

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 Commission fédérale des migrations CFM
Cesla Amarelle et Nesa Zimmermann, Université de Neuchâtel

Septembre 2024



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Migrationskommission EKM
Commission fédérale des migrations CFM
Commissione federale della migrazione CFM

Impressum

Édition

Commission fédérale des migrations CFM,
Quellenweg 6, CH-3003 Berne-Wabern, www.ekm.admin.ch

Auteurs

Cesla Amarelle, Faculté de droit, Université de Neuchâtel
Nesa Zimmermann, Faculté de droit, Université de Neuchâtel

Rédaction

Bettina Looser, Pascal Fendrich, Christian Wyler

Relecture

Marie-Claude Mayr, Florian Mayr

Illustration de couverture

© CFM/Cecilia Bozzoli

Graphisme

Cavelti AG. Marken. Digital und gedruckt, Gossau

Distribution

www.bundespublikationen.admin.ch
No d'art. 420.968.f

Proposition de citation

Amarelle, Cesla et Zimmermann, Nesa (2024) : Le régime d'aide d'urgence et les droits de l'enfant. Avis de droit et étude de conformité à la lumière de la Constitution fédérale suisse et de la Convention relative aux droits de l'enfant. Édité par la Commission fédérale des migrations CFM. Berne.

Table des matières

Introduction générale	5
1. Les différentes bases juridiques pertinentes	6
2. L'aide d'urgence	8
2.1 Contexte et historique	8
2.2 Appréciation critique de l'article 12 de la Constitution fédérale	9
2.3 Caractéristiques de l'aide d'urgence	10
3. La protection découlant des instruments internationaux	12
3.1 Considérations générales	12
3.2 Dispositions spécifiques	13
4. Prestations de l'aide d'urgence et leur appréciation juridique	16
4.1 Hébergement	16
4.2 Scolarisation	18
4.3 Prestations sociales et socialisation	19
4.4 Santé	21
5. Appréciation et enjeux	23
6. Recommandations	25
6.1 Intérêt supérieur de l'enfant	25
6.2 Mise en capacité et développement de l'enfant	26
6.3 Protection de l'enfant	27
6.4 Gouvernance	27
Bibliographie	28
Rapports et documents	31

Introduction générale

En 2020, la Commission fédérale des migrations (CFM) a mandaté le Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI), institut associé de l'Université de Zurich, pour mener une enquête sur le bien-être, le développement et la santé des enfants et des jeunes âgés de moins de 18 ans et vivant à l'aide d'urgence en Suisse. L'objectif de l'étude était d'évaluer, pour la première fois en Suisse, la situation de vie de ces enfants et adolescents de manière différenciée et empiriquement fondée, à l'aide d'une approche multidisciplinaire et multi-méthodes.

Présentée en janvier 2024 à la CFM, l'étude intitulée « Enfants et adolescents à l'aide d'urgence dans le domaine de l'asile. Enquête systématique sur la situation en Suisse » (ci-après : l'étude)¹ permet de disposer pour la première fois de données scientifiquement solides et généralisables pour la Suisse sur les conditions de vie des enfants et des jeunes obligés de quitter la Suisse et bénéficiant de l'aide d'urgence. Les constats de l'étude sont préoccupants.

Premièrement, il apparaît que plus de la moitié des enfants et des adolescents bénéficiant de l'aide d'urgence restent dépendants de cette aide de manière constante et sur le long terme, ce qui augmente nettement leur exposition à des risques multiples. Ceci n'est pas conforme à la volonté du législateur, qui avait conçu le système d'aide d'urgence comme un mécanisme d'aide à court terme. Deuxièmement, ces enfants sont traités de manière très différente des autres enfants vivant en Suisse tant en termes d'hébergement que de prise en charge, de scolarisation et de gestion des menaces pesant sur leur bien-être. Cette différence de traitement se vérifie même par rapport à d'autres enfants vulnérables et vivant dans des conditions précaires. Troisièmement, le traitement subi par ces enfants devrait selon toute vraisemblance donner lieu à des signalements à l'autorité de protection de l'enfant (APEA/KESB), ce qui ne se produit toutefois pas dans la pratique.

Compte tenu de ces constats documentés, la CFM a mandaté en avril 2024 les soussignées pour com-

pléter l'étude susmentionnée par une analyse juridique. Ce complément paraît utile et nécessaire pour obtenir une vue d'ensemble de la situation juridique qui pourra nourrir les discussions politiques et juridiques au sujet de la situation des enfants soumis au régime de l'aide d'urgence. Compte tenu des limites imparties, la présente analyse a pour but de donner une vue d'ensemble juridique générale au plan suisse et de formuler des recommandations d'action et des pistes législatives dans la perspective d'assurer le respect des garanties découlant de la Constitution fédérale et du droit international des droits de l'enfant.

La démarche du présent avis de droit s'articule en six étapes. Il s'agit dans un premier temps de donner un aperçu des différentes bases juridiques pertinentes (ch. 1). Dans un deuxième temps, le cadre juridique de l'aide d'urgence sera explicité (ch. 2). En effet, ce régime spécifique d'aide sociale étant tributaire de législations et pratiques cantonales disparates, seule une perspective historique et contextuelle permet de comprendre comment son champ d'application a été pensé et conçu, et dans quelle direction il peut ou doit évoluer. Dans un troisième temps, il conviendra de déterminer les contours des obligations découlant d'instruments internationaux de protection des droits humains (ch. 3). Ensuite, dans un quatrième temps, l'avis confrontera l'analyse juridique aux situations constatées par l'étude du MMI dans certains domaines (hébergement, formation, prestations sociales et socialisation, santé) (ch. 4). Dans une cinquième partie, l'ensemble des éléments exposés feront l'objet d'une appréciation critique globale en vue de mettre en évidence les enjeux en présence (ch. 5). Enfin, dans un sixième temps, des recommandations concrètes seront proposées (ch. 6).

À toutes fins utiles, précisons que le terme « enfant » fait référence, dans la suite du présent avis, à toute personne physique de moins de 18 ans, qui est l'âge de la majorité. Cette définition se recoupe également avec le champ d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)².

1 LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER.

2 Art. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), du 20 novembre 1989 (RS 0.107) cum art. 14 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210).

1. Les différentes bases juridiques pertinentes

La notion d'aide d'urgence (*Nothilfe*) fait référence à l'aide accordée à toute personne qui est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien. Celle-ci doit lui permettre de recevoir les moyens nécessaires pour mener une existence conforme à la dignité humaine³. Il s'agit donc d'une aide aussi bien minimale que subsidiaire, accordée aux personnes qui sont exclues de l'aide sociale, notamment en raison de la législation sur les étrangers. En effet, si le domaine de l'aide sociale relève de la compétence cantonale, la législation fédérale intervient de manière ponctuelle, en vertu de la compétence fédérale en matière de droit des étrangers et du droit de l'asile⁴.

Ainsi, au cours des vingt dernières années, des réformes successives ont conduit à exclure certaines catégories de personnes de l'aide sociale. Depuis l'entrée en vigueur du programme d'allègement budgétaire 2003, les personnes étrangères frappées d'une décision de non-entrée en matière (NEM) exécutoire en vertu des articles 31a LAsi sont exclues des dispositions de la loi sur l'asile relatives à l'aide sociale et donc soumises à l'aide d'urgence depuis le 1^{er} avril 2004⁵. Depuis 2008, la suppression de l'aide sociale frappe également les personnes dont la décision négative d'asile et de renvoi est entrée en force et auxquelles un délai de départ a été imparti (art. 82 al. 1 LAsi)⁶. L'exclusion de l'aide sociale prévaut même durant une procédure de recours extraordinaire, en cas de demandes multiples ou encore lorsque l'exécution du renvoi est suspendue (application par analogie de l'art. 82 al. 1 et 2 LAsi)⁷. Par ailleurs, les personnes qui se sont vues notifier une décision de renvoi ou les personnes sans statut de séjour (sans-papiers) sont également soumises à l'aide d'urgence.

Ces exclusions limitent considérablement la marge de manœuvre des cantons dans le domaine de l'aide sociale et de l'aide d'urgence, qui relève pourtant de leur compétence. Le droit fédéral contient encore d'autres prescriptions, ayant cette fois-ci trait aux montants accordés. D'une part, il détermine que le montant de l'aide sociale accordée aux personnes en procédure d'asile doit être inférieur à celui accordé aux personnes résidant avec un statut régulier en Suisse (art. 82 al. 3 LAsi). D'autre part, il prévoit que le montant de l'aide d'urgence doit être à son tour inférieur au montant de l'aide sociale accordée aux requérants d'asile (art. 82 al. 4 LAsi). Les cantons ne peuvent déroger à cette règle⁸. À l'intérieur de ce cadre posé par le droit fédéral, et en vertu de leur compétence en matière d'aide sociale, les cantons restent néanmoins libres de déterminer tant le contenu que les modalités de l'aide d'urgence⁹.

Si l'article 82 LAsi plafonne l'aide accordée¹⁰, il existe à l'inverse aussi un certain nombre de garanties minimales découlant du droit fédéral et international qui doivent être respectées. La disposition centrale à cet égard est à l'article 12 de la Constitution fédérale (Cst. féd.), qui garantit le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse¹¹. Cette disposition codifie un « droit à des conditions minimales d'existence » (*Recht auf Existenzsicherung*) qui avait d'abord été reconnu par le Tribunal fédéral comme droit constitutionnel non écrit¹². Formulé comme une aide dans des situations de détresse, expression qui souligne le caractère minimal de cette aide, il constitue néanmoins un *droit social à part entière*¹³. Ainsi, il garantit des prestations minimales, dont le caractère est en principe transitoire, visant à assurer à tout être humain une « survie décente »¹⁴. Cette disposition est directement applicable, à savoir

3 GÄCHTER/WERDER, BSK-art. 12 Cst. féd., nos 1 et 9.

4 Art. 121 al. 1 Cst. féd.

5 ATF 131 I 166 consid. 8.

6 RO 2006 4745 ; FF 2002 6359.

7 SEM, Manuel Article H2, Les voies de droit extraordinaires et les demandes multiples, p. 3.

8 HRUSCHKA, art. 82 AsylG, nos 8–12.

9 Voir p. ex. ATF 137 I 113 consid. 3.1 ; ATF 135 I 119 consid. 5.3 ; voir aussi HRUSCHKA, art. 82 AsylG, n° 1.

10 Voir toutefois l'art. 83 al. 3^{bis} LAsi contenant l'obligation de tenir compte, dans le contexte de l'hébergement, des besoins particuliers des personnes mineures non accompagnées et des familles. Voir aussi *infra*, ch. 4.

11 Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101).

12 ATF 121 I 367 consid. 2a–2d ; voir aussi *infra*, ch. 3.

13 MAHON, PC-art. 12 Cst. féd., n° 3.

14 ATF 139 I 272 consid. 3.2.

qu'elle confère des prétentions juridiques (*Rechtsansprüche*) qui peuvent être invoquées devant un tribunal¹⁵. Nous développerons par la suite plus en détail le contenu exact de l'article 12 Cst. féd. (ch. 3).

Avant cela, il convient de préciser que l'article 12 Cst. féd. interagit avec d'autres dispositions découlant du droit constitutionnel fédéral et du droit international des droits humains, qui, pour certains, accordent une protection additionnelle. Pour ce qui est de la Constitution fédérale, il s'agit spécifiquement de l'article 7 consacrant la protection de la dignité humaine et de l'article 10 protégeant la vie et l'intégrité physique et psychique ainsi que, pour ce qui est des personnes mineures, de l'article 11 à propos de la protection des jeunes et des enfants¹⁶ et de l'article 19 accordant le droit à un enseignement de base. Sur le plan international, des garanties fondamentales découlent d'instruments internationaux de protection des droits humains, avant tout la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁷ et les Pactes ONU I¹⁸ et ONU II¹⁹ ainsi que, s'agissant des personnes mineures, la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)²⁰. Nous approfondirons la portée de ces dispositions ci-dessous (ch. 3 et ch. 4).

15 GÄCHTER/WERDER, BSK-art. 12 Cst. féd., nos 6 et 12–14.

16 À propos de la portée de cet article, voir en particulier WYTTENBACH (2006).

17 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), du 4 novembre 1950 (RS 0.101).

18 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1).

19 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).

20 Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

2. L'aide d'urgence

2.1 Contexte et historique

La genèse de l'aide d'urgence fait apparaître trois étapes clés dont les deux premières sont d'origine jurisprudentielle. Dès 1914, le Tribunal fédéral admet dans une affaire touchant à une ressortissante italienne indigente que les personnes étrangères ont droit, en cas de maladie (physique ou mentale) en Suisse, à l'aide et aux soins médicaux, et, en cas de décès, à l'inhumation au même titre que les citoyens suisses jusqu'à ce que leur retour puisse se faire sans danger pour leur santé ou celle d'autrui et sans qu'il puisse être exigé du pays d'origine un dédommagement pour les dépenses en question²¹. L'obligation de la Suisse de fournir ces prestations gratuites relève du devoir de l'État et est aussi établie par le droit international public²². Elle ne constitue pas pour autant un droit subjectif pouvant être invoqué sur la base de la Constitution de 1874. Cette dernière se limite en effet à régler des conflits négatifs de compétences entre cantons sur la base de l'article 48 al. 1 a Cst. féd.²³.

C'est dans un arrêt de principe de 1995 que la Haute Cour reconnaît un *droit constitutionnel non-écrit* à des conditions minimales d'existence pour toute personne étrangère, indépendamment de son statut migratoire²⁴. À cette occasion, le Tribunal fédéral qualifie ce droit de « composante indispensable d'un État démocratique fondé sur le droit »²⁵. En procédant de la sorte, le Tribunal fédéral ne se limite plus à constater un *devoir d'assistance de l'État* mais consacre véritablement un *droit social à part entière* permettant aux justiciables d'obtenir des prestations positives de la part de l'État comme condition préalable à l'« épauvrissement humain ». Celles-ci sont déduites directement de la Constitution contrairement aux

autres buts sociaux (art. 41 al. 4 Cst. féd.)²⁶. Cette jurisprudence ne va pas manquer d'influencer les travaux préparatoires de la nouvelle Constitution.

Au cours de la révision totale de la Constitution de 1874, le projet de 1996 prévoit dans un article 10 un « *droit à des conditions minimales d'existence* » pour toute personne dans le besoin et intègre un « *droit d'être aidé et assisté et recevoir les moyens sans lesquels il ne peut mener une existence conforme à la dignité humaine* »²⁷. En définitive, l'article 12 de la nouvelle Constitution de 1999 va consacrer l'*aide d'urgence*²⁸ en tant que droit fondamental étroitement lié au respect de la *dignité humaine* garantie par l'article 7 Cst. féd. et octroyant un soutien dans des *situations de détresse*²⁹. En indiquant qu'elle touche à toute personne qui « *n'est pas en mesure de subvenir à son entretien* », la Constitution conditionne cette aide de manière *subsidaire* comme dernier filet de sécurité lorsque les démarches individuelles et les autres prestations étatiques ne sont pas accessibles³⁰. Ce droit est également relié à la notion de *survie* et de *décence*³¹, son but étant d'assurer que personne ne soit « abandonné à la rue et réduit à la mendicité »³².

21 ATF 40 I 409 consid. 2 et 3.

22 Cf. en particulier les articles 11, 9 et 12 du Pacte ONU I. Concernant les réserves du Tribunal fédéral relatives à l'applicabilité directe de ces dispositions, cf. notamment ATF 136 I 290 consid. 2.3.1. Pour le surplus, cf. ch. 4.

23 DUBÉY, CR-art. 12 Cst. féd., n° 1.

24 ATF 121 I 367 consid. 2a–2d. Il s'agissait ici d'anciens réfugiés qui refusaient de présenter dans leur pays d'origine une requête de réintégration de leur nationalité. Cette jurisprudence a par la suite été confirmée par les ATF 122 I 101 et 122 II 193.

25 ATF 121 I 367 consid. 2 b.

26 ATF 121 I 367 consid. 2c. Cf. également DUBÉY, CR-art. 12 Cst. féd., n° 2.

27 Message relative à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, p. 151–154. Cf. également art. 9 al. 3 AP 95.

28 FF 1997 I 153.

29 ATF 142 I 1 consid. 7.2; ATF 139 I 272 consid. 3.2 et les arrêts cités.

30 ATF 139 I 218 consid. 5.3; ATF 142 I 1 consid. 7.2.1. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral considère que l'imputation du salaire d'un apprenti sur des prestations d'aide n'est pas critiquable. Cf. TF 8C_717/2022 consid. 10.1.2 et les références citées.

31 FF 1997 I 153; SCHEFER (2001), p. 338 s. En allemand, il s'agit de la notion « *um überleben zu können* » et « *Überlebenshilfe* », voir ATF 130 I 71 consid. 4.1; ATF 131 I 166 consid. 8.2.

32 ATF 139 I 272 consid. 3.2.

2.2 Appréciation critique de l'article 12 de la Constitution fédérale

L'article 12 Cst. féd. contient de nombreuses notions juridiques indéterminées (par ex. : « détresse », « existence conforme à la dignité humaine ») dont la mise en œuvre dépend de la jurisprudence du Tribunal fédéral³³. Dans le cadre de l'interprétation de cette nouvelle disposition, la Haute Cour adopte une *approche restrictive*. D'un point de vue constitutionnel, elle va examiner la question de savoir si le versement de l'aide d'urgence prévue à l'article 12 Cst. féd. peut être subordonné à la condition ou à la charge que les personnes étrangères qui demandent de l'aide remplissent des obligations de coopération qui leur incombent en vertu du droit des étrangers. La Haute Cour va ainsi préciser en 2005 que les requérants d'asile qui ont fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière ne peuvent pas être privés – même partiellement – de l'aide d'urgence pour le motif qu'ils ont manqué à leur devoir de collaborer lors de l'exécution du renvoi³⁴. En d'autres termes, les manquements aux obligations du droit des étrangers ne peuvent supprimer le droit fondamental à l'aide dans des situations de détresse selon l'article 12 Cst. féd., qui est indépendant de toute considération financière ou administrative³⁵. Il s'agit d'un *noyau intangible* et incompressible en congruence avec le contenu essentiel du droit fondamental concerné³⁶.

Pour le surplus, le Tribunal fédéral reste sur la retenue pour préciser les contours de l'aide d'urgence, en particulier s'agissant de l'étendue des prestations fournies par les cantons³⁷. En décrivant cette aide comme se limitant au strict nécessaire et une simple « aide à la survie », il réduit la garantie de l'aide d'urgence à un minimum vital du point de vue biologique et physique³⁸. Les ressources minimales indiquées concernent donc uniquement la nourriture, le logement, les vêtements, les produits d'hygiène et les soins médicaux de base. Cette interprétation ne prend pas en compte le niveau de prestations plus élevées voulues par l'article 12

Cst. féd., en particulier la question de l'aide immatérielle (« droit d'être aidé et assisté ») qui se réfère aux contacts sociaux.

En outre, cette lecture est en deçà de la référence à la notion de dignité humaine figurant à l'article 12 Cst. féd. laquelle commande d'étendre l'aide d'urgence à d'autres points de rattachement constitutionnels. Si le principe constitutionnel de la dignité humaine (art. 7 Cst. féd.) garantit à chaque personne ce qu'elle est en droit d'attendre de la collectivité en raison de son humanité, elle inscrit dans son action le droit à la vie en tant qu'élément central de la liberté personnelle, qui ne serait plus garanti si les conditions minimales de survie n'étaient pas assurées³⁹. Entrent également en ligne de compte la liberté personnelle en tant que garantie de toutes les manifestations élémentaires de l'épanouissement de la personnalité et le principe d'égalité, qui aurait également pour fonction de garantir une justice matérielle minimale.

Enfin, le principe de dignité est également rattaché à la disposition constitutionnelle de l'article 48 al. 1 Cst. féd. selon laquelle les personnes dans le besoin doivent bénéficier de l'aide sociale⁴⁰. Le Tribunal fédéral n'a toutefois jamais fixé de limites temporelles à l'aide d'urgence. Par ailleurs, et bien que le Tribunal fédéral reste encore réservé sur une interprétation plus systématique, la doctrine s'appuie sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande pour préciser que le principe de dignité consacré à l'article 7 Cst. féd. devrait prendre en compte la dimension biologique, mais également les aspects relationnels et sociaux de l'être humain. Les formes graves et durables d'exclusion sociale et culturelle constituent une atteinte à la dignité humaine car elles participent à nier le caractère de sujet humain d'une personne⁴¹. Dans le cadre d'enfants, le droit à l'aide d'urgence suppose d'aller au-delà d'un minimum purement biologique et de prendre en compte la dimension sociale de l'enfant dans le cadre de son développement. Ainsi, des mesures minimales concernant la vie sociale, culturelle et politique doivent être prises en compte dans le cadre de la dignité humaine⁴².

33 COULLERY/MEWES (2021), p. 743-759, spéc. p. 749.

34 ATF 131 I 166 consid. 1-7.

35 ATF 142 I 1 consid. 7.2.1. et les arrêts cités.

36 ATF 131 I 166 consid. 8.2; TF 2C_798/2021 consid. 4.2 et 6.5.2.

37 ATF 131 I 166; ATF 139 I 272 consid. 3.2; TF 7B_16/2023 consid. 4.

38 ATF 142 V 513.

39 ATF 146 I 1 consid. 5.1 et les références citées.

40 ATF 121 I 367 consid. 2c et 2d.

41 COULLERY (2019), p. 4; LEIBHOLZ/RINCK (2013), n° 2.

42 Cf. également les articles 27, 28, 29 et 31 CDE.

En outre, l'interprétation restrictive du Tribunal fédéral ignore l'article 11 Cst. féd. qui s'inscrit dans le cadre normatif des droits et buts sociaux en faveur de la jeunesse (« protection particulière des enfants et des jeunes concernant leur intégrité et l'encouragement à leur développement ») et qui a justement été introduit dans le but de consacrer les droits de l'enfant émanant de la CDE⁴³. À la lumière de cet article, le catalogue des prestations de l'aide d'urgence ne peut se limiter au seul minimum vital biologique et physique. L'article 12 Cst. féd. doit prendre en compte le droit à un minimum d'intégration sociale et des possibilités de participation à la vie sociale en tant que cadre normatif social fondamental⁴⁴.

2.3 Caractéristiques de l'aide d'urgence

L'aide d'urgence dispose de plusieurs caractéristiques générales qui sont particulièrement pertinentes s'agissant des enfants et des jeunes en situation de détresse. Dans ce qui suit, elles seront brièvement exposées.

Aide transitoire (Überbrückungshilfe) et temporalités. L'aide d'urgence est temporaire et est supposée s'arrêter lorsque la personne sort de la situation de détresse⁴⁵. Par définition, elle a en principe un caractère *transitoire*⁴⁶. L'article 12 Cst. féd. ne vise qu'une aide minimale – à savoir un filet de protection *temporaire* pour les personnes qui ne trouvent aucune protection dans le cadre des institutions sociales existantes – pour mener une existence conforme à la dignité humaine. En pratique, l'aide d'urgence peut durer aussi longtemps que la personne satisfait aux critères de l'article 12 Cst. féd., soit durant la période nécessaire à la préparation et l'exécution de son renvoi de Suisse⁴⁷. Les personnes qui touchent l'aide d'urgence sont des personnes soumises à l'interdiction de travailler, en particulier les requérants d'asile déboutés⁴⁸. Toutefois, il importe de relever qu'en cas de

très long séjour – il peut s'agir de 15 ans selon la jurisprudence – d'une personne dépendante de l'aide d'urgence, l'obtention d'une autorisation de séjour pour l'exercice d'une activité lucrative est exceptionnellement possible. Le Tribunal fédéral considère en effet que l'interdiction de travailler et l'impossibilité d'organiser son mode de vie sur le long terme se heurte aux limites de l'admissible conformément à l'article 8 CEDH⁴⁹.

Concernant les *temporalités*, un arrêt récent du Tribunal fédéral s'est penché sur les différences d'aide sociale octroyées aux personnes étrangères en particulier aux personnes admises provisoirement. À ce propos, la Haute Cour admet que le traitement différencié de divers groupes de personnes, dans la mesure où des raisons objectives ou les circonstances de fait font apparaître une différenciation comme nécessaire, n'est pas problématique en soi et est conforme à la Constitution⁵⁰. Aussi, les personnes admises à titre provisoire peuvent disposer d'un taux d'aide sociale inférieur à celui de la population résidente en Suisse de manière régulière, indépendamment de la durée du séjour. Dans cette même affaire, les autorités cantonales bernoises ont toutefois admis qu'un rapprochement de l'aide sociale octroyée aux admis provisoires avec les besoins de base des personnes résidentes en Suisse et des réfugiés s'imposait après l'écoulement de dix ans. Ainsi, la réduction du taux pour les besoins de base sous le statut légal de l'admission provisoire devait passer de 30 % à environ 15 % après dix ans⁵¹. Si une différenciation peut être admise en fonction du statut migratoire et si l'octroi de prestations minimales se justifie en vue de réduire l'incitation à rester en Suisse, l'écoulement des dix ans devrait logiquement aussi permettre de réduire les différences entre l'aide sociale et l'aide d'urgence. Par ailleurs, il importe de relever que, pour les enfants, la perception de la durée du temps est subjective. Plus un enfant est jeune, plus il a l'impression que la durée vécue est longue⁵². Le rapprochement de l'aide d'urgence avec l'aide sociale devrait pour eux pouvoir se faire plus rapidement.

43 Cette disposition est complémentaire de l'article 41 I f et g Cst. féd. Cf. MAHON, PC-art. 11 Cst. féd.; MADER (1999), p. 698.

44 En ce sens, COULLERY (2019), p. 21–22.

45 ATF 136 I 166 consid. 8.2; ATF 121 I 367 consid. 2d; ATF 130 I 71 consid. 4.1; ATF 131 I 166 consid. 8.2; ATF 142 I 1 consid. 7.2.1.

46 ATF 142 I 1 consid. 7.2.1.

47 MALINVERNI/HOTTELIER (2004), p. 1353.

48 Cf. article 115 al. 1 let. C LEI.

49 ATF 136 I 246. Cf. GRASDORF-MEYER/OTTI/VETTERLI, n° 936, p. 256.

50 TF 8C_641/2023 consid. 5.3.

51 TF 8C_641/2023 consid. 4.2.

52 LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER.

Aide adaptée aux besoins spécifiques. Les règles de portée générale fixant l'aide d'urgence servent à légitimer cette dernière sur le plan démocratique et dans le respect de l'État de droit, ainsi qu'à garantir son application équitable et non arbitraire. Elles ne dispensent toutefois pas les autorités d'examiner chaque cas particulier, selon les circonstances concrètes, et de s'écarter des règles générales si nécessaire⁵³. L'ampleur et les modalités de l'aide doivent être en adéquation avec le contexte individuel et social de chaque situation⁵⁴. Le Tribunal fédéral admet au titre des différenciations acceptables le critère de l'âge, de l'état de santé ou du statut⁵⁵. Ainsi, le contenu de l'aide d'urgence doit impérativement prendre en compte les besoins spécifiques des enfants ancrés au plan constitutionnel à l'article 11 Cst. féd. afin de considérer leur développement. Toutefois, la formulation très générale de cette disposition ne garantit pas toujours des droits spécifiques⁵⁶. Il apparaît que les soins médicaux de base dépendent de l'état de santé individuel du bénéficiaire ou qu'un nourrisson n'a pas les mêmes exigences en matière de nourriture qu'un adolescent en pleine croissance ou qu'une personne âgée⁵⁷.

Possibilité d'exercer d'autres droits fondamentaux (étudier, développement physique et psychique de l'enfant, participation sociale et politique). Cette question renvoie au principe selon lequel seul un niveau de vie suffisant du point de vue financier peut ouvrir des possibilités autres que la simple survie. Sans cela, de nombreux droits ne peuvent être exercés, notamment la liberté de choix professionnel (art. 27 Cst. féd.), la liberté d'information et d'opinion (art. 16 Cst. féd.), la liberté d'association (art. 23 Cst. féd.), les droits politiques (art. 34 Cst. féd.).

Forme d'aide matérielle et immatérielle. L'énumération des besoins fondamentaux couverts par l'aide d'urgence est bien souvent décrite comme uniquement matérielle. Des formes d'aides *immatérielles* telles que le « droit d'être aidé et assisté », consacré expressément dans l'article 12 Cst. féd., ne sont jamais vraiment spécifiées ni réalisées⁵⁸.

Plus le niveau de vie général est élevé, plus le minimum garanti au titre de l'aide d'urgence est élevé. Selon la jurisprudence, le contenu de l'aide d'urgence dépend du niveau général de la vie en société, notamment du coût de la vie⁵⁹. Aide sociale et aide d'urgence partagent en principe une *conception dynamique* et non statique des prestations offertes. Ainsi, l'ensemble des prestations sociales ont augmenté au cours de ces vingt dernières années alors que les montants dévolus à l'aide d'urgence n'ont pas été modifiés. Le montant de base forfaitaire du minimum vital en droit des poursuites qui prend en compte l'alimentation, les vêtements et le logement est passé de CHF 1010.– avant mai 2000 à CHF 1200.– en 2024. Les assurances sociales bénéficient quant à elles du principe d'adaptation systématique du minimum vital prévalant dans l'AVS/AI/PC et les allocations familiales. La situation patrimoniale des différents groupes sociaux doit pouvoir se baser sur des critères similaires au risque de violer le principe d'égalité des droits au sens de l'article 8 Cst. féd.

53 TF 8C_798/2021 consid. 6.5.1.

54 Cf. notamment STEFFEN (2015), p. 8; MAHON (2015), p. 330.

55 ATF 131 I 166 consid. 8.2.

56 ATF 144 II I consid. 5.

57 HERTIG RANDALL (2019), p. 148.

58 HERTIG RANDALL (2019), p. 148; GÄCHTER/WERDER, BSK-art. 12 Cst. féd., n° 3.

59 ATF 131 I 166 consid. 8.2.

3. La protection découlant des instruments internationaux

3.1 Considérations générales

La réglementation fédérale et cantonale en matière d'aide d'urgence doit également respecter les garanties découlant d'instruments internationaux contraignants pour la Suisse. Si tous les traités de droits humains ratifiés par la Suisse contiennent des garanties potentiellement pertinentes pour la question des enfants sous le régime de l'aide d'urgence, nous nous limiterons par la suite à en détailler les plus importants, à savoir la CEDH, les Pactes ONU I et ONU II et la CDE. Par ailleurs, notre focus porte non pas sur la compatibilité de l'aide d'urgence avec ces garanties de manière générale⁶⁰, mais spécifiquement en lien avec les enfants⁶¹.

En vertu du système juridique suisse, qui est de tradition moniste, les traités ratifiés par la Suisse et entrés en vigueur font partie intégrante du droit suisse, sans que l'on doive d'abord passer par une transposition⁶². En revanche, seules les normes considérées comme justiciables ou directement applicables (« self-executing ») peuvent être directement invoquées devant les tribunaux⁶³. Les autres textes, jugés programmatiques, s'adressent en premier lieu au législateur⁶⁴. En fonction de la répartition des compétences internes, ces obligations de légiférer incomberont soit au législateur fédéral, soit au législateur cantonal, voire aux deux⁶⁵. En d'autres termes, les obligations programmatiques ne lient pas moins la Suisse : les

autorités législatives sont tenues de les mettre en œuvre, faute de quoi la Suisse viole ses obligations internationales. En effet, sur le plan international – par exemple dans le cadre des procédures de suivi de traités internationaux – la Suisse répond aussi bien de ses manquements aux normes jugées programmatiques qu'aux normes considérées comme directement applicables⁶⁶.

La question de savoir si une norme est programmatique relève de son interprétation et fait l'objet de controverses. Par exemple, l'approche restrictive du Tribunal fédéral s'agissant des droits économiques et sociaux, qu'il considère généralement comme étant programmatiques, a régulièrement été critiquée⁶⁷. Néanmoins, même lorsqu'elles sont programmatiques, les normes ont une certaine influence sur l'interprétation du droit interne. Ainsi, le Tribunal fédéral a souligné que « [l]e fait qu'un traité international ne soit pas d'application directe n'implique pourtant nullement que le juge puisse simplement ignorer son existence. Il en va spécialement ainsi dans les matières relatives aux droits de l'homme, qui plus est dans un domaine où l'on a affaire à des personnes en état de faiblesse, par exemple au regard de leur âge »⁶⁸. Cet aspect rejoint ce que la doctrine appelle la « dimension accompagnatrice » (*flankierende Normschicht*) d'un droit fondamental⁶⁹. Ainsi, pour interpréter les droits découlant de l'article 12 Cst. féd., les tribunaux peuvent – et doivent – tenir compte de l'ensemble des normes internationales liant la Suisse, y compris lorsque celles-ci ne constituent pas un texte directement applicable⁷⁰. Ces normes nécessitent à leur tour d'être interprétées pour déterminer leur portée et contenu exact. À ce propos, le travail des organes de traités, chargés par les États de la supervision et de la surveillance d'un traité, revêt une importance considérable⁷¹.

60 Pour une analyse plus générale, voir KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI (2012).

61 Pour une analyse plus ancienne du même sujet, voir MOTZ/NUFER (2013).

62 MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), n° 1094.

63 Le Tribunal fédéral utilise les notions de justiciabilité et d'applicabilité directe comme synonymes. Pour des questions de compréhensibilité, nous faisons ici de même. Notons cependant que cette approche est réductrice : en effet, des normes non directement applicables jouent également un certain rôle dans des procédures judiciaires, notamment pour l'interprétation d'autres normes (« flankierende Normschicht ») et peuvent, en ce sens, être considérées comme justiciables : voir MIAZ/SCHMID/NIEDERHAUSER/KAEMPFER/MAGGETTI (2024), p. 7–8 ; ZIMMERMANN (2023), p. 214–217.

64 KÜNZLI/EUGSTER/SPRING (2014), p. 5–8.

65 À propos de la mise en œuvre du droit international par le législateur cantonal, voir not. KAEMPFER (2023) ; MIAZ/SCHMID/NIEDERHAUSER/KAEMPFER/MAGGETTI (2024).

66 SCHMID (2016), p. 3.

67 Voir p. ex. WYTTENBACH (2017), p. 291 ; HERTIG RANDALL/CHATTON (2016), p. 387 s. ; CHATTON (2013), p. 491.

68 ATF 144 II 56, consid. 5.2.

69 MÜLLER (1982), p. 46 ss, qui a théorisé cette expression ; voir aussi ZIMMERMANN (2023), p. 214–217.

70 Voir not. ATF 144 II 56 ; voir aussi ATF 144 I 50, consid. 5.3.3.1.

71 Voir p. ex. ATF 144 I 50, consid. 5.3.3.1.

3.2 Dispositions spécifiques

La CEDH garantit, entre autres, le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) et interdit les traitements inhumains et dégradants (art. 3 CEDH). Si ces droits sont avant tout des droits civils et politiques, la jurisprudence constante reconnaît qu'il n'existe pas de « cloison étanche » entre des droits civils et politiques d'une part, et économiques et sociaux d'autre part⁷². Une interprétation de ces articles ne peut donc d'emblée être exclue parce qu'elle comporte une composante économique ou sociale. Au contraire, la Cour reconnaît que tant l'article 8 CEDH que l'article 3 CEDH ont donc des « prolongements d'ordre économique ou social »⁷³, ce qui s'explique par l'impossibilité de séparer les différents aspects. Néanmoins, la Cour a aussi précisé que l'article 8 CEDH n'octroyait pas, en tant que tel, de droit à obtenir des prestations sociales, fussent-elles minimales⁷⁴.

Concernant la thématique de l'aide d'urgence, la disposition centrale est l'article 3 CEDH. La Cour a notamment constaté une violation de l'article 3 CEDH dans le cas de requérants d'asile interdits de travailler et vivant dans un dénuement extrême⁷⁵ ou en présence de conditions d'hébergement non conformes à la dignité humaine⁷⁶. L'article 3 CEDH est absolu, à savoir qu'il ne peut pas être restreint : en revanche, une situation doit atteindre une certaine gravité (seuil de gravité) pour entrer dans le champ d'application de cet article. Ce seuil de gravité est relatif, à savoir qu'il faut tenir compte pour l'apprécier des circonstances concrètes, dont font partie l'âge ou le handicap d'une personne⁷⁷. S'agissant spécifiquement de l'âge, une situation ou un comportement de la part des autorités « peut, du seul fait qu'il s'agit de mineurs, être incompatible avec les exigences de l'article 3 de la Convention alors même qu'il pourrait passer pour acceptable s'il visait des adultes »⁷⁸.

Ainsi, un élément crucial pour déterminer la portée de l'article 3 CEDH est la vulnérabilité particulière des enfants migrants – qu'ils soient seuls ou accompagnés de leurs parents⁷⁹. Cette vulnérabilité est reconnue par la jurisprudence de façon invariable⁸⁰. En effet, depuis 2006 et de manière constante depuis, la Cour reconnaît sans équivoque que la « situation d'extrême vulnérabilité » des personnes mineures non accompagnées « est déterminante » et « prédomine sur [leur] statut d'étrangère[s] en séjour illégal »⁸¹. Cette vulnérabilité entraîne deux conséquences juridiques, qui sont étroitement liées. Premièrement, elle constitue un élément-clé à prendre en compte lors de l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 CEDH⁸². Deuxièmement, elle a une incidence sur les obligations positives découlant de l'article 3 CEDH. En effet, selon la jurisprudence constante à propos des enfants migrants, l'État est tenu de « le[s] protéger et de le[s] prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 [CEDH] »⁸³.

Les droits garantis par la CEDH sont sans exception directement applicables. L'article 3 CEDH, quant à lui, relève par ailleurs du droit international impératif (*ius cogens*), à savoir qu'on ne peut y déroger⁸⁴. Si les garanties minimales de l'article 3 CEDH ne vont, de façon générale, pas au-delà de ce que garantit l'article 12 Cst. féd., l'importance

72 *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 26.

73 *Idem*; voir aussi DRÖGE (2003), p. 85–174.

74 KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI (2012), p. 6–7.

75 *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, §§ 235–264; voir aussi *N.H. et autres c. France*, requêtes n°s 28820/13, 75547/13 et 13114/15, 2 juillet 2020, §§ 155–183.

76 Voir p. ex. *R.R. et autres c. Hongrie*, requête n° 36037/17, 2 mars 2021; voir aussi ZIMMERMANN (2022), n°s 477–484; Cour EDH, Guide immigration, 31 août 2022, n° 36.

77 Cour EDH, *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 86 et les réf. cit.

78 *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 110; voir aussi ZIMMERMANN (2022), n° 358, HERI (2021), p. 47.

79 Voir aussi HERI (2021), p. 47.

80 Voir, parmi d'autres, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55; *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 87; *N.T.P. et autres c. Belgique*, requête n° 68862/13, 24 mai 2018, § 44; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74; *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovénie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, § 56; *M.D. et A.D. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021, § 63.

81 *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55; *Popov c. Belgique*, requêtes n°s 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, § 91; *S.F. et autres c. Bulgarie*, requête n° 8138/16, 7 décembre 2017, § 79; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74; *Moustahi c. Belgique*, requête n° 9347/14, 25 juin 2020, § 54; *B.G. et autres c. France*, requête n° 63141/13, 10 septembre 2020, § 79.

82 Cour EDH, *Bouyid c. Belgique* (GC), requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 86.

83 *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55; *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 62; *H.A. et autres c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019, § 171; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74; *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovénie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, § 56.

84 LEHNERT, art. 3 CEDH, n° 1.

de tenir compte de la vulnérabilité et des besoins particuliers des enfants doit également peser sur l'interprétation de l'article 12 Cst. féd.

Au-delà des garanties socio-économiques minimales découlant de la CEDH, la Suisse a également ratifié des instruments garantissant de véritables droits économiques et sociaux. À ce propos, citons d'abord le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), qui est entré en vigueur pour la Suisse en 1992. Pour ce qui nous intéresse ici, le Pacte reconnaît notamment à toute personne le droit « à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales » (art. 9), le droit « à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence » (art. 11 al. 1), ainsi que de « jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre » (art. 12). La titularité de ces droits appartient à « toute personne » donc à tout être humain, indépendamment de son statut de séjour⁸⁵.

Ces droits soulèvent des questions à la fois quant à leur justiciabilité et quant à leur portée. S'agissant de la justiciabilité, celle-ci est régulièrement niée par le Tribunal fédéral⁸⁶. Cette jurisprudence fait néanmoins l'objet de critiques tant en doctrine⁸⁷ que dans le cadre des procédures de suivi⁸⁸. Néanmoins, il est incontesté que les droits non justiciables doivent également être mis en œuvre par le législateur⁸⁹. Il se pose alors la question de la portée concrète de ces droits. À ce propos, si les droits susmentionnés du Pacte ONU I vont au-delà du standard minimal de l'article 12 Cst. féd., les États bénéficient d'une marge d'appréciation

étendue quant à leur concrétisation et leur réalisation⁹⁰.

Le Pacte pose néanmoins une limite importante : une fois introduite, la suppression ou la diminution des prestations sociales (*retrogressive measures*) n'est admissible qu'à des conditions restrictives⁹¹. Par ailleurs, la différenciation, parmi les bénéficiaires de l'aide d'urgence, en fonction du statut de séjour, semble difficilement compatible avec l'interdiction des discriminations⁹². Enfin, soulignons que si le Pacte ONU I est applicable à toute personne, le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) en charge de sa supervision a indiqué à plusieurs reprises que les personnes vulnérables doivent bénéficier d'une priorité dans l'allocation des ressources limitées⁹³. En effet, le CDESC considère que la protection des personnes vulnérables constitue une obligation minimale des États qui doit être honorée « même en temps de grave pénurie de ressources »⁹⁴. S'agissant de la situation des enfants migrants en Suisse, plus spécifiquement, le CDESC a fait de nombreuses recommandations à la Suisse. Il a par exemple recommandé à la Suisse de prendre les mesures nécessaires pour intégrer les enfants hébergés dans des centres d'accueil fédéraux dans le système éducatif ordinaire et d'éliminer les obstacles à la formation et à l'éducation supérieure dont pâtissaient les requérants d'asile déboutés⁹⁵.

La CDE, pour sa part, est un traité qui a été spécifiquement conçu pour améliorer la protection des droits humains des personnes mineures. À son origine se trouve la reconnaissance de la vulnérabilité des enfants et, partant, de leur besoin de protection particulier⁹⁶, mais aussi la reconnaissance des enfants en tant que sujets de droit à part entière, ce qui se traduit par exemple par le droit de l'enfant de participer à toutes les décisions qui le concernent⁹⁷. Deux objectifs sont visés : protéger l'enfant mais aussi le *mettre en capacité*⁹⁸. Adoptée en 1989 et entrée en vigueur pour la Suisse en

85 Voir aussi KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI (2012), p. 3 et les réf. cit. ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 19, § 38.

86 ATF 122 I 101 consid. 2a (conditions de vie décentes) ; ATF 139 I 257 consid. 6 et ATF 121 V 246 consid. 2 (sécurité sociale) ; ATF 130 I 113 consid. 3.3 ; ATF 126 I 240 consid. 2 et 3 (enseignement secondaire et supérieur) ; voir aussi DUPONT (2020), p. 2104–2105 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, vol. I (2021), n°s 1666–1671.

87 WYTENBACH (2017), p. 291 ; KÜNZLI/EUGSTER/SPRING (2014), p. 66–67 ; HERTIG RANDALL/CHATTON (2016), p. 387 s ; CHATTON (2013), p. 491.

88 Voir p.ex. CDESC, Observations finales (2019), § 4. D'une manière générale et sans lien avec la Suisse, voir CDESC, Observation générale n° 3 (1990). À propos du contraste entre l'approche des autorités suisses celle du CDESC, voir aussi KÜNZLI/EUGSTER/SPRING (2014), p. 5–12.

89 À propos de la mise en œuvre de la CDE par le législateur, voir ZIBA/ZERMATTEN/LANSDOWN/RUGGIERO (2022).

90 KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI (2012), p. 3–6.

91 KÄLIN/ACHERMANN/KÜNZLI (2012), p. 5.

92 GORDZIELIK (2016), p. 44–46 ; CDESC, Observation générale n° 20 (2009).

93 CHAPMAN/CARBONETTI, p. 693–695, 726 et les réf. cit.

94 CDESC, Observation générale n° 3, § 12.

95 CDESC, Observations finales à l'égard de la Suisse, E/C.12/CHE/CO/4, 18 novembre 2019, § 53 let. a et b.

96 TOBIN, p. 156 ; ZIMMERMANN (2022), n° 152.

97 Art. 12 CDE ; voir aussi TOBIN, p. 156 ; ZIMMERMANN (2022), n° 152.

98 GUY-ÉCABERT (2016), p. 371.

1997, la CDE connaît quatre principes transversaux ou fondamentaux sous-jacents à l'ensemble des droits qu'elle garantit : l'égalité et la non-discrimination (art. 2), la primauté et l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3), le droit à la vie et au développement (6) et le droit de faire entendre son avis et de participer (art. 12). Fondée sur ces principes, la CDE reprend des garanties qui sont également consacrées dans d'autres traités de droits humains et les adapte à la situation spécifique des enfants. Il s'agit aussi bien de droits civils et politiques, tels que le droit à la vie (art. 6) ou l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 37 et 39) que de droits économiques et sociaux, tels que le droit à une assistance matérielle (art. 27 al. 3) ou le droit de jouir du meilleur état de santé possible (art. 24). La Convention reconnaît par ailleurs un certain nombre de droits spécifiquement conçus pour les enfants, comme le droit au repos et au loisir (art. 31), en tant qu'aspects de la vie jugé essentiel au bon développement de l'enfant.

Le Comité relatif aux droits de l'enfant (Comité CDE) s'est régulièrement préoccupé de la situation spécifique des enfants migrants dans ses travaux à l'égard de la Suisse. Dans le cadre des *procédures de suivi*, le Comité CDE a notamment souligné l'importance de mécanismes assurant un suivi des recommandations de la Conférence des directeurs et directrices cantonaux des affaires sociales (CDAS), « en vue de garantir que tous les centres d'accueil cantonaux bénéficient de moyens suffisants pour se conformer aux normes minimales applicables en matière de conditions d'accueil, d'aide à l'intégration, de bien-être et d'éducation des enfants »⁹⁹. Les obligations découlant de la CDE ont, quant à elles, été précisées et décrites dans diverses observations générales adoptées par le Comité CDE, consacrées à des sujets tels que l'éducation, les enfants non accompagnés et séparés, le droit au repos et aux loisirs ou encore le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint¹⁰⁰. Par ailleurs, plusieurs *communications individuelles* concernent les enfants migrants et plus spécifiquement les enfants requérants d'asile¹⁰¹. Précisons à cet égard que la Suisse a ratifié le protocole addi-

tionnel permettant aux particuliers de soumettre des communications individuelles au Comité, qui remplit ainsi une fonction quasi judiciaire.

Le Tribunal fédéral, pour sa part, fait une lecture nuancée des droits contenus dans la CDE. Ainsi, s'il reconnaît sans ambiguïté la justiciabilité de certains articles, comme le droit d'être entendu¹⁰², il a montré plus de retenue s'agissant des droits économiques, sociaux et culturels et même à propos du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰³. Cette réticence ne tient pas suffisamment compte des travaux du Comité CDE, qui a par exemple qualifié le principe de l'intérêt supérieur de principe directement applicable¹⁰⁴. Lors de communications individuelles, le Comité CDE a fortement critiqué cette approche du Tribunal fédéral, rappelant « l'interdépendance et l'égale importance de tous les droits (civils, politiques, économiques, sociaux et culturels) qui permettent à tous les enfants de développer leurs aptitudes mentales et physiques, leur personnalité et leur talent dans toute la mesure possible »¹⁰⁵, rappelant par la même occasion le triple caractère du principe supérieur de l'enfant (art. 3 CDE), qui constitue à la fois droit de fond, principe interprétatif et règle de procédure¹⁰⁶.

99 CDE, Observations finales (2021), § 43 f.

100 Comité CDE, Observation générale n° 20 (2016); Comité CDE, Observation générale n° 17 (2013); Comité CDE, Observation générale n° 14 (2013); Comité CDE, Observation générale n° 6 (2005); Comité CDE, Observation générale n° 1 (2001).

101 Voir, parmi d'autres, CDE, V.A. c. Suisse, 28 septembre 2020, CRC/C/85/D/56/2018.

102 ATF 147 I 149 consid. 3.2.

103 ATF 144 II 56 consid. 5.2.

104 Voir p. ex. Comité CDE, Observation générale n° 14 (2013), § 6 let. a; voir aussi ZERMATTEN (2013).

105 Comité CDE, V.A. c. Suisse, 28 septembre 2020, CRC/C/85/D/56/2018, § 6.5.

106 *Idem*.

4. Prestations de l'aide d'urgence et leur appréciation juridique

4.1 Hébergement

L'étude fait état d'une grande diversité de situations s'agissant de l'hébergement d'enfants qui se trouvent dans le régime de l'aide d'urgence¹⁰⁷. Néanmoins, elle fait ressortir que plus d'un tiers des enfants sont logés dans des hébergements collectifs, dont certains sont réservés aux familles, mais d'autres sont mixtes, hébergeant aussi bien des familles que des adultes seuls. À propos de ces structures collectives, l'étude montre que certaines sont situées loin des habitations ou centres locaux et urbains, ce qui empêche par exemple les enfants de participer à des activités extrascolaires ou avec des pairs. Elle indique aussi que si certaines structures sont en bon état, d'autres nécessiteraient d'être rénovées et contiennent des aires de jeu et installations sanitaires non sécurisées et donc inadaptées aux enfants en bas âge. Une partie des structures visitées disposent d'espaces de jeu intérieurs et de jouets mis à disposition ; ceux-ci sont toutefois uniquement accessibles de façon restreinte, entre autres en raison du manque de personnel. L'étude précise par ailleurs que, dans la plupart des hébergements collectifs, toute la famille est logée dans une seule chambre. Le nombre de personnes par chambre varie de deux à huit, avec au moins quatre personnes dans une chambre dans la moitié des cas et une moyenne de cinq personnes par chambre. Précisons que des constats analogues ressortent d'autres documents, en particulier des rapports établis par la Commission nationale pour la prévention de la torture (CNPT) à l'issue d'une visite dans des centres cantonaux¹⁰⁸.

L'étude établit les problèmes que cette situation crée du point de vue de la santé psychique et du bon développement des enfants¹⁰⁹. Elle souligne notamment que la vie en hébergement collectif représente une lourde charge émotionnelle et psychologique pour les familles, que le manque d'espaces de jeu et d'activités adaptés à leur âge impacte le bien-être, l'état de santé et le développement des enfants, et que la proximité continue

avec les parents, avec qui ils doivent partager une chambre, freine le développement de l'autonomie et l'acquisition de compétences sociales chez les adolescentes et les adolescents.

Ces constats d'ordre psychologique et développemental sont également pertinents du point de vue juridique. Ils soulèvent en particulier des problèmes de compatibilité avec l'article 12 Cst. féd. (aide dans des situations de détresse), les articles 10 al. 2 et 3 Cst. féd., 3 CEDH et 7 Pacte ONU II (protection de l'intégrité physique et psychique et d'interdiction des traitements inhumains et dégradants), l'article 8 CEDH (droit à une vie privée et familiale), l'article 11 Pacte ONU I (niveau de vie décent), l'article 3 CDE (intérêt supérieur de l'enfant), l'article 6 CDE (droit à la vie et au développement), l'article 27 CDE (droit à un niveau de vie suffisant) et l'article 31 CDE (droit au repos et aux loisirs)¹¹⁰.

S'agissant tout d'abord de la protection de l'intégrité physique et psychique et de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, garantis aussi bien par la Constitution fédérale, le Pacte ONU II et la CEDH, la Cour EDH a eu l'occasion de préciser la portée de cette garantie dans de nombreux arrêts à propos de l'hébergement de personnes migrantes mineures. Ainsi, pour déterminer si les conditions de vie sont insuffisantes au point d'être considérées comme inhumaines ou dégradantes, il faut tenir compte de trois facteurs : l'âge des enfants, la durée du séjour ou de la détention et le caractère adapté ou non des structures aux besoins des enfants¹¹¹. Selon la jurisprudence, le caractère adapté à la condition des enfants dépend notamment de la sécurité, de l'hygiène, de l'alimentation, de l'accès aux soins

110 Pour le même constat, voir CNPT (2022), p. 14–15.

111 Voir p.ex. *M.D. et A.D. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021, § 63 ; *R.R. et autres c. Hongrie*, requête n° 36037/17, 2 mars 2021, § 49 ; *A.B. et autres c. Belgique*, requête n° 11593/12, 12 juillet 2016, § 109 ; *R.M. et autres c. Belgique*, requête n° 33201/11, 12 juillet 2016, § 70. Des conditions graves peuvent constituer une violation sans égard à la durée (voir p.ex. *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 86), ou en cas de durée très brève (voir p.ex. *S.F. et autres c. Bulgarie*, requête n° 8138/16, 7 décembre 2017, §§ 84–93).

107 LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER.

108 CNPT (2022), p. 14–15.

109 LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER.

ainsi que de l'encadrement, qui doit se faire par du personnel spécifiquement formé à cet égard¹¹². Le caractère adapté ou non doit également être apprécié en fonction de la durée : plus la durée du séjour est longue, plus les exigences seront élevées. Par ailleurs, deux autres exigences découlent de la jurisprudence : les personnes mineures non accompagnées doivent être hébergées séparément des adultes¹¹³ et les familles séparées des hommes seuls¹¹⁴. Ces exigences ont récemment été réaffirmées par la CNPT¹¹⁵.

L'article 3 CEDH ne garantissant qu'un standard minimal, une situation contraire à l'article 3 CEDH est, *a fortiori*, incompatible avec les exigences de l'article 12 Cst. féd.¹¹⁶. L'objectif de l'article 12 va toutefois plus loin : malgré l'interprétation restrictive que le Tribunal fédéral en fait, son objectif reste de garantir une existence conforme à la dignité humaine. À ce propos, l'article 12 Cst. féd. doit être interprété à la lumière des autres garanties fondamentales liant la Suisse, qu'elles découlent de la Constitution fédérale ou de conventions internationales¹¹⁷. Rappelons par ailleurs que l'article 12 Cst. féd. doit être interprété en tenant compte des circonstances individuelles de chaque personne¹¹⁸ : pour les enfants, cela signifie notamment de prendre en compte leurs besoins particuliers et de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit respecté en tout temps. Cette exigence a également été codifiée à l'article 83 al. 3^{bis} LAsi, qui indique explicitement que, pour les requérants d'asile mineurs non accompagnés et les familles avec enfants, dans le cadre de leur hébergement, il faut « tenir compte autant que faire se peut de [leurs] besoins particuliers »¹¹⁹.

D'autres garanties pertinentes dans le contexte de l'hébergement découlent du droit à une vie privée

et familiale (art. 13 Cst. féd. et art. 8 CEDH). Le droit à la vie privée et familiale garantit notamment le droit d'entretenir des contacts sociaux, mais aussi le droit de bénéficier d'une certaine privacité et de prendre un certain nombre de décisions autonomes quant à son quotidien. Plusieurs analyses ont par exemple conclu que ce droit était atteint, voire violé, par des réglementations conditionnant l'obtention de l'aide d'urgence au respect d'heures de présence dans des structures collectives¹²⁰. Pour ce qui nous intéresse ici, on peut notamment se questionner si la promiscuité décrite par l'étude est conforme aux exigences de l'article 8 CEDH¹²¹. L'absence de lieux de jeux pour les enfants et d'espaces d'autonomie pour les adolescents soulève similairement des problèmes sous l'angle de l'article 8 CEDH, ceci d'autant plus au vu de la durée de séjour relativement longue pour une bonne partie des enfants et des adolescents.

Enfin, le droit à la vie et au développement (art. 6 CDE), l'obligation de prendre des mesures appropriées envers les enfants migrants (art. 22) et le droit à un niveau de vie décent (art. 27) ainsi que le droit au repos et aux loisirs (art. 31 CDE)¹²² sont également pertinents dans ce contexte, garantissant en partie les mêmes droits. Par exemple, l'article 22 CDE exige également que les personnes mineures soient hébergées dans des structures adéquates, et notamment séparées des adultes seuls¹²³. Les droits consacrés par la CDE sont étroitement liés au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et visent à garantir aux enfants le droit d'évoluer dans un contexte propice à leur bon développement¹²⁴. À ce propos, précisons que l'intégration dans un environnement social et l'appartenance à une communauté font pourtant partie des besoins fondamentaux des enfants¹²⁵. Les amitiés, les échanges et le soutien avec et par les pairs sont d'une grande importance pour un développement sain. Leur satisfaction est nettement plus difficile dans le cadre de l'aide d'urgence. Fondamentalement, en raison du manque de ressources finan-

112 *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, requête n° 15297/09, 13 décembre 2011, §§ 64–69; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 85; *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovaquie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, § 61.

113 *Darboe Camara c. Italie*, requête n° 5797/17, 21 juillet 2022, §§ 179–180; *H.A. et autres c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019, §§ 172–175; *Kaak et autres c. Grèce*, requête n° 34215/16, 3 octobre 2019, §§ 67–74 (dans les deux cas, la Cour a jugé que les « safe zones » en question remplissaient cette condition).

114 *A.M. c. Belgique*, requête n° 24587/12, 12 juillet 2016, § 50.

115 CNPT (2022), p. 14–15.

116 En ce sens, voir aussi GÄCHTER/WERDER, n°s 32–34.

117 GORDZIELIK (2016), p. 27.

118 ATF 131 I 166 consid. 8.2.

119 Art. 82 al. 3 bis LAsi; voir aussi HRUSCHKA, art. 82 AsylG.

120 MOECKLI/KIENER (2018), p. 506–533; BÜCHLER ET AL. (2019), p. 40–41.

121 Dans le même sens, voir déjà MOTZ/NUFER (2013), p. 10–11.

122 À propos du rôle crucial du repos et des loisirs pour les enfants, et notamment sa précondition au bon développement et à la jouissance des autres droits, voir not. TOBIN (2019), p. 1199–1224.

123 SCHMAHL (2013), art. 22, n° 8; SCHMAHL (2021), art. 22, n°s 12–17.

124 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS, art. 22 CDE, n° 22.03; VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS, art. 31 CDE, n° 31.10.

125 BRAZELTON & GREENSPAN (2002).

cières, les possibilités pour des activités en dehors du temps scolaire sont en partie impossibles pour les enfants à l'aide d'urgence et il est difficile de se socialiser en raison de l'isolement géographique ou de la scolarisation séparée. Ainsi, il ne leur est pas possible de participer à une vie quotidienne « normale ». Face à cette situation, les autorités ont le devoir de prendre des mesures pour atténuer autant que possible ces entraves, et participer ainsi à l'encapacitation et au bon développement des enfants.

4.2 Scolarisation

Dans le domaine de la scolarisation, l'étude met également en lumière des différences considérables d'une région à l'autre. Ainsi, elle indique que, dans les régions urbaines, les enfants tendent à être scolarisés à l'école ordinaire – dans des classes ordinaires ou éventuellement dans des classes d'accueil – alors que les enfants vivant dans des régions rurales et les enfants vivant dans des hébergements collectifs ne reçoivent généralement qu'un enseignement ciblé dans les hébergements¹²⁶. Dans certains centres, les enfants sont scolarisés à l'école pendant la procédure d'asile, mais sortis dès qu'une décision négative tombe et ne peuvent, à partir de ce moment, ne bénéficier plus que de l'enseignement dispensé au centre. Quant à l'enseignement dispensé dans les centres, l'étude n'en détaille ni le contenu ni les modalités, se bornant à indiquer que les professionnels interrogés ont exprimé leur inquiétude quant à la qualité de cet enseignement¹²⁷. Néanmoins, il est reconnu que cet enseignement n'équivaut en rien à celui dispensé dans un contexte scolaire, que ce soit sur le plan du nombre d'heures, de la qualité de l'enseignement et du suivi socio-éducatif ou encore des espaces de socialisation et d'intégration.

Cette situation n'est ni conforme à la Constitution fédérale, et notamment à son article 19 garantissant un droit à un enseignement de base, ni au droit international, spécialement aux articles 28 et 29 de la Convention relative aux droits de l'enfant. L'article 19 Cst. féd. garantit à toute personne mineure résidant en Suisse le droit de bénéficier d'un

enseignement de base, indépendamment de son statut de séjour¹²⁸. Il s'agit aussi bien d'un droit que d'un devoir : l'école est obligatoire et tout enfant doit donc la fréquenter¹²⁹. Pour être conforme aux exigences de l'article 19 Cst. féd., l'enseignement doit remplir un certain nombre de critères. Il doit tout d'abord être *gratuit*¹³⁰. L'exigence de la gratuité comprend le matériel scolaire et les sorties scolaires ainsi que les coûts de transport vers l'établissement scolaire lorsque le chemin de l'école présente des difficultés particulières, notamment en raison de sa longueur¹³¹. Il découle de cette dernière exigence que le transport doit être pris en charge pour les enfants logeant dans des centres d'accueil éloignés des écoles. L'enseignement doit ensuite être *approprié*¹³². La jurisprudence insiste notamment sur le fait qu'il n'existe pas de droit à un enseignement de qualité optimale¹³³. Néanmoins, pour être de qualité suffisante, l'enseignement doit être « approprié et adapté à chacun »¹³⁴ et doit « suffire à préparer les écoliers à une vie responsable dans le monde moderne »¹³⁵. Pour être approprié, l'enseignement doit notamment tenir compte des difficultés particulières qu'ont certains enfants, par exemple en raison de traumatismes influant sur leur développement psychosocial ou pour des raisons linguistiques. Cela signifie que les enfants doivent pouvoir bénéficier d'aides socio-éducatives, de cours de langue ou encore d'aide aux devoirs, lorsque cela se révèle nécessaire¹³⁶. Enfin, la jurisprudence indique que l'enseignement doit en principe être *inclusif*¹³⁷. Cette exigence signifie en particulier que des cours séparés pour élèves migrants ne sont admissibles que si cela est justifié par le manque de connaissances linguistiques de l'élève, et conçu comme mesure temporaire dans le but d'intégrer l'élève dans les classes ordinaires dès que possible¹³⁸. Précisons à

128 MATTHEY, CR-art. 19 Cst. féd., nos 7–9; WYTTENBACH, SGK-art. 19 Cst. féd., n° 12.

129 Voir p. ex. ATF 141 I 9. Précisons toutefois que les cantons bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour autoriser l'école à domicile (homeschooling) (ATF 146 I 20).

130 ATF 141 I 1; ATF 141 I 9; ATF 145 I 142.

131 Idem. À propos du chemin d'école, voir not. MATTHEY, CR-art. 19 Cst. féd., nos 33–35; WYTTENBACH, SGK-art. 19 Cst. féd., nos 12, 19; voir aussi ATF 133 I 156 *a contrario*.

132 ATF 146 I 20, ATF 143 I 361, ATF 141 I 9, ATF 138 I 162 consid. 3.1; ATF 145 I 142 consid. 5.3.

133 MATTHEY, CR-art. 19 Cst. féd., nos 16, 24; DUBEY (2018), n° 4679.

134 ATF 145 I 142 consid. 5.3; voir aussi ATF 138 I 162 consid. 3.1.

135 Idem.

136 MATTHEY, CR-art. 19, Cst. féd., n° 32; Kägi-Diener, BSK-art. 19 Cst. féd., n° 53.

137 ATF 138 I 162; TF 2C_892/2018.

138 MATTHEY, CR-art. 19, Cst. féd., n° 45.

126 LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER. À propos de la scolarisation des enfants hébergés dans des centres, voir aussi Suisse, Rapport valant cinquième et sixième rapports périodiques, 22.10.2021, § 226.

127 LANNEN/PAZ CASTRO/SIEBER.

cet égard que l'école remplit une fonction centrale en matière d'intégration, mais aussi s'agissant de l'encadrement socio-éducatif visant à favoriser le bon développement de l'enfant. Ces mesures – y compris l'accompagnement dont l'enfant peut bénéficier à travers sa scolarisation dans le système ordinaire, par exemple grâce à des séances d'aide aux devoirs – peuvent également être considérées comme formant partie intégrante de l'aide matérielle prévue à l'article 12 Cst. féd.

L'obligation de scolariser les enfants hébergés dans des centres dans le système éducatif ordinaire découle non seulement de l'article 19 Cst. féd., mais aussi des garanties internationales, en particulier de l'article 13 al. 2 du Pacte ONU I et des articles 28 et 29 CDE¹³⁹. Partant, la nécessité de garantir cette scolarisation a été soulignée aussi bien par le CDESC¹⁴⁰ que par le Comité CDE¹⁴¹. Par ailleurs, si le champ d'application de l'article 19 Cst. féd. se limite à la scolarité obligatoire, le droit international, et la CDE en particulier, consacrent un droit à l'éducation qui va au-delà, et comprend notamment des aspects tenant à l'éducation informelle ainsi que la formation post-obligatoire¹⁴². Conformément au principe de l'interprétation systématique, ce droit doit être lu conjointement avec le droit à la non-discrimination, notamment en raison du statut migratoire (art. 2 CDE), et l'obligation de mise en œuvre (art. 4 CDE)¹⁴³. À ce propos, indiquons que le CDESC a recommandé à la Suisse de prendre des mesures pour « éliminer les obstacles existants qui empêchent les jeunes requérants d'asile déboutés et les jeunes admis provisoirement de continuer leur apprentissage, et faciliter leur accès à l'enseignement supérieur »¹⁴⁴.

4.3 Prestations sociales et socialisation

Dans le domaine des prestations sociales, l'étude met une fois de plus en exergue que le versement de l'aide d'urgence diffère notablement entre les cantons en termes de montant, de fréquence et de déductions (prestations en nature telles que la nourriture, le logement ou les produits d'hygiène).

Alors qu'elles se limitent à des besoins biologiques stricts, les aides s'octroient malgré tout de manière disparate. Les prestations financières peu élevées pour les familles ont conduit à une précarisation supplémentaire des conditions de vie des enfants et des jeunes concernés qui étaient déjà en situation critique en raison de leurs expériences lors de la fuite ou de la procédure d'asile. L'observation des pratiques confirme un niveau de prestations très bas dont le but est de pousser les familles à quitter le pays dans une situation de pauvreté notable et d'autonomie très réduite. Il est aussi observé qu'aucune étude ne démontre que l'approche choisie est dissuasive pour les personnes concernées qui souhaiteraient rester en Suisse ou qu'elle encourage concrètement les départs. Dans le domaine de la *socialisation*, l'étude met en évidence que le manque de ressources financières limite de façon significative les possibilités pour les enfants de participer à des activités en dehors du temps scolaire. Par ailleurs, en raison de l'isolement géographique ou de la scolarisation séparée, il n'est pas possible pour ces enfants à l'aide d'urgence de vivre un quotidien ordinaire. De plus, les enfants de moins de quatre ans sont exposés à une sous-stimulation préoccupante, ce qui induit des risques considérables de mauvais développement en raison de l'isolement dans les logements et du peu d'accès aux offres d'activités dans le cadre de la petite enfance. La situation de ces enfants est en sus gravement affectée par la suite par l'interdiction d'emploi et de formation après la fin de la scolarité.

La situation générale décrite ci-dessus est incompatible avec plusieurs dispositions du droit international et du droit interne. La CDE reconnaît aux enfants le droit à la vie et au développement (art. 6) ainsi que le droit au repos et aux loisirs (art. 31), considérés comme deux aspects essentiels pour le bon développement de tout enfant¹⁴⁵. Contrairement aux adultes pour lesquels le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a pas besoin d'entretenir pour les requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée de besoins particuliers en vue de contacts sociaux durables, l'intégration dans un environnement social et l'appartenance à une communauté font partie des besoins fondamentaux des enfants¹⁴⁶. Les amitiés, les échanges et le soutien avec et par les pairs sont d'une grande importance pour un développement sain. Sans un

139 MATTHEY, CR-art. 19, Cst. féd., n° 4.

140 CDESC, Observations finales (2019), § 53 let. a.

141 CDE, Observations finales (2021), § 39 let. b.

142 LANSDOWN/VAGHRI (2022), p. 251–256.

143 LANSDOWN/VAGHRI (2022), p. 247–256.

144 CDESC, Observations finales (2019), § 53 let. b.

145 VANDENHOLE/TÜRKELLI/LEMBRECHTS, n° 31.03.

146 BRAZELTON/GREENSPAN (2002); TF 8C_641/2023 consid. 5.2.1.

encadrement pensé en ce sens, leur satisfaction est rendue impossible dans le cadre de l'aide d'urgence. Il en va de même pour l'article 11 Pacte ONU I qui dispose d'une orientation programmatique similaire et qui engage la Suisse vis-à-vis d'une personne pour « une amélioration constante de ses conditions d'existence »¹⁴⁷. La CDE prévoit aussi le droit au jeu et la participation à la vie culturelle ainsi que le droit aux loisirs et au repos, respectivement aux articles 27 al. 1 et 31 al. 1 CDE. Mêmes programmatiques, ces dispositions doivent être intégrées dans l'interprétation de l'article 12 Cst. féd. et la mise en œuvre des prestations d'aide d'urgence au plan cantonal¹⁴⁸.

En outre, la doctrine rappelle que s'agissant des prestations pour enfants, il importe de tenir compte des dispositions explicites encourageant le développement et l'intégration des enfants prévues aux articles 11 al. 1 et 41 al. 1 let. g Cst. féd.¹⁴⁹. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'article 12 Cst. féd. ne constitue certes pas une garantie pour un revenu minimum. Toutefois, il assure la couverture des besoins fondamentaux pour survivre d'une manière conforme à la dignité humaine (*prestations absolument minimales*)¹⁵⁰. Si l'article 11 Cst. féd. n'est pas considéré comme justiciable, il consacre néanmoins le bien de l'enfant au rang constitutionnel et engage les législateurs fédéral et cantonal à prendre en compte les intérêts spécifiques des enfants et ses possibilités d'épanouissement tant physique que psychique et social¹⁵¹.

Concernant les disparités entre cantons, il faut relever que s'agissant de la *nourriture*, le Tribunal fédéral reconnaît sur le principe la prise en compte des besoins et exigences particuliers des enfants en développement¹⁵². La nourriture doit être conçue sous l'angle quantitatif et qualitatif de manière à comporter le nombre de calories suffisantes mais aussi être pensée en termes de repas. Dans la du-

rée et dans un but d'autonomisation, la gestion des besoins vitaux (repas, produits d'hygiène, vêtements) ne devrait plus dépendre d'une autorité d'assistance et bénéficier d'une latitude minimale pour les bénéficiaires¹⁵³. Concernant l'*argent de poche*, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) considère qu'il ne saurait être justifié par un éventuel constat d'indigence et ne concerne pas les prétentions en matière d'assistance¹⁵⁴. Toutefois, sans un niveau de vie qui ouvre une marge de manœuvre financière, il ne peut y avoir ni développement social ni prise en compte des droits fondamentaux prévus par le principe de dignité humaine. Le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si un minimum de prestations en espèces (argent de poche) doit être remis en plus des prestations en nature, pour le cas où l'aide d'urgence persiste dans la durée¹⁵⁵. C'est précisément dans le cadre d'une prolongation de l'aide d'urgence que l'argent de poche, en tant que soutien à l'autonomie, est importante.

La réalité observée par l'étude soulève également des problèmes de compatibilités avec l'article 12 Cst. féd. proprement dit qui consacre expressément une garantie d'aide immatérielle (« droit d'être aidé et assisté ») en référence aux besoins psychologiques et sociaux en tant que droit fondamental à obtenir des prestations positives par défaut (*leistungsrechtliches Auffanggrundrecht*)¹⁵⁶. L'aide d'urgence doit donc apporter de quoi faire vivre une vie sociale minimale en tant que composante essentielle de la dignité humaine car l'intégration sociale conditionne la dignité d'une existence¹⁵⁷. Par ailleurs, les contacts personnels (art. 13 Cst. féd.) et la considération sociale (art. 10 al. 2 Cst.) constituent un signe distinctif important entre survie et vie digne¹⁵⁸. Tout comme l'aide matérielle, l'aide immatérielle peut être élémentaire. Toutefois, l'aide d'urgence doit pouvoir inclure cette dimension même limitée sous forme d'aide aux devoirs et des activités de jeu et de loisirs¹⁵⁹.

147 COULLERY (2019), p. 18. FF 1999 I 1129, 1158.

148 WINZENT, p. 322.

149 COULLERY (2019), p. 19. Cf. également l'arrêt cité de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 2010/1 n° 191 : « *Kinder sind keine kleinen Erwachsenen. Ihr Bedarf, der zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums gedeckt werden muss, hat sich an kindlichen Entwicklungsphasen auszurichten und an dem, was für die Persönlichkeitsentfaltung eines Kindes erforderlich ist* ».

150 ATF 139 I 272 consid. 3.4.

151 ATF 131 V 9 ; ATF 126 II 377, spéc. p. 391 ; ATF 129 III 250, spec. p. 255.

152 ATF 131 I 166 consid. 8.2 ; GÄCHTER/WERDER, BSK-art. 12 Cst. féd., n° 31.

153 DUBÉY, CR-art. 12 Cst. féd., n° 60.

154 TAF F-3150/2018 consid. B.e.

155 ATF 135 I 119 consid. 7 ; TF 8C_724/2009 consid. 6.3 ; TAF F-3150/2018 consid. 6.1.

156 DUBÉY, CR-art. 12 Cst. féd., n° 22. ATF 131 I 166 consid. 3.1.

157 DUBÉY, CR-art. 12 Cst. féd., n° 50 et 51.

158 GÄCHTER/WERDER, BSK-art. 12 Cst. féd., n° 16.

159 COULLERY (2019), p. 19 et les références citées dont l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_338/2018 consid. 4.2.

4.4 Santé

Dans le domaine de la santé, l'étude met en évidence les conditions insalubres rencontrées dans certains centres qui peuvent avoir des répercussions négatives sur la *santé physique* des jeunes. Les services pédiatriques préventifs (information médicale initiale, informations de suivi, proximité de l'offre et interprètes communautaires) ne sont sollicités que de manière très sporadique et il faudrait pouvoir en disposer activement sans demande particulière¹⁶⁰. C'est dans le domaine de la *santé mentale* des enfants que le rapport est le plus alarmant. Une majorité de ces enfants sont très affectés psychiquement, souffrent de troubles du développement ou de troubles du comportement dans de nombreux domaines ainsi que de troubles du sommeil et d'anxiété. D'une part, la combinaison des conditions de logements exiguës, de violence, de pauvreté et de charge psychique des parents constitue un facteur de risque considérable de *maltraitance*. Malgré cette situation, les professionnels de santé ne sont pas régulièrement interpellés, les responsabilités sont diluées et les autorités de protection de l'enfant sont rarement sollicitées. Les soins psychologiques et psychiatriques sont peu accessibles en raison des déplacements requis. En effet, le financement des billets de transports publics nécessaires pour se rendre à une consultation n'est pas pris en charge par l'aide d'urgence et la régularité du traitement est impossible à tenir en raison des multiples et constants changements d'hébergement. La couverture des soins est largement lacunaire en matière de prévoyance. L'absence de liens avec les cabinets pédiatriques est décrite comme un problème central en raison du manque d'interprètes. L'absence de formation du personnel dans les centres conduit à ne pas reconnaître les problèmes des enfants sur le plan psychique. Les spécialistes indiquent qu'une stabilisation psychique des enfants et des adolescents n'est pas possible tant que les structures d'aide d'urgence restent telles qu'elles le sont aujourd'hui. Les succès obtenus en thérapie seraient en effet réduits à néant par de nouveaux épisodes traumatiques vécus dans les centres. D'autre part, l'étude dénonce le non-respect des phases de la vie des enfants où les *développements* sont très importants. D'abord, en passant presque toutes leurs journées dans des hébergements collectifs, les jeunes enfants jusqu'à quatre ans sont sous-sti-

mulés et présentent des sérieux risques de retard de développement. Les changements fréquents de centres d'hébergement et d'école constituent à chaque fois une rupture dans l'univers de vie et des relations des enfants qui s'accompagne de risques de troubles dans la construction de modèles d'attachement internes. Ensuite, les adolescents sont pour la plupart empêchés de poursuivre une formation postobligatoire. Ils n'ont pas la possibilité de se retirer dans un espace loin des parents. Ceci les empêche d'accomplir des étapes de développement très importants (autonomie, séparation d'avec les parents, amitiés, relations). L'absence de perspectives, en particulier l'impossibilité de travailler ou de suivre une formation, est citée comme la source principale des dépressions des adolescents qui indiquent vouloir être « comme les autres jeunes ».

Par ailleurs, la *santé dentaire* des enfants à l'aide d'urgence est diagnostiquée comme étant très mauvaise. La raison pour ceci étant que la médecine dentaire n'est pas incluse dans les soins médicaux de base.

La situation décrite ci-dessus est clairement incompatible avec le droit d'accès aux soins qui dépend de dispositions applicables tant au plan international que fédéral et cantonal¹⁶¹. Le droit à la santé existe en droit international même s'il n'est pas considéré comme justiciable en Suisse¹⁶². Conformément aux articles 12 par. 1 et 2 par. 2 du Pacte ONU I, le droit à la santé est un droit fondamental qui s'applique sans discrimination et quel que soit le statut migratoire d'une personne de sorte à disposer du meilleur état de santé possible pour chacun et ce, d'autant que la collectivité est également intéressée par un bon état de santé individuel pour tous¹⁶³. L'article 27 CDE reconnaît le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.

161 Concernant le cadre légal international, il convient de mentionner les dispositions suivantes : art. 12 et 25 par. 1 DUDH, art. 12 par. 1 Pacte ONU I, CDESC, Observation générale n° 14 (2000), art. 6 et 7 Pacte ONU II ; art. 5 ICERD ; art. 2, 3 et 8 CEDH. Concernant le cadre fédéral, il importe de mentionner l'article 41 al. 1 let. a Cst. féd. ; art. 117 Cst. féd. ; art. 7, 8, 10, 12, 117a et b, 118 Cst. féd. ; art. 92d OAMAL.

162 DUPONT/BURGAT/HOTZ/LÉVY (2022), p. 9, 47 et les réf. cit. ; voir not. ATF 139 I 257, ATF 136 I 290.

163 ATF 118 IA 426 consid. 6b.

En interaction avec ces dispositions, l'article 12 Cst. féd. comprend dans l'aide d'urgence les *soins médicaux de base*. En principe, la Confédération indique que « les ayants droit à l'aide d'urgence sont obligatoirement assurés pour les soins en cas de maladie jusqu'à leur départ de Suisse et ont donc accès à toutes les prestations médicales prévues dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) »¹⁶⁴. Depuis 2011, l'obligation de conclure une assurance-maladie reste valide pour les personnes à l'aide d'urgence si elles la demandent conformément aux articles 82 al. 2 et 82a LAsi ainsi que 92d OAMal et n'est pas dépendante du statut de séjour¹⁶⁵. Le cadre de prise en charge médicale minimale, « soins médicaux d'urgence » et/ou « soins médicaux de base » prévoit un droit à la couverture de besoins vitaux¹⁶⁶. Toutefois, la notion de *soins médicaux de base*¹⁶⁷ reste floue dans la pratique qui est souvent orientée vers des solutions peu coûteuses, fait l'objet de controverses et n'est pas tranchée par le Tribunal fédéral. Ces soins peuvent donc correspondre soit au catalogue de l'assurance obligatoire de soins prévu par la LAMal, soit à ce catalogue incluant aussi les soins dentaires, soit au contraire à un véritable seuil minimal en-deçà des prestations de l'assurance obligatoire de soins LAMal, car le catalogue LAMal va bien au-delà d'un minimum absolu¹⁶⁸. La jurisprudence utilise la définition de *soins essentiels* qui est rattachée à un droit fondamental mais ne lie pas explicitement ces soins au droit fondamental prévu à l'article 12 Cst. féd. Il s'agit d'un *seuil minimal*¹⁶⁹. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) applique ce seuil sans toujours user d'une systématique constante¹⁷⁰. Si l'étendue des prestations garanties n'est pas clairement définie, il apparaît qu'au regard des droits de l'enfant consacrés par les articles 23 à 27 CDE, l'article 12 Cst. féd. doit s'interpréter de manière à faire réellement bénéficier l'enfant de la protection et des soins nécessaires à son bien-être. L'étendue de l'aide d'urgence à octroyer aux enfants doit être déterminée en tenant compte de leurs besoins

particuliers en matière de développement et de protection garantie par la CDE.

Les soins médicaux de base ne doivent pas être interprétés de manière limitative pour les enfants et les jeunes. Compte tenu de leurs besoins spécifiques, les soins psychothérapeutiques et les soins dentaires doivent notamment faire partie des soins médicaux de base. Concernant les *soins dentaires*, on relève que selon la jurisprudence, une hygiène dentaire complète, commencée dès l'âge scolaire, s'avère importante et même d'intérêt public¹⁷¹. L'intérêt de l'enfant doit ici être considéré comme un intérêt public¹⁷².

S'agissant de savoir si la *psychothérapie* est un soin essentiel, les réponses jurisprudentielles sont nuancées, sans véritable rejet de principe mais ne laissant pas entrevoir de systématique particulière. Si la notion de *soins essentiels* est interprétée de manière stricte, les juges considèrent souvent qu'il ne s'agit pas d'un soin essentiel dans la mesure où ce n'est pas un soin d'urgence et que, a priori, on ne fait pas courir de danger à la vie de la personne si le soin n'est pas dispensé¹⁷³. Toutefois, il faut relever que la jurisprudence ne manque pas de souligner que pour des cas de PTSD, la psychothérapie est un élément fondamental du traitement et que, en fonction de l'intensité du trouble psychique, les personnes ont un besoin impératif de traitement de longue durée¹⁷⁴. Par ailleurs en ce qui concerne les enfants et les jeunes, leur santé mentale est un véritable enjeu de santé publique. Une limitation des soins médicaux de base comprend clairement des risques sur le développement de l'enfant tant physique que psychique et on voit mal comment cette limitation pourrait être compatible avec les droits de l'enfant, en particulier avec le droit à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement tant physique que psychique tel que prévu par l'article 27 CDE¹⁷⁵. Des considérations similaires peuvent aussi se poser en cas de risques de suicide ou de handicap physique. Ce sont les circonstances individuelles de chaque cas qui semblent déterminantes¹⁷⁶.

164 <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/sozialhilfe/subventionen/nothilfe.html>.

165 ATF 125 V 77.

166 ATF 138 V 310.

167 En allemand : « *medizinische Grundversorgung* ». Le Message mentionne plutôt le terme de « assistance médicale », cf. FF 1997 I 1, p. 153. La jurisprudence mentionne également les « *soins essentiels* ».

168 STEFFEN (2015), p. 10 ss.

169 STEFFEN (2015), p. 97.

170 TAF E-3161/2014 consid. 6.2 ; E-3787/2015 consid. 6.2.

171 ATF 118 IA 426 consid. 6d.

172 ATF 115 Ia 253.

173 TAF E-4762/2012, p. 8 ; D-8031/2009 consid. 5.6 ; E-1374/2014 consid. 4.3.2 ; E-3372/2015 consid. 8.5 ; D-2325/2015 consid. 6.4.

174 TAF E-3161/2014 consid. 6.5.2 ; E-5725/2006 consid. 4.4.

175 ATF 131 I 166 consid. 3.1 ; ATF 142 I 16 consid. 7.2.1 ; ATF 139 I 218 consid. 3.1 ; ATF 130 I 16, consid. 5.2.

176 ATF 131 I 166 consid. 8.2.

5. Appréciation et enjeux

Depuis plusieurs années, la Suisse est critiquée pour sa mise en œuvre timide des garanties octroyées par la CDE dans le domaine de l'asile et de l'immigration¹⁷⁷. Ni le législateur dans le cadre des occasions offertes par les multiples révisions de la LAsi et de la LEI ni la jurisprudence du Tribunal fédéral ne prennent pleinement en compte la portée de certaines de ces dispositions, en particulier les exigences de la CDE, dont les principes fondamentaux sont le droit de l'enfant à la vie et au développement, à la garantie de son intérêt supérieur, à la participation à toutes les décisions qui le concernent, et à ne pas subir de discriminations en raison – entre autres – de son statut de séjour. Cette non-prise en compte couplée avec une interprétation très retenue de l'article 12 Cst. féd. par le Tribunal fédéral concernant le droit à l'aide d'urgence accentue les incompatibilités.

L'ordre juridique suisse devrait s'atteler à promouvoir clairement les droits de l'enfant consacrés par la CDE, à savoir une protection spécifique d'une jeune personne considérée comme vulnérable dans le contexte de la migration et exigeant des actions de mise en capacité du fait de son développement. Dans le domaine de l'aide d'urgence, les enfants et les jeunes ne doivent pas être considérés comme un appendice de leurs parents adultes mais doivent être considérés comme des sujets à part entière qui disposent de droits propres. Une application de l'aide d'urgence plus favorable et compatible avec les droits de l'enfant requiert d'envisager plusieurs pistes de solutions.

Concernant l'aide d'urgence et comme nous l'avons évoqué, il importe de tenir compte dans les prestations offertes du degré de vulnérabilité des personnes concernées. Un « principe d'individualisation » entre les ayants droit est indispensable pour réellement prendre en compte les besoins spécifiques des enfants et des jeunes¹⁷⁸. Par ailleurs, plus l'aide d'urgence perdure, plus il doit être envisagé d'augmenter les prestations¹⁷⁹. Les circonstances et les besoins concrets sont déterminants. L'intérêt public à l'exécution des décisions de renvoi par la mise en place d'incitations au dé-

part dans ce contexte ne saurait l'emporter dans ce cadre¹⁸⁰. Concernant les enfants et les jeunes, les articles 3 CDE et 11 Cst. féd. rendent impérative la mise en place de moyens de vie suffisants pour permettre leur développement physique mais aussi mental, moral et social tel que spécifié à l'article 27 CDE¹⁸¹. Ainsi, il importe d'intégrer concrètement une dimension sociale et culturelle pour les jeunes. Une harmonisation des prestations à leur intention en matière de contacts sociaux est indispensable. La possibilité de communiquer avec des personnes de leur âge, la possibilité d'accéder aux différents médias de manière autonome (Internet) et de se socialiser (argent de poche) est indispensable pour les adolescents¹⁸². D'autres prestations complémentaires en vue de la participation sociale et culturelle des jeunes peuvent être envisagées (« pass culture », camps sportifs, stages). Ces prestations doivent être fixées en tenant compte du contexte social dans son ensemble, du coût de la vie et de ce dont jouissent en général les enfants et les jeunes dans notre société¹⁸³.

Par ailleurs, en cas de difficultés psychiques, l'aide d'urgence doit pouvoir offrir une *aide immatérielle* qui est expressément prévue à l'article 12 Cst. féd. Ceci suppose la prise en charge psychologique ou sociale¹⁸⁴. Des soutiens psychologiques, spirituels ou pédagogiques doivent entrer en ligne de compte. Dans le domaine des soins médicaux de base, il importe de relever des défaillances importantes pour les soins en matière de santé mentale. La couverture des *soins médicaux spécifiques* notamment en soins dentaires, en psychothérapie ou en santé sexuelle doit être assurée. Dans le domaine de la formation, l'accès au système éducatif ordinaire est crucial et doit, entre autres, permettre un suivi socio-éducatif des enfants. S'agissant de l'hébergement, il doit être adapté aux besoins spécifiques des enfants, notamment par l'aménagement d'espaces, d'installations et d'activités adaptés à leur âge et à leur développement.

177 AFFOLTER (2023).

178 ATF 131 I 166 consid. 8.2.

179 TF 8C_641/2023 consid. 4.2.

180 BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, p. 51.

181 MÜLLER (2023), n° 31, p. 691–692.

182 GORDZIELIK (2020), p. 338 s.

183 MALINVERNI (2007), p. 432.

184 DUBEY, CR-art. 12 Cst. féd., n° 52.

Concernant la problématique du *statut de séjour*, l'article 12 Cst. féd. ne permet pas de conférer un droit au séjour en Suisse. Toutefois, l'impossibilité légale pour les bénéficiaires de l'aide d'urgence de comptabiliser les années passées dans ce statut en vue de prétendre à une autorisation de séjour dans le cadre d'une procédure de régularisation au sens de l'article 14 al. 2 LAsi peut porter atteinte au droit fondamental du respect de la vie familiale. Le mépris des exigences de l'article 8 CEDH pris isolément et combiné avec l'article 14 CEDH est manifeste et devrait remettre en question l'impossibilité d'ouvrir une procédure d'obtention d'un permis de séjour pour un bénéficiaire de l'aide d'urgence. L'intérêt public à l'exécution des décisions de renvoi ne saurait, surtout après de longues années de séjour de fait toléré – séjour dont la durée peut compter double dans la vie d'un enfant –, l'emporter sur l'intérêt privé à pouvoir mener une vie d'enfant qui tienne compte de son développement plein et entier et qui permette d'envisager de ne pas vivre sa vie durant à l'aide d'urgence. Pour prendre en compte la proportionnalité dans le cadre de la durée à l'aide d'urgence, il faut à tout le moins plaider pour une durée moins longue pour un enfant (une durée assouplie de deux ans). Il faut que ces ajustements prennent réellement en compte le *principe de proportionnalité* et la pesée des intérêts que ce principe suppose.

Rien ne permet d'alléguer que le besoin de protection des jeunes bénéficiaires de l'aide d'urgence soit d'une nature différente que celui des réfugiés ou des admis provisoires. Il faut observer qu'en pratique les bénéficiaires de l'aide d'urgence n'ont parfois pas la possibilité réelle de retourner dans leur pays d'origine au même titre que les réfugiés ou les admis provisoires.

Le statut d'aide d'urgence sur le long terme requiert de permettre une sortie de la précarité des jeunes à l'aide d'urgence et leur permettre d'accéder à un statut plus stable. Bien que l'exécution des renvois des requérants d'asile déboutés ait une fonction régulatrice globale dans la politique migratoire, il est nécessaire de permettre à des jeunes en détresse de trouver des voies de régularisation afin de pouvoir mieux se développer.

Actuellement, le cadre légal est inadapté pour certaines situations de requérants d'asile déboutés où il n'y a quasiment pas d'éléments constitutifs pour un cas de rigueur (art. 14 al. 2 LAsi) mais qui sont sur le long terme en Suisse, dont la présence sur le territoire est de fait tolérée depuis de nombreuses années, dont le renvoi n'est pas envisagé par les autorités cantonales et qui constituent des risques de désaffiliation sévère en cas de statu quo. C'est la raison pour laquelle plusieurs cantons ont mis en place des projets pilotes pour les requérants d'asile déboutés permettant d'une part, l'ouverture de demandes d'autorisations exceptionnelles de recherche d'emploi et, d'autre part, des demandes d'autorisation pour cas de rigueur¹⁸⁵. La Confédération devrait examiner la possibilité de porter un projet pilote similaire pour les jeunes à l'aide d'urgence depuis plus de deux ans et qui correspondent aux critères susmentionnés.

185 Cf. notamment le projet pilote FriRAD dans le canton de Fribourg ou le projet pilote Vaud 14.2 dans le canton de Vaud.

6. Recommandations

Le présent travail parvient à la conclusion que la situation actuelle des enfants dans le domaine de l'aide d'urgence telle qu'observée n'est compatible ni avec la CDE, ni avec les instruments juridiques évoqués précédemment tant de droit international que de droit constitutionnel. Dans le cadre des enfants, le droit à l'aide d'urgence et à la dignité humaine suppose de délivrer une garantie allant au-delà du minimum purement biologique et de prendre en compte la *dimension sociale et culturelle* ainsi que le *développement de l'enfant* (physique, mental, social) en tant que besoins spécifiques liés à l'âge pour pouvoir exercer d'autres droits fondamentaux (formation, développement psychique, participation sociale).

La pratique de l'aide d'urgence est également incompatible avec l'*aide immatérielle* prévue expressément à l'article 12 Cst. féd. qui comprend des prestations positives de soutien (aide aux devoirs, aides socio-éducatives, cours de langues, activités de jeu et loisirs) et ne prend pas non plus en compte une *conception dynamique* des prestations offertes permettant notamment de faire dépendre le niveau de l'aide d'urgence au coût de la vie. Enfin, l'aide d'urgence mise en œuvre ne s'inscrit pas dans la *temporalité* voulue initialement par le législateur qui en a fait une aide transitoire. L'écoulement du temps – surtout pour un enfant – doit rapidement permettre un rapprochement des prestations qui lui sont offertes à celles de l'aide sociale. L'analyse des domaines spécifiques de l'hébergement, de la formation, des prestations sociales et de la socialisation, ainsi que de la santé, permet de démontrer qu'un changement de paradigme est nécessaire pour rendre l'aide d'urgence à l'égard des enfants compatible avec les standards du droit international et du droit constitutionnel. Les recommandations ci-dessous ont pour but de favoriser un dispositif d'aide d'urgence plus compatible avec le cadre juridique des droits de l'enfant.

6.1 Intérêt supérieur de l'enfant

Du point de vue procédural, en tant que disposition générique portant sur la marge de manœuvre des autorités en matière migratoire et identifiant les intérêts que celles-ci doivent prendre en compte dans leurs décisions, l'*article 96 LEI (marge de manœuvre des autorités)* devrait consacrer expressément une évaluation d'office de l'intérêt supérieur de l'enfant pour garantir une appréciation détaillée systématique et une place centrale aux droits de l'enfant dans toute décision en matière de droit des migrations. Ainsi, toute décision concernant directement ou indirectement un enfant doit respecter l'intérêt supérieur de l'enfant concerné par le prononcé et son droit d'être entendu. Les autorités doivent accorder une place centrale à cet intérêt dans toute pesée des intérêts à effectuer dans l'application des lois migratoires.

Du point de vue du droit au fond, la LEI devrait introduire un nouvel article ou une lettre supplémentaire à l'article 30 al. 1 LEI octroyant un *droit indépendant de séjour* à une personne mineure, à certaines conditions liées en particulier à son intérêt supérieur. Seul un droit originaire permet de considérer l'enfant non pas comme un simple appendice de ses parents contraint de suivre le sort du parent qui en a la garde et donne à l'enfant un véritable statut de personne à part entière.

Afin de tenir compte du caractère transitoire de l'aide d'urgence voulu par le législateur et de prendre en compte l'effet du temps sur la santé psychique et le développement des enfants, il importe de fixer une *limite temporelle* pour les prestations d'aide d'urgence aux enfants en prévoyant un passage au régime d'aide sociale pour requérants d'asile au bout de *deux ans* d'aide d'urgence.

6.2 Mise en capacité et développement de l'enfant

Afin de respecter de manière uniforme l'article 19 Cst. féd. ainsi que les articles 28 et 29 CDE, il est conseillé d'assurer une fréquentation systématique et quotidienne des enfants à l'aide d'urgence dans le *système éducatif ordinaire* (lieux de formation de l'école obligatoire et des établissements du postobligatoire comprenant l'enseignement de base, des cours de langue, des soutiens socio-éducatifs, des aides aux devoirs) et de renoncer à toute scolarité séparée.

Pour garantir le suivi de la scolarité des enfants à l'aide d'urgence, il est recommandé de mettre en place dans les cantons une *unité cantonale centralisée* pour assurer le suivi scolaire des enfants en raison des nombreux changements d'écoles provoqués par le système d'aide d'urgence. Compte tenu des fréquentes difficultés rencontrées par ces élèves, les diagnostics effectués par les différents acteurs durant la scolarité de l'enfant doivent être mis à la disposition de ces derniers pour assurer la continuité.

Concernant la promiscuité de l'hébergement observée et les incompatibilités avec les articles 12 Cst. féd., 10 al. 2 et 3 Cst. féd., 3, 6 27 et 31 CDE, il est recommandé d'élaborer un concept socio-éducatif national pour tous les centres d'aide d'urgence abritant des enfants et des jeunes, afin de créer un environnement propice aux études et au bon développement des enfants (lieux d'études, lieux privés, présence d'éducateurs dans les centres et pas uniquement des agents de sécurité, espaces de jeux et de loisirs, chambres autonomes pour adolescents).

Afin de donner de réelles perspectives d'avenir et sur la base des projets pilotes susmentionnés¹⁸⁶, il est recommandé de mettre en œuvre un accès à l'autorisation de travail puis, par ce biais, à la voie de la régularisation après deux ans à l'aide d'urgence. Ces projets pourraient conduire à assouplir la pratique pour cas de rigueur et permettre une *régularisation par l'intégration professionnelle*. De la même manière il est recommandé d'octroyer un droit d'accès à l'apprentissage sur la base du nouvel article 30a OASA, entré en vigueur au 1^{er} mai 2024 et qui assouplit les conditions de régularisation en cas d'apprentissage (octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'apprentissage si le requérant a suivi l'école obligatoire de manière ininterrompue durant deux ans au moins en Suisse).

Conformément à l'article 12 Cst. féd. qui la désigne expressément ainsi que les articles 6, 27 al. 1 et 31 al. 1 CDE, il est recommandé de prévoir des *aides immatérielles* même minimales et de donner l'accès aux instruments de socialisation des jeunes à l'aide d'urgence (instruments de communication et opportunités de socialisation, médias/ordinateurs, loisirs et activités extra-scolaires). Par ailleurs, l'argent de poche est un élément essentiel d'autonomisation qui doit être régulièrement octroyé aux jeunes. De manière générale et après un régime d'aide d'urgence de 18 mois, la gestion des besoins ne doit plus dépendre d'une autorité d'assistance et favoriser une latitude minimale d'autonomie.

¹⁸⁶ Cf. *supra*, note 180.

6.3 Protection de l'enfant

Compte tenu des constats alarmants en matière de santé et des articles 12 Cst. féd., les articles 82 et 82a LAsi, 92d OAMal, les articles 12 par. 1 et 2 par. 2 Pacte ONU I, il est recommandé de mettre en place un véritable droit d'accès aux soins par une meilleure mise en œuvre de la législation actuelle de l'assurance-maladie. Le degré de couverture doit être élargi aux *soins dentaires* ainsi qu'aux *soins psychothérapeutiques et psychiatriques*. Ceci signifie de désamorcer les barrières techniques et pratiques existantes comme le manque d'informations, les craintes, les retards en matière de soins, l'absence des interprètes pour les soins psychiques si nécessaire. Par ailleurs, une prévention régulière des risques de suicide est indispensable.

S'agissant des centres, les emplacements doivent permettre des interactions avec d'autres enfants et des activités extrascolaires. Il faut pouvoir garantir des espaces privatifs pour les jeunes à l'écart de leurs parents et ne pas admettre des emplacements géographiques des centres isolés.

L'encadrement des centres, y compris le personnel de sécurité, doit être assuré par des personnes qualifiées. Les autorités et les collaborateurs travaillant dans le cadre de l'aide d'urgence doivent être sensibilisés aux exigences de la CDE dans le cadre d'une formation et être impliqués concrètement dans sa mise en œuvre.

6.4 Gouvernance

Concernant la gouvernance, il est recommandé d'introduire un instrument de *coordination* permettant aux autorités de protection de l'enfant (APEA/KESB) de donner une expertise préalable sur toute décision concernant les enfants à l'aide d'urgence afin d'évaluer d'office et de manière circonstanciée l'intérêt supérieur de l'enfant dans un cas d'espèce. Des règles de coordination entre les différentes autorités civiles, scolaires, sanitaires, et celles en charge de la police des étrangers sont indispensables.

Compte tenu des fortes disparités observées sur les régimes cantonaux d'aide d'urgence, il est également recommandé d'uniformiser à terme les interprétations de l'intérêt supérieur de l'enfant entre cantons.

Il est enfin recommandé de procéder à une évaluation ainsi qu'à un monitoring général des mesures adoptées.

Bibliographie

- AFFOLTER RAHEL (2023), La protection des droits 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 (éd.), *Annuaire du droit de la migration 2022/2023*, Berne, pp. 23 – 49.
- BÜCHLER ANDREA/KRUMMEN DAVID/MULLIS ANNINA/WEBER FLORIAN/DJB-AUTOR*INNENKOLLEKTIV (2019), Anwesenheitspflicht in Kollektivunterkünften ist unzulässig. Zur Asylsozialhilfe-, Nothilfe- und Gesundheitsweisung für Personen des Asylbereichs im Kanton Bern.
- BIGGLER-EGGENBERGER MARGRITH (2008), art. 12 Cst. féd., in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Valtender Klaus A. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, Zurich, pp. 289 – 305.
- BRAZELTON BERRY/GREENSPAN STANLEY (2002), Die sieben Grundbedürfnisse von Kindern: Was jedes Kind braucht, um gesund aufzuwachsen, gut zu lernen und glücklich zu sein, Weinheim/Basel.
- CHAPMAN AUDREY/CARBONETTI BENJAMIN (2011), Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups. The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 33/3, pp. 682 – 732.
- CHATTON GREGOR (2013), Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève.
- COULLERY PASCAL (2019), Der Verfassunganspruch auf existenzsichernde Leistungen, in : Jusletter du 25 mars.
- COULLERY PASCAL/MEWES NATHALIE (2021), Sozialhilferecht, in : Müller Markus/Feller Reto (éd.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, Berne, pp. 743 – 759.
- DUBEY JACQUES (2021), art. 12 Cst. féd., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), *Constitution fédérale*, Commentaire romand, Bâle.
- DUBEY JACQUES (2018), *Droits fondamentaux*, Vol. II, Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle.
- DUPONT ANNE-SYLVIE (2020), La Constitution sociale, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich/ Bâle/Genève, pp. 2091 – 2119.
- DUPONT ANNE-SYLVIE/BURGAT SABRINA/HOTZ SANDRA/LÉVY MÉLANIE (2022), Le droit à la santé, une perspective de droit comparé : la Suisse, Service de Recherche du Parlement européen, Bruxelles.
- GÄCHTER THOMAS/WERDER GREGORY (2015), art. 12 Cst. féd., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), *Bundesverfassung*, Basler Kommentar, Bâle.
- GORDZIELIK TERESIA (2020), Sozialhilfe im Asylbereich, Zurich.
- GORDZIELIK TERESIA (2016), Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz, in : Jusletter du 14 mars.
- GRASDORF-MEYER TOBIAS/OTT LISA/VETTERLI LUZIA (2021), *Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht*, Berne.
- GUY-ECABERT CHRISTINE (2016), La parole de l'enfant dans la procédure, un défi pour le juge contemporain, in : Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea/Cottier Michelle (éd.), *La pratique du droit de la famille*, pp. 369 – 383.
- HERI CORINA (2021), *Responsive Human Rights Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Oxford.
- HERTIG RANDALL MAYA (2019), Comment déterminer le minimum pour une vie décente ? Inspirations de la jurisprudence allemande, in : Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Genève, pp. 145 – 158.

- HERTIG RANDALL MAYA/CHATTON GREGOR (2016), Les droits sociaux en Suisse, in : Wojtyczek Krzysztof (éd.), *Social Rights as Fundamental Rights. Le XIX^e Congrès international de droit comparé*, La Haye, pp. 383 ss.
- HRUSCHKA CONSTANTIN, art. 82 AsylG, in : Spescha Marc/Zünd Andreas/Bolzli Peter/de Weck Fanny/Priuli Valerio (éd.), *Migrationsrecht Kommentar*, 2019, pp. 803–808.
- KAEMPFER CONSTANCE (2023), Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses, s.l.
- KÄLIN WALTER/ACHERMANN ALBERTO/KÜNZLI JÖRG (2012), Vereinbarkeit von Nothilfe für Asylsuchende mit Völker- und Verfassungsrecht? Gutachten zur nationalrätlichen Fassung von Art. 82 Abs. 1 Asylgesetz.
- KÜNZLI JÖRG/EUGSTER ANJA/SPRING ALEXANDER (2014), Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht. Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Berne.
- LANSDOWN GERISON/VAGHRI ZIBA (2022), Article 28 : The Right to Education, in : Vaghri Ziba/Zermatten Jean/Lansdown Gerison/ Ruggiero Roberta (éds), *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child*, Cham, p. 247–256.
- LEHNERT MATTHIAS, art. 3 CEDH (2023), in : Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (éds), *Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, Baden-Baden.
- LEIBHOLZ GERHARD/RINCK HANS-JUSTUS (2013), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Cologne.
- MADER LUZIUS (1999), Die Sozial und Umweltverfassung, PJA, pp. 698 ss.
- MAHON PASCAL (2015), *Droit constitutionnel*, vol. II, Bâle.
- MAHON PASCAL (2003), art. 11 Cst. féd., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève.
- MAHON PASCAL (2003), art. 12 Cst. féd., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève.
- MALINVERNI GIORGIO (2007), L'interprétation jurisprudentielle du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse. Droits de l'homme, démocratie, État de droit, Zurich/Saint Gall, pp. 427–436.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE (2021), *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'État, 4^{ème} éd., Berne.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL (2004), La réglementation des décisions de non-entrée en matière dans le domaine du droit d'asile – Aspects constitutionnels, PJA, pp. 1348–1354.
- MIAZ JONATHAN/SCHMID EVELYNE/NIEDERHAUSER MATTHIEU/KAEMPFER CONSTANCE/MAGGETTI MARTINO (2024), *Engaging with Human Rights. How Subnational Actors use Human Rights Treaties in Policy Processes*, Cham.
- MOECKLI DANIEL/KIENER REGINA (2018), Hilfe in Notlagen nur bei Anwesenheit in der Notunterkunft? Zum Recht auf Nothilfe von weggewiesenen Asylsuchenden, ZBI 119/2018, pp. 507–533.
- MOTZ STEPHANIE/NUFER SERAINA (2013), Die Rechte von Kindern in Nothilfe, in : Jusletter du 18 mars.
- MÜLLER LUCIEN (2023), art. 12, in : *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 4^{ème} éd., Zurich, pp. 676–698.
- MÜLLER JÖRG PAUL (1982), *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Berne.
- SCHEFER MARKUS (2001), *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Berne.

SCHMAHL STEFANIE (2021), United Nations Convention on the Rights of the Child. Article-by-Article Commentary, Baden-Baden.

SCHMAHL STEFANIE (2013), Kinderrechtskonvention, mit Zusatzprotokollen: Handkommentar. Baden-Baden.

SCHMID EVELYNE (2016), Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, RDS I, pp. 3–25.

STALDER MARTIN/SPADAROTTO CLAUDIO (2019), Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus-)Wege, Perspektiven, Studie, Eidgenössische Migrationskommission, Berne.

STEFFEN GABRIELLE (2018), Soins essentiels. Un droit fondamental qui transcende les frontières ?, Bâle.

TOBIN JOHN (2019), The UN Convention on the Rights of the Child. A commentary, Oxford.

TOBIN JOHN (2015), Understanding Children's Rights: A Vision beyond vulnerability, Nordic Journal of International Law, vol. 84, pp. 155–182.

VAGHRI ZIBA/ZERMATTEN JEAN/LANSDOWN GERISON/RUGGIERO ROBERTA (éds) (2022), Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child, Cham.

VANDENHOLE WOUTER/TÜRKELLI GAMZE ERDEM/LEMBRECHTS SARA (2019), Children's rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols, Cheltenham.

WIZENT GUIDO (2014), Die Sozialhilfrechtliche Bedürftigkeit – Ein Handbuch, Zurich/St. Gall.

WYTTENBACH JUDITH (2017), Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zurich: Dike, Baden-Baden: Nomos.

WYTTENBACH JUDITH (2006), Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat: Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Bâle.

ZERMATTEN JEAN (2013), L'observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant. Implications pour la Suisse, CSDH.

ZIMMERMANN NESA (2023), Entre innovations et résistances. La garantie des droits humains dans l'État fédéral, Revue de droit suisse, 142/II, pp. 151–249.

Rapports et documents

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 20, Non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20.

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12), 11 août 2000, CESCR/GC/14.

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 7, Le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1, du Pacte) : expulsions forcées, 16 mai 1997, E/1998/22, annexe IV.

COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 3, Nature des obligations des États parties, 14 décembre 1990, E/1991/23.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales relatives au cinquième et sixième rapports périodiques de la Suisse, 27 octobre 2021, CRC/C/CHE/CO/5-6.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT (2019), Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document, 26 février 2015, CRC/CHE/CO/2-4.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 20, La mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, 6 décembre 2016, CRC/C/GC/20.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 17, Le droit de l'enfant au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives et de participer à la vie culturelle et artistique, 17 avril 2013, CRC/C/GC/17.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 14, Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 29 mai 2013, CRC/C/GC/14.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 6, Traitement des enfants non-accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 1^{er} septembre 2005, CRC/GC/2005/6.

COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 1, Les buts de l'éducation, 17 avril 2001, CRC/GC/2001/1.

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 35 portant actualisation de la Recommandation générale n° 19, La violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, 26 juillet 2017, CEDAW/C/GC/35.

COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES, Recommandation générale n° 24, Article 12 de la Convention (Les femmes et la santé), 1999, CEDAW/GR/24, A/54/38/Rev. 1.

COMMISSION NATIONALE POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE (CNPT) (2022). Überprüfung der Rückkehrzentren des Kantons Bern durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) Mai–August 2021, 30 novembre 2021, état en mars 2022.

