs enfants<sup>78</sup>. (3) L'état de fait pertinent en droit peut être élucidé à satisfaction d'autre manière et une audition personnelle n'est pas requise<sup>79</sup>. Cette pratique explique à un certain degré pourquoi la plupart des enfants n'ont été entendus qu'indirectement dans les cas faisant l'objet des dossiers de première instance analysés. L'enquête en ligne a confirmé ce constat, la majeure partie des participants indiquant qu'en règle générale, si l'avis de l'enfant intervient dans la procédure, il est recueilli par écrit, le plus souvent par l'intermédiaire de la représentante ou du représentant juridique des parents ou de ces derniers eux-mêmes<sup>80</sup>.

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

---

<sup>76</sup> TF, arrêt 2C\_303/2014 du 20 février 2015 consid. 5.1, opinion qui s'est généralisée au cours des années suivantes jusqu'à devenir une pratique constante dans toutes les procédures relevant du droit des étrangers (voir p. ex. TF, arrêt 2C\_182/2016 du 11 novembre 2016, consid. 2.3 ; ATF 144 II 1 consid. 6.5 ; 147 I 149 consid. 6.5 ; TF, arrêt 2C\_724/2017 du 18 juillet 2018 consid. 3.2 ; 2C\_488/2019 du 4 février 2020 consid. 3.2 ; 2C\_513/2022 du 12 mai 2023 consid. 4.4.1 ; 2C\_113/2023 du 27 septembre 2023 consid. 3.2).

<sup>77</sup> ATF 144 II 1 consid. 6.5. Dans ses arrêts ultérieurs 2C\_342/2024 du 3 décembre 2024, consid. 3.2, et 2C\_411/2024 du 22 janvier 2025, consid. 3.1, le Tribunal fédéral semble admettre aussi la représentation de l'enfant par d'autres personnes.

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

<sup>79</sup> Voir p. ex. ATF 144 II 1 consid. 6.5 s. ; TF, arrêt 2C\_837/2022 du 19 avril 2023 consid. 3.1 ; 2C\_818/2018 du 25 novembre 2019 consid. 3.2 ; 2C\_411/2024 du 22 janvier 2025 consid. 3.1. Dans le sens contraire, TF 2C\_17/2021 du 18 juin 2021 consid. 3.6 s.

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

à renforcer la présomption que leurs intérêts coïncident avec ceux des parents qui les représentent. Selon le Comité des droits de l'enfant, lorsque l'enfant est entendu par l'intermédiaire d'une représentante ou d'un représentant, il faut veiller à prévenir tout conflit d'intérêts entre cette personne et l'enfant<sup>81</sup>, raison pour laquelle le Comité exige que les représentantes et représentants défendent « exclusivement » les intérêts des enfants et non pas ceux des parents, et préconise l'élaboration de codes de conduite à cet effet<sup>82</sup>. Dès lors, les parents qui sont eux-mêmes concernés par une procédure (et ont leurs propres intérêts légitimes dans ce contexte) ne peuvent qu'exceptionnellement convenir comme représentants de leurs enfants. En ce sens, il n'est pas admissible de présumer de manière générale que les intérêts des parents et des enfants coïncident<sup>83</sup>. Des faits importants risquent de passer inaperçus. De plus, dans une part non négligeable des dossiers étudiés, les enfants n'ont pas été entendus du tout, même indirectement, et n'ont donc aucunement pu faire valoir leur opinion dans la procédure<sup>84</sup>. Les dossiers de première instance n'indiquaient souvent pas pourquoi les enfants avaient été auditionnés ou non. En particulier, il n'en ressortait en général pas si l'enfant était en mesure de se former sa propre opinion, ni s'il avait été informé de la procédure et des enjeux en cause.

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

---

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

<sup>82</sup> *Ibidem*, par. 37

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

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

comprennent souvent pas la cause du stress et du comportement de leurs parents. Une personne responsable de cas dans un office des migrations indique que les procédures se déroulent par écrit entre autres pour la protection de l'enfant, et que le canton s'adresse systématiquement à des autorités spécialisées pour évaluer la situation de l'enfant. Un expert qui officie notamment comme représentant dans des procédures impliquant des enfants a recommandé d'accorder la qualité de partie aux enfants, surtout lorsque la famille subit un stress particulier. L'expert regrette aussi un échange d'informations entre spécialistes souvent insuffisant, dans les cas complexes, aux points d'intersection décisifs. Il affirme en outre que l'enfant ne bénéficie que rarement d'un représentant juridique uniquement pour lui<sup>85</sup>. Selon lui, ceci fait que beaucoup d'enfants souffrent directement ou indirectement de la procédure, sans que quelqu'un s'en rende compte ou les accompagne, et le problème est plus marqué en droit des étrangers qu'en droit de l'asile, où l'on accorde une plus grande attention à l'intérêt supérieur de l'enfant, du moins pour les enfants non accompagnés. Les expertes et experts consultés ont aussi été nombreux à noter que la représentation de l'enfant par ses parents ne permet pas toujours de garantir une élucidation adéquate de l'état de fait concernant l'enfant, ce qui est vrai aussi de la représentation juridique des parents, surtout lorsque la famille est sous le stress.

D'autre part, avec une participation indirecte, l'art. 12 CDE risque de ne pas être suffisamment mis en œuvre en ce qu'il consacre un *droit de participation lié à la personnalité*. Ce droit ne sert pas uniquement l'élucidation des faits ; la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit d'être entendu en droit de la famille conformément à l'art. 298 CPC mentionne expressément l'aspect « droit de la personnalité », en soulignant que le droit d'être entendu n'est pas qu'un moyen de constater l'état de fait, mais aussi une émanation de la personnalité de l'enfant<sup>86</sup>. Le Tribunal fédéral précise aussi que, même si les faits pertinents sont parfaitement établis, l'audition reste un droit personnel de l'enfant, qui doit pouvoir dire s'il entend exercer ce droit, et que le juge est donc obligé d'informer l'enfant à ce propos<sup>87</sup>.

---

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

<sup>86</sup> Voir p. ex. ATF 146 III 203 consid. 3.3.2.

<sup>87</sup> TF, arrêt 5A\_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 5.1

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

c. Modalités de l'audition personnelle

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

Les dossiers étudiés comportent aussi un *exemple de préparation réussie à l'audition personnelle*. Le cas concernait le tribunal administratif de Zurich<sup>88</sup> et impliquait un enfant de dix ans dont le père allait être renvoyé dans l'État d'origine. L'enfant a été invité personnellement à son audition par une lettre qui l'informait, en langage adapté à l'enfant, de la procédure ainsi que de l'objet et des modalités de l'audition, en mentionnant la personne qui allait l'entendre et le fait qu'il pouvait entrer en contact en cas de questions : « *Wenn du Fragen hast, gebe ich dir gerne Auskunft. Meine Telefonnummer im Büro*

---

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

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

Enfin, il convient de mentionner que *l'audition personnelle ne suffit pas à réaliser de manière garantie les buts du droit d'être entendu*. Cependant, la présence de l'enfant accroît la probabilité que ce soit le cas. Il faudrait donc proposer à l'enfant de l'entendre personnellement pour mettre en œuvre les recommandations du Comité des droits de l'enfant. Dans le cas d'une participation indirecte de l'enfant, la représentation par une personne au bénéfice d'une formation spécifique, indépendante des parents, devrait donner lieu à des améliorations<sup>89</sup>.

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

Le troisième domaine problématique identifié concerne concrètement *l'influence de la perspective de l'enfant dans la décision*. Bien qu'étant en lien avec les domaines traités ci-avant, cet aspect a une portée plus large. Dans ce contexte, le point important est que l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de critère primordial, en vertu de l'art. 3, al. 1, CDE, entraîne certaines contraintes concernant l'examen de proportionnalité et la motivation de la décision, dans le but d'éviter de vider ladite obligation de sa substance. Selon le Comité des droits de l'enfant, la décision doit « indiquer expressément tous les éléments de fait se rapportant à l'enfant, quels éléments ont été jugés pertinents [...], la teneur des éléments du cas considéré et la manière dont ils ont été mis en balance »<sup>90</sup>. De plus, comme les enfants sont en développement, les décisions doivent pouvoir être revues<sup>91</sup>. Une décision qui s'écarte de l'opinion exprimée par l'enfant nécessite une motivation particulière. Si, de plus, elle ne concorde pas avec le bien (objectif) de l'enfant, une motivation qualifiée est requise. Par exemple, s'il est

---

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

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

<sup>91</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 84

question de séparer l'enfant de ses parents, il faut en particulier examiner les conséquences pour l'enfant et les possibilités d'assurer le contact<sup>92</sup>.

La *jurisprudence du Tribunal fédéral et les directives du SEM* accordent une importance de plus en plus fondamentale à l'intérêt supérieur de l'enfant dans la pesée des intérêts, tout en le considérant néanmoins comme seulement « un élément à considérer parmi d'autres »<sup>93</sup>. Le Tribunal fédéral laisse une marge d'interprétation. Certains offices cantonaux des migrations se réfèrent à l'instruction du SEM, d'autres possèdent leurs propres instructions ou directives ayant une portée sur la pesée des intérêts. Le *canton de Zurich*, par exemple, a une directive sur les mesures relevant du droit des étrangers pour les personnes bénéficiant de l'aide sociale, qui accorde un « *erhebliches Gewicht* » [poids considérable] à l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'examen de la proportionnalité, notamment pour les enfants suisses et les enfants nés et scolarisés en Suisse avec droit d'établissement<sup>94</sup>. Le *canton de Vaud* a un ordre de service qui régit l'examen des renvois impliquant des enfants<sup>95</sup> et mentionne que la situation des enfants peut constituer un cas de rigueur au sens de l'art. 30, al. 1, let. b, LEI, et justifier un droit de séjour pour toute la famille. La situation peut donc être le critère de décision déterminant. Le même document indique aussi que l'évaluation Schengen de 2018 appelait à développer la situation des enfants dans les décisions et qu'il est impératif d'examiner ce critère de manière approfondie dans les décisions officielles. L'ordre de service préconise de recenser au minimum des faits comme l'entrée en Suisse, l'âge, la scolarisation le cas échéant, l'état de santé, les pathologies et les obstacles à l'intégration dans le pays de provenance. Le *canton de Genève* a élaboré une directive similaire sur la base de l'évaluation Schengen<sup>96</sup>.

---

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

<sup>93</sup> TF, arrêt 2C\_541/2019 du 22 janvier 2020 consid. 4.5 ; voir également ATF 143 I 21 consid. 5.5.1 et 5.5.4, confirmé dans TF, arrêt 2C\_499/2022 du 23 mars 2023 consid. 8.3 ; SEM, directives LEI, ch. 6.17.2.4.3.

<sup>94</sup> Canton de Zurich, direction de la sécurité, *Massnahmenpraxis bei Sozialhilfeabhängigkeit*, p. 12

<sup>95</sup> Canton de Vaud, Examen de la situation des enfants

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

L'analyse des dossiers de première instance montre que l'intérêt supérieur de l'enfant joue un rôle nettement subordonné dans la motivation des décisions. Seule une poignée de dossiers contient des réflexions sur la possibilité de revoir les décisions ayant un impact majeur sur l'enfant<sup>97</sup>. L'argumentation développe avant tout l'exposé des bases légales, les intérêts publics, la situation d'un des parents et la situation des parents en général. L'intérêt supérieur de l'enfant est généralement traité comme un élément des intérêts privés des parents, ou d'un des parents ayant qualité de partie, et figure rarement comme un intérêt à part entière. La situation de l'enfant est typiquement décrite depuis la perspective d'un des parents et à la lumière de sa relation affective et économique avec l'enfant. Un grand nombre de décisions ne comporte aucune section spécifique à la situation des enfants. Les présomptions générales jouent un rôle important. Dans certains cas de renvoi d'enfants, par exemple, la capacité d'adaptation dans le pays de provenance est réputée établie en fonction de l'âge, sans clarification concrète<sup>98</sup>. Dans des cas où les enfants ont été séparés de leurs parents, nombre de décisions renvoient, de manière générale, aux moyens de communication modernes et aux séjours de visite comme moyen de maintenir la relation<sup>99</sup>. 70 % des représentantes et représentants juridiques ayant répondu à l'enquête en ligne ont confirmé ce constat, indiquant que les autorités ne vérifiaient pas si le maintien du contact avec le ou les parents était effectivement possible par ces moyens, ni les conséquences possibles sur les enfants. Les dossiers de première instance étudiés concernent uniquement des refus. L'absence de motivations spécifiques en lien avec l'enfant est particulièrement frappante dans ce contexte, car ces décisions ne sont généralement pas dans l'intérêt de l'enfant. La motivation était manifestement insuffisante dans la majorité des cas. L'analyse des dossiers au niveau des instances de recours,

---

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

<sup>98</sup> Concernant cette présomption, voir TF, arrêt 2A.377/2005 du 15 juin 2005 consid. 2.3 ; 2C\_648/2014 du 6 juillet 2015 consid. 3.4 ; SEM, directives LEI, ch. 6.17.2.4.3. et, en détail, le chap. II.C.2. ci-après.

<sup>99</sup> La mention des séjours de visite et des moyens de communication modernes est très répandue dans la jurisprudence. On peut citer comme cas extrême l'arrêt 2C\_513/2022 du 12 mai 2023, dans lequel l'autorité inférieure avait estimé qu'on pouvait raisonnablement exiger d'une fille de deux ans qu'elle maintienne la relation avec son parent au moyen de lettres et de moyens de communications modernes (consid. 3) ; le Tribunal fédéral a reconnu que cela ne pouvait pas compenser l'absence physique du père, en tout cas pour un enfant en bas âge (consid. 5.3.4). Le Comité des droits de l'enfant a exprimé clairement que ce genre d'outils ne permettait pas de garantir des « relations personnelles suffisantes et satisfaisantes et des contacts directs » avec le parent et qu'il fallait en tous les cas accorder une importance particulière à l'impact concret que la séparation aurait sur l'enfant (voir Comité des droits de l'enfant, *O.M. c. Danemark*, § 8.6).

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

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

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

#### 4. Conclusion partielle

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

Force est notamment de constater les déficits suivants :

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

## 5. Recommandations d'action

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

1.1 *Les auteures et auteurs recommandent d'introduire dans la procédure probatoire un stade spécifiquement destiné à l'évaluation et à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, de documenter les mesures correspondantes et le résultat dans le dossier et de faire appel à des spécialistes en matière d'enfance<sup>100</sup>.*

1.2 *Une évaluation complète de l'intérêt supérieur de l'enfant implique en particulier d'éclaircir les aspects suivants :<sup>101</sup>*

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

---

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

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

- *l'éducation : compétences linguistiques, scolarisation antérieure, accès actuel et futur à l'éducation et à la formation ainsi qu'à des offres de formation informelles pendant le temps libre ;*
- *la variabilité de la situation : penser en termes de scénarios et vérifier périodiquement si les mesures prises sont susceptibles de révision<sup>102</sup>.*

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

Appréciation du volet de mesures 1 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>104</sup>
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales<sup>105</sup> : **recommandée**

---

<sup>102</sup> Voir notamment chap. II.A.1.b. et c. ainsi que chap. II.A.3.

<sup>103</sup> Voir notamment chap. II.A.1.c.

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

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

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

- 2.1 *Il faut proposer aux enfants une audition personnelle et éviter les présomptions générales dans la prise de décision relative à l'audition personnelle (en particulier l'idée que les intérêts des enfants se confondent avec ceux des parents). La décision relative à l'audition personnelle doit être documentée dans le dossier<sup>106</sup>.*
- 2.2 *Si on renonce à une audition personnelle (ou si elle ne semble pas s'imposer), il faut obtenir l'opinion de l'enfant d'une autre manière directe ou par l'intermédiaire d'une représentante ou d'un représentant. Cette personne doit représenter uniquement l'enfant et ses intérêts. Pour garantir l'authenticité de l'avis de l'enfant et pallier les conflits d'intérêts, la représentation par les parents ou leur représentante ou représentant juridique est à proscrire<sup>107</sup>.*
- 2.3 *Il faut informer les enfants à propos de la procédure, de leur droit d'y participer et des modalités correspondantes, dans un langage adapté aux enfants<sup>108</sup>.*
- 2.4 *L'audition personnelle doit être adaptée à l'enfant<sup>109</sup>.*

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

Appréciation du volet de mesures 2 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>110</sup>
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération – cantons**
- Modification des bases légales : **recommandée**

---

<sup>106</sup> Voir notamment chap. II.A.2.a. et b.

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

<sup>108</sup> Voir notamment chap. II.A.2.b. et e.

<sup>109</sup> Voir notamment chap. II.A.2.c.

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

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

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

Appréciation du volet de mesures 3 :

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

---

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

## B. Procédures relevant du droit de l’asile

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

Plusieurs améliorations marquantes sont intervenues dans le domaine de l’asile ces dernières années. En particulier, la loi prévoit depuis 2014 le traitement prioritaire des demandes d’asile de requérantes et requérants mineurs non accompagnés (RMNA, art. 17, al. 2<sup>bis</sup> LAsi)<sup>112</sup>. Les RMNA se voient aussi attribuer une personne de confiance chargée de défendre leurs intérêts (art. 17, al. 3, LAsi)<sup>113</sup>. Dans les CFA et les aéroports, cette fonction est assurée par le représentant juridique désigné. Après l’attribution des intérêts à un canton, l’APEA institue une curatelle ou une tutelle<sup>114</sup>. Une autre amélioration concerne les enfants demandant l’asile avec leur famille (enfants accompagnés) : ils bénéficient d’une représentation juridique (familiale, art. 102f ss LAsi). Des mesures ont aussi été prises pour mieux adapter l’audition personnelle aux enfants. Malgré ces améliorations, des lacunes demeurent dans la mise en œuvre et l’application des obligations consacrées par la CDE.

---

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

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

<sup>114</sup> Ibidem, p. 18

## 1. Détermination de l'état de fait

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

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

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

compétences linguistiques, ethnique, santé, situation dans le pays de provenance, relations familiales). Certaines des normes de droit applicables et une partie de la jurisprudence imposent des obligations de diligence accrues en matière d'élucidation de l'état de fait<sup>115</sup>. Les documents du SEM contiennent des indications détaillées sur certains aspects de la détermination de l'état de fait (p. ex. constat de la minorité et évaluation de l'exigibilité de l'exécution du renvoi) et décrivent aussi l'établissement de l'état de fait au moyen d'auditions personnelles (art. 29 LAsi).

Le point qui intéresse ici est le stade de procédure spécial consacré au *premier entretien* avec les RMNA<sup>116</sup>. D'après la jurisprudence et les documents du SEM, cet entretien doit permettre de se faire une idée aussi précise que possible de la capacité de discernement de l'enfant<sup>117</sup>. Il sert également à évaluer la minorité alléguée et déterminer s'il est nécessaire d'ordonner d'autres mesures pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Le manuel du SEM indique qu'il convient de récolter des informations détaillées sur la personne du RMNA et sur les membres de sa famille résidant dans son pays de provenance ou dans un État tiers, ainsi que sur l'encadrement familial et sur les personnes ou institutions qui en avaient la charge et la responsabilité avant le départ du pays d'origine<sup>118</sup>, dans le but d'apprécier plus tard la vraisemblance des données personnelles, d'entreprendre d'éventuelles investigations sur place et de se déterminer, le cas échéant, sur la question du renvoi<sup>119</sup>. Même si ce stade de procédure ne sert pas exclusivement à évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant, il y contribue de manière significative.

---

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

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

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

<sup>118</sup> SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.1

<sup>119</sup> Ibidem

Dès lors, *l'évaluation de l'état de fait se présente sous un jour plus favorable dans la procédure d'asile que dans le domaine du droit des étrangers*. L'examen des faits pertinents tend à être plus approfondi, surtout dans le cas des RMNA, qui sont en général entendus personnellement (à plusieurs reprises). Force est néanmoins de constater, ici aussi, l'absence d'une évaluation systématique<sup>120</sup>. Plus précisément, dans le domaine de l'asile également, l'accent n'est pas mis sur l'intérêt supérieur de l'enfant mais plutôt sur la minorité (pour les RMNA), la question de la compétence selon les règles Dublin, la qualité de réfugié et les éventuels obstacles à l'exécution du renvoi. Les faits qui concernent l'enfant et l'impact de la procédure sur son bien ne sont examinés qu'à titre accessoire. À cause de cette prise en compte secondaire des problématiques liées à l'enfant, l'examen de certains aspects de son bien risque d'être lacunaire et il se peut que des dangers passent inaperçus. L'absence d'une évaluation systématique réglementée constitue un déficit au moins en partie inconciliable avec les prescriptions de la CDE. Examiner l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale implique entre autres de tenir compte de manière adéquate des faits qui concernent l'enfant.

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

Un aspect problématique dans la détermination de l'état de fait est l'*obligation de collaborer* des enfants, évoquée dans le postulat. En pratique, cette question se pose surtout avec les RMNA, car leur collaboration a une influence déterminante sur l'établissement de l'état de fait. Le postulat demande spécifiquement s'il faut « vraiment que le fardeau de la preuve incombe essentiellement aux requérants ». Le Comité des droits de l'enfant s'est exprimé ponctuellement à cet égard, indiquant que la charge de la preuve ne saurait incomber exclusivement à l'enfant requérant d'asile en cas de renvoi, car les autorités et les requérants d'asile n'ont pas un accès égal aux informations pertinentes<sup>121</sup>. Dans ce contexte, le Comité des droits de l'enfant s'est exprimé sur la charge de la preuve en matière de détermination de l'âge dans le cadre d'une constatation rendue récemment

---

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

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

contre la Suisse : les autorités ne sauraient faire peser la charge de la preuve de la minorité entièrement sur la personne requérant l'asile<sup>122</sup> et en cas de doute, elles doivent procéder à une évaluation complète du développement physique et psychologique.

En Suisse, la procédure d'asile est soumise à la *maxime inquisitoire* (art. 6 LAsi en lien avec l'art. 12 PA). Les autorités, concrètement le SEM, doivent établir l'état de fait de manière exacte et exhaustive. Dans ce contexte, l'on parle de fardeau « subjectif » de la preuve ou de « charge de la preuve » et les moyens de preuve envisageables sont notamment les documents, les expertises ou les renseignements de la personne requérant l'asile (art. 12 PA). Quant à savoir s'il faut « vraiment que le fardeau de la preuve incombe essentiellement aux requérants », comme le demande la postulante, force est de constater que le droit en vigueur oblige déjà le SEM à déterminer l'état de fait pertinent de manière exhaustive. Il convient de distinguer ce fardeau subjectif de la preuve (qui a l'obligation de constater l'état de fait ?) du fardeau « objectif » de la preuve, qui détermine qui supporte *les conséquences du défaut de preuve* à l'issue de la procédure. Dans la procédure d'asile, la disposition topique est l'art. 7 LAsi : la personne requérant l'asile doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'elle a la qualité de réfugié. Si elle n'y parvient pas, elle doit supporter les conséquences du défaut de preuve<sup>123</sup>. Concrètement, elle ne sera pas reconnue comme réfugiée et se verra refuser l'asile. Par conséquent, les requérantes et requérants d'asile ont généralement un intérêt marqué à participer à la constatation de l'état de fait.

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

---

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

<sup>123</sup> KILDE, *Asylrechtliche Verfahren*, ch.m. 9.74

ainsi dire impossible d'établir l'état de fait de manière complète sans cette participation. Du point de vue juridico-technique, les obligations de collaborer à la constatation de l'état de fait sont des *incombances* ; une personne qui ne collabore pas, sans motifs justificatifs, ne s'expose pas à des sanctions (pénales), mais risque de subir des désavantages procéduraux majeurs<sup>124</sup> : elle peut notamment être réputée avoir renoncé à la poursuite de la procédure (art. 8, al. 3<sup>bis</sup>, LAsi) et à son droit d'être entendu (art. 36, al. 1, let. c, LAsi). Il est aussi possible que la poursuite de la procédure se base sur un état de fait défavorable à la personne requérante<sup>125</sup>. Les conséquences d'une violation des obligations de collaborer ne peuvent toutefois intervenir que si elles sont *proportionnées*<sup>126</sup> et *exigibles*<sup>127</sup>. La question de savoir s'il y a une obligation de collaborer et dans quelle mesure elle a été violée nécessite toujours une évaluation individuelle<sup>128</sup>. La question de la collaboration est spécialement importante pour les enfants. En général, il faut prévoir des exigences plus souples que pour les adultes dans ce domaine, comme l'indiquent également le Tribunal administratif fédéral et le SEM<sup>129</sup>. Eu égard à tous ces points, il faut clairement répondre par l'affirmative à la question « l'obligation de collaborer devrait-elle être évaluée selon des critères différents pour les mineurs et pour les adultes », formulée dans le postulat, ne serait-ce qu'en vertu du principe de proportionnalité consacré par la doctrine et la jurisprudence. Il ne faut admettre qu'avec retenue qu'un enfant a violé ses obligations de collaborer<sup>130</sup>.

---

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

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

<sup>126</sup> SCHÄDLER, p. 790 et 793

<sup>127</sup> MEYER, ch.m. 175 ; HRUSCHKA n. 1 ad art. 8 LAsi

<sup>128</sup> HADATSCH/BRUNNER, p. 28.

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

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

Le postulat se réfère également à un passage spécifique du manuel du SEM, qui suggère d'effectuer une audition au sens de l'art. 29 LAsi, à laquelle s'appliquent les obligations de collaborer de l'art. 8 LAsi<sup>131</sup> *dès qu'un enfant est capable de discernement* (c.-à-d. qu'il a treize ou quatorze ans)<sup>132</sup>. La signification de cette instruction n'est pas parfaitement claire. Si les passages visés ont pour but d'imposer dans tous les cas une « pleine » obligation de collaborer aux enfants entendus personnellement, il faudrait adapter cette pratique dans le sens des points exposés ci-avant. L'obligation de collaborer des enfants doit être relativisée par rapport à celle des adultes : l'on ne saurait admettre qu'elle est automatique et entière, c'est la situation concrète qui détermine la proportionnalité et l'exigibilité.

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

---

<sup>131</sup> SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.3 et 2.4.4

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

diligent du SEM et la collaboration volontaire de l'enfant. On peut alors se demander si on peut « contraindre » l'enfant à collaborer afin de combler les lacunes au niveau de l'état de fait. Le HCR et Comité des droits de l'enfant ne sont pas de cet avis : s'il est impossible d'établir les faits avec certitude ou si l'enfant n'est pas en mesure de motiver totalement sa demande d'asile, il faut prendre une décision sur la base de toutes les circonstances connues<sup>133</sup>. En cas de doute, il faut trancher en faveur de l'enfant<sup>134</sup>. Il en va de même en cas de questions quant à la crédibilité de ses affirmations<sup>135</sup>. L'obligation de collaborer ne doit pas servir de prétexte permettant de fonder la décision sur un état de fait désavantageux pour l'enfant.

Une autre facette du thème de la maxime inquisitoire et de l'obligation de collaborer concerne la *détermination de l'âge* des RMNA, qui ne sera que brièvement mentionnée ici. Sont notamment considérés comme problématiques les méthodes employées et le manque de pluridisciplinarité lors de la réalisation de cette étape de procédure<sup>136</sup>. Sur ce plan aussi, le Comité des droits de l'enfant a développé des prescriptions<sup>137</sup> qui ne sont que partiellement mises en œuvre en Suisse.

---

<sup>133</sup> HCR, Principes directeurs sur la protection internationale, ch. 73

<sup>134</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 6, par. 71

<sup>135</sup> HCR, Principes directeurs sur la protection internationale, ch. 73

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

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

c. Droit de participation de l'enfant

Il faut distinguer l'obligation de collaborer et le *droit de participation (volontaire)*<sup>138</sup>. Des questions importantes se posent également sur les contours de ce droit. Le Comité des droits de l'enfant recommande l'audition directe de l'enfant dans la mesure du possible<sup>139</sup>. Dans ses manuels, le SEM se base sur le critère de la capacité de discernement et sur des directives en matière d'âge pour ce qui est de l'audition personnelle<sup>140</sup>. Il distingue trois niveaux de capacité de discernement : capacité relative pour les enfants de six à dix ans, capacité variable de onze à douze ans et capacité pleine et effective à partir de treize ans<sup>141</sup>. Les RMNA capables de discernement sont entendus conformément à l'art. 29 LAsi<sup>142</sup>. Dans d'autres documents qui concernent les enfants accompagnés, la capacité de discernement et, partant, la capacité d'être entendu, est présumée à partir de quatorze ans, bien qu'une audition personnelle soit aussi possible avant cet âge selon les cas<sup>143</sup>. La CDE garantit à tout enfant, et dès lors de manière catégorique, un droit de participation, du moment qu'il est « capable de discernement ». Il ne faut pas confondre ce « discernement » avec la notion telle qu'elle est comprise en droit suisse (au sens de l'art. 16 CC)<sup>144</sup>. Cette expression dans la CDE ne doit pas être perçue comme une restriction, les autorités devraient au contraire partir de l'idée que l'enfant possède par principe cette capacité<sup>145</sup>. Le critère déterminant pour la capacité à se forger une opinion doit être que l'enfant a une compréhension suffisante pour être capable de se forger de manière adéquate sa propre opinion sur la question, ce qui peut être le cas dès le plus jeune âge<sup>146</sup>. Il n'est pas indispensable qu'il ait une connaissance complète de tous les aspects de la question le concernant. Des limites d'âge fixes sont contraires à cette idée fondamentale et ne doivent être introduites ni en droit, ni en pratique, si le but est de mettre entièrement

---

<sup>138</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 16

<sup>139</sup> Voir le chap. II.A.2.a. ci-avant.

<sup>140</sup> SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.3 et 2.4.4

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

<sup>142</sup> SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.3 et 2.4.4

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

<sup>144</sup> Pour le tout, voir KILDE, Anhörung, p. 208 s.

<sup>145</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 20

<sup>146</sup> Ibidem, par. 21

en œuvre la CDE<sup>147</sup>. La CDE impose un seuil bas pour la « capacité de discernement » de l'enfant. Son but est de permettre à l'enfant de participer volontairement à la procédure et de l'encourager à le faire. Cela peut être le cas même face à une incapacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. De plus, le seuil applicable à l'exercice d'un droit de participation doit être (nettement) moins élevé que celui permettant d'admettre une obligation de collaborer assortie de désavantages en cas de violation.

*La situation des RMNA se distingue de celle des enfants accompagnés à cet égard également.* Le premier entretien avec les RMNA sert entre autres à vérifier leur capacité de discernement<sup>148</sup> et les RMNA capables de discernement sont entendus personnellement conformément à l'art. 29 LAsi<sup>149</sup>. En pratique, cela concerne généralement les enfants de plus de douze ans<sup>150</sup>. L'analyse des dossiers le confirme : dans tous les cas de RMNA étudiés, les enfants âgés de treize à dix-sept ans ont été entendus personnellement<sup>151</sup>. Il en va autrement des enfants accompagnés, dont la situation sera examinée plus en détail ci-après.

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

*La participation des enfants accompagnés* constitue un point sensible en lien avec l'établissement de l'état de fait. Une question centrale sur ce point est de savoir si les autorités peuvent exclure une participation de l'enfant afin de lui éviter des expériences éprouvantes<sup>152</sup>. Du point de vue du Comité des droits de l'enfant, cela se résout relativement aisément. La genèse de la CDE et la structure de son texte incitent à accorder un poids

---

<sup>147</sup> Ibidem

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

<sup>149</sup> SEM, manuel RMNA, ch. 2.4.4

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

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

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

plus important qu'auparavant à l'opinion de l'enfant<sup>153</sup>. C'est un argument pour la participation de l'enfant. Ce dernier est également en droit de ne pas exercer son droit de participation. S'il souhaite participer, il doit aussi pouvoir décider s'il veut le faire en personne, c'est-à-dire directement<sup>154</sup>. L'État doit faire en sorte que l'enfant ne subisse pas de souffrances du fait de l'exercice de son droit, par exemple dans le cadre d'une audition personnelle, grâce à des préparatifs et un suivi appropriés, en prodiguant les informations nécessaires et en créant un environnement adapté aux enfants. Le Comité des droits de l'enfant souligne, justement en considérant la Suisse, que la participation de l'enfant est essentielle également pour l'établissement de l'état de fait. L'audition personnelle est importante aussi chez les enfants accompagnés, afin de pouvoir examiner *leur* situation<sup>155</sup>. La majorité des expertes et experts consultés s'exprime dans le même sens, en insistant sur le fait qu'il appartient à l'État de mettre en place un cadre adapté à l'exercice du droit d'être entendu. Plusieurs expertes et experts du domaine de l'audition (responsables de cas ainsi que représentantes et représentants juridiques) précisent toutefois que dans des cas particuliers, il peut être nécessaire d'exclure des enfants particulièrement vulnérables afin de les protéger.

La jurisprudence récente du Tribunal administratif fédéral aussi vise à accorder un poids plus important à l'opinion des enfants accompagnés, *sans toutefois leur reconnaître un droit général à une audition personnelle (fondé sur la CDE)*<sup>156</sup>. Le TAF estime ainsi qu'en règle générale, on peut admettre que les intérêts de l'enfant sont suffisamment pris en considération lorsque (1) les parents s'expriment explicitement sur la situation des enfants et (2) une représentante ou un représentant juridique est impliquée<sup>157</sup>. Dans son manuel, le SEM se base sur des limites d'âge : il prévoit, à titre de fil conducteur, une audition personnelle des enfants accompagnés âgés de quatorze ans et plus. Pour les

---

<sup>153</sup> Voir déjà Conseil fédéral, message CDE, p. 12.

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

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

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

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

enfants plus jeunes, la question fait l'objet d'un examen au cas par cas<sup>158</sup>. En juin 2021, le SEM a aussi transposé une constatation du Comité des droits de l'enfant concernant la Suisse dans ses documents internes, en disposant que les enfants accompagnés sont systématiquement entendus à partir de quatorze ans alors que pour les enfants moins âgés, ce n'est le cas que si c'est nécessaire pour constater l'état de fait. Selon le SEM, l'expérience montre que les enfants plus jeunes ne savent souvent pas pourquoi les parents recherchent une protection pour la famille. Par conséquent, il appartient à la représentante ou au représentant juridique de chercher à savoir, en s'entretenant avec la famille, si les enfants peuvent faire valoir leurs propres motifs d'asile ou leurs propres arguments contre le renvoi et s'il y a un conflit d'intérêts avec les parents. Par ailleurs, les enfants dès l'âge de six ans sont entendus personnellement s'ils en expriment clairement le souhait. Or, le Comité des droits de l'enfant semble vouloir aller plus loin : il estime que, dans la procédure d'asile, l'on ne saurait présumer que les intérêts des enfants coïncident avec ceux de leurs parents<sup>159</sup>. En effet, les expériences vécues ne les affectent pas de la même manière<sup>160</sup>. Compte tenu de ces arguments, dans le cadre de son obligation d'instruction, le SEM devrait évaluer la situation des enfants au moyen d'une audition personnelle<sup>161</sup>. Il ne s'agit pas seulement d'accorder à l'enfant le droit de participer, mais également d'évaluer son bien, nonobstant les raisons ayant motivé la demande d'asile de leurs parents<sup>162</sup>.

Malgré le *changement de pratique de 2021* (audition des enfants accompagnés), aucun des onze dossiers concernant des enfants de moins de quatorze ans ne fait état d'une audition personnelle<sup>163</sup>. Dans certains dossiers, on cherche en vain une motivation, d'autres invoquent le jeune âge de l'enfant dans le cadre de l'audition personnelle des parents<sup>164</sup>, dans d'autres cas encore, les parents ont été invités à indiquer si l'enfant souhaitait faire valoir ses propres motifs ou s'il voulait être entendu personnellement. Les enfants de plus

---

<sup>158</sup> Voir SEM, manuel CDE, ch. 2.2 ; SEM, manuel Audition, ch. 2.2.7.

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

<sup>160</sup> *Ibidem*, § 7.4

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

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

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

<sup>164</sup> Les enfants concernés avaient entre neuf et dix ans.

de quatorze ans non plus n'ont pas été entendus dans tous les cas. Les dossiers n'indiquent pas pourquoi les auditions n'ont pas été effectuées<sup>165</sup>. Partant, les enfants n'ayant pas été entendus personnellement sont souvent moins présents dans les décisions correspondantes.

Les expertes et experts consultés *divergent* en ce qui concerne l'audition personnelle des enfants accompagnés. Selon une personne assurant la représentation juridique, il est peu utile d'effectuer avec les jeunes enfants accompagnés des entretiens quasi identiques à ceux menés avec les adultes, car ces enfants n'ont pas à justifier de motifs d'asile. Les expertes et experts critiquent également le fait que les jeunes enfants accompagnés (moins de quatorze, respectivement douze ans, selon les personnes) ne bénéficient de toute façon pas de la possibilité d'avoir un entretien. Les exceptions sont rares, il faut par exemple que le SEM soupçonne que l'enfant a ses propres motifs pour chercher l'asile. Pour ces intervenants, la pratique de ne pas entendre les enfants est une mauvaise alternative à l'audition par défaut, qui risque d'exacerber leur sentiment d'impuissance. D'après une experte membre d'une ONG, il est donc important de laisser aux enfants le choix en ce qui concerne la forme d'entretien adéquate. Plusieurs expertes et experts estiment aussi que souvent, la situation familiale problématique des enfants accompagnés ne vient au jour qu'après des signalements auprès de l'APEA, et que les risques de vulnérabilité des enfants au sein de leurs familles ne sont identifiés qu'avec difficulté, et donc souvent trop tardivement<sup>166</sup>. Dans l'*enquête en ligne* également, nombre d'intervenants pensent que les enfants accompagnés ne bénéficient d'une audition personnelle qu'à partir d'un certain âge (douze ou quatorze ans) : 67,6 % des responsables de cas citent un âge inférieur à quatorze ans comme la principale raison de ne pas auditionner les jeunes enfants accompagnés, généralement car l'enfant est trop jeune et pas assez mature. Ils mentionnent également l'équivalence entre les intérêts de l'enfant et ceux de ses parents et l'opinion qu'il n'est pas nécessaire d'élucider l'état de fait plus en détail. « L'âge et la maturité » sont généralement considérés comme des critères pertinents pour déterminer si et comment un enfant est entendu (près de 65 % de réponses « assez » ou

---

<sup>165</sup> Les trois cas concernent des admissions.

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

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

Globalement, l'on peut constater une *sensibilité croissante à l'importance du fait que l'enfant puisse faire entendre sa voix personnellement*. Un certain changement de culture est indubitablement intervenu. Le constat est toutefois à relativiser puisque la pratique continue à se baser sur des limites d'âge et sur le critère de la capacité de discernement, qui ont plutôt tendance à restreindre le droit d'être entendu. Lorsque la CDE parle de discernement, le but est de consacrer un droit autonome de l'enfant. Fondamentalement, les modalités selon lesquelles le droit d'être entendu est accordé à l'enfant doivent reposer sur une évaluation fondée de sa capacité à comprendre la procédure et sa situation dans le cas concret. L'audition personnelle ne doit pas servir uniquement à constater les motifs d'asile et de renvoi, mais aussi à évaluer les besoins particuliers de l'enfant et son bien-être, dans la situation où il se trouve (pour vérifier si des actions sont requises en lien avec la procédure, l'hébergement ou encore l'encadrement). Un interrogatoire formel n'est pas la seule et unique option<sup>167</sup>. Les expertes et experts mentionnent qu'il serait possible de mettre à profit les expériences et les pratiques en matière d'élucidation des faits dans les procédures de protection de l'enfant<sup>168</sup>. Comme l'explique une experte : « *Im Kindes-schutzverfahren will man Kindern mit potentiell traumatischen Erlebnissen ja auch möglichst jung Gehör schenken. Das sind ähnliche Herausforderungen* » [dans la procédure de protection de l'enfant aussi, le but est d'accorder dès le plus jeune âge possible le droit d'être entendu à des enfants subissant potentiellement des expériences traumatisantes. Les défis sont similaires.]

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

---

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

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

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

## 2. Forme de la procédure

Le droit à être entendu inscrit à l'art. 12, al. 1, CDE vise à garantir que *l'enfant puisse effectivement faire entendre sa voix*. Il ne s'agit pas d'une simple participation formelle, mais bien d'un véritable droit à part entière. Pour pouvoir exercer ce droit, l'enfant doit être informé d'une manière adaptée à son âge et à son niveau de développement, il doit comprendre ses possibilités de participation, les modalités selon lesquelles il peut exprimer son opinion et, le cas échéant, les options de décision ainsi que leurs conséquences. C'est à l'autorité compétente et, dans le cas des enfants accompagnés, aux parents (respectivement aux détenteurs de l'autorité, pour les enfants non accompagnés) d'assurer que les informations soient transmises<sup>169</sup>.

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

---

<sup>169</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 12, par. 25

résultats issus des autres sources d'information. Les documents du SEM, par exemple, prètent à conclure que la tâche de fournir des informations plus poussées est en principe considérée comme déléguée aux représentantes et représentants juridiques ou aux conseillères et conseillers juridiques. Fait remarquable, il ressort de l'enquête en ligne auprès de spécialistes de l'hébergement et de l'encadrement ainsi que des entretiens avec de jeunes adultes s'étant réfugiés en Suisse lorsqu'ils étaient mineurs (expertes et experts témoins<sup>170</sup>) que presque tous les RMNA se sentent insuffisamment informés, voire désorientés, à partir de leur arrivée (concernant la procédure d'asile en soi, leurs droits, le rôle de la représentante ou du représentant juridique, de la personne de confiance et de la conseillère ou du conseiller juridique, ainsi qu'à l'égard des nombreuses autres actrices et acteurs dans les CFA).

Concernant les *modalités* de l'audition personnelle, le droit d'exécution suisse prévoit une obligation de tenir compte des aspects particuliers de la minorité (art. 7, al. 5, OA 1), que le Tribunal administratif fédéral a concrétisée dans un *arrêt de principe* daté de 2014<sup>171</sup>. Selon cette jurisprudence, il faut notamment prendre en considération l'âge et la maturité de l'enfant et la complexité de l'affaire. Le tribunal a dérivé des prescriptions légales et des directives internationales des exigences détaillées en matière de réalisation de l'audition personnelle. Les *articles de manuel* du SEM se réfèrent à cet arrêt. Le SEM dispose aussi de *supports et vidéos de formation internes et d'autres documents* qui concernent les enfants de divers âges et mettent en œuvre ces prescriptions. De manière générale, une sensibilisation marquante est intervenue dans ce domaine au cours des années écoulées. Les *expertes et experts consultés* distinguent néanmoins une série de points névralgiques beaucoup trop peu considérés dans les modalités selon lesquelles l'enfant peut faire entendre sa voix. Par exemple, nombre d'enfants entrent dans les procédures complexes d'asile avec des charges préexistantes et peu de ressources psychiques et sociales. Tous se trouvent dans des situations exceptionnelles généralement stressantes, et voyagent parfois sans leurs parents. Cependant, une majorité des personnes interviewées expertes du domaine de l'audition considèrent qu'en pratique, les enfants sont rarement entendus de manière adaptée à leur âge et à leur trauma, et bénéficient rarement d'un soutien

---

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

<sup>171</sup> ATAF 2014/30 consid. 2.3

adéquat lors de la préparation et du suivi. Les expertes et experts témoins estiment eux aussi que l'entrée dans la procédure est difficile. Comme l'exprime une de ces personnes : « *Du kommst in ein Land, du kannst die Sprache nicht, du kennst niemanden und weisst nichts* » [tu arrives dans un pays, tu ne connais pas la langue, tu ne connais personne et tu ne sais rien]. La plupart des expertes et experts mentionnent que la procédure est focalisée sur le fait d'examiner la demande d'asile de manière standardisée et aussi efficiente que possible, et que si l'intérêt supérieur de l'enfant est thématiqué, c'est surtout pour les RMNA et généralement aux phases tardives de la procédure. Même lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant reçoit plus d'attention, le but demeure de régler rapidement la question de la qualité de réfugié, en se basant sur d'autres facteurs. Un expert en matière de protection de l'enfant et de l'adulte estime par conséquent que la barre est placée différemment en termes d'intérêt supérieur de l'enfant dans la procédure d'asile que dans les procédures de protection de l'enfant. Plusieurs expertes et experts mentionnent qu'il existe des lignes directrices aussi bien générales que spécifiques<sup>172</sup>.

Les expertes et experts sont unanimes concernant les *contours judiciaires de l'information et de la communication*. Tout d'abord, il faut que l'enfant soit informé de manière adaptée à propos des diverses étapes de la procédure. Il doit pouvoir saisir et maîtriser les éventuelles conséquences directes des étapes de procédure, telles que l'audition personnelle ou une détermination de l'âge. Certains enfants n'ont que très peu de ressources psychiques et sociales pour gérer ces événements. Les entretiens avec les expertes et experts des domaines de l'hébergement et de l'encadrement, de la thérapie, des ONG et de la curatelle prêtent à conclure que les enfants sont exposés à des risques de traumatisme et de retraumatisme, surtout lorsqu'ils sont dans l'incapacité d'influer sur leur situation<sup>173</sup>. Dans ce contexte, les expériences vécues en route et dans le pays d'origine se font remarquer. Selon une experte en matière d'hébergement et encadrement, il y a des phases où l'on a l'impression qu'un enfant sur deux est traumatisé : « *Zum Beispiel haben wir mehrfach von massivster bulgarischer und serbischer Polizeigewalt gehört, oder von brutalen*

---

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

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

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

La quasi-totalité des expertes et experts consultés souligne aussi le *caractère hautement sensible de l’audition personnelle*, indiquant qu’elle ne saurait être réalisée de manière identique que pour les adultes. Leurs remarques concernant la réalisation de l’audition se recoupent en majeure partie avec l’arrêt de principe susmentionné du TAF de 2014<sup>174</sup>. Un expert témoin raconte qu’on lui a posé plus de 100 questions, dans un cadre intimidant, avec une traductrice à côté de lui et une personne de l’autorité ainsi qu’une personne dressant le procès-verbal en face. Il se rappelle que son avocate était là, mais ne s’est pas exprimée. Un autre expert témoin formule la chose ainsi : « *Das Asylverfahren selbst empfand ich als äusserst belastend, insbesondere das erste Interview, das sieben Stunden dauerte. Dieses Interview diente dazu, den Fluchtweg und die Aufenthalte in anderen Ländern zu klären, während das zweite Interview die Fluchtgründe behandelte* » [j’ai trouvé la procédure d’asile en soi extrêmement éprouvante, surtout le premier entretien, qui a duré sept heures et servait à déterminer mon itinéraire et mes séjours dans d’autres pays. Le deuxième entretien portait sur les raisons de la fuite]. Les expertes et experts mentionnent aussi que, faute de prescriptions générales, la personne menant l’entretien revêt trop de poids. Une bonne formation est nécessaire pour garantir entièrement le droit d’être entendu sans courir le risque de retraumatiser la personne par des questions trop

---

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

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

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

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

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

Le passage à la maturité est un moment particulièrement critique pour les RMNA. À ce moment-là, que ce soit par la décision constatant leur âge ou l'avènement du 18<sup>e</sup> anniversaire, ils perdent toute protection, leur cadre et leurs contacts sociaux, souvent sans égard à leur niveau de maturité et de vulnérabilité<sup>175</sup>. Cela peut se produire d'un jour à l'autre. Cette étape a des répercussions importantes sur la procédure : les règles de compétence de la procédure Dublin sont différentes pour les adultes et l'exécution du renvoi est assortie d'exigences moins élevées. Une majorité des experts consultés a décrit en particulier le changement abrupt suite à une procédure de détermination de l'âge comme un facteur important de charge mentale, qui déclenche de la peur et parfois des crises massives chez nombre de jeunes, et préconisent une transition en douceur eu égard aux droits de l'enfant. La CDE envisage le passage à l'âge adulte comme un processus et pas comme

---

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

un bond géant qui s’accomplit lorsqu’un enfant atteint 18 ans<sup>176</sup>. En termes de psychologie du développement, il n’y a guère de différence entre une personne âgée de 17,8 ans et un jeune adulte de 18,2 ans. Certes, la CDE ne s’applique plus à partir de 18 ans, mais des délais transitoires adéquats et un cadre adapté aux jeunes adultes semblent néanmoins indiqués pour pallier les crises.

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

Un troisième aspect problématique dans les procédures relevant du droit de l’asile est la *prise en considération de l’intérêt concret de l’enfant dans les décisions relatives à l’exécution du renvoi*. Le postulat thématise explicitement cette question, appelant à clarifier si le SEM examine les obstacles au renvoi dans tous les cas et avec suffisamment d’attention et s’il respecte l’obligation de motiver sa décision. Le Comité des droits de l’enfant estime qu’une décision de retour n’est envisageable que si elle est compatible avec l’intérêt supérieur de l’enfant<sup>177</sup>, et exige en tous les cas le respect du principe de non-refoulement<sup>178</sup>. Il demande également que l’intérêt supérieur de l’enfant soit une considération primordiale en cas de renvoi et qu’à son retour, l’enfant soit pris en charge correctement et puisse exercer ses droits<sup>179</sup>, ces exigences étant valables tant pour les enfants accompagnés que pour ceux qui ne le sont pas. Le Comité des droits de l’enfant exige d’examiner concrètement comment l’enfant sera accueilli dans son État d’origine ou dans l’État compétent selon les règles Dublin. En ce qui concerne les problèmes de santé toutefois, il concède que le principe de non-refoulement ne donne pas naissance à un droit à

---

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

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

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

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

séjourner dans un État qui a un meilleur système de santé<sup>180</sup>, sauf si le traitement est essentiel pour la vie et le bon développement de l'enfant et ne serait pas disponible et accessible dans l'État de renvoi. En cas de retour, la continuité du traitement doit être garantie pendant le trajet et après l'arrivée au pays, en coopération avec l'État de retour<sup>181</sup>. En pratique, le Comité des droits de l'enfant ne semble pas exiger que le choix se porte sur la solution qui est la meilleure pour l'enfant<sup>182</sup>, le point de référence est moins strict. La CDE offre toutefois une marge de manœuvre décisionnelle nettement plus étroite aux États dans le cas des enfants que celui des adultes.

Après le rejet d'une demande d'asile en Suisse, il faut examiner les potentiels *obstacles à l'exécution*. Si l'exécution du renvoi « ne peut être raisonnablement exigée », le SEM décide l'admission provisoire (art. 83, al. 1 et 4, LEI). Il ne s'agit pas d'une décision d'appréciation, comme on pourrait l'imaginer : la question de savoir si les conditions d'une admission provisoire sont remplies est une question de droit<sup>183</sup>. Selon le Tribunal administratif fédéral, l'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance considérable dans la détermination de ce seuil d'exigibilité juridique, qui est très important en pratique<sup>184</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant est, de jurisprudence constante, perçu comme un élément de la question de l'exigibilité<sup>185</sup>. Il faut souligner que ce n'est pas que dans les situations d'urgence existentielle que le renvoi n'est pas réputé exigible<sup>186</sup> ; le seuil est moins haut pour les enfants que pour les adultes. Essentiellement, il s'agit de déterminer si un retour

---

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

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

<sup>182</sup> Voir le chap. I.B. ci-avant.

<sup>183</sup> ATAF 2014/26 consid. 7.9.6

<sup>184</sup> ATAF 2009/51 consid. 5.6 et ATAF 2009/28 consid. 9.3.2

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

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

mettrait en péril l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>187</sup>. Peuvent notamment entrer en considération, pour les RMNA, l'âge, le degré de maturité, les dépendances, la nature de ses liens (proximité, intensité, robustesse), les caractéristiques de ses personnes de référence (surtout la disposition et la capacité à lui prêter soutien), l'état et le pronostic en matière de développement/éducation et son degré d'intégration en cas de séjour de longue durée en Suisse<sup>188</sup>. S'ajoutent à cela d'autres garanties : les RMNA doivent pouvoir être remis à un membre de leur famille, à un tuteur ou à une structure d'accueil dans le pays de retour (art. 69, al. 4, LEI). S'il est impossible de localiser des proches, il faut vérifier concrètement si des options d'hébergement adaptées sont à disposition et, le cas échéant, obtenir des garanties de prise en charge<sup>189</sup>. Ces prescriptions relatives à la protection de l'enfant se retrouvent aussi, pour l'essentiel, dans les documents du SEM<sup>190</sup>. Les décisions en matière de renvoi doivent comporter une *motivation permettant de comprendre* comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte à titre de considération primordiale<sup>191</sup>.

L'exemple des *renvois en Guinée* permet de mettre en lumière ce que cela signifie concrètement. En pratique, une ONG fondée par un ressortissant suisse et qui exploite ou soutient des orphelinats en Guinée (rocCONAKRY) joue un rôle essentiel dans l'exécution des renvois vers ce pays. Sur demande du SEM, elle s'engage par écrit à aller chercher les RMNA renvoyés à l'aéroport et à s'en occuper jusqu'à leur maturité, en leur fournissant hébergement adéquat et nourriture, un accompagnement psychosocial, en encourageant leur intégration économique et en les encadrant de manière générale. Selon l'appréciation du Tribunal administratif fédéral, le SEM satisfait ainsi à son obligation d'instruction<sup>192</sup>. Les expertes et experts consultés estiment que de tels accords ne sont appropriés que si le séjour, le déplacement et la remise sont préparés et effectués avec un accompagnement professionnel, que l'établissement doit en outre se doter d'un concept permettant de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il faut vérifier si les prestations promises sont bien fournies.

---

<sup>187</sup> ATAF 2014/26 consid. 7.6

<sup>188</sup> ATAF 2015/30 consid. 7.2

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

<sup>190</sup> Voir p.ex. SEM, manuel Renvoi, ch. 3.2.2.3.2 ; SEM, manuel RMNA, ch. 2.5.2.

<sup>191</sup> ATAF 2015/30 consid. 7.2

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

Dans les *procédures Dublin*, il faut vérifier les obstacles au transfert des enfants déjà lors de l'examen de la compétence. En effet, ils peuvent s'avérer pertinents pour l'application de la clause de souveraineté, qui permet à un État partie au système Dublin de se déclarer volontairement compétent pour une procédure qui relève en principe de la compétence d'un autre État (art. 17 du Règlement Dublin III, en lien avec l'art. 29a, al. 3, OA 1). Le bien d'un enfant impliqué peut être un motif d'application de ladite clause. Tout comme pour la pesée des intérêts en droit des étrangers, la décision relative à la compétence doit comporter une motivation permettant de comprendre comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en considération<sup>193</sup>. D'après le Tribunal administratif fédéral, en fonction des conséquences qu'implique un transfert pour un enfant, il peut y avoir une obligation positive d'examiner une requête d'asile<sup>194</sup>.

L'analyse des dossiers révèle un *tableau varié*. En comparaison avec les procédures en droit des étrangers, les décisions relatives à l'exécution d'un renvoi mentionnent généralement plus fréquemment l'intérêt de l'enfant, surtout dans le cas des RMNA. Le critère occupe aussi plus de place dans les motivations. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est toutefois pas toujours examiné spécifiquement dans le cas des *enfants accompagnés* : dans trois cas sur dix, les obstacles au renvoi ne sont examinés que pour les parents. Dans quatre cas, l'examen inclut les enfants mais se focalise sur les parents. Ce n'est que dans trois cas que l'examen porte spécifiquement sur l'enfant. Deux enfants ont eu une audition personnelle. La décision ne reproduit l'opinion de l'enfant que dans trois cas sur un total de 17, les enfants ayant aussi été entendus personnellement au préalable dans ces trois mêmes cas. Force est aussi de constater que la perspective des jeunes enfants accompagnés et des enfants accompagnés n'ayant pas eu d'audition personnelle n'est que peu prise en compte dans les décisions relatives à l'exécution du renvoi. Les entretiens avec les expertes et experts confirment ce constat. Les dossiers concernant des RMNA impliquent un examen plus poussé des obstacles et une motivation plus complète. Un examen des obstacles s'observe dans tous les dossiers, à une exception près<sup>195</sup>. Dans tous les cas

---

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

<sup>194</sup> ATAF 2021 VI/1 consid. 16.1

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

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

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

#### 4. Conclusion partielle

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

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

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

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

## 5. Recommandations d'action

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

4.1 *Les auteures et auteurs recommandent d'introduire une première évaluation des besoins de l'enfant, faite par une personne spécialisée dans les questions d'intérêt supérieur de l'enfant, au début de la procédure d'asile, afin d'avoir une première évaluation professionnelle de sa situation (notamment en matière de santé). Ensuite, il est possible de procéder à des vérifications plus concrètes en vue de l'hébergement et de l'encadrement, pour déterminer l'obligation de collaborer, les modalités de la procédure, etc. Les spécialistes de l'intérêt supérieur de l'enfant doivent pouvoir agir de manière indépendante sur les plans organisationnel et personnel dans toute la mesure du possible<sup>196</sup>.*

4.2 *Les auteures et auteurs recommandent d'introduire dans la procédure probatoire un stade spécifiquement destiné à l'évaluation et à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, de documenter les mesures correspondantes et le résultat dans le dossier et de faire appel à des spécialistes en matière d'enfance<sup>197</sup>.*

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

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

---

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

<sup>197</sup> Voir notamment chap. II.B.1.a.

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

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

Appréciation du volet de mesures 4 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>199</sup>
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons
- Modification des bases légales (mesure 4.1) : nécessaire en fonction de la solution retenue concrètement

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

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

Appréciation du volet de mesures 5 :

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

---

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

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

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

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

- 6.1 *Il faut proposer aux enfants une audition personnelle. Il faut éviter de manière générale de restreindre le droit de participation en se basant sur la capacité de discernement ou sur des limites d'âge<sup>201</sup>. La décision relative à l'audition personnelle doit être documentée dans le dossier.*
- 6.2 *Si l'enfant renonce à une audition personnelle (ou si elle ne semble pas s'imposer en fonction des circonstances), il faut recueillir son opinion par l'intermédiaire d'une représentante ou d'un représentant. Cette personne doit représenter uniquement l'enfant et ses intérêts. Pour garantir l'authenticité de l'avis des enfants accompagnés et pallier les conflits d'intérêts, la représentation par les parents ou leur représentante ou représentant juridique est à éviter<sup>202</sup>.*
- 6.3 *Les déclarations de l'enfant accompagné ne sauraient être utilisées pour évaluer la crédibilité des assertions des parents.*
- 6.4 *Les auteures et auteurs recommandent de rédiger un manuel « enfants accompagnés » (par analogie au manuel RMNA).*

Appréciation du volet de mesures 6 :

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>203</sup>
- Connaissances : à **disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons
- Modification des bases légales : **recommandée**

<sup>201</sup> Voir notamment chap. II.B.1.c. et d.

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

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

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

- 7.1 *Dans la procédure d'asile, il faut garantir que l'autorité ainsi que la représentante ou le représentant juridique informent tous les enfants d'une manière adaptée à leur âge, y compris les enfants accompagnés. Vu que cette tâche est majoritairement déléguée aux représentantes et représentants juridiques, il convient de planifier les ressources correspondantes<sup>204</sup>.*
- 7.2 *Il faut garantir que les enfants soient préparés en temps utile, de manière suffisante et adaptée à leur âge, aux étapes importantes de procédure, surtout aux auditions personnelles (p. ex. par une convocation personnelle en langage adapté aux enfants, une prise de contact avant l'audition, une visite des locaux, etc.). Dans la procédure accélérée, il faut également veiller à avoir assez de temps pour informer, préparer et assurer le suivi, et instaurer un rapport de confiance, entre les différentes étapes de la procédure. Il peut être nécessaire de renoncer à une procédure accélérée en fonction de la disposition de l'enfant et de ses besoins<sup>205</sup>.*
- 7.3 *Les auditions personnelles doivent être menées d'une manière adaptée aux enfants (p. ex. locaux, durée et créneaux horaires, apparence informelle). Pour les enfants en bas âge et les enfants traumatisés, en particulier, il faut envisager des formes d'entretien moins éprouvantes<sup>206</sup>.*
- 7.4 *Il faut garantir un accompagnement adéquat aux enfants après les étapes de procédure importantes (surtout après une audition personnelle)<sup>207</sup>.*
- 7.5 *Il faut veiller à ce que l'enfant bénéficie d'un accompagnement lui permettant de gérer les pressions accrues qu'il subit avant, pendant et après la procédure de détermination de l'âge<sup>208</sup>.*
- 7.6 *La transition vers l'âge adulte (après une procédure de détermination de l'âge ou à l'atteinte de la maturité) doit être aménagée de manière douce (p. ex. pas de changement subit d'hébergement, entretiens, encadrement, etc.)<sup>209</sup>.*

---

<sup>204</sup> Voir notamment chap. II.B.2.

<sup>205</sup> Voir notamment chap. II.B.2. et les remarques préliminaires au chap. II.B.

<sup>206</sup> Voir notamment chap. II.B.1.c., d et 2.

<sup>207</sup> Voir notamment chap. II.B.2.

<sup>208</sup> Voir notamment chap. II.B.2.

<sup>209</sup> Voir notamment chap. II.B.2.

Appréciation du volet de mesures 7 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>210</sup>
- Connaissances : à disposition – **accessibles / à disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales : **nécessaire**

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

8.1 *La motivation de la décision doit indiquer comment l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte. La décision doit comporter les sections suivantes pour la motivation<sup>211</sup> :*

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

---

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

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

Appréciation de la mesure 8.1 :

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

---

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

## C. Thèmes transversaux

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

### 1. Regroupement familial

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

#### a. La pesée des intérêts en cas de regroupement familial

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

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

l'asile reconnaît lui aussi un droit au regroupement, garanti par la loi, aux réfugiés s'étant vu octroyer l'asile. Les regroupements familiaux doivent pouvoir intervenir rapidement pour les réfugiés reconnus<sup>213</sup>. Les dispositions de la LEI sur le regroupement familial opèrent une distinction en fonction du droit de résidence de la personne bénéficiant du regroupement. Elles soumettent parfois le droit au regroupement à des délais. Mais essentiellement, pour toutes ces constellations, le regroupement est accordé dès lors que les conditions sont remplies.

Il faut distinguer ces constellations de celles impliquant des *pesées d'intérêt*, où l'intérêt de l'enfant n'est, selon l'idée de base, que *l'un* des éléments de la décision de pondération. Son poids est mis en relation avec les intérêts privés et publics en présence et le résultat de la pesée informe la décision quant au regroupement. On peut distinguer trois sous-catégories. (1) Premièrement, les décisions d'appréciation des autorités quant à l'octroi du regroupement familial, caractérisées par des tournures potestatives dans la LEI, par exemple art. 44 LEI (personnes avec autorisation de séjour). Ces bases légales n'instaurent pas un droit fixe au regroupement<sup>214</sup>. La loi se contente d'ouvrir la possibilité que les autorités accordent le regroupement. Dans ces cas, l'intérêt supérieur de l'enfant est un critère à prendre en considération selon les prescriptions de la CDE. (2) La deuxième sous-catégorie concerne l'interprétation de notions juridiques indéterminées en droit du regroupement. Les obligations en lien avec l'intérêt supérieur de l'enfant doivent être prises en considération dans la concrétisation des notions juridiques indéterminées pertinentes pour l'intérêt supérieur de l'enfant. La norme de la LEI sur le regroupement familial différé des enfants constitue un exemple (art. 47, al. 4, LEI). Dans ces cas, le droit au regroupement est lié à l'existence de « raisons familiales majeures ». Par conséquent, la notion doit être interprétée d'une manière sensible à l'intérêt supérieur de l'enfant dans le *cas concret*. (3) La troisième sous-catégorie, la plus importante en pratique, correspond aux pesées en lien avec des violations alléguées de l'art. 8 CEDH ou de l'art. 13 Cst. (droit au respect de la vie familiale). Le droit à la vie familiale donne lieu à un droit au regroupement dans certaines situations

---

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

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

où le droit national ne confère pas de droit en ce sens. En cas d'atteinte au droit d'un enfant à sa vie familiale (par refus d'un droit de séjour), cette atteinte doit apparaître comme justifiée dans le cadre d'une pesée des intérêts. Les intérêts privés et publics sont mis en relation. La condition pour se prévaloir du droit à la famille est qu'il y ait effectivement une vie familiale<sup>215</sup>. Il faut *toujours* peser les intérêts publics et privés en présence en cas d'atteinte<sup>216</sup>.

La *pratique de la Cour EDH* est particulièrement pertinente pour la pesée. Il convient de relever tout d'abord que la Cour EDH *prend en considération les prescriptions de la CDE* dans sa jurisprudence<sup>217</sup>. L'intérêt de l'enfant revêt une importance croissante<sup>218</sup>. La Cour estime qu'il existe un large consensus international autour de l'idée que l'intérêt supérieur de l'enfant doit « primer » lors de la pesée d'intérêts<sup>219</sup>. Rappelant les dispositions de la CDE, elle exige une pesée équilibrée de l'ensemble des intérêts en présence. À cet égard, la Cour EDH a développé un catalogue de critères à prendre en compte ; elle a également

---

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

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

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

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

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

identifié des cas de figure qui font pencher pour ou contre le regroupement familial<sup>220</sup>. Le fait que des enfants soient concernés est en principe un motif d'admettre le regroupement<sup>221</sup>. La question fondamentale est de savoir si et dans quelle mesure un refus rendrait impossible une vie familiale et si une véritable vie familiale serait possible dans le pays de provenance. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant signifie que la Cour prête une attention particulière à la situation de l'enfant et vérifie, notamment, si les tribunaux nationaux lui ont accordé le poids nécessaire<sup>222</sup>. Ceci dit, c'est aux tribunaux étatiques d'évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>223</sup>. Ils doivent se pencher sur la situation concrète et réelle de l'enfant concerné, et ils ne sauraient se contenter de motivations d'ordre général. La Cour prête notamment attention à l'âge, à la situation dans le pays de provenance et au niveau de dépendance par rapport aux parents<sup>224</sup>. En cas de renvoi d'un membre de la famille, les autorités doivent examiner la faisabilité du maintien de la relation familiale et la proportionnalité<sup>225</sup>. En cas de regroupement à partir du pays de provenance, un aspect important est de savoir si le parent regroupé est le seul resté au pays et si l'autre parent sera aussi regroupé<sup>226</sup>. La Cour EDH émet aussi des règles procédurales : les requêtes de regroupement familial doivent être traitées de manière flexible, rapide et efficiente<sup>227</sup>. Une motivation rudimentaire ou la longue durée de la procédure aura plus tendance à être qualifiée de violation de l'art. 8 CEDH lorsqu'elle concerne des enfants<sup>228</sup>. Pour résumer, les prescriptions de la CDE signifient en pratique que la Cour EDH tendra à considérer que si des enfants sont concernés, c'est un argument en faveur

---

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

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

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

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

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

<sup>225</sup> Cour EDH, *Jeunesse c. Pays-Bas*, § 109

<sup>226</sup> Cour EDH, *B.F. et autres*, § 120

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

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

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

Les *concrétisations de la CDE* opérées par le *Comité des droits de l'enfant* sont également pertinentes dans ce contexte. Il s'est exprimé spécifiquement sur diverses constellations. Il dérive de la CDE des exigences applicables aux décisions d'appréciation lors de regroupements familiaux<sup>229</sup>. La possibilité de séparer un enfant de son parent est un sujet particulièrement sensible. Se basant sur l'art. 3 et l'art. 9, al. 1, CDE, le Comité des droits de l'enfant estime qu'il existe un principe de non-séparation et une obligation d'évaluer les conséquences d'une éventuelle séparation sur l'enfant, et que la prévention des séparations et la préservation de l'unité familiale sont des pans importants du système de protection de l'enfance (voir art. 9, al. 1, CDE)<sup>230</sup>. De plus une séparation ne doit être ordonnée qu'en *dernier recours* et ne saurait être justifiée par des raisons économiques<sup>231</sup>. Par principe, il faut éviter de séparer les parents de leurs enfants contre leur volonté, à moins que ce ne soit dans leur intérêt. Une potentielle séparation doit être examinée à la lumière des exigences strictes des art. 3 et 9 CDE. Il faut donc mener une procédure concrète dans le cas individuel, en évaluant et déterminant systématiquement l'intérêt supérieur de l'enfant, en prenant en considération son opinion<sup>232</sup>. Outre l'âge de l'enfant, la manière dont les parents et l'enfant vivent leur relation et la manière dont ils pourraient la vivre après une séparation entrent en ligne de compte. Il faut peser la situation réelle et la potentielle situation future. La séparation n'est admissible que si elle est nécessaire et proportionnée. De plus le Comité des droits de l'enfant estime qu'en cas de séparation, il n'est pas possible de maintenir des relations personnelles uniquement par les moyens de communication modernes ; l'art. 9, al. 3, CDE impose au contraire que la famille puisse entretenir des relations personnelles suffisantes et satisfaisantes et des contacts directs<sup>233</sup>. L'État doit prendre des mesures efficaces pour préserver les relations personnelles, même si

---

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

<sup>230</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 14, par. 60

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

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

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

l'enfant et le parent vivent dans des pays différents<sup>234</sup>. L'impossibilité de maintenir des relations suffisantes et satisfaisantes est un argument encore plus puissant contre la séparation.

La reconnaissance croissante de l'importance de la CDE se reflète aussi dans le *développement de la jurisprudence suisse*<sup>235</sup>. Selon le Tribunal fédéral, il faut prendre en considération les art. 3, art. 9, al. 3, art. 10, al. 1, art. 16, al. 1 et art. 18 CDE dans le cadre de l'interprétation juridique et des pesées d'intérêts<sup>236</sup>. La même règle s'applique à l'interprétation du droit national, par exemple l'art. 96 LEI<sup>237</sup>. La pratique antérieure était plus restrictive, considérant l'intérêt supérieur de l'enfant comme un élément à prendre en considération parmi d'autres<sup>238</sup>, sans préciser plus avant le poids qu'il fallait lui accorder. Le Tribunal fédéral s'est écarté de cette pratique restrictive dans l'ATF 143 I 21, reconnaissant l'importance fondamentale de la CDE pour toute considération concernant l'enfant<sup>239</sup>. Selon la jurisprudence, les dispositions de la CDE ne donnent pas directement naissance à un droit de séjour, mais la CDE détermine l'interprétation et l'application du droit suisse. La prise en considération croissante de la CDE a notamment été importante

---

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

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

<sup>236</sup> Concernant la CDE en général, voir ATF 126 II 377 consid. 5.d et TF, arrêt 2C\_113/2023 du 27 septembre 2023 consid. 5.7.4. Concernant les dispositions en particulier, voir ATF 124 II 361 consid. 3.b ; TF, arrêt 2A.563/2002 du 23 mai 2003 consid. 2.5 ; ATF 135 I 143 consid. 2.3 ; 135 I 153 consid. 2.2.2 ; 136 I 285 consid. 5.2 ; 139 I 315 consid. 2.4 ; 140 I 145 consid. 3.2 ; TF, arrêt 2C\_520/2016 du 13 janvier 2017 consid. 4.3 ou ATF 144 I 91 consid. 5.2 ; 143 I 21 consid. 5.5.1 ; TF, arrêt 2C\_641/2019 du 3 octobre 2019 consid. 4.1 ad art. 96 LEI. Les art. 24 et 29 CDE, en revanche, ne sont pas à prendre en compte (voir TF, arrêt 2C\_776/2022 du 14 novembre 2023 consid. 7.3).

<sup>237</sup> TF, arrêt 2C\_776/2022 du 14 novembre 2023 consid. 7.3. L'art. 9, al. 3, CDE s'applique donc également dans le contexte du droit des étrangers, ce qui était encore controversé lors de l'élaboration de la CDE (voir Conseil fédéral, message CDE, p. 34 s.).

<sup>238</sup> Par exemple TF, arrêt 2C\_648/2014 du 6 juillet 2015 consid. 2.3 ou 2C\_608/2015 du 1<sup>er</sup> février 2016 consid. 4

<sup>239</sup> ATF 143 I 21 consid. 5.5.4 avec référence à Cour EDH, *El Ghatet c. Suisse*, § 46. Nonobstant les arrêts suivants, qui continuent à comprendre la CDE plutôt comme un principe général et l'intérêt supérieur de l'enfant comme un élément parmi d'autres (p. ex. TF, arrêt 2C\_608/2015 du 1<sup>er</sup> février 2016 consid. 4 ; ATF 144 I 91 consid. 5.2 ; TF, arrêt 2C\_904/2018 du 24 avril 2019 consid. 2.4 ; TF, arrêt 2C\_488/2019 du 4 février 2020 consid. 5), la jurisprudence récente admet au minimum, selon les informations à disposition, que ce critère revêt une importance essentielle ou considérable (voir p. ex. TF, arrêt 2C\_800/2018 du 12 février 2020 consid. 3.2 ; 2C\_484/2020 du 19 janvier 2021 consid. 4.2.3 ; 2C\_965/2021 du 5 avril 2022 consid. 4.7 ; 2C\_998/2020 du 3 juin 2021 consid. 3.4).

dans l'évolution de la jurisprudence sur le regroupement familial inversé, une thématique particulière que nous étudierons ci-après<sup>240</sup>.

Or, la *réalité* des pesées d'intérêts lorsque des enfants sont impliqués ne correspond qu'en partie à la situation juridique évoquée. L'*analyse des dossiers*, l'*enquête en ligne*, les *entretiens avec les expertes et experts* et l'*analyse de la jurisprudence* mettent en lumière divers aspects névralgiques. Force est notamment de mentionner que dans la jurisprudence de première instance, et en partie aussi celle du Tribunal fédéral, l'intérêt supérieur de l'enfant ne revêt guère un poids conforme aux prescriptions normatives de la CDE<sup>241</sup> : l'intérêt de l'enfant est rarement considéré comme un critère décisif. De plus, un examen concret des possibilités de maintenir des relations personnelles significatives en cas de séparation au sens de l'art. 9, al. 3, CDE n'intervient que parcimonieusement. La situation réelle est insuffisamment prise en compte. Un autre aspect problématique est l'interprétation restrictive des règles relatives au regroupement familial différé (art. 47, al. 4, LEI). Il arrive qu'à l'échéance des délais, la question d'appréciation (présence de « raisons familiales majeures ») ne soit vue que comme le problème de savoir si l'encadrement nécessaire des enfants dans le pays de provenance reste garanti en cas de décès ou de maladie de la personne s'en occupant et s'il est impossible de trouver une autre alternative judiciaire au pays<sup>242</sup>. C'est une restriction par rapport à la pesée d'ensemble nécessaire, qui reflète une interprétation restrictive de l'intérêt supérieur de l'enfant, inconciliable avec les prescriptions de la CDE<sup>243</sup>. Le délai de douze mois pour les enfants de plus de douze ans, en particulier, paraît forfaitaire au point d'être problématique. Si de plus les délais entraînent des séparations durables, cela peut être contraire à l'obligation de penser en termes de scénarios et de prendre des décisions susceptibles de révision. Enfin, les procédures de regroupement familial qui concernent des enfants doivent être organisées et menées de manière conforme aux prescriptions procédurales de l'art. 8 CEDH en lien avec l'art. 3 CDE, et donc être flexibles, rapides et efficaces.

---

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

<sup>241</sup> Voir p. ex. en lien avec la jurisprudence, AMARELLE, p. 270.

<sup>242</sup> En dernier lieu, par exemple, TF arrêt 2C\_280/2023 du 29 septembre 2023 consid. 5.2 et les références citées

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

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

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

Le postulat aborde aussi la problématique du *délai d'attente* pour le regroupement familial de personnes admises à titre provisoire, une question controversée depuis des années, à l'international comme en Suisse<sup>244</sup>. En ce qui concerne la Suisse, le Comité des droits de l'enfant se montre remarquablement explicite en évoquant un besoin « urgent » de prendre des mesures<sup>245</sup>. Cette thématique nécessite un examen différencié, en partant du but de la disposition légale. L'art. 85c, al. 1, LEI prévoit un délai d'attente de trois ans pour le regroupement des enfants de personnes admises à titre provisoire, dans le but de prévenir une trop forte intégration de ce groupe de personnes. En effet, l'idée de base est de n'accorder le droit de séjour que jusqu'à ce que les obstacles à l'exécution du renvoi aient cessé d'exister. Le délai d'attente sert, fondamentalement, à empêcher la réunion des familles pendant cette période. Un problème essentiel de ce régime est que l'idée de base et la réalité ne se recoupent que rarement : la majorité (90 %) des personnes admises à titre provisoire en Suisse y restent durablement<sup>246</sup>. La probabilité effective de demeurer dans le pays s'oppose au principe directeur du statut provisoire. La question particulièrement prégnante dans ce contexte est de savoir à quel point une exclusion du regroupement

---

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

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

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

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

La Cour EDH a traité de l'*admissibilité des délais d'attente dans le droit au regroupement de manière générale* dans deux arrêts<sup>247</sup>, rendus après l'acceptation du postulat. Dans la décision *M.A. c. Danemark*, qui date de 2021, il s'agissait de savoir dans quelle mesure un délai d'attente de trois ans est conciliable avec le droit à la vie familiale en vertu de l'art. 8 CEDH dans le cas des personnes bénéficiant d'une protection subsidiaire. Il s'agissait en l'espèce de trancher sur le regroupement d'une épouse avec son mari qui avait fui la Syrie pour rallier le Danemark. Le cas ne concernait pas d'enfants. La Cour a déterminé qu'un examen du cas particulier devait intervenir au plus tard deux ans après l'octroi de la protection subsidiaire<sup>248</sup>. Ce faisant, elle a limité la liberté des États dans la fixation de délais d'attente. La décision *M.T. et autres c. Suède*, rendue un an plus tard en 2022, concernait un ancien RMNA qui s'était vu accorder la protection subsidiaire en Suède et qui souhaitait faire venir sa mère et un frère de Syrie. Les autorités avaient instauré un délai d'attente temporaire, assorti de dérogations légales, qui en l'espèce s'est appliqué pendant un an et demi environ. Eu égard aux circonstances du cas d'espèce, la Cour a décidé que le délai était compatible avec l'art. 8 CEDH<sup>249</sup>.

Le Tribunal administratif fédéral et le SEM ont adapté leur pratique suite à l'arrêt *M.A. c. Danemark*. Depuis lors, en cas de regroupement familial en Suisse, l'autorité compétente doit effectuer un examen individuel et détaillé du cas environ six mois avant l'échéance d'un délai de deux ans, une autorisation exceptionnelle avant l'expiration du délai n'étant pas exclue<sup>250</sup>. La présente étude n'a pas cherché à savoir à quelle fréquence le regroupement des enfants avant la fin du délai est accepté, mais la jurisprudence prête

---

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

<sup>248</sup> Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, § 162

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

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

à penser que la pratique admet un « délai d'attente strict et a priori indifférencié »<sup>251</sup>.<sup>252</sup> Il s'agit en tout cas, apparemment, de préserver un certain aspect schématique. Les conséquences de la jurisprudence relative au droit conventionnel sur un délai d'attente applicable au regroupement familial des enfants ne sont pas entièrement claires. Les auteures et auteurs proposent de répondre à cette question de manière *différenciée*. (1) Fixer un délai d'attente ne paraît pas catégoriquement inacceptable. Dans les deux cas cités, la Cour EDH devait examiner des délais d'attente « relatifs » fixés dans le cas concret sur la base de clauses dérogatoires expresses. Ce genre de dérogation vise à permettre une application du délai d'attente qui soit conforme aux droits humains et à la Convention relative aux droits des enfants. (2) Exclure strictement une pesée globale dans le cas d'enfants pendant une certaine période, en revanche, doit être qualifié comme problématique. Le seuil à partir duquel un examen du cas individuel s'impose doit être fixé moins haut en cas de regroupement d'enfants que dans le cas des adultes<sup>253</sup>. La raison principale en est la vulnérabilité des enfants. Ils ne ressentent pas le temps de la même manière que les adultes et de plus, la durée réelle de la séparation dépasse souvent les délais fixés<sup>254</sup>. Dans le cas *M.T. et autres c. Suède*, qui concernait également des enfants, le fait qu'une pesée globale individuelle soit prévue était un argument pour pouvoir admettre le délai d'attente dans le cas d'espèce. Par rapport à *M.A. c. Danemark*, le critère essentiel était qu'il ne s'agissait pas simplement d'une clause dérogatoire stricte<sup>255</sup>.

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

---

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

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

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

<sup>254</sup> Cour EDH, *M.A. c. Danemark*, § 179

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

d'attente. Si l'on suit la critique du Comité des droits de l'enfant, il faudrait même renoncer entièrement à un délai d'attente lorsqu'il concerne des enfants<sup>256</sup>.

### c. Regroupement familial inversé

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

Un droit au regroupement familial inversé peut exister dans *divers cas de figure*. Le droit de la libre circulation des personnes au sein du marché intérieur de l'UE en connaît deux, qui concernent les enfants scolarisés des (anciens) travailleurs migrants et les enfants ressortissants d'un État de l'UE/AELE dont les parents sont ressortissants d'un État tiers<sup>257</sup>. En dehors de la libre circulation au sein du marché intérieur de l'UE, le regroupement familial inversé concerne principalement les cas concernant la non-séparation d'une famille<sup>258</sup>. Dans la procédure d'asile, les décisions concernant les membres de la famille se trouvant en Suisse avec un enfant sont prises en tenant compte du droit fondamental au respect de la vie familiale<sup>259</sup>. Dans ce contexte, un droit au regroupement familial inversé peut résulter de la pesée des intérêts. Dans le domaine du droit des étrangers, il s'agit

---

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

<sup>257</sup> Voir, pour le premier cas de figure, art. 3, al. 6, annexe I ALCP et TF, arrêt 2C\_185/2019 du 4 mars 2021 consid. 6 et pour le second, art. 24 annexe I ALCP et ATF 144 II 113 consid. 4.

<sup>258</sup> Voir le chap. II.C.1.a. ci-avant.

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

surtout de cas d'enfants où l'un des parents perd son droit à séjourner en Suisse, par exemple suite à la séparation des enfants ou en raison d'un motif d'extinction ou de révocation. Si l'enfant vit en Suisse avec le parent qui a la garde, il est possible de faire venir le parent titulaire du droit de visite si certaines conditions sont remplies<sup>260</sup>. En revanche, si c'est le droit de séjour du parent qui a l'autorité parentale et la garde qui est en question, il faut distinguer : les enfants suisses peuvent en principe faire venir le parent étranger qui détient l'autorité parentale<sup>261</sup>. Les enfants étrangers ayant droit de séjour ou établis, eux, doivent en principe suivre le parent qui a la garde à l'étranger et ne peuvent rester en Suisse avec le parent qui a la garde que dans des cas exceptionnels<sup>262</sup>. La doctrine critique la jurisprudence relative au regroupement familial inversé, estimant qu'elle est trop focalisée sur le comportement des parents et sur leurs relations, au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>263</sup>.

Ces constellations de séparation ou non-séparation sont à distinguer de celles de *réunification des familles*<sup>264</sup>. Le droit suisse ne connaît pas un droit des enfants à faire suivre les membres de leur famille dans ce sens-là. Les enfants suisses résidant à l'étranger peuvent « emmener » leurs parents lorsqu'ils déménagent en Suisse<sup>265</sup> et les parents vivant en Suisse sans autorisation de séjour peuvent aussi, à certaines conditions strictes, légaliser leur présence afin de rester auprès de leur enfant qui lui a droit de séjour<sup>266</sup>. Mais il

---

<sup>260</sup> Concernant les enfants suisses, voir ATF 140 I 145 consid. 4.2 ; pour les enfants étrangers, voir ATF 139 I 315 consid. 2.3 ss et ATF 144 I 91 consid. 5 et consid. 5.2 sur les conditions en détail ; également TF, arrêt 2C\_904/2018 du 24 avril 2019 consid. 4.2 concernant la condition d'une relation économique et ATF 147 I 149 consid. 3 à propos de l'art. 12 CDE dans cette constellation.

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

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

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

<sup>264</sup> Voir le chap. II.C.1.a. ci-avant.

<sup>265</sup> TF, arrêt 2C\_273/2023 du 30 mai 2024 consid. 5.5 ss. Voir aussi la mention dans TF, arrêt 2C\_7/2018 du 10 septembre 2018 consid. 2.1.2. Puisque l'enfant suisse peut à tout moment venir en Suisse, contrairement à ses parents titulaires de l'autorité parentale vivant à l'étranger, et que cela entraînerait une séparation, les parents devraient pouvoir le rejoindre sur la base de cette jurisprudence. Mais d'après les informations à notre disposition, cette question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral.

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

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

Cette situation fait l'objet de critiques à deux égards. Un cas identifié comme problématique est celui d'enfants réfugiés non accompagnés qui se sont vu accorder l'asile, qui ont des chances de pouvoir rester en Suisse sur la durée mais n'ont pas le droit de faire venir leurs parents. Un autre aspect incriminé est que les enfants non accompagnés sont souvent admis (uniquement) à titre provisoire. Dans ces cas, ils ont souvent une probabilité élevée, de facto, de demeurer en Suisse, sans possibilité pour leurs parents de les rejoindre. L'impossibilité d'un regroupement familial inversé dans ces cas paraît difficilement compatible avec les prescriptions de la CDE. Dans ce contexte, on peut souligner en particulier que pour les enfants réfugiés, la CDE poursuit le but que la famille puisse vivre ensemble (art. 22, al. 2, CDE)<sup>267</sup>. Les États parties sont tenus de localiser les parents et ils doivent aussi vérifier où l'enfant peut être réuni à ses parents (dans la mesure où une telle réunification est dans son bien). Si une réunification n'est possible ni dans le pays de provenance, ni dans un État tiers, il faut au minimum examiner si elle peut avoir lieu dans le pays de séjour de l'enfant (en tenant compte des dispositions inscrites aux art. 9 et 10 CDE)<sup>268</sup>. Ce n'est qu'en présence de motifs importants qu'il faudrait exclure cette possibilité. Exclure *catégoriquement* le regroupement familial inversé n'est guère conciliable avec les prescriptions de la CDE. Voilà un argument fort pour au moins prévoir la possibilité d'un regroupement familial inversé pour les mineures et mineurs non accompagnés reconnus comme réfugiés (en le soumettant éventuellement à l'appréciation des autorités). Dans ce contexte, il convient de mentionner que tous les États de l'UE connaissent un regroupement familial inversé pour les enfants non accompagnés réfugiés<sup>269</sup>. La Suisse pourrait et devrait s'en inspirer.

---

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

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

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

## 2. Renvoi après un séjour de longue durée

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

Le renvoi est une mesure d'éloignement qui contraint une personne concernée à quitter un territoire donné<sup>270</sup>. Généralement, on parle d'un séjour de longue durée à partir de cinq ans de séjour réglementaire<sup>271</sup>. Le renvoi d'un enfant après un séjour de longue durée ne devrait en règle générale intervenir que dans le cas d'un renvoi ordinaire au sens de l'art. 64, al. 1, let. c, LEI, soit un renvoi ordonné suite au refus, à la révocation ou à la non-prolongation de l'autorisation de séjour selon les règles du droit des étrangers. La notion de séjour de longue durée implique une certaine probabilité d'intégration minimale associée à la longueur du séjour. À l'évidence, les renvois après un tel séjour sont délicats, compte tenu de l'importance de la continuité dans la vie d'un enfant. Un tel renvoi peut intervenir du fait qu'un des parents perd son droit de résidence, par exemple suite à la révocation ou à la non-prolongation de l'autorisation, par exemple pour cause de perte d'emploi, de délinquance, de dépendance de l'aide sociale, d'endettement durable, de dissolution du mariage ou de tromperie (voir art. 50 s. et art. 61a à 63 LEI). Ce peut aussi être l'enfant lui-même qui perd son droit, notamment pour les enfants se rendant coupables d'infractions<sup>272</sup>. Ce cas de figure peut se présenter tant en droit des étrangers que dans le domaine de l'asile. Dans ce dernier domaine, la longue durée du séjour avant le prononcé d'une décision de renvoi au sens de l'art. 44 LAsi peut être due à la durée de la procédure d'asile. Un renvoi peut intervenir après des années de séjour, notamment en

---

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

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

<sup>272</sup> Voir SEM, directives LEI, ch. 8.6.6.

cas de retrait de la qualité de réfugié ou de levée de l'admission provisoire. Face à un enfant non accompagné qui ne bénéficie ni d'une curatelle, ni d'une tutelle, les autorités cantonales désignent sans retard une personne de confiance chargée de représenter les intérêts de l'enfant pendant la procédure de renvoi (art. 64, al. 4, LEI et art. 88a OASA)<sup>273</sup>. Selon les directives du SEM, une décision de renvoi ordinaire concernant un enfant non accompagné ou une famille avec des enfants doit inclure, pour chaque personne mineure, des motifs individuels de faits et de droit, avec une évaluation individuelle de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>274</sup>.

La CDE s'applique dans tous ces cas de figure. Elle impose des *exigences de fond et de procédure à la décision* en cas de renvoi après un long séjour<sup>275</sup>. Si l'enfant est renvoyé à son État d'origine, la réintégration doit être garantie, par exemple grâce à l'élaboration d'un plan de réintégration en collaboration avec lui<sup>276</sup>. Une évaluation approfondie de l'intérêt supérieur de l'enfant s'impose notamment lorsqu'il est question de le séparer d'un de ses parents<sup>277</sup>. En pratique, l'évaluation a souvent lieu à l'aide de critères établis qui coïncident avec ceux utilisés par la Cour EDH<sup>278</sup>. En principe, les renvois d'enfants après un séjour de longue durée ont lieu dans le cadre familial. Le facteur clé pour les conséquences d'un renvoi sont les *relations familiales et apparentées à la famille* de l'enfant. Lorsque le renvoi ne vise qu'un seul des deux parents, la pratique distingue selon que l'autorité parentale et la garde reviennent aux deux parents ou non. Dans le premier cas, l'enfant a plus de possibilités. La question d'un renvoi de l'enfant reste généralement ouverte (dans le domaine des étrangers) et il n'y a pas de décision de le renvoyer<sup>279</sup>. L'enfant ne perd pas son droit de séjour et peut rester en Suisse auprès du parent qui n'a pas été renvoyé. En revanche, si le renvoi vise le parent qui a l'autorité parentale et la garde ou si aucun parent titulaire de l'autorité parentale et de la garde ne demeure en Suisse, les

---

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

<sup>274</sup> SEM, directives LEI, ch. 8.6.1

<sup>275</sup> Voir le chap. II.C.1.a. ci-avant.

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

<sup>277</sup> Ibidem, par. 32, al. e

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

<sup>279</sup> TF, arrêt 2C\_17/2021 du 18 juin 2021 consid. 3.6 ; 2C\_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 3.2

enfants partagent en règle générale le sort du parent investi de l'autorité parentale et de la garde en droit des étrangers<sup>280</sup>.

La jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral relative au renvoi d'enfants après un séjour de longue durée attache une importance décisive au critère de l'âge, qui influence de manière importante la capacité d'adaptation de l'enfant et donc les possibilités réelles dans le pays d'origine après un renvoi. Dans le *domaine des étrangers*, le Tribunal fédéral distingue *divers degrés de capacité d'adaptation* en fonction de l'âge. Il estime en général que les enfants en bas âge et préscolarisés ont une capacité d'adaptation élevée. Par conséquent, il considère en principe qu'on peut exiger<sup>281</sup> de ces enfants qu'ils quittent la Suisse avec le parent titulaire de l'autorité parentale et de la garde<sup>282</sup>. La capacité d'adaptation, dans ce contexte, n'est pas juste une capacité relative, mais une aptitude particulièrement prononcée. La capacité d'adaptation de l'enfant diminue pendant la scolarité obligatoire. Dans cette phase, on examine l'intégration en Suisse et la familiarité avec le pays d'origine<sup>283</sup>. En général, une fois la scolarité obligatoire achevée, l'enfant n'est plus considéré comme étant en âge de s'adapter, même pas au sens élargi applicable à la période allant de la scolarisation à la fin de l'obligation scolaire, et un renvoi n'est donc plus présumé exigible sans autre<sup>284</sup>. Les possibilités d'intégration de la petite enfance et des premières années de jeunesse ne sont plus ouvertes à ces adolescents. Dans le domaine de l'asile, la distinction est moins fine. En pratique, le Tribunal administratif fédéral distingue deux catégories d'âge : les jeunes enfants et les enfants plus âgés (ou adolescents). Si les premiers sont en principe présumés dotés d'une capacité

---

<sup>280</sup> Voir le chap. II.C.1.c. ci-avant.

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

<sup>282</sup> TF, arrêt 2C\_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 6.2.2 avec renvoi à l'ATF 143 I 21 consid. 5.4 et consid. 6.3.6 ; 139 II 393 consid. 5.1 ; 122 II 289 consid. 3c

<sup>283</sup> TF, arrêt 2C\_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 6.2.2 et les références citées

<sup>284</sup> TF, arrêt 2C\_730/2020 du 6 mai 2021 consid. 4.5.4 ; 2C\_870/2018 du 13 mai 2019 consid. 6.3

d'adaptation, un examen différencié des circonstances du cas concret s'impose dans le cas des adolescents<sup>285</sup>.

La prise en compte du *degré d'intégration* se fait également en fonction de l'âge chez les enfants. Le Tribunal fédéral part du principe que les enfants ayant une pleine capacité d'adaptation (jusqu'à l'âge de scolarité) sans droit de résidence autonome partagent le sort du parent titulaire de l'autorité parentale et de la garde en droit des étrangers<sup>286</sup>. Dans le cas des enfants scolarisés, la relation avec l'État d'origine et le degré d'intégration en Suisse deviennent des facteurs clés. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le renvoi d'enfants de cette catégorie d'âge dans leur pays d'origine est en principe exigible s'ils connaissent le pays grâce à des compétences linguistiques, du fait d'y avoir séjourné pour des vacances et que sa culture est véhiculée au sein de la famille<sup>287</sup>. Le degré d'intégration en Suisse entre aussi en considération<sup>288</sup>. Une intégration réussie, notamment, peut rendre le renvoi inexigible. Par exemple, dans un cas d'enfants nés en Suisse et y ayant résidé pendant dix ans, le Tribunal fédéral est parti du principe qu'ils avaient une relation solide avec la Suisse et étaient bien intégrés<sup>289</sup>. Les intérêts des enfants ont été pris en compte dans la pesée d'intérêts relative au séjour de la mère en Suisse et ont eu pour conséquence que les intérêts privés ont primé les intérêts publics à un renvoi. Dans d'autres cas, le renvoi a été estimé exigible, comme par exemple pour un enfant de onze ans qui avait grandi en Suisse, dont le Tribunal fédéral a constaté qu'il n'était plus pleinement capable de s'adapter du point de vue de l'âge, mais qu'il n'était pas non plus particulièrement intégré, raison pour laquelle le départ dans le pays d'origine paraissait exigible, même si cela signifiait d'arracher l'enfant à son environnement<sup>290</sup>. Un renvoi reste possible même si un enfant de cette catégorie d'âge est bien intégré. Dans le cas d'un enfant de onze ans,

---

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

<sup>286</sup> ATF 143 I 21 consid 5.4

<sup>287</sup> ATF 143 I 21 consid. 5.4 avec les références citées ; TF, arrêt 2C\_730/2020 du 6 mai 2021 consid. 4.5.3 ; 2C\_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 6.2.2 ; 2C\_1064/2017 du 15 juin 2018 consid. 6.5

<sup>288</sup> TF, arrêt 2C\_709/2019 du 17 janvier 2020 consid. 6.2.2

<sup>289</sup> Ibidem, consid. 6.2.2 ss

<sup>290</sup> TF, arrêt 2C\_730/2020 du 6 mai 2021 consid. 4.5.3. En fin de compte, le renvoi n'a pas été ordonné, notamment eu égard à la sœur de 16 ans dont on ne pouvait exiger le retour.

bien intégré et qui avait grandi en Suisse, le Tribunal fédéral a constaté qu'il parlait la langue de son pays d'origine et y avait séjourné à plusieurs reprises pour des vacances. Il est donc parti du principe que l'enfant connaissait les us et coutumes locales et que le retour avec sa mère était exigible<sup>291</sup>. Dans le cas d'une fille née en Allemagne qui avait rejoint la Suisse à l'âge d'un an et y avait suivi sa scolarité, le Tribunal fédéral a décidé qu'on pouvait exiger qu'elle suive sa mère titulaire du droit de garde en Azerbaïdjan, retenant qu'elle parlait la langue et connaissait les particularités du pays par le biais de sa mère, même si elle n'y était jamais allée<sup>292</sup>.

Le Tribunal administratif fédéral tend à accorder un peu plus de poids à l'intérêt supérieur de l'enfant qu'à l'intégration effective et à la durée du séjour en Suisse<sup>293</sup>. Il expose sa démarche dans une décision datant de l'année 2020 : « *Während Kindern in einem anpassungsfähigen, sehr jungen Alter die Rückkehr in ihr Heimatland gegebenenfalls selbst nach einem mehrjährigen Aufenthalt im Gastland üblicherweise zuzumuten ist, verlangt ein Vollzug der Wegweisung eines langjährig anwesenden Adoleszenten ... eine differenzierte Betrachtung. Abzuwägen sind dabei insbesondere die besonderen Bindungen, welche die betreffende Person im Aufenthaltsstaat eingegangen ist* » [s'il est possible d'exiger des enfants assez jeunes, encore en âge de s'adapter, un retour dans leur pays d'origine malgré un séjour de longue durée dans le pays d'accueil, l'exécution du renvoi d'un adolescent ayant longuement séjourné en Suisse requiert une appréciation différenciée, tenant notamment compte des *relations particulières* que la personne a nouées dans l'État de résidence]<sup>294</sup>. D'après le Tribunal administratif fédéral, la pondération de la durée de résidence doit tenir compte de *l'intensité et de la nature du séjour*. Le cas d'un enfant de quinze ans ayant résidé en suisse depuis six ans permet d'exemplifier cette pondération légèrement différente. Le Tribunal administratif fédéral a jugé le retour au pays

---

<sup>291</sup> TF, arrêt 2C\_538/2021 du 24 juin 2022 consid. 4.4.3

<sup>292</sup> TF, arrêt 2C\_34/2023 du 19 octobre 2023 consid. 6.4

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

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

d'origine inexigible car le déracinement aurait concrètement mis en danger la santé et le développement de l'enfant<sup>295</sup>.

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

### 3. Hébergement, encadrement et éducation

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

#### a. Hébergement et encadrement en général

L'État est soumis à une *responsabilité particulière* pour les enfants sous sa garde. Cette responsabilité découle directement de l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale dans *toutes* les questions l'intéressant, en vertu de l'art. 3, al. 1, CDE<sup>296</sup>. Les décisions de l'État exerçant la garde qui sont

---

<sup>295</sup> Ibidem et consid. 9.2.2

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

importantes pour l'enfant concernent l'hébergement et l'encadrement, mais aussi l'accès aux soins médicaux et à l'éducation. L'hébergement de l'enfant peut prendre différentes formes. Dans le domaine de l'asile par exemple, le Comité des droits de l'enfant estime que l'hébergement dans une famille d'accueil, ou éventuellement dans un établissement pour enfants approprié, est envisageable pour les RMNA<sup>297</sup>. La solution la plus adaptée se détermine en fonction des circonstances du cas concret. La continuité dans la vie de l'enfant doit toujours être un aspect central dans la décision relative à l'hébergement<sup>298</sup>. Il est difficile d'exagérer l'importance de la continuité dans le développement des enfants. Les changements, en particulier fréquents, sont synonymes de risque. Des solutions transitoires peuvent s'imposer dans les situations d'urgence, mais elles doivent constituer l'exception plutôt que la règle et être de courte durée pour ne pas compromettre le développement. Se sentir en sécurité est un facteur important pour un être qui se développe. Les décisions nécessitent des connaissances spécialisées aussi bien en matière d'hébergement que d'encadrement<sup>299</sup>. Les personnes non spécialisées n'arrivent souvent pas à déceler les risques spécifiques.

Une problématique fondamentale dans l'hébergement et l'encadrement est la *garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des cadres qui ne sont pas, en première ligne, conçus à cette fin*. Ce problème se pose principalement dans le domaine de l'asile, avec sa centralisation en début de procédure. Jusqu'à la clôture de la procédure ou jusqu'au transfert dans un canton, toutes les personnes requérant l'asile sont hébergées dans un CFA<sup>300</sup>. La durée du séjour dans ces centres est au maximum de 140 jours (art. 24, al. 4, LAsi) avant que la personne soit, le cas échéant, transférée à un canton<sup>301</sup>. Après le transfert,

---

<sup>297</sup> Comité des droits de l'enfant, observation générale 6, par. 40

<sup>298</sup> Ibidem

<sup>299</sup> Ibidem

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

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

l'hébergement, l'encadrement et l'éducation sont du ressort des autorités cantonales<sup>302</sup> et la situation des requérantes et requérants d'asile sur ces plans varie fortement d'un canton à l'autre<sup>303</sup>. Le transfert dans un canton est parfois suivi de nouvelles solutions transitoires<sup>304</sup>. Dans ces cas, un premier régime provisoire au sein du CFA est suivi d'un second dans le canton, ce qui provoque inévitablement chez les personnes concernées un sentiment de grande instabilité. De plus, les structures cantonales et communales n'accueillent souvent pas que des requérantes et requérants d'asile : elles peuvent aussi héberger des réfugiées et réfugiés reconnus et des personnes admises à titre provisoire, sous la responsabilité du canton ou de la commune depuis un certain temps déjà<sup>305</sup>. Les règles en matière d'hébergement varient en fonction de la collectivité responsable. Pendant la phase CFA, ce sont de manière générale les dispositions de la LAsi et les prescriptions de la Confédération qui font foi<sup>306</sup>. Les centres fédéraux présentent donc une certaine homogénéité au niveau normatif. Dans les cantons, ce sont les législations sociales cantonales ou l'ordonnance sur le placement d'enfants (OPE) qui s'appliquent<sup>307</sup>. Il n'existe donc pas de cadre juridique applicable à la situation en matière d'hébergement pendant toute la procédure d'asile.

*Les différences entre la situation en matière d'hébergement des enfants dans les structures d'asile et les structures d'aide à l'enfance et à la jeunesse (en dehors de la procédure d'asile) sont marquantes<sup>308</sup>. Ceci est dû essentiellement au fonctionnement et au but de*

---

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

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

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

<sup>305</sup> Voir par exemple, dans le canton de Zurich, Erläuterungen Unterstützungszuständigkeit, ch. 3.2.

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

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

<sup>308</sup> BOMBACH, p. 1 ss ; MÖRGEN/RIEKER, p. 1 ss

la procédure d'asile, qui vise en premier lieu à déterminer si une personne a la qualité de réfugié ou non. Cette focalisation claire s'accompagne d'une très faible prise en compte des besoins réels des différents enfants dans le cadre de l'hébergement dans les CFA<sup>309</sup>. Après le transfert, en raison de leur statut, les enfants sont pris en charge dans des structures parallèles à l'offre en matière d'aide à l'enfance et à la jeunesse dans la quasi-totalité des cantons, et avec des normes de référence et des organes compétents distincts. Les expertes et experts consultés confirment ces constats, soulignant à quel point la logique et la phase de procédure, ainsi que le statut correspondant, influencent la situation des enfants. Ils citent notamment des locaux exigus et généralement pas adaptés aux enfants. Les résultats de l'enquête en ligne auprès de spécialistes de l'hébergement et de l'encadrement au niveau fédéral et cantonal confirment le constat aussi bien au niveau de la Confédération qu'au niveau des cantons. Seul un quart (26 %) indique que les RMNA sont logés conformément à leurs besoins. Pour les enfants accompagnés, un tiers (31 %) des personnes interrogées estime que la prise en charge correspond aux besoins. Selon elles, dans les CFA, l'on pense en termes d'efficience de la procédure plutôt qu'en termes de besoins des personnes<sup>310</sup>, ce qui empêche de penser en priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il soit accompagné ou non. Bien que la phase CFA ne dure pas longtemps, les personnes interrogées considèrent qu'elle préconfigure de manière déterminante la situation de l'enfant en termes d'hébergement et d'encadrement.

Le législateur a tenté d'*atténuer* la problématique pour la phase CFA. Le problème a du moins été reconnu, de manière générale. Aux termes de l'art. 82, al. 3<sup>bis</sup> LAsi, il faut tenir compte « autant que faire se peut » des besoins particuliers des enfants, des familles et des personnes ayant besoin d'un encadrement dans le cadre de l'hébergement. Ce principe a été précisé par voie d'ordonnance<sup>311</sup>. En outre, le SEM a investi ces dernières années des efforts considérables pour améliorer la situation des familles et des RMNA dans les structures collectives. Il a notamment retravaillé le Plan d'exploitation Hébergement

---

<sup>309</sup> Voir aussi CNPT, Rapport de visite CFA Provence 2023, ch. 7.

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

<sup>311</sup> Art. 5 de l'ordonnance du DFJP du 4 décembre 2018 relative à l'exploitation des centres de la Confédération et des logements dans les aéroports (RS 142.311.23). Le manuel du SEM sur les CFA prévoit la possibilité de déroger à l'hébergement séparé des familles en cas d'afflux de demandes d'asile (SEM, manuel CFA, ch. 2.3.1).

(PLEX)<sup>312</sup> et développé le manuel Encadrement RMNA<sup>313</sup>, mentionné plusieurs fois aussi bien dans l'enquête en ligne que lors des entretiens avec les expertes et experts en hébergement et encadrement. Adapté pour la dernière fois en 2022, le PLEX définit les objectifs à atteindre et les normes applicables à l'hébergement dans les CFA. Conçu comme un instrument contraignant plutôt qu'un simple fil conducteur, il prévoit notamment des règles pour les RMNA et les familles. Le manuel Encadrement RMNA, établi en 2020 et révisé pour la dernière fois en 2023, contient également des règles contraignantes pour tous les CFA. Malgré les améliorations, les études récentes brossent toujours un tableau global insatisfaisant en ce qui concerne les enfants ; le problème ne saurait être considéré comme résolu. Par exemple, dans ses rapports récents, la CNPT parvient à la conclusion que l'hébergement et l'encadrement des enfants dans les CFA n'est souvent pas conforme aux prescriptions de la CDE, du moins en partie<sup>314</sup>.

La présente étude n'a pas recensé systématiquement les prescriptions normatives applicables aux *structures cantonales et communales*. Bien qu'il soit dès lors impossible d'émettre des déclarations sur l'encadrement et l'hébergement dans ces structures au-delà d'observations ponctuelles, une certaine conclusion se dessine. Par exemple, les rares études à disposition qualifient en partie les structures d'hébergement cantonales, respectivement les normes qui les régissent, comme insuffisantes, déplorant en particulier la faible prise en compte des besoins des enfants, dont certains sont hautement vulnérables<sup>315</sup>. Un autre aspect concerne la capacité des structures : lorsqu'elle est atteinte, cela influence irréfutablement les conditions d'hébergement des enfants. La volatilité générale qui caractérise les demandes d'asile exacerbe une situation déjà instable<sup>316</sup>.

---

<sup>312</sup> SEM, Plan d'exploitation Hébergement (PLEX), version 4.0 du 1<sup>er</sup> janvier 2022

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

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

<sup>315</sup> Voir p. ex. MÖRGEN/RIEKER, p. 1 ss.

<sup>316</sup> Voir ROULIN/JURT, p. 185 ss.

Les résultats des *entretiens avec les expertes et experts* concordent avec les points exposés, aussi bien au niveau fédéral qu'à l'échelon cantonal. Les entretiens ont beaucoup thématiqué la question de la place. Un expert en matière d'hébergement a notamment signalé que les logements collectifs cantonaux regroupent souvent dans un petit espace un grand nombre de personnes ayant subi de très fortes charges psychiques, ce qui accroît le risque de pathologies mentales et de violence. Des expertes et experts en psychologie et en sociopédagogie ont aussi souligné qu'il est important que l'enfant puisse exercer une certaine autodétermination par rapport à sa situation, surtout dans une phase où il est essentiellement livré au jugement d'autrui, comme dans la procédure d'asile. Ils ont aussi relevé la problématique des dortoirs sans intimité ni options de jeu ou de repli<sup>317</sup>. Selon ces spécialistes, des locaux aménagés de manière adaptée aux enfants peuvent contribuer significativement à prévenir les comportements déviants, un enjeu crucial sachant que l'enfance est une phase essentielle pour le développement et non rattrapable. Les jeunes adultes consultés font également état de difficultés à construire une relation avec les personnes de référence et à être intégrés dans la société en tant que jeunes réfugiés. Pour eux, le placement dans une famille (d'accueil) présente des avantages sur ces points. Pour reprendre les mots de l'un d'entre eux : « *Die Pflegefamilie hat mich immer motiviert und mich ermutigt, nicht aufzugeben* » [ma famille d'accueil m'a toujours encouragé et m'a motivé à ne pas baisser les bras]. Selon ces personnes, un environnement familial et adaptable aide à surmonter le défi de s'adapter à de nouvelles langues et de nouvelles cultures.

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

---

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

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

Les résultats de l'*enquête en ligne* révèlent également une appréciation majoritairement critique de la situation dans les structures d'hébergement et d'encadrement, les répondants identifiant en particulier la situation psychique des RMNA comme un point névralgique. Un tiers des personnes interrogées (32 %) est d'accord que les RMNA « se portent majoritairement bien sur le plan psychique dans les centres »<sup>318</sup> (4 % étant « entièrement d'accord »). Un plus grand nombre n'est pas d'accord (41 %, dont 11 % « pas du tout »). Les curatrices et curateurs de RMNA au niveau cantonal étaient encore plus préoccupés quant à la situation psychique, 25 % étant très critiques et 40 % plutôt critiques (pour 10 % d'abstentions). Dans les grandes lignes, le tableau est identique pour la question de savoir si les enfants sont globalement pris en charge de manière adaptée. Une prise en charge « globalement » adaptée se réfère à l'établissement, abords compris, et aux locaux qu'il contient, ainsi qu'à la présence en nombre suffisant de personnel et de spécialistes disponibles. Parmi les spécialistes de l'hébergement et de l'encadrement, 33 % répondent par la négative pour les enfants accompagnés et 27 % pour les RMNA, avec 25 % d'abstentions dans chaque cas<sup>319</sup>. Les curatrices et curateurs indiquent que dans la majorité des centres, un hébergement adapté aux enfants n'est « pas du tout » (10 %) ou « plutôt pas » (40 %) disponible. Un aspect critique concerne surtout la protection contre les conséquences des situations dangereuses. 40 % des éducatrices et éducateurs sociaux et des encadrantes et encadrants actifs dans les CFA ou les centres cantonaux estiment que les RMNA ne sont pas en sécurité par rapport aux situations dangereuses impliquant des adultes. Concernant les enfants accompagnés, 44 % sont de cet avis, part qui monte à 51 % pour les spécialistes de l'asile. La proportion est encore plus élevée chez les curatrices et curateurs consultés, soit 70 %. Autre point jugé insuffisant, le taux d'encadrement pour les RMNA : près de la moitié (46 %) des spécialistes actifs dans les CFA ou

---

<sup>318</sup> Cette question et les suivantes ne distinguaient pas entre CFA et hébergements cantonaux.

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

les centres cantonaux estiment que le taux d'encadrement n'est « pas du tout » ou « plutôt pas » approprié. Les réponses à la question complémentaire concernant le taux d'encadrement actuellement pratiqué varient. Plusieurs réponses font état d'un taux de 1:20, une réponse mentionne même 1:30<sup>320</sup>, mais le spectre va jusqu'à 1:4. Une grande variabilité qui se reflète aussi dans les réponses à la question de savoir si le taux est adéquat. 60 % des curatrices et curateurs déplorent qu'une personne spécialiste ne soit pas disponible en continu, surtout pendant la nuit, période propice à l'exacerbation des problèmes.

Une problématique générale de l'hébergement et de l'encadrement est l'absence très répandue de *normes professionnelles*, qui seraient à même d'améliorer sensiblement la culture et la situation générale dans les structures. Les directives, recommandations, bonnes pratiques, etc. mettent à profit le savoir empirique disponible, idéalement systématisé de manière scientifique, à des fins pratiques. Chez les RMNA, la situation est globalement plus favorable que pour les enfants accompagnés : plusieurs normes spécialisées applicables à ce groupe existent en Suisse, notamment les recommandations de la CDAS relatives aux RMNA<sup>321</sup>, les recommandations de la CDAS/COPMA sur le placement extra-familial<sup>322</sup> et le manuel du Service social international suisse sur l'accompagnement des jeunes migrants<sup>323</sup>. Ces guides n'ont toutefois pas d'effet contraignant. Par conséquent, les méthodes appliquées ne sont pas homogènes. Un effet contraignant, appliqué éventuellement aux normes centrales, pourrait contribuer à une pratique plus basée sur les connaissances professionnelles<sup>324</sup>. Dans ce contexte, il convient de mentionner que la prise en compte contraignante de manuels a généralement donné lieu à des améliorations au niveau fédéral. Les éducatrices et éducateurs sociaux consultés rapportent que depuis l'introduction du manuel Encadrement RMNA, tous les RMNA arrivant dans les CFA bénéficient d'entretiens d'entrée sociopédagogiques ; si le bien des RMNA n'est toujours pas évalué de manière systématique, il y a au moins une tendance claire vers

---

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

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

<sup>322</sup> CDAS/COPMA, recommandations Placement extra-familial

<sup>323</sup> SSI, Accompagnement des jeunes migrant-e-s

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

l'harmonisation et une approche professionnelle contraignante. En revanche, les spécialistes consultés (éducatrices et éducateurs sociaux, collaborateurs d'APEA et d'ONG, représentantes et représentants juridiques) sont unanimes que les besoins des enfants accompagnés passent généralement inaperçus faute de clarifications spécifiques. Dans le domaine des enfants accompagnés, il n'y a pour ainsi dire pas de normes ni de guides pour la collaboration avec les parents<sup>325</sup>. Le contraste avec la situation nettement plus favorable des RMNA s'explique par l'idée très répandue que les enfants se confondent avec leur famille, autrement dit que leurs intérêts coïncident avec ceux de leurs parents, ce qui peut tout à fait ne pas être vrai. Des normes et un personnel formé spécifiquement peuvent aider à atténuer ce problème. Les personnes actives en sociopédagogie ont mentionné le manque de ressources et la formation lacunaire des personnes impliquées, surtout celles en reconversion professionnelle, ainsi que les changements fréquents au niveau du personnel, surtout des spécialistes. Selon ces personnes, ce dernier problème est lié au manque de ressources et les deux facteurs s'influencent mutuellement. Un expert en sociopédagogie raconte que, dans des conditions aussi délicates, on fait souvent recours aux sanctions plutôt qu'à la pédagogie (diminution des sommes d'argent, privation d'argent de poche, restrictions de sortie). Les spécialistes actifs dans les CFA ou les centres cantonaux sont rares à estimer que le travail est encadré par des « normes claires ». Pour les RMNA, le taux est de 19 %, pour les enfants accompagnés il s'élève à 8 % à peine. Pour les deux catégories, un tiers des participants est « plutôt » d'accord qu'il existe des normes<sup>326</sup>. Globalement, les éducatrices et éducateurs sociaux et les encadrantes et encadrants disposent d'une grande variété de lignes directrices, de manuels, de guides, etc. sur la gestion des questions spécifiques à l'enfant, ce qui joue vraisemblablement un rôle dans ce contexte<sup>327</sup>. En effet, si une personne a accès à diverses normes basées sur des

---

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

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

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

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

Pour résumer, force est de constater que la situation des enfants en matière d'hébergement et d'encadrement *est fortement déterminée par la phase procédurale* et par le statut de l'enfant et de ses parents. Ce n'est qu'exceptionnellement que le choix de la forme d'hébergement se fonde sur un besoin de l'enfant déterminé dans le cas concret<sup>328</sup>. La situation

---

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

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

en matière d'hébergement est très tributaire du nombre de demandes d'asile en cours. Ce facteur influence considérablement les conditions d'hébergement et d'encadrement, surtout en ce qui concerne le taux d'encadrement, l'occupation des chambres et le fait d'héberger des RMNA en compagnie d'adultes<sup>329</sup>. Vient s'ajouter à cela le problème d'une offre extrêmement hétérogène. Dans ce domaine, la structure fédéraliste de la Suisse entraîne une variabilité qui n'est pas toujours salubre. Le manque de connaissances spécialisées et des effectifs insuffisants de spécialistes qualifiés sont un autre problème fondamental dans le domaine de l'hébergement et de l'encadrement. Globalement, malgré les améliorations intervenues ces dernières années, notamment au niveau des normes concernant les RMNA, force est de constater que d'importants déficits persistent. Dans l'ensemble, la situation ne paraît guère compatible avec l'obligation de l'État de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à titre de considération primordiale dans toutes les questions l'intéressant.

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

Il arrive que les enfants restent dans des structures étatiques après la procédure d'asile, surtout dans le cadre de *l'aide d'urgence*<sup>330</sup> et en cas d'*admission provisoire*. La première thématique a récemment fait l'objet d'une étude ad hoc mandatée par la CFM. Après examen de la situation des enfants, l'étude parvient à une conclusion explicite : ces enfants vivent dans des conditions de grande précarité, l'ensemble de leur situation est déterminé par le statut de l'aide d'urgence<sup>331</sup>. Un avis de droit complémentaire a constaté que cette situation est inconciliable avec toute une série de prescriptions légales, plus particulièrement les obligations découlant de la CDE et de la Constitution<sup>332</sup>. Il convient de relever ici que l'aide d'urgence peut être un état de longue durée. En 2020, 390 enfants

---

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

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

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

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

étaient à l'aide d'urgence depuis plus d'un an en Suisse ; 137 depuis plus de quatre ans<sup>333</sup>. L'aide d'urgence, conçue comme une solution transitoire, est très problématique pour les enfants lorsqu'elle s'installe dans la durée<sup>334</sup>.

Les *expertes et experts* consultés voient unanimement cette thématique d'un œil critique, identifiant comme domaines spécialement problématiques l'aide d'urgence de longue durée, les situations difficiles dans les structures collectives et le fait d'assister à des expulsions. Les principaux problèmes cités sont la violence, le désespoir des parents, un manque d'espace et l'absence d'intimité. L'enquête en ligne comporte aussi une question visant à savoir qui est responsable des cas dans le cadre de l'aide d'urgence. Les réponses révèlent des incertitudes à cet égard. Selon les indications (ou suppositions<sup>335</sup>) des personnes consultées, la responsabilité appartient aux encadrantes et encadrants des abris d'urgence (28 %), aux APEA (14 %) à quelqu'un d'autre (15 % : p. ex. parents, services sociaux ou communes). Cela donne lieu à un cadre problématique du point de vue de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant, où des enfants grandissent dans des situations de grande précarité alors qu'il n'est pas clair à qui incombe la responsabilité<sup>336</sup>.

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

---

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

<sup>334</sup> Voir ATF 131 I 166 consid. 3.1.

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

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

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

c. Surveillance et possibilités de se plaindre

La garantie d'un hébergement adapté aux enfants dépend de l'existence d'une *surveillance* des autorités et de *possibilités efficaces pour se plaindre*. Sur ce plan aussi, il faut distinguer la situation au niveau fédéral et au niveau cantonal. Au niveau de la Confédération, il faut d'abord mentionner les efforts du SEM en vue d'instaurer une assurance qualité générale dans le domaine de l'hébergement. En 2021, le SEM a élaboré un plan consacré à l'hébergement dans les CFA, pour assurer un meilleur respect des normes en général et dans le cas des enfants en particulier. Il tient notamment compte des exigences formulées dans le manuel Encadrement RMNA<sup>337</sup> et prévoit des contrôles internes, au moins une fois par année. La régularité est censée avoir un effet préventif. De plus, les directions des différentes régions procédurales peuvent effectuer des inspections<sup>338</sup>, y compris des inspections inopinées. La CNPT peut elle aussi accéder aux CFA en tout temps. La possibilité de telles visites doit être prise en compte automatiquement pendant le travail quotidien au CFA. Un autre élément contributeur d'améliorations est l'obligation du SEM d'examiner les propositions de la CNPT et de prendre position quant à leur

---

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

<sup>338</sup> Ibidem

faisabilité (art. 9, al. 2, de la loi sur la CNPT). On peut distinguer ici une notion de mise en œuvre proche de la réalité, envisagée comme un processus d'ajustement permanent. Le PLEX pour les CFA prévoit l'installation dans chaque centre d'une boîte à avis permettant de soumettre les « questions, observations et réclamations concernant l'hébergement » à l'attention du SEM<sup>339</sup>.

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

Il convient de mentionner spécifiquement une étude externe réalisée en 2021 suite à des révélations concernant des *incidents violents* dans les CFA, qui avaient suscité d'intenses controverses sur la situation dans ces centres. L'étude a constaté que les autorités avaient ouvert les procédures pénales<sup>340</sup>. Cela montre que ces incidents n'ont pas été tolérés. Suite à cette étude, le SEM a en outre décidé d'introduire un bureau de signalement externe. Le projet pilote correspondant, débuté le 1<sup>er</sup> novembre 2022, était encore en cours pendant la durée de la présente étude<sup>341</sup>. Il a pris fin le 31 octobre 2024. Sur la base des enseignements recueillis, le SEM a adapté son système de gestion interne des plaintes pour les signalements de moindre gravité concernant le fonctionnement des CFA (concernant p. ex. la restauration et l'infrastructure) et décidé de créer un bureau central de

---

<sup>339</sup> SEM, PLEX, p. 67

<sup>340</sup> OBERHOLZER, Bericht Sicherheit BAZ, p. 99

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

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

La présente étude n'ayant pas recueilli d'informations sur la surveillance des *structures cantonales et communales* et les possibilités de se plaindre, les indications qui suivent ne peuvent se fonder que sur des informations fragmentaires. Ici encore, force est de constater qu'il existe une grande variété en termes de surveillance des structures cantonales et communales. Si certains cantons ont des procédures de contrôle, d'autres en sont quasi exempts. Dans la mesure où une surveillance est effectuée, c'est principalement au moyen de contrôles internes ou par l'intermédiaire de privés mandatés<sup>343</sup>. Une surveillance indépendante des logements collectifs, lieux sensibles aux problèmes, ne semble guère exister. De plus, il n'existe pas d'organes supérieurs habilités à émettre des instructions contraignantes en lien avec l'hébergement et l'encadrement des enfants. Bien que le SEM et les APEA aient procédé à d'importantes clarifications ces dernières années<sup>344</sup>, les entretiens et l'enquête en ligne suggèrent qu'en pratique, les domaines de compétence ne sont pas encore complètement délimités. Ce constat ne s'applique toutefois pas au personnel des APEA et aux curatrices et curateurs eux-mêmes : seuls 20 % d'entre eux sont « plutôt pas » d'accord (et 2,4 % seulement « pas du tout ») que leur domaine de responsabilité en matière d'hébergement est clairement défini. Cependant, 56 % d'entre eux estiment que les autres spécialistes impliqués ne sont pas assez au courant en ce qui concerne les compétences des APEA. Les expertes et experts membres d'APEA ont aussi mentionné qu'ils ne peuvent pas prendre de mesures adéquates face à des situations d'hébergement problématiques imputables aux autorités, à moins qu'il ne soit prouvé que l'intérêt supérieur de l'enfant est en péril, unique situation où l'APEA est compétente dans un cas particulier. Or, selon ces spécialistes, la compétence pour garantir la protection et le bien-être de l'enfant devrait se situer au lieu où les enfants sont hébergés et encadrés. Elle n'exerce pas de surveillance générale sur les autorités. D'après les expertes et experts membres d'APEA, certains systèmes de surveillance actuels ne bénéficient pas des

---

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

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

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

connaissances spécialisées nécessaires, faute de normes et de lignes directrices offrant un cadre suffisamment clair, à l'instar notamment des lois sur les foyers en vigueur dans certains cantons. Le manque de connaissances des spécialistes par rapport à des services de signalement indépendants a aussi été thématiqué dans l'enquête en ligne<sup>345</sup>. Si les spécialistes en savent peu, il semble aller de soi que les enfants concernés en sauront encore moins. Quant à des structures de surveillance claires, connues de tous, il ne saurait en être question. Les expertes et experts s'étant exprimés ne semblent pas non plus avoir connaissance de stratégies de protection et de prévention. Ils ont aussi évoqué expressément le manque de lieux sûrs et d'espaces protégés dans les logements collectifs, aussi bien dans les CFA que dans les grands établissements cantonaux. D'après le témoignage d'un expert du domaine de l'hébergement, son logement collectif a des chambres à coucher séparées pour les familles et les filles, mais comme il faut passer par les quartiers des hommes pour se rendre aux toilettes, cette séparation ne permet pas de créer un espace sûr<sup>346</sup>.

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

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

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

---

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

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

prévoit des obligations pour les États parties dans les deux domaines<sup>347</sup>. Chacun des deux aspects sera examiné ci-après. Au niveau des *soins médicaux*, la plupart des expertes et experts consultés identifient le même problème fondamental : en général, il n’y a pas d’examen objectif de l’état de santé physique et psychique des enfants. C’est surtout le cas dans la procédure d’asile. Dans ce domaine, la santé physique occupe clairement le premier plan. Pourtant, des expertes et experts du domaine de l’hébergement et de la curatelle au niveau cantonal, ainsi que des membres d’ONG, estiment que l’examen de la santé physique n’est pas toujours suffisamment approfondi ; la gale et les plaies infectées, notamment, ne sont pas suffisamment diagnostiquées. Dans les questions ouvertes de l’enquête en ligne, plusieurs éducatrices et éducateurs sociaux ont mentionné que les enfants atteints de maladies chroniques et ayant des besoins médicaux particuliers ne sont pas suffisamment identifiés et accompagnés. La plupart des expertes et experts du domaine de l’hébergement et de la curatelle au niveau cantonal, ainsi que des membres d’ONG, estiment que les affections psychiques ne sont pas dépistées et détectées correctement. Selon deux expertes du domaine de l’encadrement et un expert du domaine de la curatelle, même s’il existe des concepts appropriés, les options thérapeutiques font souvent défaut, tout comme une offre facile d’accès en cas de crise aiguë : lorsqu’un besoin psychique se révèle, par exemple en situation de crise, les traitements nécessaires ne sont parfois pas disponibles, ou uniquement au bout de longs délais d’attente<sup>348</sup>. Un grand nombre d’intervenants cite comme symptômes les troubles du sommeil, l’agitation psychique, les comportements agressifs ou auto-agressifs, ou encore la consommation de stupéfiants. Certains (personnes de confiance / représentantes et représentants juridiques) évoquent le problème de l’administration de médicaments pour combattre les symptômes, ou de médicaments psychotropes sans diagnostic confirmé, citant comme l’une des causes le manque de place dans les services de pédopsychiatrie. Cependant, les expertes et experts ayant répondu à l’enquête en ligne estiment en majorité que les soins médicaux de

---

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

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

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

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

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

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

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

#### 4. Conclusion partielle

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

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

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

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

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

## 5. Recommandations d'action

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

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

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

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

- Délai de la mise en œuvre : long – moyen – **court**
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>349</sup>
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons

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

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>350</sup>
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons
- Modification des bases légales : **nécessaire**

Appréciation de la mesure 9.5 (examen) :

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

---

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

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

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

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

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

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

Appréciation de la mesure 10.2 :

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

---

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

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

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

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

Bonnes pratiques :

- À l'heure actuelle, des efforts sont faits pour que les RMNA vulnérables, soit surtout les RMNA âgés de moins de 12 ans, ne soient pas hébergés dans les CFA. Cette pratique mérite d'être généralisée ;
- Tous les cantons disposent de structures et de procédures professionnelles pour l'accueil extrafamilial des enfants et adolescents. La pratique en vigueur en Allemagne est un exemple d'hébergement inclusif des RMNA<sup>353</sup> ;
- SSI, Catalogue de bonnes pratiques en matière d'hébergement des RMNA dans les cantons.

---

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

Appréciation du volet de mesures 11 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : **importante** – moyenne – faible<sup>354</sup>
- Connaissances : à **disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – cantons

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

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

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

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

---

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

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

Appréciation de la mesure 12.1 :

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

Appréciation de la mesure 12.2 :

- Délai de la mise en œuvre : **long** – moyen – court
- Consommation de ressources : **importante** – moyenne – faible<sup>357</sup>
- Connaissances : à disposition – **accessibles** / à **disposition en partie** – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales : **nécessaire**

---

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

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

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

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

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

Appréciation du volet de mesures 13 :

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

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

- 14.1 *Il faut prévoir un organe de surveillance indépendant pour toutes les structures d'hébergement et d'encadrement (et/ou renforcer la surveillance existante le cas échéant). Le respect des directives en matière d'hébergement et d'encadrement doit faire l'objet de contrôles réguliers et inopinés, qui impliquent les enfants. L'organe de surveillance doit pouvoir ordonner des mesures avec effet contraignant.*
- 14.2 *Toutes les structures d'hébergement et d'encadrement doivent disposer d'organes de médiation ou d'organes permettant de se plaindre, faciles d'accès, adaptés aux enfants et spécialisés sur l'intérêt supérieur de l'enfant (les organes existants doivent être renforcés). La possibilité d'un examen des cas particuliers concrets doit être garantie.*
- 14.3 *Il faut garantir que les enfants, ainsi que leurs parents dans le cas des enfants accompagnés, soient informés de manière adaptée à propos des moyens de faire valoir leurs plaintes<sup>359</sup>.*

---

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

<sup>359</sup> Voir notamment chap. II.B.2 et II.C.3.

Bonnes pratiques :

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

Appréciation du volet de mesures 14 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>360</sup>
- Connaissances : à **disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales : **nécessaire**

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

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

---

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

Appréciation du volet de mesures 15 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>361</sup>
- Connaissances : **à disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**

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

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

---

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

Bonnes pratiques :

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

Appréciation du volet de mesures 16 :

- Délai de la mise en œuvre : long – **moyen** – court
- Consommation de ressources : importante – **moyenne** – faible<sup>363</sup>
- Connaissances : à **disposition** – accessibles / à disposition en partie – à récolter / à élaborer de fond en comble
- Destinataires : **Confédération** – **cantons**
- Modification des bases légales : à étudier

---

<sup>362</sup> Pour de plus amples informations, voir [www.sem.admin.ch](http://www.sem.admin.ch) > Intégration & naturalisation > Encouragement de l’intégration > Programmes d’intégration cantonaux et Agenda Intégration > Agenda Intégration Suisse.

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

## RÉFÉRENCES

### *Abréviations*

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

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

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

OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
ONG	Organisation non-gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OPE	Ordonnance du 19 octobre 1977 sur le placement d'enfants, RS 211.222.338
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés
p. ex.	par exemple
p.	page
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
par.	paragraphe
PCF	Loi fédérale du 4 décembre 1947 sur la procédure civile fédérale, RS 273
PJA	Pratique Juridique Actuelle, Zurich
PLEX	Plan d'exploitation Hébergement
RDS	Revue de droit suisse, Bâle
Règlement Dublin III	Règlement (UE) 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), JO L 180 du 29 juin 2013, p. 31 ss
Règlement UE sur la procédure d'asile	Règlement (UE) 2024/1348 du Parlement européen et du Conseil du 14 mai 2024 instituant une procédure commune en matière de protection internationale dans l'Union et abrogeant la directive 2013/32/UE, JO L 2024/1348 du 22 mai 2024
RMNA	Requérant d'asile mineur non accompagné
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s./ss	et suivant / et suivants

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

## *Bibliographie*

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

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

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

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

*Études, avis de droit et rapports*

Affolter-Fringeli Kurt/Vogel Urs, Encadrement des requérants d’asile mineurs non accompagnés dans les centres fédéraux pour requérants d’asile : Du rôle de la personne de confiance, de la représentation de l’enfant dans la procédure d’asile, de la représentation juridique de manière générale et de l’instauration d’éventuelles mesures de protection de l’enfant, étude réalisée sur mandat du SEM, Gléresse et Kulmerau, 30 mai 2023 (cité étude Encadrement RMNA CFA)

Amarelle Cesla/Zimmermann Nesa (Université de Neuchâtel), Le régime d’aide d’urgence et les droits de l’enfant : Avis de droit et étude de conformité à la lumière de la Constitution fédérale suisse et de la Convention relative aux droits de l’enfant, étude mandatée par la CFM, septembre 2024 (cité avis de droit Aide d’urgence)

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

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

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

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

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

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

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

*Travaux législatifs, directives et autres documents*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEM, Plan d'exploitation Hébergement (PLEX), version 4.0 du 1<sup>er</sup> janvier 2022 (cité PLEX)

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

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

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

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

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

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