

Une réalité méconnue et des mesures nécessaires

Cesla Amarelle

Longtemps méconnue, la réalité des enfants et des jeunes à l'aide sociale est désormais documentée et divers problèmes de non-prises en compte systémiques des droits de l'enfant quant à son développement, à la garantie de son intérêt supérieur, à la participation à toutes les décisions qui le concernent et à la protection contre la discrimination en raison, entre autres, du statut de séjour, ont été identifiés. Plusieurs mesures peuvent contribuer à remettre ce régime en conformité.

Adolescents et adolescentes en situation de graves difficultés psychiques et physiques, enfants sous-stimulés et en retard de développement, médecins dans l'impossibilité d'agir en raison des problèmes systémiques liés au cadre de vie, effets du temps sur la santé psychique et le développement des enfants, absence d'espaces privés, de contacts sociaux et de réel suivi scolaire : cette réalité qui concerne les enfants et les adolescents à l'aide d'urgence est désormais connue et documentée. Consacrée par l'article 12 Cst. féd., l'aide d'urgence est une aide minimale pour toute personne dans le besoin qui est généralement remise sous forme de bons ou en nature. Pour la première fois, l'étude du Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI), mandatée par la Commission fédérale des migrations CFM, a en effet permis de faire des constats généralisables sur la situation de vie des enfants sans statut dans le cadre de l'aide d'urgence et d'évaluer les effets de la pratique actuelle sur ce groupe cible (Lannen, Paz Castro & Sieber 2024). Les problèmes constatés soulèvent la question des non-prises en compte systémiques des droits de l'enfant à son développement, à la garantie de son intérêt supérieur et à la protection contre la discrimination en raison – entre autres – du statut de séjour. Couplée à une interprétation très retenue par le Tribunal fédéral de l'article 12 Cst. féd. relatif au droit à l'aide d'urgence, cette non-prise en compte accentue les problèmes de conformité (ATF 131 I 166; ATF 139 I 272 consid. 3.2; TF 7B_16/2023 consid. 4; ATF 142 V 513).

Incompatibilités avec les droits de l'enfant

Régulièrement critiquée pour sa mise en œuvre timide des garanties octroyées par la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) dans le domaine de l'asile et de l'immigration (Affolter 2023), la Suisse n'a pour l'heure réagi ni du point de vue parlementaire dans le cadre des occasions offertes par les multiples révisions de la LAsi et de la Loi sur les étrangers et l'intégration (LEI), ni du point de vue juridictionnel, pour prendre pleinement en compte la portée et les exigences de la CDE dans le cadre du contexte des enfants sans statut et qui émargent à l'aide d'urgence. Une promotion concrète des droits de l'enfant consacrés par la CDE se fait donc toujours attendre, en particulier dans le cadre d'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.

Une étude juridique a permis d'analyser les possibilités pour rendre le cadre de l'aide d'urgence compatible avec les droits de l'enfant et pour envisager plusieurs pistes de solutions (Amarelle & Zimmermann 2024a). Ces dernières supposent de prendre en compte l'enfant et le ou la jeune comme une personne à part entière (*principe d'individualisation*), de garantir un cadre de vie allant au-delà du minimum purement biologique et de prendre en compte la *dimension sociale et culturelle* ain-

si que le *développement de l'enfant* physique, mental et social en tant que besoins spécifiques liés à l'âge pour pouvoir exercer d'autres droits fondamentaux dans le domaine de la formation ou de la participation sociale.

L'aide d'urgence adaptée aux enfants et aux jeunes

- a) Compte tenu du caractère systémique des problèmes observés, il importerait de fixer une *limite temporelle* pour le maintien de ceux-ci au régime d'aide d'urgence en prévoyant un passage au régime d'aide sociale pour cette catégorie de personnes particulièrement vulnérables au bout de *deux ans* d'aide d'urgence (Amarelle & Zimmermann 2024a). En raison de l'effet puissant de l'écoulement du temps sur des enfants ou des jeunes, il faut rapidement permettre un rapprochement des prestations qui leur sont offertes à celles de l'aide sociale qui est plus adaptée à leurs besoins.
- b) La pratique actuelle de l'aide d'urgence est incompatible avec l'*aide immatérielle* consacrée 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). Ainsi en cas de difficultés psychiques, l'aide d'urgence devrait pouvoir offrir une *aide immatérielle* qui est expressément consacrée à l'article 12 Cst. féd. Ceci suppose la prise en charge psychologique ou sociale et des soutiens psychologiques ou pédagogiques qui doivent entrer en ligne de compte (Dubey, CR-Art. 12 Cst. féd., no 52). Dans le domaine des *soins médicaux de base*, il importe en l'état 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 devrait en ce sens pouvoir être assurée.
- c) Le régime actuel d'aide d'urgence 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. Cette prise en compte devrait notamment permettre de donner aux jeunes les ressources pour communiquer avec des personnes de leur âge ainsi que la possibilité de se socialiser, ce qui est indispensable pour les adolescents et adolescentes. D'autres prestations complémentaires en vue de la participation sociale et culturelle des jeunes peuvent aussi être envisagées (camps sportifs, stages).

- d) Dans le domaine de la *formation* et afin de respecter de manière uniforme l'article 19 Cst. féd. ainsi que les articles 28 et 29 CDE, l'accès au système éducatif ordinaire doit être privilégié et devrait permettre d'assurer, entre autres, un suivi socio-éducatif des enfants. Cet enseignement éducatif ordinaire est le seul permettant d'assurer une fréquentation systématique et quotidienne des enfants à l'aide d'urgence des lieux de formation de l'école obligatoire et des établissements du post-obligatoire comprenant l'enseignement de base, des cours de langue, des soutiens socio-éducatifs et des aides aux devoirs. C'est pourquoi, il y a lieu de renoncer au plus vite à toute scolarité séparée qui induit inévitablement des disparités et des traitements inégalitaires dans l'enseignement.
- e) S'agissant de l'*hébergement*, il doit être adapté aux besoins spécifiques des enfants, notamment par l'aménagement d'espaces, de lieux privés, d'installations et d'activités adaptés à leur âge et leur développement.

Consolider le statut des enfants et des jeunes

- a) Du point de vue procédural, l'*article 96 LEI (marge de manœuvre des autorités)* en tant que disposition de référence sur la marge de manœuvre des autorités en matière migratoire et sur les intérêts pris en compte dans les décisions qui les concernent, devrait consacrer expressément une évaluation d'office de l'intérêt supérieur de l'enfant pour garantir une appréciation précise et une place centrale aux droits de l'enfant dans toute décision en matière de droit des migrations. Les autorités doivent accorder une place centrale à cet intérêt dans toute pesée des intérêts à effectuer dans l'application des lois migratoires (Amarelle & Zimmermann 2024a).
- b) 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 originaire de séjour* à une personne mineure, à certaines conditions liées en particulier à son intérêt supérieur (Amarelle & Zimmermann 2024a). Seul un droit originaire permet de considérer l'enfant autrement que 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.
- c) Sur la base de certains projets pilotes dans certains cantons, 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 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 Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), entré en vigueur au 1^{er} juin 2024 et qui assouplit les conditions de régularisation en cas d'apprentissage (octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'apprentissage si la personne requérante a suivi l'école obligatoire de manière ininterrompue durant deux ans au moins en Suisse).

Affolter, Rahel. 2023. La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers: état des lieux et potentiel de progression. Dans: Achermann, Alberto; Amarelle, Cesla; Boillet, Véronique; Caroni, Martina; Epiney, Astrid & Uebersax, Peter (éds.). Annuaire du droit de la migration 2022/2023. Berne: Stämpfli, 23–49.

Amarelle, Cesla & Zimmermann, Nesa. 2024a. Enfants et jeunes à l'aide d'urgence en Suisse. Étude de conformité à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant, mandatée par la Commission fédérale des migrations CFM. Berne-Wabern: CFM.

Amarelle, Cesla & Zimmermann, Nesa. 2024b. Aide d'urgence et droits de l'enfant: une mise en perspective critique. Dans: terra cognita, 40, 74–79.

Dubey Jacques. 2021. Art. 12 Cst. féd. Dans: Martenet, Vincent & Dubey, Jacques (éds.). Constitution fédérale, Commentaire Romand. Bâle: Helbing Lichtenhahn.

Lannen, Patricia; Paz Castro, Raquel & Sieber, Vera. 2024. Enfants et adolescents à l'aide d'urgence dans le domaine de l'asile. Enquête systématique sur la situation en Suisse. Berne-Wabern: CFM.

Eine verkannte Realität und notwendige Massnahmen

Ausgehend von der besorgniserregenden Situation von Kindern und Jugendlichen in der Nothilfe, gibt der Artikel einen Überblick über Massnahmen, die das Nothilfesystem in Einklang mit den Kinderrechten bringen können. Dazu gehören immaterielle Massnahmen, vorgesehen in Artikel 12 der Bundesverfassung, wie spezifische Unterstützungsangebote, etwa psychologische oder soziale Betreuung und pädagogische Unterstützung. Hinzu kommen materielle Leistungen. Unter Berücksichtigung der Lebenshaltungskosten umfassen sie Unterkunft, grundlegende medizinische Versorgung (psychiatrische und psychotherapeutische Betreuung, Zahnversorgung, sexuelle Gesundheit), Bildung und Sozialisierung.

Schliesslich geht es um strukturelle Massnahmen, die dem vulnerablen rechtlichen Status von Kindern und Jugendlichen Rechnung tragen, insbesondere durch die Begrenzung der Nothilfe auf maximal zwei Jahre. Es sollte eine systematische Berücksichtigung des Kindeswohls geben, ein eigenständiges Recht unabhängig von den Eltern und Möglichkeiten der beruflichen Integration. Das Kind in der Nothilfe muss als eigenständige Person betrachtet werden.

CESLA AMARELLE

ancienne conseillère d'État et ancienne conseillère nationale, est professeure ordinaire de droit public et de droit des migrations à l'Université de Neuchâtel et était responsable de projet au « nccr – on the move » pour la phase I.