



Actes de conférence

2018

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

*Les droits de l'enfant en situations de migration en Suisse: Protection,  
Prestations, Participation*

---

Jaffé, Philip (ed.); Hitz, Nicole (ed.); Zermatten, Jean (ed.); Langenegger Roux, Nicole (ed.);  
Lakatos, Ozlem (ed.); Nanchen, Christian (ed.); Riva Gapany, Paola (ed.); Moody, Zoé (ed.)

#### How to cite

JAFFÉ, Philip et al., (eds.). *Les droits de l'enfant en situations de migration en Suisse: Protection, Prestations, Participation*. Sion : Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE), Université de Genève ; Institut international des droits de l'enfant, 2018.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:175936>

# ***Les droits de l'enfant en situations de migration en Suisse: Protection, Prestations, Participation***

*Actes du 8<sup>e</sup> Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE).*

*4-5 mai 2017*



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

CENTRE INTERFACULTAIRE  
EN DROITS DE L'ENFANT



*Cet ouvrage peut être commandé au Centre interfacultaire en droits de l'enfant - Université de Genève*

*Novembre 2018. Tous droits réservés.*

*Reproduction, même partielle, interdite sous quelque forme ou sur quelque support que ce soit sans l'accord écrit de l'éditeur.*

### **EDITEUR**

*Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE), Université de Genève*

*Case postale 4176 – 1950 Sion 4 – Suisse*

*Tél +41 (0) 27 205 73 93 - Fax +41 (0) 27 205 73 01*

*Web: [www.unige.ch/cide](http://www.unige.ch/cide)*

### **COMITE DE REDACTION**

*Philip D. Jaffé*

*Nicole Hitz*

*Jean Zermatten*

*Nicole Langenegger Roux*

*Özlem Lakatos*

*Christian Nanchen*

*Paola Riva Gapany*

*Zoé Moody*

**Le Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE)** de l'Université de Genève, situé à Sion dans le canton du Valais (Suisse) est une entité académique fondée sur la notion d'inter- et transdisciplinarité qui propose des formations avancées spécialisées et regroupe des chercheurs universitaires examinant l'émergence de l'enfant comme sujet de droits et les adaptations sociales et légales qui en découlent. Pour des renseignements sur le Master interdisciplinaire en droits de l'enfant (MIDE) et les autres formations dispensées, consulter [www.unige.ch/cide](http://www.unige.ch/cide).

**L'Institut international des droits de l'enfant (IDE)**, fondé en 1995, est une fondation de droit privé suisse avec statut consultatif auprès d'ECOSOC, à portée internationale. Ses objectifs sont une sensibilisation aux droits de l'enfant, une formation des personnes chargées d'appliquer ces droits et l'instauration d'une culture ou d'un esprit «droits de l'enfant». Son activité s'appuie sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989). Son site Internet, [www.childsrightrights.org](http://www.childsrightrights.org), est une source reconnue d'informations pertinentes relatives à l'enfance.

## **CENTRE INTERFACULTAIRE EN DROITS DE L'ENFANT**

[www.unige.ch/cide](http://www.unige.ch/cide)



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**CENTRE INTERFACULTAIRE  
EN DROITS DE L'ENFANT**

## **INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT**

[www.childsrightrights.org](http://www.childsrightrights.org)



## **CENTRE SUISSE DE COMPETENCE POUR LES DROITS HUMAINS**

[www.skmr.ch](http://www.skmr.ch)



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)  
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)  
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)  
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

## **HAUTE ÉCOLE PÉDAGOGIQUE DU VALAIS**

[www.hepvs.ch](http://www.hepvs.ch)



**HEPVS | PHVS**  
Haute école pédagogique du Valais  
Pädagogische Hochschule Wallis

## **HAUTE ÉCOLE SPÉCIALISÉE DE SUISSE OCCIDENTALE**

[www.hevs.ch](http://www.hevs.ch)



**Hes·so** VALAIS WALLIS  
Haute Ecole Spécialisée  
de Suisse occidentale  
Fachhochschule Westschweiz  
University of Applied Sciences  
Western Switzerland

## **CANTON DU VALAIS SERVICE CANTONAL DE LA JEUNESSE**

[www.vs.ch](http://www.vs.ch)



**CANTON DU VALAIS  
KANTON WALLIS**

Pour l'organisation de son 8<sup>e</sup> colloque international «Les droits de l'enfant en situations de migration en Suisse : Protection, Prestations, Participation» les 4 et 5 mai 2017, le Centre interfacultaire en droits de l'enfant de l'Université de Genève, l'Institut international des droits de l'enfant, la Haute école pédagogique du Valais, la Haute école spécialisée de Suisse occidentale Valais et le Service cantonal de la jeunesse du Canton du Valais ont bénéficié de l'aide et du soutien des entités suivantes:

- Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
- Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNS)
- Confédération dans le cadre de la Loi sur l'encouragement de l'enfance et de la jeunesse (LEEJ)

Nous remercions ces institutions pour leur contribution.



# Table des matières

<b><i>Les contours de la problématique des enfants en situations de migration</i></b> _____	<b>7</b>
Philip D. JAFFÉ	
<b><i>Une initiative d'accueil</i></b> _____	<b>11</b>
Pascal CORMINBOEUF	
<b><i>The Children Rights in Migration: From the rights of children on the move conference in Bern</i></b> _____	<b>15</b>
Gulwali PASSARLAY	
<b><i>Aktuelle Rechtsprechung des EGMR mit Bezug auf minderjährige Migranten</i></b> _____	<b>19</b>
Corina HERI	
<b><i>Das Asylrecht in der Schweiz – zwischen humanitärer Tradition und juristischer Realität</i></b> _____	<b>25</b>
Peter UEBERSAX	
<b><i>De quelques enjeux de la représentation et de l'accompagnement juridique du mineur en de migration *</i></b> _____	<b>45</b>
Minh Son NGUYEN	
<b><i>Health care challenges for children and their families on the move</i></b> _____	<b>49</b>
Bernadette KUMAR	
<b><i>Les enfants migrants en situation de handicap et leurs familles</i></b> _____	<b>55</b>
Geneviève PIÉRART	
<b><i>Herausforderungen in der Betreuung von geflüchteten Kindern und Jugendlichen im Spital: Das 3C – Model</i></b> _____	<b>67</b>
Julia RAPPENECKER & Nicole RITZ	
<b><i>Comment bâtir une école inclusive pour les enfants migrants, en France: La place de l'expérience subjective en question</i></b> _____	<b>71</b>
Catherine MENDONÇA DIAS & Maïtena ARMAGNAGUE-ROUCHER	
<b><i>Clandestinité, éducation secondaire et formation professionnelle</i></b> _____	<b>99</b>
Elodie ANTONY	
<b><i>Recommandations de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) relatives aux enfants et aux adolescents mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile (Recommandations MNA)</i></b> _____	<b>103</b>
Martine LACHAT CLERC	

<b><i>La nécessaire adaptation des pratiques des services d'action sociale en réponses aux problématiques des enfants en situation de migration</i></b> _____	<b>107</b>
Roger FONTANNAZ	
<b><i>Die Verpflichtung der kantonalen Kinderschutzhörden gegenüber den Flüchtlingskindern</i></b> _____	<b>117</b>
Beat REICHLIN,	
<b><i>Les enfants privés de liberté au titre de leur statut de migrants</i></b> _____	<b>129</b>
Pascal FLOTRON	
<b><i>La détention administrative des mineurs migrants en Suisse: Pratique et perspectives</i></b> _	<b>139</b>
Lorène MÉTRAL	
<b><i>La situation en France des enfants migrants en rétention administrative : Les effets de la loi « droits des étrangers »</i></b> _____	<b>145</b>
Sandie BATISTA	
<b><i>Die New York Erklärung zu Flucht und Migration. Die Auswirkungen für die Schweiz</i></b> ____	<b>159</b>
Pietro MONA	

# *Les contours de la problématique des enfants en situations de migration*

Philip D. JAFFÉ

Professeur et Directeur du Centre interfacultaire en droits de l'enfant  
Université de Genève, Suisse

A l'Assemblée générale des Nations-Unies le 20 septembre 2016, le Président de la Confédération, le Conseiller fédéral J. Schneider-Ammann ouvrit son discours en mettant en lien l'exploit de Solar Impulse ayant à peine terminé son tour du monde technologiquement triomphant et la mort de 3'000 personnes en situation de migration en Méditerranée. Au-delà de ces images fortes, voire dramatiques, et contrastées, il est certain que 2016 a été marqué du sceau de la lancinante question de la migration et de ses vicissitudes. Il s'agit d'une préoccupation humanitaire majeure tant au niveau national qu'international.

Depuis quelques années, les flux migratoires s'imposent à la conscience du monde, car les millions de personnes qui se déplacent constituent un flot qui ne peut pas être arrêté et à peine contrôlé. Nul ne peut nier qu'une crise humanitaire qui connaît des soubresauts aigus dure depuis trop longtemps et que les organisations étatiques et non gouvernementales qui viennent en aide aux personnes en situations de migration sont débordées.

A travers notre continent européen, des sensibilités et plus encore des insensibilités se manifestent et de substantielles minorités de citoyens de différentes nations soutiennent parfois des discours choquants qui légitiment des politiques qui remettent en cause une vision et une tradition humanistes de nos sociétés occidentales. Ce processus engendre également des violences insoutenables de la part de quelques concitoyens qui ravivent des idéologies racistes primaires d'une autre époque.

La migration, en termes globales selon UNICEF (2016)<sup>1</sup>, ce sont 244 millions de personnes qui se déplacent volontairement et involontairement à travers le monde. Parmi elles, 50 millions d'enfants, dont 28 millions ont fui la violence et l'insécurité. Dit autrement, sur notre planète, un enfant sur 200 est un réfugié. Ou encore, 1 enfant sur 3 vivants hors de son pays de naissance est une personne réfugiée.

Au-delà de ces chiffres, les droits des enfants en situations de migration en route pour l'Europe et sur le continent européen sont violés à chaque instant... l'accès à des prestations de base, à la nourriture, aux soins médicaux, les logements sont très limités ou inexistantes, etc. Les enfants non accompagnés et accompagnés vivent dans une insécurité permanente et sont exploités. Un rapport récent portant sur la situation en Grèce relève «une épidémie croissante d'exploitation et d'abus sexuels des enfants».<sup>2</sup> Sans parler des milliers d'enfants qui disparaissent dont un certain nombre sont victimes de trafic ou décèdent tragiquement dans l'anonymat total.

---

<sup>1</sup> UNICEF (2016, September). UPROOTED. The growing crisis for refugee and migrant children. [www.unicef.org/publications/files/Uprooted\\_growing\\_crisis\\_for\\_refugee\\_and\\_migrant\\_children.pdf](http://www.unicef.org/publications/files/Uprooted_growing_crisis_for_refugee_and_migrant_children.pdf)

<sup>2</sup> Bhabha, J. & Digidiki, V. (2017). An emergency within an emergency. The growing epidemic of sexual exploitation and abuse of migrant children in Greece.

Nous en sommes arrivés à désigner honteusement un camp de personnes migrantes «La jungle de Calais»! Les mots ne prétendent même plus masquer la pensée dominante déshumanisante...

Mais revenons à Berne et à la tenue de ce colloque. Durant ces deux jours, notre ambition était d'examiner la question des personnes en situation de migration en Suisse et plus spécifiquement les enfants. Nous avons convié d'éminents spécialistes helvétiques et internationaux pour nous stimuler à dynamiser notre pensée et nos pratiques.

Du fait que notre pays repose sur une organisation fédérale, il en découle des différences importantes dans la prise en charge des mineurs non accompagnés en fonction du canton d'attribution. Afin d'améliorer la situation et de gommer les disparités dans la prise en charge nécessaire des mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile, il était urgent de réagir. Une des réponses est parvenue via la CDAS (Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales<sup>3</sup>) qui a édicté en mai 2016 des recommandations dans ce domaine.

Nous devons garder à l'esprit que chaque enfant migrant sur notre territoire suisse est avant tout un enfant, un enfant qui doit recevoir la même attention et les mêmes prestations que tous les enfants qui se trouvent sur le territoire suisse et qui ne sont pas en situations de migration. La même attention et les mêmes prestations !

Au cours de ces deux jours, les partenaires organisateurs de la manifestation ont fourni les conditions-cadre pour que les politiques, les académiques et les représentants de la société civile puissent échanger, faire converger de manière interdisciplinaire nos idées, mais surtout contribuer à les transformer en plans d'action afin d'améliorer la protection des enfants en situation de migration en Suisse et de fournir les prestations dont ils ont besoin sans aucune discrimination, et enfin imaginent des pratiques innovantes pour accroître leur participation.

Sur cette question de la participation, il convient de citer un passage d'un document récent, le Joint general comment No. 3 of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 21 of the Committee on the Rights of the Child on the Human Rights of Children in the Context of International Migration qui énonce:

*39. States should adopt measures directed to facilitate the participation of migrant children and other categories of children in the context of migration in the designing and implementations of policies that could affect them, including in the field of migration, social integration, non-discrimination, gender equality, among others. (...).*

---

<sup>3</sup> <https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/5/2017/04/Emergency-Within-an-Emergency-FXB.pdf>  
[www.sodk.ch/fileadmin/user\\_upload/Aktuell/Empfehlungen/2016.05.20\\_MNA-Empf\\_farbig\\_f.pdf](http://www.sodk.ch/fileadmin/user_upload/Aktuell/Empfehlungen/2016.05.20_MNA-Empf_farbig_f.pdf)

40 *In view of the Committees, it is also critical that migrant children can participate in the development and implementation of social policies that could affect them, in particular regarding social services.*

L'adoption par les Nations-Unies le 19 septembre 2016 de la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants constitue une étape essentielle pour les Etats membres des Nations Unies, dont la Suisse, de focaliser leur attention sur les aspects qu'ils estiment prioritaires (en attendant l'adoption du Pacte mondial sur la migration). Parmi ceux-ci, la Déclaration énonce au paragraphe 32:

*"We will protect the human rights and fundamental freedoms of all refugee and migrant children, regardless of their status, and giving primary consideration at all times to the best interests of the child. This will apply particularly to unaccompanied children and those separated from their families; we will refer their care to the relevant national child protection authorities and other relevant authorities. We will comply with our obligations under the Convention on the Rights of the Child".*

Ces quelques pages issues du Colloque *Les droits des enfants en situations de migration en Suisse: Protection, Prestations, Participation* sont l'affirmation que nos voix s'élèvent pour celles des enfants soient entendus.



## *Une initiative d'accueil*

Pascal CORMINBOEUF

a. Conseiller d'Etat, Fribourg

Mon pays la Suisse offre une image paradoxale. Près de 24 % de sa population, soit environ deux millions de personnes, est étrangère. Cette proportion élevée en comparaison internationale peut même grimper jusqu'à 40 % à Genève et descendre à moins de 10 % dans les petits cantons. D'un côté, cette Suisse peut se montrer très généreuse. Elle ouvrit ses bras à plus de 40.000 réfugiés hongrois lors de l'invasion russe en 1956. Et dans les années 1990, elle a accueilli plus de 200.000 Kossovars lors de la guerre en ex-Yougoslavie, soit 10 % de la population du Kosovo. D'un autre côté, mon pays n'échappe pas au racisme ordinaire et au populisme. Sous la pression de ces mouvements, les autorités suisses ont beaucoup durci la politique d'accueil et le peuple, sous le coup d'affiches nauséabondes et racoleuses, a suivi le même chemin dans les urnes. Cela provoqua heureusement un réveil des consciences individuelles et c'est de ce réveil que je souhaite vous entretenir.

J'ai été durant 15 ans responsable politique des Institutions de mon canton. Dans le cadre de la nouvelle Constitution que le peuple fribourgeois a acceptée, nous avons donné le droit de vote et d'éligibilité aux étrangers au niveau de nos communes et nous avons naturalisé un très grand nombre d'étrangers qui en faisaient la demande. Nous avons aussi édité un livre sur l'histoire compliquée de la Suisse et du canton de Fribourg, un livre en deux langues que nous offrons à tous les nouveaux citoyens et citoyennes lors d'une cérémonie solennelle. Ce livre fait une grande place à tous les étrangers qui ont œuvré à l'amélioration des conditions de vie, aux inventions et au développement d'une culture ouverte dans notre canton depuis des siècles.

Je le disais précédemment, cela n'empêche pas les dérapages et c'est bien ce qui s'est passé en 2015 dans notre canton. La Confédération a décidé d'acheter un ancien institut pour y loger 300 requérants d'asile en attente d'expulsion après le refus d'un permis humanitaire ou d'un permis de réfugié. Or les réactions dans la commune et aux alentours furent choquantes pour beaucoup:

- insultes aux autorités,
- refus du moindre dialogue,
- feux allumés sur les collines comme si on était en guerre,
- constitution annoncée de véritables milices populaires....

C'est cet événement en particulier qui a fait qu'un médecin à la retraite, le Prévôt de la Cathédrale de Fribourg et l'ancien conseiller d'Etat qui vous parle, trois amis de longue date, ont décidé, en réaction, de créer un mouvement que nous avons appelé: *OSONS L'ACCUEIL, PLUS JAMAIS ÇA!*

Rapidement nous avons contacté d'autres amis. Des alémaniques aussi, entre autres un ancien professeur de droit de l'Université de Fribourg, nous ont rejoint. Nous avons interpellé les autorités, organisé une conférence de presse très suivie et bien répercutée par tous les médias. Qu'avons-nous dit?

- Que peut-on faire?
- Osons nous montrer humains et solidaires.
- Comment? Chez qui ? Chez nous pardi ! Nous avons tous des lits "froids"!
- Alors «on y va», Il n'y a plus une minute à perdre !!!

De nombreuses familles se sont annoncées. Plus de 60! Elles se déclaraient d'accord d'accueillir des migrants, hommes, femmes et enfants. Au total plus de 100 migrants ont trouvé accueil dans des familles du canton. En parallèle, sensibles aux appels du Pape François, quelques prêtres et paroisses ont aussi organisé le même genre d'accueil, dans les cures à moitié vides et les maisons de paroisse. Cet accueil ne consistait pas seulement en la mise à disposition gratuite et bénévole d'appartements, de partie de maisons, de chambres, de repas partagés, mais a aussi créé une vraie solidarité autour de ces familles par des cours de langue, des sorties, des découvertes réciproques et des échanges.

Rapidement nous avons eu confirmation que le cadeau était aussi tout bénéfique pour celui qui ouvre sa maison. Avec mon épouse, nous avons par exemple accueilli pendant sept mois une famille de réfugiés kurdes d'Irak, déjà chassée d'Iran quelques années auparavant. Le papa Reza, journaliste de 32 ans, la maman Nilüphar, 25 ans, et le petit garçon Rayan, pas tout à fait 2 ans. Ils avaient suivi la difficile route des Balkans, après la traversée de la Turquie pendant plusieurs nuits, un premier naufrage et une nouvelle tentative horrible entre la Turquie et la Grèce, puis la route à travers la Macédoine et la Serbie jusqu'à Vienne. Cette route est aujourd'hui fermée comme vous le savez.

Maintenant *Osons l'accueil* a toujours globalement une cinquantaine de migrants dans ses familles. Nous avons réuni plusieurs fois toutes les familles accueillantes et accueillies dans un grand repas fraternel et amical au Couvent des Cordeliers à Fribourg. Chacun et chacune a pu découvrir et apprécier les aliments et les saveurs des autres parties de la planète. Ces moments où l'on a chanté, dansé, écouté la musique des autres sont inoubliables et nous ont permis de moins penser à nos compatriotes fermés à double tour.

Comme les mouvements migratoires se sont modifiés, nous avons décidé de concentrer notre regard et notre action sur le sort des MNA (Mineurs Non Accompagnés), qui sont une bonne centaine dans notre canton et répartis dans quatre centres. Nous avons beaucoup de peine à accepter que leur encadrement soit très lacunaire, surtout pendant le week-end.

Nous avons reçu quelques dons notamment de la part de familles qui auraient voulu s'engager, mais qui manquaient de place. Nous avons lancé un nouvel appel financier et récolté suffisamment de moyens supplémentaires pour payer deux cours de langue à l'intention des migrants d'*Osons l'accueil* qui étaient demandeurs. Et là nous avons travaillé avec l'AMAF (Association Les Amis de l'Afrique - Fribourg), une association qui réalise un travail d'intégration remarquable.

Nous avons également parrainé un concert symphonique organisé par le Rotary Club de Fribourg et environs, à l'occasion de leur 40<sup>ème</sup> anniversaire, avec des solistes de qualité mondiale. Tout le bénéfice de ce concert, plus de 13.000.- Frs, a été affecté à la construction d'une salle de sport pour les MNA. Plus de 500 personnes assistèrent, comblées, à ce concert. Deux témoignages extraordinaires de jeunes, déjà en apprentissage a permis aux amateurs de belle musique de mettre des visages et des noms sur ces jeunes déracinés dont l'un est apprenti dans une boucherie et l'autre, qui ne veut rien moins qu'être champion du monde de kickboxing, est en apprentissage dans une menuiserie.

Nous continuons à nous engager pour ces MNA, persuadés que c'est là qu'il faut porter notre plus grande attention. Si ces jeunes, presque exclusivement des hommes entre 14 et 18 ans, sont laissés à eux-mêmes, ce sont de véritables bombes à retardement. Nous venons de l'entendre dans les témoignages de ce matin. Nous sommes actifs pour les accompagner lors des week-ends. Ils ont été par exemple invités aux matchs de play-off du championnat de basketball, dans une chocolaterie, sur une tour impressionnante, sur le lac, chez des particuliers, etc. Les enfants des familles accueillies font des progrès extraordinaires en français et en calcul, écoutant avec profit leurs parents répéter leurs leçons. À deux ans et demi, le petit Rayan compte jusqu'à 20 et connaît l'alphabet sur le bout des doigts.

Nous n'avons rien fait d'extraordinaire, sinon être là, être attentifs à l'autre qui est sur notre chemin. Pourtant, multipliés par 60, les contacts avec les voisins ont familiarisé les personnes, indifférentes ou pas très favorables au départ, avec une réalité méconnue. Les contacts ont créé des liens véritables de solidarité, de compréhension et d'intérêt. Depuis le départ de notre famille accueillie vers Fribourg, on nous demande souvent des nouvelles. Entre ceux qui ont donné des cours de langue, celui qui faisait les courses, celui qui voit travailler ou vivre un étranger accueilli, voilà autant de petites graines qui vont se développer contre l'égoïsme, la fermeture ou l'indifférence. L'équipe de *Osons l'accueil* est toujours bien là, soudée, déterminée, bilingue, et elle est active sur le plan politique, travaillant sans relâche pour trouver un meilleur encadrement des MNA. Nous donnons comme exemple ce qui se fait de manière remarquable, nous semble-t-il, dans les cantons de Neuchâtel et du Jura et dans d'autres cantons aussi par les pouvoirs publics.

Les conclusions provisoires que cette expérience nous apporte, c'est la confirmation que les étrangers font peur lorsqu'ils sont confinés dans des centres et

déambulent sur nos routes le weekend. Ils ne font plus peur lorsqu'ils sont accueillis par famille, par petits groupes, dans nos quartiers, dans nos maisons. Au bout de très peu de temps, ce ne sont plus des "étrangers", ce sont des personnes comme nous, avec des prénoms qui chantent, qui mettent de la couleur et des senteurs dans nos vies devenues monotones.

Quant aux enfants accueillis par dizaines et qui s'intègrent avec une rapidité déconcertante, ils seront nos meilleurs défenseurs demain quand l'équilibre des forces ne dépendra plus des fusils et des fausses religions qui excluent ou tuent trop souvent. Notre pays a été heureux que, durant des périodes pas si éloignées, on accueillait aussi les Suisses et les Suissesses émigrés qui fuyaient la misère pour les Amériques ou les pays voisins. La mémoire trop courte ou pas de mémoire du tout c'est prendre le risque d'être encore plus des hérissons pour les autres. Au lieu d'étudier l'histoire des batailles, il serait plus profitable et plus intelligent d'étudier l'histoire des migrants que nous avons tous été dans la grande Histoire des peuples et des hommes.

Par rapport au thème spécifique des droits de l'enfant qui nous réunit aujourd'hui, je suis persuadé que nous avons besoin de toutes les approches, institutionnelles, juridiques, politiques et individuelles, y compris citoyennes. Abandonner tous ces enfants qui sont comme les nôtres au terrible jeu de la guerre, c'est pratiquer la politique de l'autruche si irresponsable et si répandue sur la planète. L'astronome suisse Claude Nicollier me confiait un jour: «Faire toutes les 90 minutes le tour de cette magnifique planète, c'est un cadeau extraordinaire. Mais savoir qu'en même temps nous survolons toutes les 90 minutes une soixantaine de guerres ou de conflits armés, c'est terrible». Et qui sont les victimes qui naissent et grandissent avec cet enfer?

Je crois beaucoup et j'y fais souvent référence à la fable du colibri, vulgarisée par Pierre Rhabi, le paysan philosophe français. Un gros incendie survient dans la jungle tropicale et on peut observer un colibri qui prend quelques gouttelettes d'eau dans son bec pour les déverser sur les flammes. Quand on se moque de lui, il répond, imperturbable: «je fais ma part». Cette image du colibri qui fait sa part correspond bien à ce qu'a voulu faire et à ce que continue à faire l'équipe d'Osons l'accueil. C'est ce que nous faisons chacune et chacun d'entre nous aux plus petits et aux plus démunis qui nous relie à la communauté des humains responsables et de bonne volonté. J'ose affirmer que, avant de nous soucier d'une hypothétique forme de vie sur d'autres planètes, nous devons avoir d'autres priorités: nourrir et accueillir les hommes, nos frères, qui sont dans le même bateau que nous, mais surtout privilégier la vie des enfants, de tous les enfants, de tous les petits d'hommes et de femmes. C'est plus facile d'être curieux de ce qui est lointain que de baisser simplement les yeux vers ceux qui viennent vers nous parce qu'ils n'ont pas d'autre issue

## *The Children Rights in Migration: From the rights of children on the move conference in Bern*

Gulwali PASSARLAY

Author<sup>1</sup>, activist, United Kingdom

I arrived in the UK when I was just 13 years old and was completely alone. I had spent a year travelling through 10 countries, was sent to jail, had my face burnt with chemicals and almost died in the Mediterranean.

Three weeks after all this was finally over, I found myself in front of five strangers who were tasked with assessing my age. They were so careless, they didn't bother to spell my name right or get the month and day of my birth correctly on their form. They were in charge of my future.

I grew up in eastern Afghanistan, along with four brothers and two sisters. My father was a doctor and my mother was a housewife and midwife. We had a good life. But when the US invaded Afghanistan, our province and country became a war zone. We often had to run for our lives to escape the bombs and rocket attacks.

When the war officially ended, we were still caught between the Taliban and the government. Many members of my family had been killed by US forces, so the Taliban tried to recruit me and my older brother to fight to take revenge and fight in their "holy war". I was only about 10 or 11, but the option they gave us was fight or die. The government, meanwhile, wanted us to be informants.

Instead, my mother took the decision to send us away. She saved me but she also lost me, because 10 years later I am not the same Gulwali she knew. We said goodbye in Peshawar, Pakistan, and she handed me and my brother over to smugglers/traffickers, telling us to stay together and keep hold of each other's hands. Almost immediately the agents separated us. I did not see my brother again for 14 months. We travelled on every form of transport; walking through the night, often hungry and thirsty, sometimes sleeping in bunkers or chicken coops. The traffickers didn't treat us like humans; we were just commodities. The worst point was crossing the Mediterranean from Turkey to Greece. I had never seen the sea before, but I was on a boat built for 20 people loaded with 120 people. We were on it for 50 hours with no food and water, and by the time we were rescued it was sinking.

The journey was like snakes and ladders. I was arrested and sent to jail in Bulgaria before being sent back to Turkey. In Iran I had to run away from a police prison. What kept me going was faith and the hope of finding my brother. I came to

---

<sup>1</sup> The Lightless Sky: An Afghan Refugee Boy's Journey of Escape (Atlantic Books)

England because I had heard that was where he was heading. It took me more than 100 attempts to get on a lorry in Calais. The police would try to arrest you and I felt humiliated and worthless. That's how I burned my face – I tried to jump on a lorry loaded with chemicals.

Eventually I made it on to a lorry carrying bananas. We survived because the refrigerator wasn't turned on. I finally got to the UK. After being arrested and sent to an immigration centre, I had my age assessment. They asked me questions about my family background, my journey – even silly questions about the province I came from in Afghanistan. After three or four hours they announced I was not 13 but 16 and a half.

They said I couldn't have travelled so far when I was still so young, and that I was too smart to be 13. I know I looked older than I was – I still do, but I grew up in a harsh, mountain environment and had been through a long, hard journey. They tried to give me a new date of birth. I was so angry. I felt they were worse than the smugglers; they had been heartless, but they hadn't tried to change my identity. I was so angry I ripped up the paper the assessors gave me, in front of them.

In fact they refused to believe I was even from Afghanistan, although they never told me where else they thought my home was. It was stressful and distressing: I didn't know why they were saying all this. Now I know it is because social services and the Home Office have to put you in school and in foster care and give you the legal rights of a child if you are under 16. This is the issue faced by many UASC<sup>2</sup> travelling across Europe today.

Instead, they put me in a independent living centre with adult asylum seekers and told me when I was in 18 (which, according to them, was in one year and a half) I would be deported back to Afghanistan. After that, I felt broken inside. I felt hopeless that I had come all this way, through so much hardship, and now people were saying I was a criminal and a liar. It was so bad that I tried to kill myself twice in the months that followed. Last year they sent 4,000 former unaccompanied minors back, even though there is fighting in 30 out of 34 provinces in Afghanistan.

Finally, by chance, I found my brother. He was visiting London and met some people from my centre, who told him they knew someone who looked just like him. I moved up to Bolton to be with him as soon as I could. There I found an education centre for migrant children called Starting Point, it was an unit for International New Arrivals. The headteacher there said a few small words that changed my life. She said she believed me. It meant everything.

---

<sup>2</sup> Unaccompanied or separated children

The teachers at the school fought on my behalf, and I also took matters into my own hands. I went to the Afghan embassy and got a birth certificate and a passport; I went to a specialist doctor to confirm my age. Eventually because I also had my Home Office card with my real name on it, the Home Office had to accept I was telling the truth. But it took me five years to get a refugee status, two years to get into a proper secondary school, and three years to be placed into a foster family.

From then on, I was put into foster care and allowed to go to school. I got 10 GCSEs and five A levels, and I have just graduated with a degree from Manchester University. Along the way I have written a book, spoken at the UN and carried the Olympic torch. All of those things happened because I was able to get the support and help I needed.

But it is also why it hurts so much when I read the news reports claiming the young people being brought over from Calais under the Dubs amendment are lying. Why do we have this attitude of suspicion towards refugees? These young people have been through trauma and hardship. They are humans. They don't deserve to be treated like this. Media reports like this just create hatred against refugees and politicians should be ashamed for jumping on the bandwagon.

When I go into schools now I often see 16-year-olds who, to me, look 14, because people from different parts of the world look different. People in the UK are brought up in peace and security, with no responsibility, but these young people may have seen their homes burnt and their families killed, the things I have seen and experienced as a child we can't even imagine.

If these young people are older than they say, even then they should not be shamed like this, with their picture splashed across newspapers. Could you blame them for being scared the Home Office will deport them back to a war zone if they are over 18? I just wish the authorities would deal with them honestly and respectfully. There is no need for media reports to imply everyone in Calais is lying. We should be proud that we are reuniting young people with their families. The media plays an important role in informing people about refugees, but so far it has been quite negative unfortunately. This needs to change. They should be able to show the positive contributions refugees are making and could make to Britain, Europe or host countries.

Since I got travel documents, I have been to Calais six or seven times to take food and aid and to show some solidarity with the refugees there. After 10 years I think the world has not got better; things are worse. It's so hard to see the lack of compassion, the lack of action. I was hoping no other children would ever go through what I did, but in Calais I met children even younger than I was when I arrived there. All they want is safety and to be treated like humans.

As a refugee you lose so much. Because I left Afghanistan, I was not there when my sister died or when my beloved grandmother passed away. I was not there when my brother got married, and I am not there now, while another brother is planning his wedding. It hurts that despite all this you still have to explain yourself. I hope we will do more to ensure rights of children are respected including of those in migration routes, in refugee camps.

Children deserves to have their childhood and achieve their full potential. We have a moral duty and legal obligation towards them. I will continue to campaign, advocate and give voice to the voiceless and be a human face to the statistics and numbers.

# *Aktuelle Rechtsprechung des EGMR mit Bezug auf minderjährige Migranten*

Dr. iur. Corina HERI <sup>1</sup>

Universität Zürich, Schweiz

Die in der Praxis häufig prekäre Lebenssituation vieler Migranten ist für Kinder besonders problematisch. Diese Situation muss man in den Mitgliedstaaten des Europarats in Zusammenhang mit ihrem rechtlichen Hintergrund betrachten, welcher unter Umständen zu wenig massgeschneiderte Massnahmen für die verletzlichsten Betroffenen, unter anderem Kinder, zulässt. An der Schnittstelle dieser beiden Probleme leistet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) einen bedeuteten Beitrag. Diese Ausführungen werden sich dementsprechend auf die Strassburger Rechtsprechung über die Rechte von minderjährigen Migranten beziehen. Hier geht es nicht nur um die Frage, ob die Rück- oder Ausschaffung von Kindern mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>2</sup> vereinbar ist, sondern auch um die Frage, welche Anforderungen an die Behandlung dieser Kinder im Aufenthaltsstaat bestehen und ob sie aufgrund ihres Migrationsstatus inhaftiert werden dürfen.

## **1. Einführung in die Rechtsprechung: Zwei grundlegende Fälle**

In diesem Bereich gibt es bereits einige Leiturteile und -entscheidungen. Zwei der bedeutendsten Fälle sind *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*<sup>3</sup> und *Tarakhel gegen die Schweiz*<sup>4</sup>; diese werden hier einführend erwähnt.

Das Urteil im Fall *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien* wurde im Jahr 2006 erlassen. Es ging dort um ein fünfjähriges kongolesisches Mädchen, Tabitha Kaniki Mitunga, welches unbegleitet in einem belgischen Zentrum für erwachsene Migranten inhaftiert und anschliessend nach Kinshasa deportiert wurde. Der EGMR war in diesem Fall zum Schluss gekommen, dass der belgische Staat mehrere Konventionsrechte verletzt hatte. Nicht nur entsprach die Inhaftierung des Mädchens den Anforderungen von Artikel 5 EMRK (dem Recht auf Freiheit und Sicherheit) und Artikel 8 EMRK (dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) nicht, sondern es wurde aufgrund der traumatischen Erfahrungen, welche die Beschwerdeführerin gemacht hatte, eine Verletzung von Artikel 3 EMRK (dem Verbot der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung) festgestellt.<sup>5</sup> Auch die Rechte der Mutter des Kindes, die nach Kanada geflüchtet war

---

<sup>1</sup> Dieser Vortrag wurde unter Rücksprache mit Prof. Dr. Helen Keller, LL.M., vorbereitet. Die Autorin möchte sich herzlich für ihre Kommentare bedanken.

<sup>2</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 4. November 1950, 47 Mitgliedstaaten, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101.

<sup>3</sup> *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Nr. 13178/03, Urteil vom 12. Oktober 2006, Reports 2006-XI.

<sup>4</sup> *Tarakhel gegen die Schweiz*, Nr. 29217/12, Urteil [GK] vom 4. November 2014, Reports 2014 (extracts).

<sup>5</sup> *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Nr. 13178/03, Urteil vom 12. Oktober 2006, Reports 2006-XI, insb. §§ 50-59, 66-71.

und dort auf ihre Tochter wartete, waren verletzt. Der Gerichtshof hat dabei die Grundlage seiner späteren Rechtsprechung gegenüber minderjährigen Migranten geschaffen, indem er anerkannt hat, dass die Beschwerdeführerin – da sie sehr jung war, sich illegal in einem ihr fremden Land befand und nicht durch Familienmitglieder begleitet wurde – sich in einer „extrem verletzlichen Situation“ befand.<sup>6</sup> Diese Verletzlichkeit war für den Gerichtshof der entscheidende Punkt. Der belgische Staat wäre deshalb verpflichtet gewesen, positive Massnahmen zu treffen, um für sie zu sorgen und ihr Schutz zu bieten.<sup>7</sup>

Das zweite grundlegende Urteil, welches in diesem Zusammenhang beachtlich ist, wurde im Fall *Tarakhel gegen die Schweiz* erlassen. Dieses Urteil hat nach seiner Publikation im Jahr 2014 in der Rechtsprechung des EGMR und in der Presse hohe Wellen geschlagen.<sup>8</sup> Es ging in diesem Fall um die Rückschaffung einer afghanischen Familie mit sechs minderjährigen Kindern aus der Schweiz nach Italien. In diesem Urteil hat sich der EGMR auf den Fall *Mubilanzila Mayeka* gestützt und darauf, dass die „extreme Verletzlichkeit des Kindes der entscheidende Faktor ist“ und dem Migrationsstatus vorgeht.<sup>9</sup> Der Gerichtshof hat also entschieden, dass – angesichts der Überbelastung des Empfangssystems in Italien – eine Wahrscheinlichkeit bestand, dass die Beschwerdeführer nach der Rückschaffung obdachlos werden oder nur in ungenügenden Anlagen untergebracht werden würden. Die schweizerischen Behörden mussten also konkrete Garantien einholen, dass der Familie eine an das Alter der Kinder angepasste Unterkunft in Italien zugeteilt werden würde und dass sie zusammenbleiben konnten. Sonst würde ihre Rückschaffung gegen Artikel 3 EMRK verstossen.<sup>10</sup>

Fälle dieser Art stossen oft auf Kritik; nicht zuletzt wegen den staatlichen Interessen, die auf dem Spiel stehen. Ressourcenmängel, erschöpfte Kapazitäten und die Souveränität des Staates sind einige Argumente, die häufig vorgebracht werden.<sup>11</sup> Oft gehen diese Argumente den Rechten der Einzelnen vor. Dass der Gerichtshof hier der besonderen Schutzbedürftigkeit der betroffenen Kinder hohes Gewicht beimisst, stellt einen wichtigen Beitrag zum effektiven Schutz der Rechte dieser Minderjährigen dar. In der Folge wird darauf eingegangen, was die Anforderungen konkret beinhalten – zuerst mit Bezug auf die allgemeinere Europaratsebene, und dann bezüglich der Rechtsprechung des EGMR.

## 2. Der Europarat und minderjährige Migranten

Die Rechtsprechung des EGMR mit Bezug auf minderjährige Migranten macht natürlich nur einen Teil der Arbeit des Europarats aus. So hat zum Beispiel der

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 55.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Vgl. zur Rechtsprechung des EGMR z.B. *Khlaifia und andere gegen Italien*, Nr. 16483/12, Urteil [GK] vom 15. Dezember 2016, Reports 2016 (extracts), und zu den Reaktionen in der Presse z.B. Karl-Otto Sattler, 'Strassburg rügt die Schweiz: Höhere Hürden für Dublin-Rückschaffungen', NZZ (4. November 2014); Markus Schär, 'Menschenrechte, absurd', *Die Weltwoche* (5. November 2014).

<sup>9</sup> *Tarakhel gegen die Schweiz*, Nr. 29217/12, Urteil [GK] vom 4. November 2014, Reports 2014 (extracts), §§ 99, 118-119, 121.

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 122.

<sup>11</sup> *Amuur gegen Frankreich*, Nr. 19776/92, Urteil vom 25. Juni 1996, Reports 1996-III, § 41.

Generalsekretär des Europarats diese Kinder zur Priorität gemacht, und im März 2016 dringende Massnahmen empfohlen, die sich insbesondere auf fünf Bereiche konzentrieren sollen, nämlich auf die Verhinderung von Gewalt, Missbrauch, Ausbeutung und Menschenhandel, auf das Vermeiden der Inhaftierung von Kindern, auf verbesserte Alterseinschätzungsverfahren und den Schutz von vermutlichen Minderjährigen bis zum Ende eines solchen Verfahrens, auf Rücksicht auf die besonderen Gefahren, die vorallem Kinder weiblichen Geschlechts treffen, auf ausreichenden Zugang zu Ausbildung und auf Vermeiden von Staatenlosigkeit bei Kindern.<sup>12</sup> Vergleichbar ist auch die Kinderrechtsstrategie des Europarats für 2016 - 2021.<sup>13</sup> Darin werden minderjährige Migranten als „eine der verletzlichsten Gruppen, die es heute in Europa gibt“ beschrieben, und es wird scharfe Kritik an den Mitgliedstaaten geübt.<sup>14</sup> Ein besonderes ad hoc-Komitee wird die Ausführung dieser Strategie überwachen.<sup>15</sup>

In diesem Zusammenhang wurde im Januar 2016 Tomáš Boček als Sonderbeauftragter des Europarat-Generalsekretärs für Migration und Asyl ernannt.<sup>16</sup> Es ist eine seiner Prioritäten, die Situation von minderjährigen Migranten in den Europarats-Mitgliedstaaten zu verbessern. In einem entsprechenden Bericht hat er im März 2017 eine Reihe von Problembereichen identifiziert, unter anderem die fehlende Feststellung des Kindesalters, welche eine Inhaftierung mit und wie Erwachsene zur Folge haben kann, Mängel bei der Registrierung der Kinder, schlechte Lebensbedingungen (insbesondere an Orten wie Lampedusa, Calais oder Idomeni, an denen sich viele Migranten zugleich aufhalten), das akute Bedürfnis nach Alternativen zur Inhaftierung, und Probleme beim Zugang zur Schule und zur Gesundheitsversorgung.<sup>17</sup>

Das Bedürfnis, einen besseren Schutz von minderjährigen Migranten sicherzustellen und ihre Inhaftierung zu vermeiden, wird also innerhalb des Europarats erkannt und zur Priorität gemacht. Diese Einstellung entspricht derjenigen der UNO,<sup>18</sup> des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte,<sup>19</sup> und des UNO-

---

<sup>12</sup> 'Protecting Children Affected by the Refugee Crisis: A Shared Responsibility – Secretary General's Proposals for Priority Actions' (4. März 2016) Dok. SG/Inf (2016) 9 final.

<sup>13</sup> 'Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2016-2021)' (2016) <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168066cff8>> zuletzt besucht am 9. April 2017 (Verweise entfernt).

<sup>14</sup> *Ibid.*, Übersetzung durch die Autorin.

<sup>15</sup> Es handelt sich dabei um das sogenannte Ad Hoc Committee for the Rights of the Child (CAHENF).

<sup>16</sup> 'Special Representative of the Secretary General on Migration and Refugees: Tomáš Boček' <[www.coe.int/en/web/portal/special-representative-secretary-general-migration-refugees-tomas-bocek](http://www.coe.int/en/web/portal/special-representative-secretary-general-migration-refugees-tomas-bocek)> zuletzt besucht am 9. April 2017.

<sup>17</sup> Sonderbeauftragter des Europarat-Generalsekretärs für Migration und Asyl, 'Thematic Report on Migrant and Refugee Children' (10. März 2017) Dok. SG/Inf(2017)13.

<sup>18</sup> Vgl. Hochkommissar für Menschenrechte, 'Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Challenges and Best Practices in the Implementation of the International Framework for the Protection of the Rights of the Child in the Context of Migration', Dok. A/HRC/15/29, 5. Juli 2010.

<sup>19</sup> Inter-Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, 'Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection', Gutachten OC-21/14, 19. August 2014.

Kinderrechtskomitees,<sup>20</sup> aber nicht unbedingt derjenigen der EU.<sup>21</sup>

### 3. Aktuelle Entwicklungen: Verletzlichkeit und minderjährige Migranten

Es stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der Rolle des EGMR. Der Gerichtshof erkennt die besondere Schutzbedürftigkeit von minderjährigen Migranten, und hat es als mit der EMRK inkompatibel erklärt, diese Minderjährigen ohne besondere Rücksicht aus- oder rückzuschaffen. Nicht jede Rückschaffung von Minderjährigen hat dabei automatisch eine Verletzung der EMRK zur Folge. Das haben Entscheidungen gezeigt, welche der EGMR seit *Tarakhel* gefällt hat.<sup>22</sup> Die Rechtsprechung definiert jedoch Mindestanforderungen an die Aus- oder Rückschaffung von Kindern – insbesondere sollte in jedem Fall vermieden werden, dass Minderjährige im Empfangsstaat eine unpassende oder sogar überhaupt keine Unterkunft erhalten. Dabei gehen die Bedürfnisse der betroffenen Minderjährigen vor, und eine geeignete Unterlunft kann nicht unter Berufung auf ihren Migrationsstatus verweigert werden. Auch das Aus- oder Rückschaffungsverfahren selbst muss gewissen Anforderungen genügen.

Interessant ist hier ein Fall, der im Dezember 2016 entschieden wurde und in dem der Gerichtshof argumentiert hat, dass der Staat eine besondere Verantwortung trägt für Abhängigkeitsverhältnisse, die er selbst schafft.<sup>23</sup> Es ging um eine hochschwangere Frau, die Russland mit ihren Kindern verlassen musste, weil sie kein Aufenthaltsrecht mehr hatte. Die russischen Behörden haben der Familie die Ausreise aber verweigert. Es wurde ihnen – nachdem ihr Geld konfisziert worden war und sie zu einem Fussmarsch, einer langen Busreise und einem stundenlangen Aufenthalt in der Kälte gezwungen worden waren – keine Unterkunft und keine Unterstützung zur Verfügung gestellt. In diesem Fall hat der Gerichtshof eine Verletzung von diversen Konventionsbestimmungen festgestellt, weil die Familie in einem besonderen Verhältnis zum Staat stand.<sup>24</sup> Welche Folgen diese Rechtsprechung, insbesondere ihre sozioökonomische Komponente, in der Zukunft haben könnte, ist noch offen, aber der Fall deutet zumindest auf gewisse Mindestanforderungen in diesem Bereich hin.

Der EGMR hat es ferner immer wieder mit Fällen zu tun, in denen minderjährige Migranten inhaftiert werden. 2016 wurde eine Reihe solcher Fälle gegen Frankreich

---

<sup>20</sup> UNO-Kinderrechtskomitee, 'Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration', 28. September 2012, insb. §§ 57 ff.

<sup>21</sup> Vgl. z.B. die Massnahmen der EU vom 2. März 2017 (Europäische Kommission, 'Renewed Action Plan on a More Effective Return Policy in the European Union' (2. März 2017) Dok. COM (2017) 200 final; Europäische Kommission, 'Recommendation on Making Returns More Effective When Implementing the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council' (7. März 2017) Dok. C. (2017) 1600 final) und die Kritik diverser Kindesrechtsorganisationen hieran (End Immigration Detention of Children und andere, 'Joint Press Release: New European Union Returns Policies Put Children at Risk', 3. März 2017, verfügbar unter [www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/JointStatementNewEUPolicies3Mar2017.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/JointStatementNewEUPolicies3Mar2017.pdf) zuletzt besucht am 11. April 2017).

<sup>22</sup> *F.M. und andere gegen Dänemark*, Nr. 20159/16, Entscheidung vom 13. September 2016; *Ali und andere gegen die Schweiz und Italien*, Nr. 30474/14, Entscheidung vom 4. Oktober 2016; *M.A.-M. und andere gegen Finnland*, Nr. 32275/15, Entscheidung vom 4. Oktober 2016.

<sup>23</sup> *Shioshvili und andere gegen Russland*, Nr. 19356/07, Urteil vom 20. Dezember 2016.

<sup>24</sup> *Ibid.*, §§ 85-86.

entschieden.<sup>25</sup> Es ging dort um sehr junge Kinder – im Alter von bis zu fünf Jahren – die sich zusammen mit ihren Eltern in Ausschaffungshaft befanden. In diesen Fällen hat der Gerichtshof festgestellt, dass Kinder, ob begleitet oder nicht, besondere Bedürfnisse haben. Zudem seien sie besonders schutzbedürftig und für traumatisierende Erfahrungen besonders anfällig. So hat das Leben in einer Haftanstalt Auswirkungen auf Minderjährige, die für sich menschenrechtswidrig sind. Im Fall *A.B. gegen Frankreich* zum Beispiel, wo der vierjährige Beschwerdeführer mit seinen Eltern 18 Tage lang inhaftiert worden war, ist der Gerichtshof zum Schluss gekommen, dass die Behörden ihren positiven Verpflichtungen, besondere Massnahmen zu treffen und eine kindergerechte Unterkunft anzubieten, nicht nachgekommen sind.<sup>26</sup> Das Fazit aus diesen Fällen ist also, dass die Inhaftierung von sehr jungen Kindern eine *ultima ratio* sein soll, mit besonderen Massnahmen einhergehen muss und nur für sehr kurze Dauer mit der Konvention vereinbar ist. Der Grundgedanke ist in diesen Fällen, wie auch im Leitfall *Mubilanzila Mayeka*, dass die Rechte des Kindes vor allfälligen Einschränkungen, die sich aus dem Migrationsstatus ergeben, Vorrang haben.<sup>27</sup>

Hier stellt sich die Anschlussfrage: Welche Anforderungen gelten, wenn es um etwas ältere Minderjährige geht? Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zur Inhaftierung allgemein – also unabhängig vom Migrationszusammenhang – junge Personen bis zum Alter von 19 Jahren als besonders verletzlich einstuft.<sup>28</sup> Im November 2016 hat der EGMR ein Urteil im Fall *Abdullahi Elmi und Aweys Abubakar gegen Malta* erlassen, welches mit Bezug auf minderjährige Migranten mehr Deutlichkeit schafft.<sup>29</sup> Die beiden Beschwerdeführer in diesem Fall gaben an, dass sie minderjährig waren; bis dies wissenschaftlich bestätigt wurde, waren sie zusammen mit erwachsenen Migranten inhaftiert. Aber auch jugendliche Migranten sind verletzlich und haben besondere Bedürfnisse, wie der Gerichtshof in diesem Fall entschieden hat. Deshalb müssen die Mitgliedstaaten auch hier besondere Massnahmen treffen, sogar wenn das Alter der Betroffenen noch nicht bestätigt ist. Der Staat darf diese Personen also nur im Sinne einer *ultima ratio* und nur so kurz wie möglich inhaftieren; schliesslich müssen die Haftbedingungen an das Alter der Betroffenen angepasst werden.<sup>30</sup> Das heisst nicht nur, dass der Staat sie vor Gewalt beschützen muss und verpflichtet ist, ihnen Zugang zu altersgerechten Freizeitaktivitäten zu gewähren, sondern dass er auch angepasste Betreuung und pädagogische Unterstützung durch Fachleute sicherstellen und die Betroffenen angemessen über ihre Situation informieren muss.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> *A.B. und andere gegen Frankreich*, Nr. 11593/12, Urteil vom 12. Juli 2016, §§ 110-115, insb. 110; *A.M. und andere gegen Frankreich*, Nr. 24587/12, Urteil vom 12. Juli 2016, §§ 47-53, insb. 47; *R.K. und andere gegen Frankreich*, Nr. 68264/14, Urteil vom 12. Juli 2016, §§ 67-72, insb. 67; *R.C. und V.C. gegen Frankreich*, Nr. 76491/14, Urteil vom 12. Juli 2016, §§ 35-40, insb. 35; *R.M. und andere gegen Frankreich*, Nr. 33201/11, Urteil vom 12. Juli 2016, §§ 71-76, insb. 71.

<sup>26</sup> *A.B. und andere gegen Frankreich*, Nr. 11593/12, Urteil vom 12. Juli 2016.

<sup>27</sup> *Muskhadzhiyeva und andere gegen Belgien*, Nr. 41442/07, Urteil vom 19. Januar 2010, § 56.

<sup>28</sup> *Menesheva gegen Russland*, Nr. 59261/00, Urteil vom 9. März 2006, Reports 2006-III, § 61 (die Beschwerdeführerin war 19-jährig); *Bati und andere gegen die Türkei*, Nr. 33097/96 und 57834/00, Urteil vom 3. Juni 2004, Reports 2004-IV (extracts), § 122 (zwei der Beschwerdeführer waren 18-jährig).

<sup>29</sup> *Abdullahi Elmi und Aweys Abubakar gegen Malta*, Nr. 25794/13 und 28151/13, Urteil vom 22. November 2016.

<sup>30</sup> *Ibid.*, §§ 111-113.

<sup>31</sup> *Ibid.*, § 111.

#### 4. Problembereiche

Die Rechtsprechung des EGMR verlangt also mit anderen Worten, dass die Inhaftierung von allen möglicherweise minderjährigen Migranten nicht flächendeckend und ohne Einzelfallprüfung angeordnet werden darf.<sup>32</sup> Ferner sind besondere Massnahmen zum Schutz Minderjähriger erforderlich. Die Rechtsprechung wirft aber auch Fragen auf. Zum Beispiel schliesst der besondere Schutz von minderjährigen Migranten Erwachsene aus, obwohl diese natürlich auch verletzlich sein können. Besonders betroffen hiervon sind, wie die Rechtsprechung zeigt,<sup>33</sup> junge erwachsene Männer.

Auch werden die Teilnahme und Anhörung des Kindes in der Rechtsprechung des EGMR zu minderjährigen Migranten – insbesondere wo es um Artikel 3 EMRK geht – vernachlässigt. Dem Recht aller Kinder, im Rahmen von Verfahren, die sie betreffen, angehört zu werden (so wie es in der UNO-Kinderrechtskonvention<sup>34</sup> zum Beispiel verankert ist), wird in diesen Fällen zu wenig Bedeutung geschenkt. Das heisst aber nicht, dass Minderjährige im Rahmen des Verfahrens vor dem EGMR angehört werden sollten; die Anhörung der Beschwerdeführer (ob minderjährig oder nicht) wäre in diesem Zusammenhang sehr unkonventionell, unter anderem weil der EGMR in der Regel den Sachverhalt nicht wie ein erstinstanzliches Gericht selbständig feststellt. Der EGMR könnte aber hingegen die Mitgliedstaaten auffordern, sicherzustellen, dass Kinder an den innerstaatlichen Verfahren teilnehmen und in diesem Rahmen auch angehört werden können.

Die Betonung der Verletzlichkeit einer Personengruppe kann auch die Wirkung haben, dass alle so beschriebenen Personen pauschalisiert werden. Das heisst, dass besondere Bedürfnisse – zum Beispiel jene von Kindern mit einer Behinderung oder von weiblichen Migrantenkindern – unterzugehen drohen. Allgemeine Verweise auf das Konzept der Verletzlichkeit vereinfachen die Begründung der Urteile und Entscheidungen des EGMR, aber sie können eine Auseinandersetzung mit dem Einzelfall nicht ersetzen.<sup>35</sup>

#### 5. Schlusswort

Abschliessend lässt sich sagen, dass der Gerichtshof – und der Europarat als Ganzes – zweifelsohne einen wichtigen Beitrag zu einer kindesgerechten und für Minderjährige weniger traumatisierenden Migrationspolitik leisten. Die Vorgaben, die hiermit für Staaten geschaffen werden, und die Aufmerksamkeit, die auf die Rechte minderjähriger Migranten gelenkt wird, sind in diesem stark politisch geprägten Bereich besonders wichtig.

---

<sup>32</sup> *Thimothawes gegen Belgien*, Nr. 39061/11, Urteil vom 4. April 2017, Minderheitsvotum von Richter Lemmens.

<sup>33</sup> Vgl., *mutatis mutandis*, *Moxamed Ismaaciil und Abdirahman Warsame gegen Malta*, Nr. 52160/13 und 52165/13, Urteil vom 12. Januar 2016.

<sup>34</sup> UNO-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989, in Kraft seit 2. September 1990, 1577 UNTS 3, Artikel 12 § 2.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu Corina Heri, *The Rights of the Vulnerable under Article 3 ECHR: Promoting Dignity, Equality and Autonomy by Reconceptualizing the Human Rights Subject*, Diss. Universität Zürich 2017.

# *Das Asylrecht in der Schweiz – zwischen humanitärer Tradition und juristischer Realität*

**Peter UEBERSAX**

Titularprofessor für Öffentliches Recht sowie Öffentliches Prozessrecht,  
Universität Basel, Schweiz

## **1. Einleitung**

Das Asylrecht befindet sich in einem ständigen Spagat zwischen humanitärer Tradition und juristischer Realität. In der Politik ist die Anrufung der humanitären Tradition beliebt. Allerdings erfolgt dies oft in einem eher negativen Kontext: Es wird zwar darauf verwiesen, dass die Schweiz immer sehr grosszügig Schutz gewährt habe, um in der Folge aber gleich festzuhalten, dass dies so nicht mehr möglich sei oder sogar, dass versucht werde, daraus missbräuchlich Nutzen zu ziehen, was natürlich verhindert werden müsse. Der an sich positive Ansatz der Anrufung der humanitären Tradition wird ins Negative gekehrt mit dem Bemühen, sich daraus keinen Vorwurf machen lassen zu wollen, weil ja grundsätzlich die humanitäre Tradition durchaus begrüsst werde, nunmehr aber gerade nicht den Ausschlag geben könne. Mit einer solchen Argumentation wurden insbesondere verschiedene Verschärfungen des schweizerischen Asylrechts in den letzten Jahren gerechtfertigt.<sup>1</sup> Handelt es sich bei der humanitären Tradition also eher um ein Kriterium für Sonntagsreden oder ist sie trotzdem weiterhin von Bedeutung? Oder anders ausgedrückt: Gibt es auch eine humanitäre Aktualität oder sieht die, vor allem juristische, Realität ganz anders aus? Der Beitrag bezweckt, darauf, soweit in der gebotenen Kürze möglich, eine Antwort zu geben und dieses potentielle Spannungsfeld auszuloten. Analysiert wird dabei lediglich der staatliche Bereich bzw. die Frage, wo und in welchem Ausmass sich im Flüchtlingsrecht das Gemeinwesen, insbesondere der Bund, der insofern ja federführend ist, humanitären Anliegen verpflichtet und in welcher Beziehung diese zur Praxis stehen. Ausgeklammert bleiben namentlich die ergänzenden oder analogen privaten Bemühungen, die grundsätzlich natürlich auch eine gewisse Konstanz und Bedeutung erreichen können.

Als humanitär werden hier in einem weiteren Sinne alle Massnahmen verstanden, mit denen Menschen in einer prekären, insbesondere lebensbedrohlichen, Lage geholfen wird. In einem engeren Sinne gelten als besonderer Ausdruck von Humanität alle entsprechenden Regelungen und Handlungen, für die keine Rechtspflicht besteht.

---

<sup>1</sup> Irina Sille, Die Konstruktion der vorläufigen Aufnahme im politischen Prozess: Zwischen moralischer Argumentation und humanitärem Anspruch, Asyl 2/2017, 8.

## 2. Die humanitäre Tradition der Schweiz

### 2.1 Die humanitäre Tradition im Rückblick

#### 2.1.1 Ausserhalb des Flüchtlingsbereichs

Um mit einer positiven Einschätzung zu beginnen: Die Schweiz verfügt zweifellos über eine erhebliche humanitäre Tradition in zweierlei Hinsicht. Zunächst trifft dies für die humanitäre Hilfe (bei Katastrophen und Konflikten) und Zusammenarbeit (namentlich im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit) zu. Im zweiten Punkt zeichnet sich die Schweiz zwar bekanntlich nur durch ein durchschnittliches, nicht aber aussergewöhnliches Engagement aus, die erbrachten Leistungen erreichen immerhin eine gewisse Qualität; im ersten Punkt zählt die Schweiz hingegen, unter anderem wohl auch wegen ihrer Neutralitätspolitik, zu den führenden Staaten der Welt. Sodann und vor allem war und ist die Schweiz federführend im Bereich des humanitären Völkerrechts. Beispielhaft können hier das in der Schweiz von Schweizern gegründete Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) mit Sitz in Genf und die verschiedenen Genfer Konventionen genannt werden. Nicht zuletzt wurde auch die Flüchtlingskonvention (FK)<sup>2</sup> in Genf verabschiedet und befindet sich dort der Sitz des UNO-Hochkommissariats für Flüchtlinge. In diesem Zusammenhang kann der Schweiz eine gemessen an vergleichbaren Anstrengungen anderer Staaten aussergewöhnliche Leistung attestiert werden.

#### 2.1.2 Flüchtlingsbereich

Im nationalen Flüchtlingsbereich stellt sich die Sachlage weniger klar dar.<sup>3</sup> Aus politisch-historischer Sicht wird die Schweiz gerne als klassisches Asylland Europas bezeichnet.<sup>4</sup> Verwiesen wird dabei regelmässig auf die Aufnahme von rund 60'000 Hugenotten im 17. Jahrhundert, bei einer Gesamtbevölkerung der Eidgenossenschaft von damals rund einer Million; mitunter wird allerdings verschwiegen, dass die damaligen Mitglieder des Bundes der Eidgenossen nicht zuletzt unter dem politischen Druck von Frankreich eine Vielzahl der zunächst aufgenommenen Flüchtlinge mit mehr oder weniger Zwang zur Weiterreise in andere Staaten wie namentlich solche des Deutschen Reichs und die Niederlande anhielten, so dass letztlich nur zwischen 6'000 und 20'000 Refugianten auf Dauer auf eidgenössischem Boden verblieben. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass sich die evangelischen Orte 1685 auf einen Schlüssel (im Sinne eines prozentualen Kontingentsystems) zur Verteilung der Flüchtlinge einigten. Auch wurden nach anfänglich grosszügiger Aufnahme zunehmend Abwehrmassnahmen ergriffen. So prüfte in Bern die sog. „Proselytenkammer“ das Glaubensbekenntnis der Hilfsbedürftigen, um, auch unter

<sup>2</sup> Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.30.

<sup>3</sup> Vgl. zum Folgenden Historisches Lexikon der Schweiz, [www.hls-dhs-dss.ch](http://www.hls-dhs-dss.ch), Stichwort: Flüchtlinge, Stand 07/01/2016 (besucht am 10.6.2017); André Holenstein/Patrick Kury/Kristina Schulz, Schweizer Migrationsgeschichte, 2018, passim; Benjamin Schindler, Das Asylrecht als Experimentierfeld: Der Blick aus der Schweiz, in: Franz Merli/Magdalena Pöschl (Hrsg.), Das Asylrecht als Experimentierfeld, 2017, 189 ff.

<sup>4</sup> So ausdrücklich in der bundesrätlichen Botschaft vom 31. August 1977 zum ersten Asylgesetz in BBl 1977 II 105, 107 ff.; die sachlich und nüchtern gehaltenen geschichtlichen Hinweise entsprachen wohl weitgehend dem damaligen Stand der historischen Forschung, erscheinen aber aus heutiger Sicht als ziemlich unkritisch. In der Botschaft vom 4. Dezember 1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes verzichtete der Bundesrat demgegenüber auf entsprechende historische Hinweise, was möglicherweise als Anhaltspunkt dafür verstanden werden kann, dass er von der früheren Darstellung nicht mehr völlig überzeugt war; vgl. BBl 1996 II 1.

den Flüchtlingen, solche auszuschliessen, die nur aus „geltgir“ zum reformierten Glauben konvertieren wollten. In der Folge gelangten zunehmend auch politische Flüchtlinge in die Gebiete der Eidgenossenschaft. Das verstärkte sich nach der französischen Revolution von 1789. Im 19. Jahrhundert wurde die Schweiz zum beliebten Fluchtland. Sie gewährte während der Zeit des Staatenbundes in den revolutionären Wirren der nachnapoleonischen Zeit etlichen Oppositionellen wie Liberalen, Republikanern und, nach gewissen anfänglichen Mühen, später auch Sozialdemokraten und Anarchisten anderer europäischer Staaten Schutz<sup>5</sup>, womit sie sich insbesondere den Ärger des österreichischen Fürsten Metternich sowie einzelner Nachbarstaaten wie Frankreich eingehandelt hat.<sup>6</sup> Ab 1848 erlangte die Asylfrage auch eine gewisse Bedeutung für das Selbstbewusstsein des jungen neutralen Bundesstaates.<sup>7</sup>

Eine besondere Leistung erbrachte die Schweiz bei einer eigenen Bevölkerung von damals etwa 2,6 Millionen Einwohnern mit der Aufnahme der französischen Bourbaki-Armee („armée de l'est“) im Winter 1871. Im Verlauf von drei Tagen überschritten mehr als 80'000 Soldaten in schlechtem körperlichen Zustand die Grenze im Waadtländer und Neuenburger Jura und wurden dort, einer damals eher ärmlichen Gegend, erstversorgt. Das entspricht in heutiger Zeit der Anzahl Asylgesuche von zwei bis vier Jahren! Die französischen Soldaten blieben zwar nur rund sechs Wochen in der Schweiz, bevor sie nach Frankreich repatriiert wurden. Dennoch handelt es sich um die wohl spektakulärste Aufnahme von Flüchtlingen durch die Schweiz, die es je gab und bei der im Übrigen das Rote Kreuz eine seiner ersten grossen Herausforderungen zu bewältigen hatte.<sup>8</sup>

Mit den beiden Weltkriegen wird die Flüchtlingsfrage zu einem Phänomen grösserer Dimension in Europa und auf der ganzen Welt. Während des ersten Weltkrieges internierte und pflegte die Schweiz eine Vielzahl geflüchteter und verletzter Soldaten der Kriegsparteien sowie Zivilevakuierte.<sup>9</sup> Überdies beherbergte sie Pazifisten und politische Flüchtlinge wie namentlich Wladimir Iljitsch Uljanow, der unter dem Namen Lenin bekannt wurde und mit einer Bewilligung als „politischer Emigrant“ in der Schweiz die russische Revolution vorbereitete. Ab 1917 schottete sich die Schweiz dann, wie andere europäische Staaten auch, zunehmend ab. Während des zweiten Weltkrieges nahm sie rund 300'000 Flüchtlinge auf, verstand sich aber als Transitland und wandte sich alsbald der Politik des „vollen Bootes“ zu.<sup>10</sup> Zu Kritik Anlass gibt insbesondere ihr Verhalten gegenüber den vom Nazi-Regime verfolgten Minderheiten; die offizielle Politik der Schweiz – mit bekannten Ausnahmen wie etwa

<sup>5</sup> Marc Vuilleumier, Schweiz, in: Klaus J. Bade et al. (Hrsg.), Enzyklopädie Migration in Europa, 2007, 194.

<sup>6</sup> Marc Spescha/Antonia Kerland/Peter Bolzli, Handbuch zum Migrationsrecht, 2. Aufl., 2015, 35.

<sup>7</sup> Silvia und Gérald Arlettaz, La Suisse et les étrangers, Immigration et formation nationale, 2004, 37 ff.; Dies., Histoire de la migration en Suisse. Tradition humanitaire ou tradition de domination utilitariste et des contrôles des migrants?, 2005, [www.sosf.ch/cms/upload/pdf/ohne\\_05\\_Referat\\_Gerald\\_Arlettaz.pdf](http://www.sosf.ch/cms/upload/pdf/ohne_05_Referat_Gerald_Arlettaz.pdf) (besucht am 14.6.2017); Holenstein et al. (Anm. 3), 167 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Historisches Lexikon der Schweiz, [www.hls-dhs-dss.ch](http://www.hls-dhs-dss.ch), Stichwort: Bourbakiarmee, Stand: 31/08/2004; sowie [www.geschichte.redcross.ch](http://www.geschichte.redcross.ch) (beide besucht am 6.6.2017).

<sup>9</sup> Vuilleumier (Anm. 5), 199.

<sup>10</sup> Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg, Die Schweiz und die Flüchtlinge zur Zeit des Nationalsozialismus, Bd. 17, 2001; Vuilleumier (Anm. 5), 200; vgl. auch Holenstein et al. (Anm. 3), 247 ff.

Paul Grüniger in St. Gallen oder Fritz Brechbühl in Basel – akzeptierte im Wesentlichen nur politische Flüchtlinge im eigentlichen Sinne und anerkannte Juden und andere Minoritäten nur als solche, wenn sie selbst politisch aktiv gewesen waren.<sup>11</sup> Auch war die Schweiz an der Einführung des „J-Stempels“ in den Pässen deutscher Juden beteiligt.<sup>12</sup>

Nach dem zweiten Weltkrieg<sup>13</sup> suchte die Schweiz zunächst ihre Position in der globalen Flüchtlingspolitik im Rahmen ihrer Neutralitätspolitik und des zunehmenden kalten Krieges zwischen den freiheitlich-liberalen westlichen und den totalitären kommunistischen Staaten. In der Folge nahm die Schweiz relativ unbürokratisch die Ostblockflüchtlinge bzw. solche aus kommunistischen Regimes auf, so 1956 rund 7-10'000 Menschen aus Ungarn, 1968 ungefähr 14'000 Schutzsuchende aus der damaligen Tschechoslowakei, seit 1959 wiederholt Flüchtende aus dem Tibet (insgesamt etwa 2'000 Personen) und in den 70er und 80er Jahren mehr als 8'000 aus Indochina.<sup>14</sup> Weniger euphorisch verhielt sie sich ab ungefähr 1970 gegenüber den Vertriebenen aus den totalitären Militärregimes Südamerikas, namentlich aus Chile (immerhin auch rund 4'500 Aufnahmen)<sup>15</sup> und Argentinien, wieder etwas grosszügiger in den letzten 20-30 Jahren beispielweise gegenüber den Flüchtenden aus Sri Lanka (Tamilen) und Eritrea. Parallel einher dazu ging 1979 der Erlass des ersten noch weitgehend liberalen Asylgesetzes. Die grösste Zuwanderung von Flüchtlingen seit dem zweiten Weltkrieg in die Schweiz ergab sich im Zusammenhang mit der Balkankrise der 1990er und 2000er Jahre mit zeitweise mehr als 40'000 Asylgesuchen pro Jahr und der Aufnahme von namentlich über 150'000 Kosovaren.<sup>16</sup> 1998 erliess der Bund daraufhin das restriktivere geltende Asylgesetz.

Von den Flüchtlingsbewegungen des Jahres 2015 war die Schweiz nicht übermässig betroffen. Im Übrigen lenkt die weit verbreitet im pejorativen Sinne verwendete Bezeichnung der Situation als „Flüchtlingskrise“ von der wahren Problematik ab.<sup>17</sup> Wohl handelt es sich um eine Krise für die betroffenen Menschen, auf Seiten der europäischen Staaten hingegen liegt das Problem eher darin, dass sie auf den Zustrom weder politisch noch funktionell mit einem einheitlichen Ansatz vorbereitet waren; gemessen an der Anzahl der von den verschiedenen Kriegswirren auf dieser Erde Betroffenen und der Vertriebenen, die bestimmte Staaten im Nahen Osten zu bewältigen hatten und noch immer haben, erscheint der Anteil der Flüchtenden, die Europa erreichten und immer noch ankommen, nämlich relativ gering. Dies verdeutlichen folgende Zahlen: Während der Flüchtlingsanteil in der Schweiz an der Gesamtbevölkerung rund 1% erreicht, beträgt er in der Europäischen

<sup>11</sup> Siehe z.B. das Schicksal von Joseph Spring und die entsprechenden juristischen Spätfolgen in BGE 126 II 145.

<sup>12</sup> Historisches Lexikon der Schweiz, [www.hls-dhs-dss.ch](http://www.hls-dhs-dss.ch), Stichwort: Stempel „J“, Stand 10/03/2015 (besucht am 21.6.2017)

<sup>13</sup> Dazu Holenstein et al. (Anm. 3), 271 ff., 292 ff. und 332 ff.

<sup>14</sup> Dusan Simko, Tschechoslowakische Flüchtlinge in West-, Mittel- und Nordeuropa seit 1968, in: Klaus J. Bade et al. (Hrsg.), Enzyklopädie Migration in Europa, 2007, 1052 f.; Vuilleumier (Anm. 5), 203.

<sup>15</sup> Claudio Bolzmann, Chilenische Flüchtlinge in Europa seit dem Militärputsch in Chile 1973 (Beispiel Schweiz), in: Klaus J. Bade et al. (Hrsg.), Enzyklopädie Migration in Europa, 2007, 436 ff.

<sup>16</sup> Dazu ausführlich der im Auftrag des SEM erstellte Bericht von Barbara Burri Sharani et al., Die kosovarische Bevölkerung in der Schweiz, 2010.

<sup>17</sup> Vgl. Alberto Achermann, « Flüchtlingskrise » – ein Essay, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, 2016, 59 ff.

Union lediglich 0,5%, wobei einzelne Mitgliedstaaten durchaus auf mit der Schweiz vergleichbare Werte kommen. Im Vergleich dazu verfügen etwa Jordanien und der Libanon über einen Anteil von Flüchtlingen an der Bevölkerung von zwischen 20 und 25%. Für die Schweiz ist immerhin in Rechnung zu stellen, dass der Anteil der ausländischen an der Gesamtbevölkerung inzwischen ebenfalls 25% erreicht, was nicht immer so genau vom Flüchtlingsbereich unterschieden wird und der politischen und gesellschaftlichen Akzeptanz der Schutzsuchenden mitunter nicht förderlich ist.

Normalerweise weniger thematisiert wird, dass es auch die umgekehrten Erscheinungen mit der Schweiz als tatsächlichem oder potentiell Verfolgerstaat gab. Im früheren Bund der Eidgenossen war die Exilierung von Oppositionellen oder sonst wie politisch missliebigen Personen nicht unbekannt. Das musste selbst Jean-Jacques Rousseau erfahren, der in Genf und später auch in Neuenburg aus politischen Gründen auf Widerstand stiess und sich gezwungen sah, diese Territorien zu verlassen.<sup>18</sup> Noch im 19. Jahrhundert nach Errichtung des Bundesstaates wurden fürsorgeabhängige Schweizerinnen und Schweizer verschiedentlich von Gemeinden mit mehr oder weniger Druck zur Emigration angehalten.<sup>19</sup> Und sogar aus jüngster Zeit gibt es vereinzelte Beispiele von Schweizern, die im Ausland wegen hiesiger Verfolgung Schutz erhielten. So wurde Marcel Boillat, der von 1962-1964 als militanter Jura-Separatist mehrere Brandanschläge auf verschiedene Objekte verübt hatte und deswegen strafrechtlich verfolgt worden war, nach einer erfolgreichen Flucht aus der Schweiz in Spanien als legitimer Widerstandskämpfer anerkannt; 1967 gewährte ihm Spanien Asyl.<sup>20</sup> 1997 entwendete Christoph Meili als Wachmann einer grossen Schweizer Bank mutmassliche Belege über Bankbeziehungen mit jüdischen Holocaust-Opfern, die verbotenerweise vernichtet werden sollten, und übergab diese Unterlagen Vertretern einer jüdischen Organisation; daraufhin wurde gegen ihn in der Schweiz ein Strafverfahren eröffnet. In den USA galt er indessen als rechtmässiger Whistleblower und erhielt noch im gleichen Jahr zusammen mit seiner Familie im Rahmen eines erleichterten Einwanderungsverfahrens Schutz wegen politischer Verfolgung.<sup>21</sup>

### 2.1.3 Zwischenergebnis

Aus historischer Sicht lässt sich insgesamt wenig Konstanz im humanitären Verhalten der Schweiz im Flüchtlingsbereich feststellen. Namentlich im 19. Jahrhundert war sie recht grosszügig in der Gewährung von Schutz und pflegte auch

---

<sup>18</sup> Vgl. Christophe Büchi, Jean-Jacques kehrt heim, NZZ vom 7.3.2012, <https://www.nzz.ch/jean-jacques-kehrt-heim-1.15507480>; etwas verklausuliert: Historisches Lexikon der Schweiz, [www.hls-dhs-dss.ch](http://www.hls-dhs-dss.ch), Stichwort: Rousseau, Jean-Jacques, Stand: 16/02/2012 (beide besucht am 10.6.2017).

<sup>19</sup> Vgl. Historisches Lexikon der Schweiz, [www.hls-dhs-dss.ch](http://www.hls-dhs-dss.ch), Stichwort: Auswanderung, Stand: 18/11/2010; Holenstein et al. (Anm. 3), 187 ff., insbes. 196 ff.; Marc Spescha et al., Handbuch zum Migrationsrecht, 3. Aufl., 2016, 37 f.; Vuilleumier (Anm. 5), 192 f.; „Wieder eine Schiffsladung Schweizer“, Tages Anzeiger vom 7.9.2015, <http://www.tagesanzeiger.ch/leben/gesellschaft/wieder-eine-schiffsladung-schweizer/story/15541239> (beide besucht am 10.6.2017).

<sup>20</sup> Damals noch vom Regime von Franco. Vgl. Andrea Kucera, Der pensionierte Terrorist, NZZ vom 8.6.2017, [www.nzz.ch/schweiz/fruehere-kopf-des-front-de-liberation-jurassien-der-pensionierte-terrorist-ld.1299757](http://www.nzz.ch/schweiz/fruehere-kopf-des-front-de-liberation-jurassien-der-pensionierte-terrorist-ld.1299757) (besucht am 8.6.2017).

<sup>21</sup> Die Schweizer Journalistin Patricia Diermeier beschrieb die Geschichte um Christoph Meili im 2003 erschienenen Buch: Meili – Mission zwischen Moral und Milliarden.

einen entsprechenden Mythos. Seither ist die Entwicklung schwankend mit einer gewissen Tendenz zur Zurückhaltung. Die jeweilige innen- und aussenpolitische Lage scheint dabei eine nicht unwesentliche Rolle gespielt zu haben und noch immer zu spielen. Mit den Worten des Historikers lässt sich festhalten, dass die Schweiz nie aus rein humanitären Gründen Migranten aufgenommen hat.<sup>22</sup> Im Vergleich mit den anderen Staaten Europas fällt die Schweiz zwar nicht ab, sticht aber auch nicht besonders hervor. Die politische Bedeutung, die der oft als speziell hervorgehobenen humanitären Tradition im Flüchtlingsbereich immer wieder zugeordnet wird, erscheint mithin überhöht und mystifiziert.

## 2.2 Das Recht als Spiegel der humanitären Tradition

Ein ähnlich durchzogenes Bild gibt die Analyse der schweizerischen Rechtstexte im Hinblick auf die Verwendung des Wortes „humanitär“ ab. Zuallererst fällt auf, dass dieser Begriff in der Bundesverfassung (BV)<sup>23</sup> überhaupt nicht erscheint. Das bedeutet zwar nicht, dass humanitäre Gesichtspunkte verfassungsrechtlich gar keine Rolle spielen. Im Gegenteil sind sie namentlich bei den Grundrechten sowie bei den rechtsstaatlichen Grundsätzen wie insbesondere dem Verhältnismässigkeitsprinzip beachtlich. Im Schutz der Menschenwürde nach Art. 7 BV und beim Anspruch auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV widerspiegelt sich die humanitäre Ausrichtung der Verfassung in besonderem Masse. Es ist aber doch symptomatisch, dass der Verfassungsgeber bisher die politisch immer wieder angerufene humanitäre Tradition nicht ausdrücklich in der Verfassung abbilden wollte.

Regelmässige Verwendung findet das Wort „humanitär“ in Erlassen des humanitären Völkerrechts und der humanitären Hilfe und Zusammenarbeit.<sup>24</sup> In diesem Zusammenhang scheint der fragliche Konnex auch politisch akzeptiert zu sein und korrespondiert mit der entsprechenden historischen und rechtlichen Bedeutung der humanitären Tradition der Schweiz.

Im Migrationsrecht fällt die Suche nach dem Wort „humanitär“ demgegenüber deutlich weniger ergiebig aus. Im Asylgesetz (AsylG)<sup>25</sup> erscheint der Begriff überhaupt nicht. Also ausgerechnet im Flüchtlingsrecht vermeidet der Gesetzgeber die ausdrückliche Anknüpfung an humanitäre Werte. Im Ausländergesetz (AuG)<sup>26</sup> findet sich der Begriff immerhin zweimal: erstens in Art. 3 Abs. 2 AuG bei der Zulassung aus humanitären Gründen, wobei es insofern bei einem allgemeinen Prinzip sein Bewenden hat, aus dem sich keine individuell durchsetzbaren Rechte ableiten lassen; und zweitens in Art. 67 Abs. 5 AuG, wonach aus humanitären Gründen auf ein Einreiseverbot verzichtet werden kann, in welchem Fall es sich um eine Bestimmung handelt, in dem die „humanitären Gründe“ einen zwar unbestimmten, aber immerhin

---

<sup>22</sup> Patrick Kury, „Die Schweiz hat nie aus rein humanitären Gründen Migranten aufgenommen“, NZZ vom 27.8.2018, [www.nzz.ch/schweiz/wir-sind-nicht-xenophober-als-andere-ld.1385745](http://www.nzz.ch/schweiz/wir-sind-nicht-xenophober-als-andere-ld.1385745) (besucht am 30.10.2018).

<sup>23</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

<sup>24</sup> Vgl. etwa Art. 3 und 10 des Genfer Abkommens über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten, SR 0.518.51, sowie das Bundesgesetz vom 19. März 1976 über die internationale Entwicklungszusammenarbeit und humanitäre Hilfe, SR 974.0.

<sup>25</sup> Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31; dazu Fanny Matthey, Procédures d'asile et pluralité de statuts, 2012, 59 ff.

<sup>26</sup> Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, SR 142.20.

einen der Auslegung zugänglichen Rechtsbegriff darstellen. Weder bei den verschiedenen Tatbeständen der Härtefallbewilligung, die in der Praxis regelmässig auch „humanitäre Bewilligung“ genannt wird, also in Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG, Art. 84 Abs. 5 AuG sowie Art. 14 Abs. 2 AsylG, noch bei der vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 ff. AuG findet ein ausdrückliches humanitäres Kriterium Anwendung. Ein humanitärer Zusammenhang kann daher höchstens über die anderen gesetzlichen Tatbestandsmerkmale hergestellt bzw. berücksichtigt werden. Die Bundesversammlung lehnte im Jahr 2005 sogar die vom Bundesrat vorgeschlagene Umbenennung der vorläufigen in humanitäre Aufnahme – mit einer entsprechenden Verbesserung der Rechtsstellung – ab.<sup>27</sup> Stumm bleibt sodann die wichtigste Ausführungsverordnung zum Ausländergesetz (VZAE)<sup>28</sup>: Kein einziges Mal findet sich darin das Wort „humanitär“. Auch die von der Schweiz abgeschlossenen Rückübernahmeabkommen und Migrationspartnerschaften scheinen, soweit ersichtlich, keinem expliziten humanitären Zweck zu dienen. Die grosse Ausnahme bildet die Verordnung über Einreise und Visumerteilung (VEV)<sup>29</sup>, in der dank des sog. „humanitären Visums“ der Begriff „humanitär“ wiederholt vorkommt<sup>30</sup>, wobei dies nicht unbedingt mit der quantitativ geringen Bedeutung dieses Rechtsinstituts korreliert.

Es lässt sich also schliessen, dass der Konnex zur Humanität im humanitären Völkerrecht sowie beim Recht der humanitären Hilfe und Zusammenarbeit akzeptiert ist, nur gering aber im Migrationsrecht und kaum im Flüchtlingsrecht. Im letzten Zusammenhang scheint der Gesetzgeber die ausdrückliche Erwähnung humanitärer Gesichtspunkte ganz zu meiden.<sup>31</sup> Das heisst zwar nicht, dass das Gesetz an sich unmenschlich ist; die gesetzgeberische Zurückhaltung steht aber in einem klaren Kontrast zur verbreiteten Anrufung der humanitären Tradition durch die Politik.

### **3. Die rechtliche Realität im Flüchtlingsbereich**

#### **3.1 Die rechtliche Realität im Rückblick**

##### **3.1.1 Europa**

Der Begriff „Asyl“ stammt vom griechischen Wort „Asylos“ ab und bedeutet Zufluchtsstätte, womit ursprünglich nicht weltlicher, sondern göttlicher Schutz in einem Tempelbezirk gemeint war.<sup>32</sup> Diese religiöse Anknüpfung scheint noch heute im – säkularrechtlich nicht mehr bedeutsamen – Kirchenasyl durch. Daneben gab es aber schon frühzeitig auch ein an staatliche Machtausübung gebundenes Prinzip des Flüchtlingsschutzes. Der älteste bekannte Beleg dafür stammt aus dem 14. Jahrhundert v.Chr. in Form eines vertraglichen Abkommens zwischen dem König der Hethiter und dem Fürsten von Wiluscha (vermutlich Troja), in dem festgehalten war,

<sup>27</sup> Vgl. BBl 2002 6855 ff., 6888 f. und 6942 f. sowie AS 2006 4745 ff. e contrario; Vorläufige statt humanitäre Aufnahme im Asylgesetz, NZZ vom 27.9.2005, <https://www.nzz.ch/newzzEE31CNAP-12-1.172890> (besucht am 28.6.2017).

<sup>28</sup> Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007, SR 142.201.

<sup>29</sup> Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung, SR 142.204.

<sup>30</sup> Z.B. in Art. 2 Abs. 4, Art. 3 Abs. 4 oder Art. 11b Abs. 2 VEV.

<sup>31</sup> Dazu die interessante Analyse des politischen Diskurses zwischen moralischen und humanitären Argumenten bei Sille (Anm. 1), 6 ff.

<sup>32</sup> Dazu und zum Folgenden Paul Tiedemann, Flüchtlingsrecht, 2015, 1 ff.; Historisches Lexikon der Schweiz, [www.hls-dhs-dss.ch](http://www.hls-dhs-dss.ch), Stichworte: Flüchtlinge, Stand: 07/01/2016, und Asyl, Stand: 26/11/2002 (beide besucht am 10.6.2017).

dass Flüchtlinge nicht ausgeliefert würden. Bis ins Mittelalter fanden sich parallel recht verbreitet die Institute des Kirchenasyls und des weltlichen Asyls in sog. Freistätten. Das spätere Verständnis der Schutzgewährung als territoriales Asyl war an die staatliche Gebietshoheit gebunden und gewann erst mit dem Aufkommen des Absolutismus und des Nationalismus richtig an Bedeutung. Die absolutistischen Staaten schlossen Asyl aus politischen Gründen allerdings weitgehend aus.

Erst mit der Anerkennung von individuellen Schutzrechten gegenüber dem Staat, insbesondere der Menschenrechte, gelangte die Idee des politischen Asyls wieder in den Vordergrund. Art. 120 der Verfassung der französischen Republik von 1793 enthielt erstmals ein verbrieftes Asylrecht. Im Verlauf des 19. Jahrhunderts setzte sich die Schutzgewährung von politischen Flüchtlingen zunehmend durch. Deren rechtliche Verankerung blieb jedoch noch lange schwach. Schutz wurde meist – wie später noch beim bereits erwähnten Lenin – über die Einräumung von Aufenthaltserlaubnissen für „politische Emigranten“ nach eher zufälligen, bzw. aus heutiger Sicht wohl oft willkürlichen, Kriterien gewährt. Das blieb weitgehend bis nach dem zweiten Weltkrieg so. Die Zwischenkriegszeit der 1920er und 1930er Jahre brachte zwar verschiedene völkerrechtliche Regelungen und Regelungsversuche wie etwa den sog. „Nansenpass“ für staatenlose Flüchtlinge zunächst russischer und später auch bestimmter anderer Herkunft hervor, deren Bedeutung insgesamt aber sektoriell begrenzt und überschaubar war.<sup>33</sup> Art. 14 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10. Dezember 1948 nahm dann die Idee des Asylrechts als individuelles Menschenrecht wieder auf, wobei sich die Wirkung allerdings auf eine unverbindliche Empfehlung an die Signatarstaaten beschränkte. Mit der Flüchtlingskonvention (FK) von 1951 wurde in der Folge erstmals ein rechtlich verbindliches internationales Abkommen geschlossen, das auch gewisse individuelle Rechtspositionen beruhend auf vorbestimmten Kriterien verleiht. Wohl lässt sich daraus kein Recht auf Asyl, d.h. auf eine bestimmte Schutzform, ableiten; mit dem Refoulementverbot in Art. 33 FK wird jedoch der Schutz vor Rückschiebung in den Verfolgerstaat gewährleistet. Diese Garantie wurde später ergänzt bzw. überlagert durch weitere völkerrechtliche Bestimmungen zum Rückschiebungsschutz, wie sie namentlich aus Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>34</sup> und Art. 3 der UNO-Folterkonvention (Fok)<sup>35</sup> abgeleitet und inzwischen zum zwingenden und damit landesrechtlich nicht abänderbaren und kündbaren Völkerrecht gezählt werden.<sup>36</sup>

Parallel dazu verbreitete sich die Anerkennung des Asylrechts in verschiedenen nationalen Verfassungen, etwa in Art. 10 der Verfassung der Italienischen Republik vom 22. Dezember 1947 sowie in Art. 16a des Grundgesetzes der Bundesrepublik

---

<sup>33</sup> Dazu etwa Marcel Kau, Ein Recht auf Migration? – Die Migrationskrise aus der Perspektive des Völkerrechts, in: Arnd Uhle (Hrsg.), Migration und Integration, 2017, 25 f.; zum „Nansenpass“ vgl. bspw. statt vieler <http://universal.lexikon.deacademic.com/179496/Nansenpass> (besucht am 24.7.2017).

<sup>34</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

<sup>35</sup> Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, SR 0.105.

<sup>36</sup> Eingehend Fanny de Weck, Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture, 2016.

Deutschland vom 23. Mai 1949. Den vorläufigen Abschluss fand diese internationale Entwicklung mit der Anerkennung des Asylrechts in Art. 18 der Grundrechtecharta der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 (GRC)<sup>37</sup>. Diese konstitutionell verankerten Asylrechte werden freilich regelmässig so interpretiert, dass sie einzig der Rechtslage nach der Flüchtlingskonvention (FK) entsprechen und keine darüber hinaus reichenden Schutzgarantien gewähren.

Seit 1997 wird, zunächst in Teilen der EU, heute in der ganzen EU sowie in einigen assoziierten Staaten, die Zuständigkeit für Asylverfahren durch das sog. Dublinrecht geregelt. Ziel dabei ist, dass in jedem Fall ein Vertragsstaat für ein Schutzgesuch zuständig ist („no refugees in orbit“), es aber im Gegenzug auch nur ein einziges Schutzverfahren gibt („one chance only“), womit das sog. „asylum shopping“ (Auswahl eines oder mehrerer Asylstaaten nach Belieben) ausgeschlossen werden soll. Seit 1999 verfolgt die EU ein erweitertes Ziel und arbeitet an der Schaffung des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS).<sup>38</sup> Parallel dazu regelt das Schengenrecht unter anderem den Personenverkehr an den inneren und äusseren Grenzen, wobei als Grundsatz gilt, dass die internen Grenzen ohne systematische Kontrollen überschritten werden können, wohingegen als Ausgleichsmassnahme die Überschreitung der äusseren Grenzen einer verstärkten Kontrolle unterliegt. Zwar enthält das Dublinrecht auch humanitäre Elemente, so insbesondere die humanitären Gründe für das Selbsteintrittsrecht.<sup>39</sup> Symptomatisch erscheint allerdings auch hier der Wortgebrauch. Soweit es um die Neuordnung der Zuteilung der Schutzsuchenden auf die einzelnen Dublinstaaten geht, ist kaum je von Aufnahme oder allenfalls Aufgabenteilung oder Aufteilung der Verantwortlichkeiten die Rede, sondern regelmässig von „Lasten(ver)teilung“ bzw. „burden sharing“. Die Flüchtlinge werden insofern mehr als Belastung denn als humanitäre Aufgabe bzw. schlicht Menschen in einer prekären Lebenssituation wahrgenommen.

Bekanntlich ist die Dublin- und Schengenordnung seit 2015 mit den grossen Flüchtlingsbewegungen aus dem Nahen Osten und teilweise aus Afrika erheblich unter Druck geraten. Die entsprechende Rechtsordnung zeigt gewisse Mängel auf, wobei es namentlich an der erforderlichen Solidarität und am gemeinsamen Willen für eine einheitliche Lösung fehlt.<sup>40</sup> Dennoch versucht die Europäische Union, bisher mehr oder minder erfolgreich, das gemeinsame Flüchtlingsrecht und die Aussen- und Innengrenzenpolitik neu zu ordnen, und auch die verschiedenen europäischen Staaten experimentieren mit neuen Rechtsregeln, die im Wesentlichen auf Verfahrensbeschleunigung, zurückhaltendere Schutzgewährung und Dissuasion

---

<sup>37</sup> ABl. C 364 vom 18.12.2000 S. 1, 12.

<sup>38</sup> Dazu umfassend Kay Hailbronner/Daniel Thym (Hrsg.), EU Immigration and Asylum law, 2. Aufl., 2016, 1023 ff.; übersichtlich [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas\\_factsheet\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_de.pdf) (besucht am 10.6.2017).

<sup>39</sup> Nach Art. 17 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013, Dublin-III-Verordnung, ABl. L 180 vom 29.6.2013, 31.

<sup>40</sup> Vgl. Peter Hilpold, Solidarität im EU-Recht, „Die Inseln der Solidarität“ unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, in: Europarecht 4/2016, 373 ff.; Markus H.F. Mohler, Die EU hat mit dem Kernbereich von „Schengen“ und mit „Dublin“ den Stresstest bisher nicht bestanden, in: Sicherheit & Recht 2016, 3 ff.; weitere Beiträge in SZIER 27 (2017), Nr. 2.

hinauslaufen.<sup>41</sup> Auch die Wissenschaft beteiligt sich an der Lösungssuche.<sup>42</sup> Zentrale Punkte sind dabei, wie weit die Abschottung Europas sowie die Solidarität innerhalb Europas reichen und welche legalen Einreisemöglichkeiten Schutzsuchenden allenfalls offen stehen sollen. Humanitäre Kriterien spielen dabei zwar auch eine Rolle, bilden aber nicht das Hauptziel dieses Prozesses, dessen Ausgang offen ist.

### 3.1.2 Schweiz

In der Schweiz verblieb der Flüchtlingsbereich lange Zeit in der Kompetenz der Kantone. So gab sich der Kanton Zürich im Jahre 1836 ein „Gesetz betreffend die besonderen Verhältnisse der politischen Flüchtlinge“.<sup>43</sup> Der Bund mischte sich jedoch immer wieder gestützt auf seine Zuständigkeit für die auswärtigen Angelegenheiten in Flüchtlingsfragen ein, beispielsweise bei der schon erwähnten Aufnahme der Bourbaki-Armee, die ja auch zur Wahl und Einsetzung von General Herzog führte. Gestützt auf die Vollmachtenbeschlüsse riss der Bundesrat im Jahr 1917 die Regelung des Ausländer- und Flüchtlingswesens an sich und regelte diese Bereiche per Verordnungsrecht. Die entsprechende Verordnung<sup>44</sup> sah im Asylbereich allerdings vorerst weiterhin die Befugnis der Kantone vor, auf eigene Verantwortung sog. Toleranzbewilligungen für insbesondere politische Flüchtlinge auszustellen.<sup>45</sup> Erst 1925 erhielt der Bund im damaligen Art. 69<sup>ter</sup> aBV<sup>46</sup> die verfassungsrechtliche Kompetenz unter anderem für das Asylwesen.<sup>47</sup> Dieser Bestimmung entspricht der heutige Art. 121 Abs. 1 BV, ergänzt durch die den Art. 33 FK und Art. 3 EMRK sowie Art. 3 FoK abbildenden Refoulementverbote nach Art. 25 Abs. 2 und 3 BV. Der Bundesgesetzgeber regelte das Asyl zunächst nur in einem einzigen Artikel im 1931 erlassenen und 1935 in Kraft getretenen ersten Ausländergesetz des Bundes, dem Gesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG).<sup>48</sup> Diese Bestimmung wurde 1948 leicht erweitert.<sup>49</sup> Erst 1979 erliess der Bundesgesetzgeber ein eigentliches Spezialgesetz zum Asylwesen (erstes Asylgesetz), das 1981 in Kraft trat.<sup>50</sup> Dieses wurde 1998 totalrevidiert (geltendes AsylG) und seither mehr als 15-mal teilrevidiert. Der Bund hat dabei das Asylwesen zunehmend an sich gezogen. Die

---

<sup>41</sup> Vgl. Stephan Breitenmoser, Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, in: VVDStRL 76, 2017, 31 ff.; Kay Hailbronner/Daniel Thym, Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration, in: ZJ 2016, 753 ff.; Franz Merli/Madgalena Pöschl (Hrsg.), Das Asylrecht als Experimentierfeld, 2017; Salome Schmid, Der Vorschlag zur Reform des Dublin-Systems vom 4. Mai 2016 – Ein Ausweg aus der „Flüchtlings(schutz)krise“?, Jusletter 20. März 2017.

<sup>42</sup> Dazu diverse Beiträge in: Arnd Uhle (Hrsg.), Migration und Integration, Die Migrationskrise als Herausforderung des Rechts, 2017; Stephan Breitenmoser/Otto Lagodny/Peter Uebersax (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Herausforderungen, 2018; Domenica Dreyer-Plum, Kosmo-polis EU, eine kosmopolitische Untersuchung europäischer Grenz- und Asylpolitik, 2016/2017; Wolfgang Gratz, „Das Management der Flüchtlingskrise – Never let a good crisis go to waste“, 2016; Peter Hilpold, Europa am Scheideweg: Brexit, Internationale Handelsbeziehungen, Wirtschafts- und Währungsunion, Flüchtlingskrise – Eine riskante Neupositionierung Europas nach innen und aussen, in: Peter Hilpold (Hrsg.), Europa im Umbruch, Europarecht, Beiheft 1/2017, 7 ff.; Julia Iliopoulos-Strangas/Elena Simina Tanaescu/Michael Potacs/Jacques Ziller (Hrsg.), Migration – Migration – Migrations, 2017; Gerhard Muzak, Aktuelle Herausforderungen für das Europäische und Österreichische Flüchtlingsrecht, in: Peter Hilpold (Hrsg.), Europa im Umbruch, Europarecht, Beiheft 1/2017, 109 ff.; Martin Wagner/Albert Kraler, Das gemeinsame europäische Asylsystem im Wandel: Quo vadis?, Asyl 4/2016, 7 ff.

<sup>43</sup> Tiedemann (Anm. 32), 4.

<sup>44</sup> Verordnung des Bundesrats vom 21. November 1917 betreffend die Grenzpolizei und die Kontrolle der Ausländer, AS 1917 959.

<sup>45</sup> Art. 18 Abs. 3 der Verordnung, AS 1917 964.

<sup>46</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, AS I 1.

<sup>47</sup> AS 42 I; BBl 1925 II 681.

<sup>48</sup> Art. 21 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BS 1 121; vgl. auch BBl 1929 I 930.

<sup>49</sup> Altes Asylgesetz in der Fassung vom 8. Oktober 1948; vgl. BBl 1948 III 395.

<sup>50</sup> Asylgesetz vom 5. Oktober 1979; vgl. BBl 1979 II 993 sowie Matthey (Anm. 25), 56 ff.

Kantone sind im Wesentlichen nur noch am Vollzug beteiligt.<sup>51</sup> Im Jahre 2004 schloss sich die Schweiz mit Wirkung ab 2008/2009 dem Schengen- und Dublinsystem, nicht aber dem Gemeinsamen Europäischen Asylsystem als Ganzem an;<sup>52</sup> sie hat sich insbesondere nicht verpflichtet, an der Vereinheitlichung der Verfahren, der Schutzformen und der Aufnahmebedingungen mitzuwirken. Das schweizerische Asylrecht dient ebenfalls seit einiger Zeit als rechtliches Experimentierfeld<sup>53</sup>, und auch in der Schweiz sucht die Wissenschaft neue Wege.<sup>54</sup> Zudem beteiligt sich die Schweiz an der Weiterentwicklung von Schengen und Dublin.<sup>55</sup>

### 3.1.3 Zwischenergebnis

Das 20. Jahrhundert brachte also eine Verrechtlichung des Asylwesens mit sich. Handelte es sich bei der Asylgewährung früher um einen nur rudimentär geregelten, vorwiegend politischen Gnadenakt, wandelte sich dieser bis heute zu einem umfassend gesetzlich verordneten rechtlichen Verwaltungsakt.

## 3.2 Die Vorteile der Verrechtlichung

Die rechtliche Verankerung des schweizerischen Flüchtlingsrechts bedeutet zunächst, dass dieses auf einer demokratisch-rechtsstaatlichen Grundlage steht. Es wird damit vom Volk und den Ständen getragen, was trotz allen politischen Diskussionen seiner Akzeptanz letztlich förderlich ist. Rechtsstaatlichkeit wiederum führt dazu, dass sich die Gewährung eines Schutzstatus und das entsprechende Verfahren nach rechtlichen Kriterien richten und sämtliche rechtlichen Vorgaben unter Einschluss des Verfassungsrechts sowie der Grund- und Menschenrechte einzuhalten haben. Damit verbunden ist eine gewisse Vorhersehbarkeit von Prozess und Ergebnis, wenngleich es, wie bei allen Rechtsfragen, keine Garantien für den Verfahrensausgang gibt. Inhaltlich sind aber willkürliche und rechtsungleiche sowie sonst wie gegen rechtsstaatliche Prinzipien sowie Grund- und Menschenrechte verstossende Entscheide ausgeschlossen. Die Zuordnung des Flüchtlingsbereichs zum Bundesrecht gewährleistet überdies eine weitgehende nationale Einheitlichkeit. Die anzuwendenden Verfahren und inhaltlichen Kriterien sind in der ganzen Schweiz grundsätzlich dieselben. Auch dies dient der Rechtsgleichheit und letztlich der Rechtsstaatlichkeit.

---

<sup>51</sup> Vgl. Luc Gonin, *Fédéralisme et droit d'asile : Etat des lieux et impact de la restructuration du domaine d'asile*, in: Achermann et al. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018*, 2018, 49 ff.; Darstellungen des schweizerischen Asylrechts finden sich bei Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (Hrsg.), *Code annoté de droit des migrations*, Volume IV: *Loi sur l'asile (LAsi)*, 2015; Martina Caroni et al., *Migrationsrecht*, 3. Aufl., 2014, 225 ff.; Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (Hrsg.), *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, 2. Aufl., 2015; Spescha et al. (Anm. 19), 371 ff.

<sup>52</sup> Bundesbeschluss vom 17. Dezember 2004 über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und Dublin, SR 362.

<sup>53</sup> Schindler, (Anm. 3), 189 ff.

<sup>54</sup> Dazu etwa Christine Abbt/Johan Rochel (Hrsg.), *Migrationsland Schweiz*, 15 Vorschläge für die Zukunft, 2016; Stefan Schlegel, *Der Entscheid über Migration als Verfügungsrecht – Eine Anwendung der Ökonomischen Analyse des Rechts auf das Migrationsrecht am Beispiel der Schweiz*, 2017; Roger Zetter, *Schutz für Vertriebene*, Konzepte, Herausforderungen, neue Wege, EKM, 2014.

<sup>55</sup> Vgl. den Bericht des Bundesrats vom Mai 2017: *Neukonzeption von Schengen/Dublin, europäische Koordination und burden sharing*, [www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2017/2017-06-02.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2017/2017-06-02.html) (besucht am 14.6.2017).

Die Internationalisierung des Flüchtlingswesens, insbesondere in der Flüchtlingskonvention, führt zu einem globalen, auf gemeinsamen Werten beruhenden Standard. Damit verbunden sind weltweit prinzipiell gleiche Schutzvoraussetzungen und es sollten sich zumindest vergleichbare Verfahren und Schutzformen ergeben, was aber nicht der Realität entspricht. Analoge Ziele sprächen an sich für die Europäisierung des Flüchtlingsrechts. Allerdings beschränkt sich die entsprechende verbindliche Regelung im Dublinsystem auf die Zuständigkeitsfrage. Weitergehende Vereinheitlichungen sind im GEAS zwar angelegt, aber erstens noch nicht vollständig verwirklicht und zweitens für die Schweiz ohnehin nicht verbindlich. Es ist denn auch bezeichnend, dass immer wieder die Menschenrechte ergänzende, wenn auch zwangsläufig nur lückenhafte, Schutzwirkungen übernehmen bzw. die dem Menschenrechtsschutz dienenden Institutionen eingreifen müssen. Nur schon dieser Umstand stellt dem Dublinsystem, obwohl es sich über die EU-Justizorgane auch selbst reguliert,<sup>56</sup> kein gutes Zeugnis aus.<sup>57</sup> Juristisch besonders heikle, noch nicht befriedigend beantwortete Fragen wirft schliesslich die Ausübung hoheitlicher Gewalt ausserhalb der eigenen Territorien der europäischen Staaten auf.<sup>58</sup>

### 3.3 Die Nebenwirkungen der Verrechtlichung

Verrechtlichung bedeutet indessen auch, dass das Recht dem humanitären Ansatz vorgeht. Die Schutzgewährung ist nur so menschlich wie die Humanität des Rechts. Je weniger menschlich dieses ausgestaltet ist, desto weniger verfolgt auch dessen Umsetzung humanitäre Ziele. Überdies bleibt kaum Raum für menschliche Gesten, die das Recht nicht vorsieht. Anders ausgedrückt: Der politische Spielraum für die Staatsorgane mit Ausnahme des Gesetzgebers ist eingeschränkt. Und selbst wenn der Gesetzgeber handeln wollte, so benötigen seine Handlungsmöglichkeiten, mit Ausnahme des Dringlichkeitsrechts, regelmässig eine gewisse Zeit. Rasches, situatives Reagieren, wie es bei plötzlich auftretenden, nicht immer voraussehbaren Flüchtlingsbewegungen – etwa im Anschluss an Katastrophen oder kurzfristig ausgebrochenen Konflikten – erforderlich sein kann, wird damit erschwert. Selbst wo das Gesetz den exekutiven Behörden Ermessen einräumt, richtet sich dessen Ausübung regelmässig nach den jeweils aktuellen politischen Tendenzen aus. Insofern besteht dann zwar ein gewisser politischer, nicht aber zwingend humanitärer Spielraum.

---

<sup>56</sup> Bspw. Urteile des EuGH C-695/15 i.S. Mirza c. H vom 17. März 2016 sowie C-411/10 i.S. N.S. und M.E. c. UK und IRL vom 21. Dezember 2011.

<sup>57</sup> Bspw. Urteile des EGMR Nr. 2237/06 i.S. M.S.S. c. GR und B vom 21. Januar 2011 und Nr. 29217/12 i.S. Tarakhel c. CH vom 4. November 2014; dazu auch Stephan Breitenmoser/Giulia Marelli, Die neuste Rechtsprechung des EGMR und des EuGH zu Fragen des Migrationsrechts sowie zu Schengen und Dublin, in: SZIER 27 (2017), Nr. 2, 167 ff.; Marco Sassòli, Die EMRK in Krisenzeiten, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – heute und morgen, 2018, 45 ff.

<sup>58</sup> Dazu Fabiane Baxewanos, Defending Refugee Rights, International Law and Europe's Offshored Immigration Control, 2015; Breitenmoser (Anm. 41), 28 ff.; Giuseppe Cataldi, Migrations in the Mediterranean between Protection of Human Rights and Border Control, An Italian Perspective, in: Peter Hilpold (Hrsg.), Europa im Umbruch, Europarecht, Beiheft 1/2017, 119 ff.; Christian Jakob/Simone Schlindwein, Diktatoren als Türsteher Europas, 2017; Dorothee Meyer, Le respect des droits fondamentaux par les nouvelles règles en matière de surveillance des frontières maritimes extérieures de l'Union européenne, in: Stephan Breitenmoser et al. (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Aktuelle Fragen, 2015, 77 ff.; Noémie Müller, „Push-Backs“, Spannungsfeld zwischen Grenzschutz und völkerrechtlichen Verpflichtungen auf hoher See, 2017.

Das schweizerische Flüchtlingsrecht ist freilich nicht per se unmenschlich. Zunächst verfolgt die Schutzgewährung nur schon grundsätzlich humanitäre Ziele. Speziell der Humanität verpflichtet sind Tatbestände, für deren Anwendung keine völkerrechtliche Verpflichtung besteht, wie die Härtefallbewilligung (Art. 14 Abs. 2 AsylG und Art. 84 Abs. 5 AuG), die vorläufige Aufnahme aufgrund von Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs (Art. 83 Abs. 4 AuG) und das Gruppenasyl (Resettlement; Art. 56 AsylG).<sup>59</sup> Das Gesetz eröffnet somit einige humanitäre Grundlagen und Spielräume. Nur werden diese nicht immer wahrgenommen, wie insbesondere das Beispiel des vorübergehenden Schutzes zeigt, der seit 1998 als Rechtsinstitut im Gesetz vorgesehen ist<sup>60</sup>, aber noch nie angewendet wurde. Auch das humanitäre Visum oder die erwähnten Härtefallklauseln würden eine grosszügige Aufnahme von Vertriebenen ermöglichen, finden in der Regel jedoch lediglich zurückhaltend Anwendung. Die grundsätzlich humanitär angelegte vorläufige Aufnahme führt bisher zu einem mehrheitlich negativen Status.<sup>61</sup> Einige Regelungen bzw. Praktiken nähern sich überdies der Grenze des Zulässigen, etwa die verbreitete Ausgestaltung von ausländerrechtlicher Haft mit restriktivem Regime<sup>62</sup> und in der Praxis oft ungenügender Prüfung von Alternativen<sup>63</sup>, die strengsten Stufen der Zwangsanwendung bei Ausschaffungen<sup>64</sup> oder auch nur schon das Nothilferegime für erfolglose Schutzsuchende, zu dessen Zulässigkeit bzw. Grenzen sich das Bundesgericht schon wiederholt äussern musste.<sup>65</sup> Die Schweiz riskiert, sich eines Tages für einzelne solche Praktiken entschuldigen zu müssen, wie das etwa bei der administrativen Versorgung oder den sog. „Kindern der Landstrasse“ geschehen ist. Ein Augenmerk ist auch auf die teilweise sehr kurzen Fristen für Prozesshandlungen zu richten, die höchstens dann zulässig erscheinen, wenn sie durch Gegenmassnahmen wie insbesondere die notwendige unentgeltliche Verbeiständung durch Rechtskundige<sup>66</sup> kompensiert werden. Die Grund- und Menschenrechte erlangen in solchen Zusammenhängen besondere Bedeutung.

Hinzu kommt, dass sich der traditionelle Flüchtlingsbegriff zunehmend als ungenügend erweist.<sup>67</sup> Der Schutz diskriminierter Minderheiten vor Verfolgung ist zwar immer noch wichtig. Die grossen Flüchtlingsbewegungen ergeben sich aber meist im Zusammenhang mit Konflikten kriegerischer Natur sowie unter Umständen mit Katastrophen. Entsprechende subsidiäre und temporäre Schutzformen sind jedoch, mit Ausnahmen wie der afrikanischen Flüchtlingskonvention, kaum völkerrechtlich geregelt und ihre Gewährung und Ausgestaltung ist weitgehend den einzelnen Staaten anheimgestellt. Das führt zu entsprechenden ungleichen Schutzsystemen. Das GEAS

---

<sup>59</sup> Vgl. Sille (Anm. 1), 8 f.

<sup>60</sup> Art. 4 und 66 ff. AsylG.

<sup>61</sup> Sille (Anm. 1), 6 f.

<sup>62</sup> Insbes. Art. 75 ff. AuG.

<sup>63</sup> Bahar Irem Catak Kanber, Die ausländerrechtliche Administrativhaft, 2017, 190 ff. und 292.

<sup>64</sup> Gemäss dem Bundesgesetz vom 20. März 2008 über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes, Zwangsanwendungsgesetz, ZAG, SR 364.

<sup>65</sup> BGE 140 I 141; 139 I 272; 137 I 113; 135 I 119; 131 I 166; RDAF 2015 I 43 und 481; RDAF 2014 I 588.

<sup>66</sup> Zu den geltenden Regeln vgl. Anne Kneer/Linus Sonderegger, Die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung im Asylbeschwerdeverfahren, Asyl 2/2017, 11 ff.; Joachim Stern, Kostenloser Rechtsbeistand für Asylsuchende in der Schweiz, Asyl 2/2013, 3 ff.

<sup>67</sup> Dazu Peter Uebersax, Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht, ZBJV 2013, 576 ff.; Walter Kälin, Wer verdient Schutz? Der Flüchtlingsbegriff im Lichte aktueller Herausforderungen, Asyl Sondernummer vom 28. Juli 2011, 27.

versucht hier mehr oder minder erfolgreich Abhilfe zu schaffen. Für die Schweiz bleibt dies freilich nicht unmittelbar wirksam. Symptomatisch ist auch, dass es für Klimavertriebene keine verbindlichen internationalen Regelungen gibt.<sup>68</sup> Die meisten Staaten wollen sich nicht über die traditionelle Flüchtlingskonvention hinaus zur Schutzgewährung verpflichten. Der rechtlich verankerte Schutz erweist sich in diesem Zusammenhang als unvollständig, was Vorhersehbarkeit und Rechtsstaatlichkeit schwächt und zu Unsicherheit führt. Auch der politische Spielraum ist nicht unbedingt grösser, solange dafür nicht landesrechtlich eine gesetzliche Grundlage geschaffen wird.

Die rechtliche Verankerung des Flüchtlingsschutzes erhöht überdies zumindest indirekt die Hürden für ausnahmsweise vorwiegend humanitäre Lösungen wie Resettlement- oder Relocation-Programme, unabhängig davon, wie sinnvoll oder nötig sie allenfalls erscheinen. Sind sie im gesetzten Recht nicht vorgesehen, muss dafür zuerst eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Diese erscheint beispielsweise für die Beteiligung der Schweiz an der Relokation im Rahmen des Dublinrechts im Unterschied zu derjenigen der EU-Mitgliedstaaten, für die der Relokationsbeschluss verbindlich ist,<sup>69</sup> fraglich. Die vom Bundesrat vertretene Abstützung auf die Bestimmungen über den Selbsteintritt ist zumindest heikel, denn diese sind auf konkrete Einzelfälle und nicht auf die Übernahme grösserer Gruppen zugeschnitten und setzen grundsätzlich entweder die Anwesenheit im Übernahmestaat oder dann unter anderem bestimmte familiäre oder kulturelle Gründe voraus.<sup>70</sup> Ausnahmeregelungen des Primärrechts der EU, wie sie von dieser als Grundlage für die Relocation-Programme beigezogen werden,<sup>71</sup> sind für die Schweiz nicht anwendbar. Die vom Bundesrat eingegangene Verpflichtung der Schweiz nach aussen, an der Relokation teilzunehmen, wird dadurch zwar nicht in Frage gestellt; hingegen stellt sich ein landesrechtliches Problem der Zuständigkeit des Bundesrates. Für Resettlement-Programme gibt es demgegenüber eine gesetzliche Grundlage in Art. 56 AsylG mit der entsprechenden Kompetenzzuweisung an den Bundesrat. Da es sich jedoch nach der gängigen Praxis um eine Ausnahmesituation handelt, sind die politischen Hemmungen zur Anwendung dieser Bestimmung erheblich. Die diesbezüglichen Spielräume für die Politik waren vor Erlass der detaillierten gesetzlichen Regelung im Jahr 1979 deutlich grösser. So kann beispielsweise davon ausgegangen werden, dass längst nicht alle Schutzsuchenden aus Ungarn im Jahr 1956 und der Tschechoslowakei im Jahr 1968 in der Schweiz Schutz und erst recht nicht Asyl erhalten hätten, wenn bereits damals die heutigen gesetzlichen Kriterien angewandt worden wären.

---

<sup>68</sup> Dazu Stefan Diezig, Umweltvertriebene im flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen Kontext, 2018; Eva Hostettler, Der Schutz der internationalen Klimavertriebenen in Europa, 2012; Britta Nümann, Umweltflüchtlinge?, 2014.

<sup>69</sup> Urteil des EuGH C-643/15 vom 6. September 2017, ECLI:EU:C:2017:631.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 17 der Dublin-III-Verordnung (Anm. 39); Julian Brunner, Dublin und Relokationsbeschlüsse, Die Rechtslage in der EU und in der Schweiz, Jusletter 9. Juli 2018.

<sup>71</sup> Insbes. Art. 78 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV, in Kraft getreten am 1.12.2009, ABl. C 115 vom 9.5.2008, 47, konsolidierte Fassung in ABl. C 326 vom 26.10.2012, 47, 77; vgl. etwa Wolfgang Taucher/Bettina Baumgartner, Hot-Spots und Relokation: Dokumentation eines neuen Ansatzes europäischer Asylpolitik, in: Franz Merli/Magdalena Pöschl (Hrsg.), Das Asylrecht als Experimentierfeld, 2017, 85 ff., insbes. 89 f.

Wenig hilfreich ist sodann die Kategorisierung der aufgenommenen vertriebenen Personen mit unterschiedlichen Statusrechten, wie sie in der Schweiz für anerkannte Flüchtlinge mit Asyl, vorläufig aufgenommene Personen mit oder ohne Flüchtlingseigenschaft und inzwischen sogar für des Landes verwiesene Flüchtlinge oder andere nicht rückschiebbare Personen bestehen.<sup>72</sup> Ob sich hier mit der initiierten möglichen Revision der vorläufigen Aufnahme eine Verbesserung ergibt und nicht sogar eine noch grössere Aufsplitterung eintritt, erscheint offen.<sup>73</sup> Es finden sich kaum überzeugende sachliche Gründe, weshalb bei Schutzgewährung verschiedene Rechtsstellungen Anwendung finden sollten. Im Wesentlichen wird dies mit dem Argument der Dissuasion und ergänzend allenfalls mit der Wahrscheinlichkeit des dauerhaften Verbleibens begründet. Es gibt aber keine Belege dafür, dass sich die allfälligen Statusrechte signifikant bereits im Voraus auf die Flüchtlingsbewegungen bzw. die Zieldestinationen der Flüchtenden auswirken, die sich in der Regel eher nach familiären oder ethnischen Kriterien richten. Zumal der damit zwischen den verschiedenen Staaten verfolgte Konkurrenzkampf („race to the bottom“) wenig solidarisch und schon gar nicht humanitär erscheint. In vielen Fällen lässt sich die spätere Dauer der Anwesenheit zudem kaum realistisch einschätzen. Kaum offen geäußert wird im Übrigen, dass es zusätzlich um die Pönalisierung von Fehlverhalten über das Migrationsrecht geht. Die Rechtslage erweist sich insofern als weitgehend rechtungleich und verfassungsrechtlich fragwürdig.

Die Rechts- und Chancengleichheit wird überdies gefährdet durch die in der Schweiz geltenden föderalistischen Vollzugsmechanismen. So finden sich unter den Kantonen unterschiedliche Unterbringungsstandards, verschiedene Sozialhilfeansätze und nicht zuletzt differierende Praktiken bei der Regularisierung durch Erteilung einer Härtefallbewilligung. Die Gewährung einer solchen hängt vom ermessensweise einzuräumenden Einverständnis der Kantone ab, und es gibt Kantone, die praktisch nie dazu bereit sind. Davon abhängig ist letztendlich nicht nur die ausländerrechtliche Regularisierung, sondern künftig sogar die ordentliche Einbürgerung, wird diese nach neuem Recht doch den Besitz einer Niederlassungsbewilligung voraussetzen,<sup>74</sup> die wiederum regelmässig nur im Anschluss an eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden kann.<sup>75</sup> Auch die Integrationschancen sind in verschiedenen Kantonen nicht die gleichen, was sich nur schon am Kriterium der Sprache zeigen lässt, das oft nicht ausschlaggebend für die Zuweisung an einen Kanton ist.<sup>76</sup> Dem Entscheid des Bundes über die Zuteilung einer asylsuchenden Person nach Art. 27 AsylG kann damit langfristig eine erhebliche bzw.

---

<sup>72</sup> Vgl. Matthey (Anm. 25), 313 ff.

<sup>73</sup> Vgl. Sille, (Anm. 1), 3 ff.; Heidi Gmür, Vorläufige Aufnahme soll abgeschafft werden, NZZ vom 12.6.2017, <https://www.nzz.ch/schweiz/fluechtlingspolitik-vorlaeufige-aufnahme-soll-abgeschafft-werden-ld.1300467> (besucht am 18.6.2017); Seraina Nufer, Bericht des Bundesrates zur Vorläufigen Aufnahme, Asyl 4/2016, 16 ff.

<sup>74</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2014 über das Schweizer Bürgerrecht, Bürgerrechtsgesetz, BÜG, SR 141.0; zum Folgenden Peter Uebersax/Alberto Achermann, Bund und Kantone im Ausländerrecht, in: Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, 2018, 35 ff.

<sup>75</sup> Vgl. Art. 34 AuG.

<sup>76</sup> Camilla Alabor, Eine absurde Lotterie, Berner Zeitung vom 9. April 2017, <http://www.bernerzeitung.ch/dienste/rss/story/25057856eine-absurde-lotterie/story/15481768?track> (besucht am 24.6.2017).

überhöhte Bedeutung zukommen, die über die mit dem föderalistischen System der Schweiz unweigerlich verbundenen und akzeptierbaren Ungleichheiten hinausgeht.

Schliesslich beschränken innere Widersprüchlichkeiten und Unzulänglichkeiten des Rechts seine Wirkung und erschweren seine Anwendung. So fanden in Europa in letzter Zeit verschiedentlich schengenfremde Grenzschutzmassnahmen Anwendung.<sup>77</sup> Für die Schweiz lassen sich die folgenden Beispiele anführen: Art. 3 Abs. 3 und 4 AsylG schliessen Deserteure und Refraktäre sowie Personen, die einen subjektiven Nachfluchtgrund gesetzt haben, von der Flüchtlingseigenschaft aus, allerdings nur unter Vorbehalt der Flüchtlingskonvention, was dem zwingenden Völkerrecht entspricht, die Ausnahmen aber gleich selbst weitgehend obsolet werden lässt und auch schon als symbolische Gesetzgebung bezeichnet wurde;<sup>78</sup> im Übrigen erscheint auch das Verhältnis zu Art. 54 AsylG unklar, da diese Bestimmung bei einem Ausschluss der Flüchtlingseigenschaft überflüssig wäre. Sodann verlangt Art. 14 Abs. 2 AsylG für die Erteilung der asylrechtlichen Härtefallbewilligung eine fortgeschrittene Integration, was damit im Widerspruch steht, dass gemäss der bisherigen bundesgesetzlichen Regelung<sup>79</sup> die Integration von (noch) nicht anerkannten Flüchtlingen gar nicht angestrebt wird bzw. erwünscht ist und vom Bund auch nicht gefördert wird.<sup>80</sup> Bewerber müssen aber nach dem Gesetzeswortlaut nicht nur integriert, sondern sogar fortgeschritten integriert sein! Der neuste gesetzgeberische Streich liegt darin, dass des Landes verwiesene Flüchtlinge weder Asyl oder vorübergehenden Schutz<sup>81</sup> noch einen ausländerrechtlichen Status<sup>82</sup> erhalten bzw. einen solchen bereits erworbenen Schutzstatus verlieren und auch nicht vorläufig aufgenommen werden.<sup>83</sup> Einmal abgesehen von den Rechten der Flüchtlingskonvention sowie den Grund- und Menschenrechten werden sie nach nationalem Gesetzesrecht schlicht statuslos, stehen aber weiterhin unter Rückschiebungsschutz und werden im Regelfall auf Dauer in der Schweiz bleiben. Dass dies wenig sinnvoll ist, liegt auf der Hand.<sup>84</sup>

Zusammenfassend lässt sich schliessen, dass die Verrechtlichung nicht in allen Konstellationen humanitären Zielen dient, sondern auch diese hindernde Wirkung entfalten kann.

---

<sup>77</sup> Näheres bei Daniel Wüger, Personenkontrollen, Strassenschliessungen, Zäune und andere Grenzschutzmassnahmen im Schengen-Raum ohne Binnengrenzen, SZIER 27 (2017), Nr. 2, 193 ff.

<sup>78</sup> Stefanie Seiler, Symbolik im Asylgesetz? Deserteure und politische Aktivität, Asyl 1/2013, 3 ff.; vgl. auch BVGE 2015/3.

<sup>79</sup> Nach der neuen Integrationsnovelle vom 16. Dezember 2016, BBl 2016 8899, die abschliessend am 1. Januar 2019 in Kraft treten wird (BBl 2018 3171), wird die Rechtslage bei vorläufiger Aufnahme, nicht aber für Asylsuchende, etwas verbessert.

<sup>80</sup> Zur Integration im Flüchtlingsbereich Laura Campisi, Die rechtliche Erfassung der Integration im schweizerischen Migrationsrecht, 2014, 210 ff.

<sup>81</sup> Art. 53 lit. c und 64 Abs. 1 lit. e sowie Art. 73 lit. c und Art. 79 lit. d AsylG.

<sup>82</sup> Vgl. Art. 61 Abs. 1 lit. e und f AuG.

<sup>83</sup> Art. 83 Abs. 9 AuG.

<sup>84</sup> Alexandra Büchler, Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers, Die unbedachten Folgen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung, Jusletter 20. März 2017; minimale Korrekturen sollen nun durch eine erneute AuG-Revision erfolgen, dazu BBl 2018 1685 sowie Peter Uebersax, Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der Botschaft des Bundesrates vom März 2018, Jusletter 9. Juli 2018, insbes. Rz. 4 ff.

### 3.4 Rechtliche Realität bei Minderjährigen im Flüchtlingsbereich

In der Praxis wird bei Minderjährigen zunehmend das Kindeswohl zum massgeblichen Kriterium. Zu verdanken ist dies der Kinderrechtskonvention<sup>85</sup> sowie der Rechtsprechung, die diesem Gesichtspunkt immer mehr Gewicht beimisst. Dies ist vorbehaltlos zu begrüssen. Denn den Kindesinteressen ist angesichts der besonderen Verletzlichkeit von Minderjährigen besonders Rechnung zu tragen. Dennoch bestehen weiterhin einige Problemzonen.<sup>86</sup>

Familienzusammenführungen gibt es im schweizerischen Flüchtlingsrecht nur ausnahmsweise, vor allem nach Erteilung des Asyls in Form des Familienasyls.<sup>87</sup> Ausgeschlossen ist der Familiennachzug für Asylsuchende, und bei vorläufiger Aufnahme ist er erschwert.<sup>88</sup> Besondere Herausforderungen an Rechtsetzung und Praxis stellen unbegleitete minderjährige Asylsuchende, sog. UMAs, für die es teilweise spezielle Regelungen gibt, die bisher allerdings zu stark auf das Verfahren fokussiert sind.<sup>89</sup> Prozessuale Sonderbestimmungen sind zwar erforderlich; es braucht aber auch angepasste Lösungen bei der Unterkunft, bei der Betreuung und Unterstützung ausserhalb des Schutzverfahrens, bei der Integration sowie beim Wegweisungsvollzug.<sup>90</sup> Besteht Statuslosigkeit, kommt den Grund- und Menschenrechten für Kinder besondere Bedeutung zu wie beispielsweise dem Recht auf Grundschulunterricht nach Art. 19 BV. Kaum akzeptabel und im Übrigen mit dem UNO-Migrationspakt, dessen Unterzeichnung durch die Schweiz im Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrags noch offen stand, nicht vereinbar ist, dass das schweizerische Recht sogar ausländerrechtliche Administrativhaft ab dem Alter von 15 Jahren zulässt.<sup>91</sup> Eine Inhaftierung dürfte regelmässig das Trauma der oft schon von der Flucht belasteten Jugendlichen zusätzlich steigern. Immerhin schreibt das Gesetz vor, dass der Vollzug für Schutzbedürftige, Familien und unbegleitete Minderjährige in geeigneten Anstalten und unter Beachtung ihrer besonderen Bedürfnisse zu erfolgen hat.<sup>92</sup> In der Realität wird dem jedoch nur bedingt Rechnung getragen. Besonders stossend erscheint die Praxis einzelner Behörden, Familien zu trennen, indem die Eltern in Haft genommen und die Kinder fremdplatziert werden. Das Bundesgericht hat dafür inzwischen zu Recht hohe Hürden aufgestellt.<sup>93</sup> Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte musste bereits intervenieren, um die Respektierung der besonderen Verletzlichkeit von Minderjährigen, etwa bei Dublin-Überstellungen, sicherzustellen.<sup>94</sup> Schwierigkeiten können sich schliesslich beim Übergang von der Minder- zur Volljährigkeit ergeben. Ein abrupter Wechsel des

<sup>85</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

<sup>86</sup> Vgl. auch MNA-Charta zu den Anliegen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (MNA) in der Schweiz, erarbeitet von MNA des SAJV-Projekts Speak out!, 2014, [http://www.netzwerk-kinderrechte.ch/fileadmin/nks/aktuelles/MNA-Charta-A4\\_D.pdf](http://www.netzwerk-kinderrechte.ch/fileadmin/nks/aktuelles/MNA-Charta-A4_D.pdf) (besucht am 24.6.2017).

<sup>87</sup> Art. 51 AsylG.

<sup>88</sup> Art. 85 Abs. 7 AuG.

<sup>89</sup> Art. 17 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> AsylG.

<sup>90</sup> Vgl. etwa Sarah Maria Herrendorff, Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, Jusletter 9. Juli 2018; Joana Maria Mösch, Multidisziplinäres Verfahren unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, Jusletter 15. August 2016.

<sup>91</sup> Art. 80 Abs. 4 AuG; UNO-Migrationspakt vom 10./11. Dezember 2018 (Global Compact for Migration, final draft, 11 July 2018).

<sup>92</sup> Art. 81 Abs. 3 AuG.

<sup>93</sup> Urteil 2C\_1052/2016 vom 26. April 2017.

<sup>94</sup> So etwa das Urteil Nr. 29217/12 i.S. Tarakhel c. CH vom 4. November 2014.

Settings kann eine zusätzliche Traumatisierung hervorrufen und sollte in der Regel vermieden werden.

Es ist bezeichnend, dass es für die Entwicklung des Umgangs mit Minderjährigen im Flüchtlingsbereich in der Schweiz den besonderen Druck des Völkerrechts, internationaler Institutionen, von Nichtregierungsorganisationen, der Wissenschaft und mitunter auch der Medien bedurfte. Das Problem scheint nun allerdings weitgehend erkannt und auf dem Weg der Besserung zu sein.<sup>95</sup> Vollständig gelöst ist es vorerst jedoch noch nicht.

#### **4. Würdigung und Ausblick**

Das Recht muss humanitären Ansprüchen gerecht werden, gerade in Europa, wo sich die europäischen Staaten und die Schweiz den Menschenrechten verschrieben haben und im aufklärerischen Sinne Humanität auch von anderen einfordern.<sup>96</sup> Europa muss daher mit gutem Beispiel vorangehen. Die Realität entspricht dieser Anforderung nicht immer. Zwar ist es nicht unmenschlich, wenn ein ungerechtfertigter Schutz nicht gewährt wird. Aber auch in einem solchen Fall haben die Randbedingungen wie das Verfahren, das Setting und eine allfällige Rückschaffung sowie ein eventueller Freiheitsentzug humanitären Ansprüchen zumindest zu genügen. Namentlich das schweizerische Flüchtlingsrecht ist zu einem Grossteil nicht per se inhuman. Einzelne Aspekte erscheinen aber unzulänglich und verlangen nach Verbesserungen. Die Schweiz unterscheidet sich insofern nicht massgeblich von ihren Nachbarstaaten. Auch die Vereinten Nationen<sup>97</sup> sowie die EU und ihre Mitglieder befinden sich auf der Suche nach einem besser funktionierenden humanitären System. Allererste Voraussetzung dafür ist aber ein positiverer Zugang zu den Schutzsuchenden bzw. eine bessere Akzeptanz ihrer schwierigen persönlichen Lage. Ohne entsprechendes Verständnis gibt es keine humanitären Verbesserungen. Die Diskrepanz zum verbreitet negativen Sprachgebrauch ist offensichtlich. Hier gilt es vor allem anzusetzen. Das ist nicht primär eine rechtliche, sondern eine politische und zivilgesellschaftliche Aufgabe. Das Recht wird entsprechenden Überzeugungen folgen. Umgekehrt kann das Recht jedoch auch einen gewissen Einfluss auf die Akzeptanz ausüben, also eine Art Vorreiterrolle übernehmen. Wieweit dies erfolgreich möglich ist, muss ausgelotet werden. Jedenfalls gibt es keinen Grund, von vornherein nur auf allfällige negative Reaktionen aus der Politik und der Bevölkerung abzustellen.

Der Flüchtlingsbereich lässt sich nur schwer steuern.<sup>98</sup> Immer geht es aber um Menschen und deren Schicksale. Um weiterhin Humanität im Flüchtlingsrecht zu

---

<sup>95</sup> Dazu insbes. die Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016, [http://www.sodk.ch/fileadmin/user\\_upload/Aktuell/Empfehlungen/2016.05.20\\_MNA-Empfehlungen\\_farbig\\_d.pdf](http://www.sodk.ch/fileadmin/user_upload/Aktuell/Empfehlungen/2016.05.20_MNA-Empfehlungen_farbig_d.pdf) (besucht am 14.6.2017).

<sup>96</sup> „Die Art und Weise, wie ein Staat seine Ausländer behandelt, ist ein Gradmesser seiner rechtsstaatlichen Kultur.“ Daniel Thürer, § 1 Einleitung: Gerechtigkeit im Ausländerrecht?. In: Uebersax et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., 2009, Rz. 1.2.

<sup>97</sup> Vgl. die Resolution der Generalversammlung vom 19. September 2016 71/1, New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten, sowie den UNO-Migrationspakt (Anm. 91).

<sup>98</sup> Dazu Steffen Angenendt/Anne Koch, „Global Migration Governance“ im Zeitalter gemischter Wanderungen, Stiftung Wissenschaft und Politik, SWP-Studie, April 2017, <https://www.swp-berlin.org/publikation/global-migration-governance-im->

sichern, braucht es für die Zukunft zunehmend gemeinsame internationale Anstrengungen, und zwar, soweit dies nicht auf globaler Ebene gelingen mag, dann wenigstens in Europa. Dass diese Bemühungen sich zunächst auf die Ursachen konzentrieren müssen, ist offensichtlich.<sup>99</sup> Es wäre aber naiv, anzunehmen, damit liessen sich Fluchtbewegungen generell verhindern. Solche wird es weiterhin geben. Eine Abschlüssung ohne „humanitäre Ventile“ wie humanitäre Korridore oder Visa, auf deren Nutzung auch situationsadäquate faire Chancen bestehen, ist zum Scheitern verurteilt. Umgekehrt kann es sich aufdrängen, das Verantwortungsbewusstsein der Flüchtenden zu stärken und ihre Abhängigkeit von staatlichen oder privaten Drittleistungen zu mindern. Gerade das bedingt aber die Zuweisung von Rechten und Chancengleichheit, also die Abkehr von einem teilweise auf Jahre bestehenden rechtlich eingeschränkten Status bzw. Nicht-Status. Zu prüfen sind dazu überdies neue Ansätze zur Abfederung der nach heutigem Recht aussichtslosen Migration aus ökonomischen Gründen, die sich oft mit humanitärer Migration vermischt. Erhöhte Zulassungschancen aus dem zurzeit für die Arbeitsmigration benachteiligten Raum ausserhalb von Europa könnten dazu beitragen, den irregulären Migrationsdruck abzufedern. Dazu gibt es verschiedene Modelle und Vorschläge.<sup>100</sup> Gefragt sind in diesem Zusammenhang insbesondere mehr internationale Solidarität und deutlich weniger nationale Egoismen. Auch rein eurozentristische Ansätze, welche die Interessen anderer betroffener Staaten vernachlässigen, wie die Idee von Aufnahme- und Verfahrenszentren in nichteuropäischen Ländern ohne vollen und gerechten, nicht bloss finanziellen, Ausgleich, erscheinen wenig erfolgversprechend. Gerade zulässige Rückführungen, die nicht zu beanstanden sind, solange sie rechtskonform ergehen und verlaufen, sind von der Zusammenarbeit mit den Heimat- bzw. Herkunftsstaaten abhängig.

Zwar sind die Einflussmöglichkeiten der Schweiz beim Flüchtlingsschutz global gesehen faktisch begrenzt, bei der Zusammenarbeit aber potentiell durchaus vorhanden, wie die Beispiele des humanitären Völkerrechts und des von der Schweiz massgeblich mitgestalteten UNO-Migrationspakts von 2018 zeigen. Bedeutsam ist dabei, dass die Anerkennung des Schutzes von Vertriebenen als Schutz der Menschenwürde, mithin als genuin humanitäre Aufgabe, anerkannt und nicht als Last empfunden wird. Die Gewährung von Schutz muss sich am Schutzbedürfnis der betroffenen Menschen und nicht an einem teilweise überholten Flüchtlingsbegriff ausrichten. Alle Personen, denen Schutz zuerkannt wird, sollten im Sinne eines einheitlichen Status die gleiche Rechtsstellung erhalten und über dieselbe Chancengleichheit verfügen. Erforderlich ist sodann bei den Rechtsgrundlagen sowie bei den Ressourcen unter Einschluss der Infrastruktur eine gesicherte Flexibilität für

---

[zeitalter-gemischter-wanderungen/](#) (besucht am 8.9.2017); Breitenmoser (Anm. 41), 9 ff; Constanze Janda, Migration und ihre Folgen: wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern?, in: Juristenzeitung 73(2018), 816 ff.; Winfried Kluth, Migration und ihre Folgen: wie kann das Recht Zuwanderung und Integration in Gesellschaft, Arbeitsmarkt und Sozialordnung steuern?, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2018, D5 ff.; Kerstin Odendahl, Migrationssteuerung im Mehrebenensystem, in: VVDStRL 76, 2017, 49 ff.

<sup>99</sup> Dazu etwa Asfa-Wossen Asserate, Die neue Völkerwanderung, Wer Europa bewahren will, muss Afrika retten, 2016.

<sup>100</sup> Vgl. die in Anm. 54 vermerkte Literatur; bluewin.ch vom 7.10.2017, „Ex-Diplomat fordert Greencard für Afrikaner“, <https://www.bluewin.ch/de/news/inland/2017/10/7/ex-botschafter-fordert-immigrationsvisa-fuer-afrika.html> (besucht am 7.10.2017); vgl. sodann nunmehr den UNO-Migrationspakt (Anm. 91).

Spontanaufnahmen in besonderen, nicht immer voraussehbaren Situationen. Auch wenn eine Aufnahme bloss vorübergehender Natur ist, hat sie menschenwürdig zu sein. Wo Zwang unerlässlich ist, darf dieser im Sinne der absoluten Erforderlichkeit nur zurückhaltend und massvoll eingesetzt werden. Das Kindeswohl ist uneingeschränkt zu beachten, wenn es um minderjährige Personen geht. Mit Blick auf die notwendige Legitimation des Flüchtlingsrechts muss dieses schliesslich vollumfänglich demokratisch und rechtsstaatlich abgesichert sein. Das bedingt eine erhebliche politische Überzeugungsarbeit.

Kurz: Nicht das Gestern ist entscheidend, sondern das Heute. Gefragt ist nicht vorrangig humanitäre Tradition, sondern humanitäre Aktualität!

# *De quelques enjeux de la représentation et de l'accompagnement juridique du mineur en situation de migration \**

Minh Son NGUYEN

Professeur, Université de Neuchâtel, et avocat

## **Introduction**

La représentation et l'accompagnement juridique du mineur en situation de migration – plus particulièrement du mineur non accompagné (MNA) – ne sont actuellement pas satisfaisants<sup>1</sup>. L'articulation entre la personne de confiance, le curateur/tuteur et le représentant juridique n'est guère évidente<sup>2</sup>. Il existe des disparités entre les cantons<sup>3</sup> et certains s'étonnent que le représentant légal soit autorisé à ne pas assister à une audition<sup>4</sup>.

Dans les lignes qui suivent, par quelques considérations relatives aux enjeux de notre thématique, on tentera de donner quelques pistes de réflexion pour justifier les mesures qui nous paraissent être les plus à même à donner corps et consistance au droit d'être entendu de l'enfant au sens de l'art. 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE).

## **L'enjeu**

L'enjeu est, par définition, ce qu'une personne a à gagner ou à perdre, dans une activité, une entreprise donnée. L'enjeu est toujours un enjeu pour quelqu'un.

Dans notre contexte, l'identification des enjeux nous amène à nous poser la question suivante : pour un acteur donné, qu'a-t-il à gagner ou à perdre avec la représentation et l'accompagnement juridique du mineur en situation de migration ?

## **L'enjeu pour le mineur**

Le mineur en situation de migration a beaucoup à gagner avec la représentation et l'accompagnement juridique.

En effet, présumé fragile et vulnérable compte tenu de sa minorité et de son statut de personne prise dans l'engrenage de la migration, l'enfant dont il est question

---

\* On remercie notre doctorant, M. Matthieu Corbaz, auteur d'une thèse à paraître sur les mineurs non accompagnés en droit d'asile, de nous avoir mis à disposition ses travaux et ses éclairages pour la rédaction de cette contribution. C'est à lui que doit revenir la paternité des conclusions formulées à la fin de notre texte.

<sup>1</sup> Voir notamment la Charte des mineurs non accompagnés, 2014.

<sup>2</sup> L'OTest prévoit, à son art. 5 al. 1, que dans un centre de la Confédération, le représentant juridique endosse également le rôle de la personne de confiance.

<sup>3</sup> Recommandations relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile de la CDAS, du 20 mai 2016, p. 7.

<sup>4</sup> Cette pratique se fonde sur une vieille jurisprudence de l'ancienne CRA, JICRA 1999 n° 18 (le droit de l'enfant d'être entendu n'est pas violé si, après avoir été dûment convoqué, le représentant légal ne se rend pas à l'audition).

ici a besoin de l'intervention d'une autre personne, présumée solide, compétente et capable de l'orienter non seulement dans ses choix de vie mais également dans les méandres du droit des personnes étrangères et de son application.

Mais ce que le mineur a à perdre, c'est que le représentant ou l'accompagnateur juridique ne soit pas à la hauteur de la tâche qui lui est confiée. Par exemple, parce qu'il ne dispose pas des compétences requises, qu'il soit débordé ou qu'il n'arrive plus à suivre les développements d'un droit de plus en plus complexe et changeant.

## **L'enjeu pour l'Etat**

Si on déplace l'angle de vue, on se rend compte que, du côté de l'Etat, l'identification des enjeux est un exercice délicat.

En effet, l'Etat est un mot qui renvoie à une réalité complexe.

L'action de l'Etat se déploie sur plusieurs plans : l'international, l'europpéen, le fédéral, l'intercantonal, le cantonal, l'intercommunal ou encore le communal.

Les acteurs étatiques sont de plusieurs ordres : l'Etat agissant au plan international, le Constituant, le Législateur, l'Exécutif et son administration ou encore le Judiciaire.

Il serait fastidieux d'examiner toutes les situations. Pour les besoins de cette brève contribution, on se contentera de quelques exemples.

En tant qu'acteur au plan international, la Suisse a agi dans le cadre de notre thématique. Elle a donné, souverainement, sa parole pour que l'art. 12 CDE devienne réalité dans notre ordre juridique. Voici le libellé de cette norme :

- 1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.*
- 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.*

L'existence de ces deux paragraphes signifie que la Suisse a, au plan international, donné sa parole. Cette parole-là est d'une qualité particulière, en ce sens qu'elle est exprimée dans le cadre d'une convention et adressée à d'autres Etats contractants. Elle est différente d'une norme constitutionnelle, législative ou

réglementaire, car dans ces trois cas l'Etat se donne à lui-même une parole au travers du Constituant, du Législateur ou du Pouvoir réglementaire. Respecter la parole donnée au plan international (pacta sunt servanda, art. 26 CV) constitue un enjeu fondamental pour la Suisse. Ce qu'elle a à y gagner ou à y perdre, c'est sa crédibilité, la confiance que les autres Etats ont en elle et par là même son pouvoir d'action au-delà du territoire helvétique. Autrement dit, et pour revenir à l'art. 12 CDE, donner corps et consistance à cette norme conventionnelle, c'est aussi faire honneur à la souveraineté de la Suisse et, en même temps, contribuer à sa crédibilité au plan international.

L'existence des deux susdits paragraphes signifie aussi que le droit d'être entendu de l'enfant ne sert pas seulement son intérêt mais également l'intérêt public. La raison en est simple : pour agir, c'est-à-dire appliquer les normes de droit public qui sont impératives, n'importe quelle entité publique a besoin d'informations. Par exemple, pour déterminer si une personne a ou non la qualité de réfugié (art. 1 CR, art. 3 LAsi – normes impératives), le Secrétariat d'Etat aux migrations et, sur recours, le Tribunal administratif fédéral, doivent disposer de données fiables et en quantité suffisante. Lorsqu'il s'agit d'un requérant d'asile mineur, il est indéniable que la qualité et la quantité des éléments qu'il livre aux autorités sont meilleures s'il bénéficie d'une représentation et d'un accompagnement juridique adéquats. En d'autres termes, ce que l'Autorité administrative et le Juge administratif ont à gagner ou à perdre (l'enjeu pour chacun d'eux) c'est non seulement le droit d'être entendu du mineur (respect de l'art. 12 CDE) mais également la correcte application du droit public impératif grâce aux informations recueillies.

### **Quelques conséquences pour le requérant d'asile mineur non accompagné en guise de conclusion**

Nous avons pu identifier quelques enjeux et devons maintenant en tirer les conséquences.

Au plan interne, il existe plusieurs normes qui mettent en œuvre le droit d'être entendu au sens de l'art. 12 CDE, à savoir :

- art. 17 al. 3 LAsi,
- art. 7 al. 2 à 4 OA1,
- art. 5 OTest,
- art. 17 al. 3 nLAsi, ainsi que, de façon plus générale les art. 102f à 102k nLAsi dont l'entrée en vigueur est prévue courant 2019.

Plus concrètement, pour le requérant d'asile mineur non accompagné, il est question de personne de confiance, de curateur/tuteur et du représentant juridique. Privé de parent-s, il est désormais face à trois figures qui n'apparaissent pas nécessairement en même temps ni ne subsistent parallèlement jusqu'à la fin. La personne de confiance précède le curateur/tuteur, mais il peut arriver que cette mesure, destinée à être limitée dans le temps, perdure. Une personne peut endosser

à la fois le rôle de représentant juridique et de personne de confiance de même que le juriste du droit d'asile (représentant juridique) est aussi compétent pour assurer la communication avec les autorités, les établissements de santé ou encore, dans des cas particuliers, dispose de surcroît des qualités de psychologue (personne de confiance).

Comme mentionné en introduction, la situation actuelle n'est guère satisfaisante.

A notre sens, au-delà des difficultés liées au fédéralisme d'exécution, à l'organisation administrative ou encore au coût généré par la représentation et l'accompagnement juridique des MNA, on devrait, compte tenu des quelques enjeux identifiés plus haut, à savoir :

- l'intérêt supérieur de l'enfant,
- le respect de la parole donnée au plan international (crédibilité de la Suisse et confiance des autres Etats en elle),
- le respect de la souveraineté qui s'est exprimée au travers de l'adhésion à la CDE,
- l'intérêt public d'une correcte application du droit objectif impératif au moyen d'informations fiables et en quantité suffisante.

Donner véritablement corps et consistance à l'art. 12 CDE en :

1. supprimant la figure de la personne de confiance ;
2. ordonnant la mesure de curatelle/tutelle dès le dépôt de la demande d'asile et en la généralisant dans tous les cantons ;
3. nommant un représentant légal dès le dépôt de la demande d'asile et en l'obligeant à assister à toutes les auditions.

## *Health care challenges for children and their families on the move*

Bernadette KUMAR

Norwegian Centre for Minority Health Research, Oslo, Norway

**Migration** is the geographic movement of people, which is either permanent or semi-permanent (1).

**Forced** migration encompasses refugees and human trafficking while **voluntary** migration refers to migrant workers, students or family reunion (1). In Norway (2015) 13.8 % of the population was immigrants. Thirty-nine percent came as family members – 33 % were workers – 22 % were refugees, while 6 % came for educational purposes (2). The health care challenges are obviously very different in the different categories of immigrants.

The main focus for us in this presentation is the forcibly displaced people worldwide. According to statistics from UNHCR there are 65.6 million such unfortunate people on this planet. Sixteen million are under the UNHCR mandate. More than half of these refugees come from three countries: Somalia (1.1 m), Afghanistan (2.7 m) – and Syria (4.9 m). Amongst the refugees more than half are under the age of 18 (3).

Although our main focus is on children – some definite challenges for all refugees should be emphasized

Three phases should be recognized:

- Their situation in their country of origin
- Their situation during their journey
- Their present situation in the country of destination

Their living environment are under a constant change during these dramatic times. Their physical environment may change from rural to urban and/or from developing to industrialized countries. Life-style changes are frequent: diet, physical activity, smoking, alcohol. In the psychosocial sector we may find loss of family members, friends, social network. The change in status and profession may be dramatic and as a rule to a much lower level than they were used to. Finally, they will travel through countries where societal norms/rules are very different from their own (3).

Of course, all refugees are very vulnerable and exposed to dramatic challenges. It is therefore very appropriate that we have seen numerous recommendations that

seek to protect and help refugees in different stages of their vulnerable journey. A few should be mentioned.

In the Council of Europe's Recommendation CM/Rec (2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care, we may read the following recommendations (4):

- In accordance with national legislation regarding the collection and use of personal data, collect information on the demographic, social, educational and economic characteristics of migrants and their legal situation in the host country
- Systematically monitor migrant's state of health and investigate the causes of discrepancies
- Review all policies and practices affecting migrant's living and working condition in order to minimize risks to their health
- Promote knowledge among migrants about issues concerning health and the health systems, and take measures to increase the accessibility of health services
- (...) and 11 additional recommendations

Very nice words, but unfortunately at some distance from the brutal realities.

For children, the most important Human Rights document is the UN Convention of the Rights of the Child from 1989 (5). This document will be more commented below.

Within the framework of the United Nations, two important initiatives should be mentioned.

The work on the Millennium Development Goals had their finish line in December 2015. Eight very ambitious goals were unanimously agreed to by the UN General Assembly in September 2000. Although not all goals were reached, some spectacular progress were achieved. An unprecedented amount of political will and resources was mobilized globally. The number of people living in severe poverty were halved, the number of children who died of easily treatable conditions was reduced from 12 million to less than 7 million, the number of children going to schools were doubled and gender issues were focused on more than ever before. One reason for the success was that the goals were easily understood and inspiring. However the MDG's had obvious limitations. Deficiencies were that they only focused on poor countries, questions of equity were not addressed, and human rights hardly mentioned (6).

In 2015, the same Assembly agreed on the Goals to follow the MDGs. The Sustainable Development Goals (SDGs) were this time expanded to be global in scope and hence to include every country on this planet. And the planet itself became much more visible in this new set of goals, including issues such as climate change,

international economics and global trade, pollution and green politics. All under the heading of sustainable. The goals of the MDGs are forwarded in the SDGs but others have been added (7). In our context, Goal 10 is worth mentioning: The heading of this goal is “Reduce inequality within and among countries”. Paragraph 10.2 reads: “By 2030, empower and promote the social, economic and political inclusion of all, irrespective of age, sex, disability, race, ethnicity, origin, religion or economic or other status” (8).

### **Health Care Challenges**

According to the Recommendations and Goals mentioned above, it is clear that the international community has given great expectations and hopes to people on the run. However, there is hardly a better example of the great distance between promises given by politicians and the brutal reality for the refugees on the ground.

With regard to children the strongest obligation of all government is to be found in the UN Convention on the Rights of the Child from 1989 (5).

Article one simply states that everyone under the age of 18 has all the rights in the Convention (5).

Article two states that “The Convention applies to every child without discrimination, whatever their ethnicity, gender, religion, language abilities or any other status, whatever they think or say, whatever their family background” (5).

And perhaps the most relevant to our theme is article 24: “*Every child has the right to the best possible health. Governments must provide good quality health care, clean water, nutritious food, and a clean environment and education on health and well-being so that children can stay healthy. Richer countries must help poorer countries to achieve this.*”(5).

However, in spite of all the promises and good will, there remains definite challenges for the child and their families when it comes to health care and they need to be mentioned:

### **Some challenges are general for most refugees**

Communication difficulties is a continuous challenge. Very often a good translation service is not available and much of the communication with health personnel is non-verbal. This is an obvious and serious disadvantage familiar to all who has worked with patients even in their own language. This may lead to delay in diagnosis and treatment with sometimes serious consequences. For example, in Norway today, more than 90 percent of patients with newly diagnosed tuberculosis are immigrants. With this diagnosis being very rare among native Norwegians, it is unfortunately easy to overlook this important infection. We know of one case where

tuberculous meningitis was diagnosed so late that a serious brain damage was inevitable (9). Difficulties in communication is also one of the reasons why health services are used less by refugees than by the native population.

When it comes to health services in general, there should **be no difference between a native Norwegian child and a child of refugees**, and we dare say that this is fortunately the case in Norway. Economic or other barriers should be no acceptable barrier (10).

## **Special challenges for the refugee child**

### *Age assessment*

2015 was the year when the number of refugees to Norway exploded. More than 30.000 came to seek asylum. Amongst these about 5 000 were single adolescent, mostly boys. It is well known that these individuals represent a special challenge and need guardianship and protection. They are at an increased risk of child trafficking, abuse and violence.

But what is the definition of a child? In Norway, many of the refugee adolescents have no reliable information about their age or date of birth. Hence, the authorities are in need of techniques and investigations that can be the best approximations. The consequences for the individual are quite enormous. In Norway, if you are judged to be less than 18 years of age, you will be treated by the Norwegian Child Welfare Services (11). The Child Welfare Services statutory obligation is “to ensure that children and youth who live in conditions that may be detrimental to their health and development receive the necessary assistance and care at the right time”. If you are judged to be less than 18 years of age, you are entitled to receive help from this Service as any other Norwegian child. In contrast, if you are judged to be more than 18 years, you will be treated as an ordinary adult asylum seeker.

There is no surprise therefore that the techniques to determine the age of a child are controversial. In Norway, the measurement of bone age by X-rays of the hand and the determination of the age of your teeth have been the standard techniques. However, this has created a long dispute in Norway. Both the Norwegian Pediatric Society and the Ethical Committee in the Norwegian Medical Association have expressed great concern. The responsibility for this important procedure has thus been transferred from the private sector to the Oslo University Hospital from January 2017.

It is hard to find decent studies on the correct age of an adolescent. In one very comprehensive report (12) the authors have reviewed the existing methods carefully and conclude: “There is evidence that radiography (X-rays) of bones and teeth, which is increasingly relied upon by immigration authorities, is imprecise, unethical and potentially lawful, and should not be used for age assessment”.

### *Girl Child – early marriages, motherhood*

In many developing countries the number of “girl pregnancies” is very high. In 2013, the UN released a report that spotlights this high rate of teenage pregnancies in developing countries, 7.3 million per year. The State of World Population 2013 produced by the UN Population Fond (UNFPA) states that 2 million of these are 14 years or younger. In India 25 % of mothers are less than 16 years. Early pregnancies are of course totally destructive for the girls’ ability to participate in education and employments, and she will never live a life where she can realize all her potentials. This tradition is not necessarily left behind as she becomes a refugee, and this must be resisted (13).

### *Female Genital Mutilation*

This is prohibited by law in Norway, but represents still a definite risk for girls from special cultures. The risk is that the girl travels “on vacation” to their country of origin and has the operation performed there (14).

### **In conclusion:**

Health care challenges for children and their families on the move are an important issue. Perhaps the biggest challenge lies in communication difficulties and the lack of effective translation services in many countries. In general health services, it is important that a child through the Convention on the Rights of the Child should be entitled the same service as any other child in the country. Some specific challenges are mentioned in this communication but the overall goal is to present to refugees a fair and reliable health service with no discrimination and inferior services.

It is worth remembering Martin Luther King on a talk to the Second National Convention of the Medical Committee of Human Rights in 1966: “Of all the forms of inequality, injustice in health care is the most shocking and inhumane”

We do hope than in many countries more than 50 years later this situation has changed but where and in how many!

## References

1. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Migrant / Migration. [Internet]. [cited 7 March, 2017]. Available from: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/migrant/>
2. Statistics Norway [Internet]. [cited 2 March, 2017]. Available from: [www.ssb.no/en/innvandring-og-innvandrere/nokkeltall/immigration-and-immigrants](http://www.ssb.no/en/innvandring-og-innvandrere/nokkeltall/immigration-and-immigrants)
3. The United Nations Refugee Agency. Figures at a glance. [Internet]. 2017. [cited 7 March, 2017]. Available from: <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>
4. Council of Europe. Recommendation CM/Rec(2011)13 of the Committee of Ministers to member states on mobility, migration and access to health care. [Internet] 2011. [cited 27 March, 2017]. Available from: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805cbd6d](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cbd6d)
5. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. Convention on the Rights of the Child. 1989. [Internet]. [cited 2 April, 2017]. Available from: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
6. United Nations. The Millennium Development goals Report 2015. [Internet]. [cited 15 April, 2017]. Available from: [http://www.un.org/millenniumgoals/2015\\_MDG\\_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%201\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%201).pdf)
7. United Nations. Sustainable development goals: 17 goals to transform our world. [Internet]. [cited 25 April, 2017]. Available from: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>
8. United Nations. Sustainable development goals: Goal 10: Reduce inequality within and among countries. [Internet]. [cited 25 April, 2017]. Available from: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/inequality/>
9. Arnesen TM, Hånes H. Tuberculosis in Norway – fat sheet. Norwegian Institute of Public Health. Tuberculosis. 2016. Available from: <https://www.fhi.no/en/id/infectious-diseases/TB/tuberculosis-tb-in-norway---fact-sh/>
10. Norwegian Directorate of Health. Rights to healthcare as a refugee or an asylum seeker. [Internet] [cited 7 May, 2017]. Available from: <https://helsenorge.no/other-languages/english/rights/asylum-seekers#Children's-rights-to-healthcare>
11. Ministry of Children and Equality. Child Welfare in Norway. [Internet] [cited 27 May, 2017]. Available from: <https://www.regjeringen.no/en/topics/families-and-children/child-welfare/id1058/>
12. Aynsley-Green A, Cole TJ, Crawley H, Lessof N, Boag LR, Wallace RM. Medical, statistical, ethical and human rights considerations in the assessment of age in children and young people subject to immigration control. *British Medical bulletin*. 2012;102(1):17-42.
13. United Nations Population Fund. The State of World Population 2013: Motherhood in childhood. 2013. [Internet] [cited 15 June, 2017]. Available from: <http://www.unfpa.org/press/state-world-population-2013-motherhood-childhood>
14. The Norwegian Directorate of Immigration. Female genital mutilation. [Internet] [cited 15 June, 2017]. Available from: [https://www.udi.no/en/word-definitions/female-genital-mutilation-/](https://www.udi.no/en/word-definitions/female-genital-mutilation/)

# *Les enfants migrants en situation de handicap et leurs familles*

Geneviève PIÉRART

Professeure, Haute école de travail social, Fribourg

## **Introduction**

La survenue d'un handicap au sein d'une famille implique bien souvent une réorganisation des activités et des rôles familiaux, afin de répondre aux besoins de l'enfant. Si les situations familiales sont très variées et dépendent notamment beaucoup du type de handicap de l'enfant, la plupart des parents concernés évoquent un manque de temps au quotidien, des difficultés à obtenir des informations claires sur le handicap de l'enfant et sur les services existants ainsi qu'une augmentation des contraintes matérielles. Les parents se trouvent impliqués dans des tâches spécifiques de soins et d'accompagnement de l'enfant et doivent, dans le même temps, gérer l'organisation des services dont il bénéficie (thérapies, consultations, activités adaptées) (Neely-Barnes & Dia, 2008; Pelchat, 2012). Cette réorganisation exerce également un impact sur les autres membres de la famille, en particulier les frères et sœurs et, parfois, la famille élargie (grands-parents, oncles et tantes) (Dea & Badr, 2010). Lorsque la famille se trouve en situation migratoire, ces défis peuvent être accentués. L'accès de l'enfant aux prestations et ressources auxquelles il a droit peut s'en trouver péjoré, ce qui a un impact sur son développement (Amirpur, 2013 ; Piérart, 2013). Ce texte propose une analyse des obstacles potentiels rencontrés par ces familles et ces enfants, en lien avec les dispositifs socio-politiques du handicap et de la migration en Suisse.

## **1. Défis des familles migrantes avec enfant en situation de handicap**

La famille en situation migratoire doit élaborer de nouveaux repères socio-culturels au sein de son pays d'accueil, tout en expérimentant une redéfinition de ses réseaux sociaux d'appartenance (Vatz Laaroussi et al., 2008). Les trajectoires de migration sont très diversifiées, mais des points communs ont été observés entre les familles migrantes ayant un enfant en situation de handicap : cela concerne l'accès à l'information, aux services ainsi que le projet migratoire de la famille (Bétrisey, Tétreault, Piérart & Desmarais, 2014 ; Greenwood, Habibi, Smith et al., 2015 ; Gulfi, Piérart, Scozzari et al., 2016 ; Piérart, 2008 ; 2013).

### **1.1 L'accès à l'information**

Les familles rencontrent souvent des difficultés d'accès à l'information concernant le handicap. Il peut s'agir tant d'informations sur les caractéristiques du handicap en tant que tel que sur les services existants pour répondre aux besoins de l'enfant et sur la manière d'obtenir les aides auxquelles elles ont droit. Ces difficultés s'expliquent par différents facteurs qui sont souvent liés entre eux. La barrière de la langue en est un. Outre le fait de ne pas maîtriser la/les langue(s) du pays d'accueil,

les parents peuvent se trouver confrontés à des différences de terminologie suscitant des malentendus. Ainsi, dans différentes langues, le terme « handicap » possède une connotation très négative et les parents préfèrent parler de la « maladie » de leur enfant, ce qui n'est pas exactement la même chose (une maladie se soigne, alors qu'un handicap constitue une condition particulière et durable) (Gardou, 2010).

Un autre facteur agissant sur l'accès à l'information est le réseau social. Dans le domaine du handicap, beaucoup d'informations circulent de manière informelle, notamment au sein des associations et des groupes de parents. Or les familles migrantes peuvent vivre un isolement social important consécutif à leur migration, et on sait qu'en Suisse, les familles primo-arrivantes sont peu représentées au sein des associations et des groupes d'entraide.

Le parcours de migration influence également l'accès à l'information. En Suisse, les familles arrivées dans le cadre de l'asile sont plus facilement orientées vers les services en lien avec le handicap que celles qui sont venues dans le cadre du travail ou du regroupement familial, car elles sont directement accompagnées par des intervenants qui peuvent les mettre en lien avec les services appropriés. Pour les autres, il faut parfois attendre une consultation médicale ou le début de l'école pour qu'un accompagnement de l'enfant soit mis en place. Les familles les plus précarisées sont celles qui ne possèdent pas de titre de séjour, car les enfants n'ont parfois même pas accès aux soins ou à l'école.

## 1.2 L'accès aux services

L'accès aux services constitue le deuxième obstacle important que rencontrent les enfants migrants en situation de handicap et leurs familles. Les recherches montrent que le statut migratoire influence négativement l'accès aux prestations (Greenwood et al., 2015; Mahele-Nyota, 2010 ; Lindsay et al., 2012; Pondé & Rousseau, 2013). Le manque d'informations sur les ressources existantes est une première explication. Il peut aussi y avoir des différences culturelles dans la manière de percevoir le handicap et la manière d'accompagner les personnes en situation de handicap. Dans certains cas, la honte peut inciter la famille à se replier sur elle-même, se privant même parfois du soutien de sa communauté. Enfin, la manière dont les prestations sont obtenues joue également un rôle : dans certains pays, les prestations sociales et de santé sont octroyées automatiquement, alors qu'ailleurs, et c'est le cas en Suisse, elles doivent systématiquement être demandées et justifiées.

Par contre, en ce qui concerne l'école, les enfants présentant des besoins éducatifs particuliers bénéficient en principe automatiquement de mesures de soutien. Mais les parents migrants sont parfois démunis lors de l'évaluation des besoins en soutien de l'enfant. Ainsi, il peut être désarçonnant pour des parents d'un enfant présentant une déficience intellectuelle sévère de devoir se prononcer sur sa scolarisation alors qu'il ne sait peut-être même pas s'exprimer verbalement. L'école est une notion socio-culturellement construite et les représentations à son sujet

peuvent diverger fortement (Manço & Dujeu, 2015). L'enfant lui-même peut être désavantagé lorsque les interventions proposées ne tiennent pas compte de ses caractéristiques culturelles et/ou linguistiques ; il arrive aussi que sa situation migratoire ne soit pas prise en considération (souvent par souci de non-discrimination) alors qu'elle peut avoir un impact sur son développement, notamment s'il a vécu des traumatismes.

### 1.3 Le projet migratoire

Le projet migratoire joue un rôle important dans la manière dont la famille gère la situation de handicap de l'enfant. Lorsque le projet migratoire s'est construit autour du handicap (même si celui-ci constitue rarement l'unique motif d'une migration familiale), les parents se montrent souvent proactifs dans la recherche de services et ont tendance à comparer les prestations existant dans leur pays d'accueil et dans leur(s) pays de résidence précédent(s). Cette comparaison peut se faire en faveur de ce qui existe dans le pays d'accueil, mais pas systématiquement.

Le choix de rester dans le pays d'accueil lorsque le handicap n'était pas là initialement mais est survenu entretemps comporte aussi ses enjeux en termes de deuil à faire (quand les parents renoncent à retourner chez eux) ou de séparations lorsque de jeunes adultes en situation de handicap sont placés dans des institutions dans le pays d'accueil et que leurs parents rentrent dans leur pays. Les familles les plus fragilisées sont celles chez qui la migration et le handicap surviennent en même temps: la famille doit s'adapter à un nouveau contexte socio-culturel et simultanément faire face au choc de la découverte du handicap (p.ex. si la mère accouche peu après l'arrivée ou si un diagnostic de handicap est posé lorsque l'enfant commence l'école dans son pays d'accueil). Il faut souvent un certain temps, parfois deux ou trois ans, pour que les parents se construisent de nouveaux repères et acceptent que des interventions soient mises en place autour de l'enfant. Cette situation est généralement difficile à vivre pour les professionnels du handicap qui souhaiteraient intervenir précocement pour soutenir au mieux le développement de l'enfant.

Ces différents défis (accès à l'information et aux services, redéfinition du projet migratoire) se déclinent de manière spécifique dans le contexte suisse en raison des orientations politiques et sociales en matière de migration et de handicap.

## 2. La situation en Suisse

Afin d'exposer la question des enfants migrants en situation de handicap vivant en Suisse, différents dispositifs politico-juridiques sont analysés : la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, les politiques d'immigration et d'intégration, l'organisation de la sécurité sociale en lien avec le handicap et enfin le système éducatif.

## 2.1 La Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées

La Suisse a ratifié en 2014 la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)<sup>1</sup>, qui prône l'égalité, la participation sociale et l'inclusion des personnes en situation de handicap. Différents articles de cette convention concernent plus spécifiquement les enfants et les familles :

- article 23: il souligne l'importance d'une intervention précoce dans les familles, en termes d'information et de services (accompagnement). Il insiste également sur l'importance pour l'enfant de demeurer au sein de sa famille : il ne doit pas en être séparé contre son gré, à moins que des autorités compétentes n'en décident. Si l'enfant est retiré de sa famille immédiate, la famille élargie s'occupera de lui ou, le cas échéant, un cadre familial au sein de la communauté sera privilégié.
- article 25: il mentionne la prévention de nouveaux handicaps en permettant aux personnes de bénéficier de dépistage et d'interventions précoces pour être orientées vers les services compétents.
- article 30: il fait état du droit des enfants en situation de handicap à disposer d'activités telles que des loisirs, y compris au sein du système scolaire.

Différents éléments des politiques suisses du handicap et de la migration défavorisent les enfants migrants en situation de handicap. Ils sont issus de la politique d'immigration, des politiques d'intégration ainsi que de l'organisation de la sécurité sociale et du système éducatif.

## 2.2 La politique d'immigration

La politique d'immigration restrictive en vigueur en Suisse entraîne une précarisation de la situation de certaines familles : il s'agit de celles qui se trouvent dans la procédure d'asile (permis F), au bénéfice d'une autorisation de séjour provisoire (permis N) ou d'un titre de séjour dont le renouvellement dépend de la situation professionnelle et/ou maritale des parents (permis B) et de celles qui n'ont pas de titre de séjour. L'incertitude face à l'avenir empêche les parents de s'investir dans le projet d'accompagnement de l'enfant en situation de handicap. De plus, certains enfants subissent des interruptions soudaines de leur accompagnement, par exemple lorsque les familles ont été déboutées et/ou doivent se cacher pour pouvoir rester en Suisse (Gulfi et al., *ibid.*).

Les conditions strictes régissant le regroupement familial (Dhyaf & Progin-Theuerkauf, 2013) limitent aussi les possibilités, pour les parents, d'obtenir du soutien en faisant venir en Suisse des membres de leur famille élargie. Certains types de permis de séjour n'autorisent pas leurs détenteurs à quitter le territoire helvétique, ce qui prive également certaines familles du soutien de leurs proches. Enfin, dans le cadre

---

<sup>1</sup> <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-f.pdf>

de l'asile, les requérants sont attribués d'office à un canton ; des familles se retrouvent ainsi éloignées de personnes qu'elles souhaitent rejoindre en Suisse et qui auraient pu les aider à se repérer dans leur pays d'accueil, notamment par rapport au handicap.

Néanmoins, les familles arrivées dans le cadre de l'asile sont plus facilement orientées vers les services du domaine du handicap que celles qui sont venues dans le cadre du travail ou du regroupement familial, car elles sont directement accompagnées par des intervenants qui peuvent les mettre en lien avec les services appropriés. Pour les autres, il faut parfois attendre une consultation médicale ou le début de l'école pour qu'un accompagnement de l'enfant soit mis en place (Piérart, 2013 ; Gulfi et al., ibid.).

### 2.3 Les politiques d'intégration

Les politiques d'intégration développées par la Confédération et les cantons s'appuient beaucoup sur les dimensions structurelles de l'intégration : emploi, autonomie financière, maîtrise de la langue, participation sociale (Secrétariat d'Etat aux migrations [SEM, 2017]). Or la réorganisation familiale qu'implique une situation de handicap peut exercer un impact négatif sur ces dimensions, notamment lorsqu'un des parents doit réduire ou cesser son activité professionnelle pour s'occuper de l'enfant ou que les tâches liées au handicap ne laissent plus aux parents le temps de s'investir dans des activités sociales et/ou l'apprentissage d'une langue (Piérart, 2013).

Les enfants eux-mêmes peuvent être victimes de discrimination notamment dans le cas de demandes familiales de naturalisation : dans plusieurs cas qui ont fait jurisprudence auprès du Tribunal Fédéral, de jeunes adultes en situation de handicap qui avaient été accueillis en institutions spécialisées durant leur enfance se sont vus refuser l'octroi de la nationalité suisse pour différents motifs en lien avec leur parcours (Centre Egalité-Handicap, 2013)<sup>2</sup>:

- une évaluation négative du contexte économique : le fait que le jeune ne pourra pas subvenir à ses besoins de manière autonome est avancé comme argument en défaveur de la naturalisation ;
- mise en doute de la capacité d'intégration de la personne (effort d'intégration, accoutumance aux conditions de vie en Suisse et langue) : le fait que le jeune ne fréquente pas les structures ordinaires de sa commune de résidence constituerait un signe de non-intégration ;
- négation de la volonté d'intégration de la personne : dans le cas d'un handicap lourd, il ne serait pas possible d'évaluer si le jeune souhaite vraiment obtenir la nationalité suisse ni ce que cela représente pour lui.

---

<sup>2</sup> Cette organisation se nomme désormais « Inclusion Handicap » : <https://www.inclusion-handicap.ch/>

La marge de manœuvre dont les cantons disposent leur permet d'élaborer leurs propres critères d'évaluation de l'intégration en matière d'octroi de la nationalité suisse, notamment sur le plan de la situation financière (Wichman, Hermann, D'Amato et al., 2011). D'une part, lors de l'examen de la situation financière, les personnes recevant des prestations de l'assurance-invalidité (AI) ou ne bénéficiant pas de soutien de la part de proches peuvent ainsi être défavorisées. D'autre part, la capacité d'intégration de la personne en situation de handicap est parfois mise en doute, notamment lorsque sont prises en compte les relations sociales avec le voisinage, les collègues de travail, le milieu associatif ainsi que les connaissances de base sur le système suisse, l'intérêt pour les événements ayant lieu en Suisse etc. De plus, lors de l'examen de la compréhension de l'une des langues nationales et de l'expression dans la vie quotidienne, y compris en dialecte local, les personnes ayant une déficience intellectuelle ou auditive ne sont pas évaluées correctement. Enfin, sur le plan de la volonté d'intégration de la personne, le refus d'octroi de la nationalité s'appuie sur la supposition que les personnes présentant une déficience intellectuelle ou de graves troubles psychiques n'ont pas réellement la volonté personnelle d'acquérir la nationalité suisse et ne comprennent pas le changement de statut qu'implique la naturalisation (Centre Egalité-Handicap, 2013).

Selon le Centre Egalité-Handicap, les cas mentionnés ci-dessus relèvent d'une discrimination indirecte liée au handicap : « Il y a discrimination directe lorsqu'un traitement inégalitaire entraînant un désavantage est expressément fondé sur le handicap. Il y a discrimination indirecte lorsqu'un règlement formulé de façon neutre a des conséquences particulièrement désavantageuses pour les personnes handicapées. » (Centre Egalité-Handicap, 2013, p. 17). Cela signifie que le refus de naturalisation ne s'appuyait pas sur le fait que ces jeunes étaient en situation de handicap (ce qui aurait été contraire au principe de non-discrimination inscrit dans la Constitution suisse) mais parce que leur situation de handicap n'a pas été prise en compte dans la manière dont la procédure a été appliquée. Afin d'éviter ce type de discrimination, le Tribunal fédéral donne les recommandations suivantes :

- relativiser le critère de l'indépendance économique (les besoins de la personne resteront les mêmes si elle n'est pas naturalisée) ;
- voir si la personne entretient des contacts, selon ses capacités, avec des personnes extérieures à la famille (école, structure de jour, atelier, etc.) ; adapter l'entretien de naturalisation aux capacités de la personne ou le supprimer ;
- tenir compte des capacités individuelles de la personne sur le plan de la communication (p.ex. ses capacités de compréhension même si elle ne s'exprime pas verbalement) ;

- se baser sur la volonté de naturalisation supposée de la personne (en se demandant si une personne sans handicap, dans des circonstances de vie similaires, se serait également portée candidate).

Comme, les enfants migrants en situation de handicap se trouvent doublement pénalisés. En effet, la Suisse pratique l'une des politiques les plus restrictives en matière de naturalisation. De nombreuses personnes qui auraient été naturalisées dans d'autres pays occidentaux gardent un statut d'étrangères en Suisse (Tabin 2017). Or le système de sécurité sociale suisse est basé sur le principe de la citoyenneté, les ayant-droits étant prioritairement les citoyens suisses et/ou les personnes séjournant ou ayant séjournées durablement et légalement sur le territoire (Tabin, 2011). Les personnes de nationalité étrangère, en particulier si elles sont arrivées récemment en Suisse (moins de trois ans), ont un accès restreint aux prestations de sécurité sociale, y compris à celles de l'AI et cela même si elles doivent cotiser dès qu'elles sont salariées (Tabin, 2017).

#### 2.4 La sécurité sociale

L'organisation de la sécurité sociale en Suisse défavorise les enfants migrants en situation de handicap de différentes façons : ainsi, les enfants et jeunes de moins de 20 ans non ressortissants de l'UE/AELE doivent être nés en Suisse pour pouvoir bénéficier des prestations de l'AI telles que l'allocation pour impotence, la contribution d'assistance ou les mesures de réadaptation. Ces prestations n'étant pas exportables, les enfants de travailleurs étrangers sont pratiquement obligés de garder leur domicile en Suisse pour éviter de perdre la totalité de leurs prestations d'assurance, même si leurs parents retournent dans leur pays (Krattinger, 2011 ; Pestalozzi-Seger, 2012a ; 2012b). De nombreux parents décident de renoncer à leur projet de retour dans leur pays d'origine ou de le différer dans le temps. Cet état de fait complique la recherche de solutions au moment de la transition à l'âge adulte, l'intérêt et les souhaits du jeune n'étant pas toujours pris en compte.

Les enfants qui ne sont pas nés en Suisse et qui n'ont donc pas droit aux prestations de l'AI, ne restent cependant pas sans aide : les prestations dont ils ont besoins sont financées par le biais des subventions fédérales aux organisations de l'aide privée aux personnes handicapées (Office fédéral des assurances sociales, 2017). Cependant, les subsides étant gérés au niveau cantonal, des inégalités de traitement existent entre les cantons : suivant leur lieu de résidence, les enfants vont recevoir les soutiens de base (santé, transports), alors que d'autres auront accès à des soutiens plus diversifiés tels qu'un accès à des loisirs adaptés.

Par contre, en vertu de la Convention internationale des droits de l'enfant qu'elle a ratifiée en 1998, la Suisse reconnaît à tout enfant le droit à la scolarité, qu'il séjourne légalement ou non sur son territoire. Cependant, l'organisation de son système éducatif entraîne des inégalités.

## 2.5 Le système éducatif

Le système suisse est considéré comme un système ségréatif dans la mesure où il propose une filière d'enseignement séparée pour les enfants à besoins éducatifs particuliers, en parallèle aux mesures de soutien proposées dans le circuit ordinaire. Or on sait que dans les pays où les deux systèmes cohabitent, les enfants issus de milieux socio-économiques défavorisés sont plus à risque que les autres de se retrouver dans le système séparé (European Agency for Development in Special Needs, 2009). En Suisse, les enfants de nationalité étrangère sont surreprésentés dans les structures d'enseignement spécialisé (Office fédéral de la statistique, 2017a) : les élèves de nationalité étrangère représentent 26.6% de l'ensemble des enfants scolarisés dans l'enseignement obligatoire, et cette proportion passe à 45.9% pour ceux suivant un programme d'enseignement spécial. Concernant l'accueil extrafamilial des enfants, les familles migrantes sont proportionnellement plus nombreuses (38% de l'ensemble des familles migrantes) que les familles non migrantes (28.9% de l'ensemble des familles non migrantes) à recourir à une prise en charge institutionnelle de leur enfant (Office fédéral de la statistique, 2017b). Même s'il n'existe pas de données statistiques concernant la proportion des enfants migrants accueillis dans des établissements offrant à la fois une scolarité spécialisée et un accueil extrafamilial (homes-écoles), les données précédemment citées et les observations empiriques laissent supposer que les enfants migrants y sont également surreprésentés. Les conditions de vie liées à la migration expliquent ce constat : il est plus facile pour des parents exerçant des emplois précaires (contrats à durée déterminée, travail sur appel, horaires irréguliers et/ou atypiques), d'organiser leur vie quotidienne avec ce type d'accompagnement. De plus, obtenir l'inclusion scolaire de l'enfant dans une école ordinaire exige un certain nombre de ressources sociales : les parents doivent être en mesure d'argumenter et défendre l'inclusion de leur enfant face aux éventuelles résistances du milieu scolaire ordinaire (Piérart, Bétrisey, Tétréault et al., 2014).

Enfin, certains enfants migrants en situation de handicap ne sont pas scolarisés : il s'agit d'enfants vivant dans des familles très isolées et ignorant que leur enfant a le droit d'être scolarisé même s'il a un handicap lourd. On trouve en particulier ce type de situations parmi les familles sans autorisation de séjour (Piérart, 2013).

## 3. Constats

Le fait que les politiques soient conçues de manière sectorielle en Suisse renforce la vulnérabilité des enfants en situation de handicap. Le handicap et la migration sont pensés comme des réalités séparées dans les dispositifs et les politiques alors qu'elles cohabitent dans de nombreuses situations de vie. Le droit de l'enfant à vivre auprès de sa famille n'est pas garanti lorsque les parents doivent recourir de manière intense à l'internat en raison de leurs contraintes organisationnelles. Le handicap peut constituer un obstacle à son intégration et à celle de ses parents. De plus, un accompagnement précoce et durable de l'enfant ne peut être garanti si la famille se trouve en situation précaire en regard de son droit de séjour. L'égalité dans l'accès aux prestations n'est pas garantie, puisqu'il dépend de la

nationalité de l'enfant et de son parcours de migration. Enfin, l'inclusion scolaire n'est pas assurée de la même manière pour les enfants en situation de handicap migrants et non migrants.

Cependant, nos travaux montrent que la situation de handicap de l'enfant peut contribuer à l'intégration de la famille, par les contacts que les parents établissent avec les représentants de la société d'accueil que sont les intervenants du champ du handicap, la nécessité de se confronter au système et de le comprendre pour obtenir des prestations et la perception positive qu'ils acquièrent vis-à-vis des opportunités offertes à leur enfant dans le pays d'accueil (Piérart, Gulfi & Scozzari, 2015).

## **Conclusion**

La situation migratoire peut s'avérer être une source de discrimination indirecte dans la mesure où les droits de l'enfant en situation de handicap, tels qu'ils sont promus par la CDPH, ne peuvent être pleinement garantis. Ces constats conduisent à prendre en compte les interactions existantes entre les dispositifs du handicap et ceux de la migration : concrètement, les acteurs des différents secteurs évoqués (migration, sécurité sociale, éducation) sont invités à développer leur collaboration dans lorsqu'ils accompagnent des enfants migrants en situation de handicap et/ou leurs familles. Les politiques doivent également être développées dans une perspective intersectorielle afin de pallier les lacunes et d'offrir aux enfants migrants en situation de handicap les meilleures opportunités de développement et d'intégration.

## Références

- Amirpur, D. (2013). *Behinderung und Migration - eine intersektionale Analyse im Kontext inklusiver Frühpädagogik*. München: Weiterbildungsinitiative Frühpädagogische Fachkräfte (WiFF).
- Bétrisey, C., Tétreault, S., Piérart, G., & Desmarais, C. (2014). Les mesures de soutien privilégiées par les parents immigrants d'un enfant mineur qui présente des besoins spéciaux: une étude de la portée. *Service social*, 60, 2, 29-52.  
DOI: 10.7202/1027989ar
- Centre Egalité-Handicap (2013). Point fort « naturalisation ». *Focus Egalité Handicap*, 10, 13-24.
- Dea, M.A., & Badr, L.K. (2010). Predictors of coping in parents of children with an intellectual disability: Comparison between Lebanese mothers and fathers. *Journal of Pediatric Nursing*, 25, 46-56.
- Dhyaf, A., & Progin-Theuerkauf, S. (2013). Le regroupement familial en Suisse. *Universitas*, 3, 28-29.
- European Agency for Development in Special Needs Education (2009). *Multicultural Diversity and Special Needs Education*. Odense, Denmark: European Agency for Development in Special Needs Education.
- Gardou, C. (2010). *Le handicap au risqué des cultures*. Lyon: érès.
- Greenwood, N., Habibi, R., Smith, R. et Manthorpe, J. (2015). « Barriers to access and minority ethnic carers' satisfaction with social care services in the community: A systematic review of qualitative and quantitative literature », *Health and Social Care in the Community*, vol. 23, no. 1, p. 64-78.
- Gulfi, A., Piérart, G., Scozzari, E., Tétreault, S., Desmarais, C., & Lindsay, S. (2016). La collaboration entre les familles migrantes d'enfants en situation de handicap et les intervenants sociaux qui les accompagnent : entre défis à relever et ressources mobilisées. *Revue suisse de travail social*, 19/20, 73-91.
- Krattinger, H. (2011). *Assurances sociales et ressortissants étranger*. Pro Infirmis Fribourg, novembre 2011, document non publié.
- Lindsay, S., King, G., Klassen, A. F., Esses, V. et Stachel, M. (2012). «Working with immigrant families raising a child with a disability: Challenges and recommendations for healthcare and community service providers», *Disability and Rehabilitation*, vol. 34, no 23, p. 2007-2017.
- Mahele-Nyota, J. (2010). «Familles immigrantes et handicap de développement : une double minorisation?», *Reflets: revue d'intervention sociale et communautaire*, vol. 16, no 2, p. 214-234.
- Manço, A., & Dujeu, S. (2015). *Agir ensemble pour une école inclusive*. In A. Manço (Ed.), *Pratiques pour une école inclusive. Agir ensemble* (pp. 9-12). Paris: L'Harmattan.
- Neely-Barnes, S.L. et Dia, D.A. (2008). «Families of children with disabilities: A review of literature and recommendations for interventions», *Journal of Early and Intensive Behavior Intervention*, vol. 5, no 3, p. 93-107.
- Office fédéral des assurances sociales (2017). *Circulaire corrigé sur les subventions aux organisations de l'aide privée aux personnes handicapées (CSOAPH) Applicable aux subventions pour les exercices 2015-2018*. Online: <https://www.bsvlive.admin.ch/vollzug/documents/index/category:37/lang:fre>
- Office fédéral de la statistique (2017a). *Elèves de la scolarité obligatoire: évolution depuis 2000/01*. Online : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/education-science/personnes-formation/ecole-obligatoire.html>

- Office fédéral de la statistique (2017b). Accueil extrafamilial des enfants. Online: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/migration-integration/indicateurs-integration/indicateurs-cles/famille-demographie/accueil-enfants.html>
- Pelchat, D. (2012). Reconstruire la vie. Défi et espoir pour les pères et les mères d'un enfant ayant un problème de santé, Montréal: Guérin.
- Pestalozzi-Seger, G. (2012a). Maladie chronique ? Prestations des assurances sociales. Guide pratique 2012. Bern : Typopress Bern AG.
- Pestalozzi-Seger, G. (2012b). Libre circulation des personnes : nouveau règlement de l'UE. *Intégration Handicap – Droit et handicap*, 3, 7-8.
- Piérart, G. (2013). Familles, handicap et migration. Enjeux et intervention interculturelle. Genève: IES.
- Piérart, G., Bétrisey, C., Tétreault, S., Margot-Cattin, I., & Margot-Cattin, P. (2014). L'inclusion scolaire des enfants avec une déficience en Suisse romande: une question de politique publique? In J.-C. Kalubi, M. Tremblay & H. Gascon (Eds.), *Recherche, droits et gouvernance en faveur de la personne et de ses proches. Actes du XIe Congrès de l'AIRHM, Québec 2012*, (pp. 15-20). Québec: Les éditions de la collectivité.
- Piérart, G., Gulfi, A., & Scozzari, E. (2015). La collaboration entre les familles migrantes ayant un enfant en situation de handicap et les professionnels du travail social, de la santé et de l'éducation. Recherche financée par le Centre d'études de la diversité culturelle et de la citoyenneté dans les domaines de la santé et du social (CEDIC) de la HES-SO. Rapport final interne. Givisiez, janvier 2015.
- Pondé, M.P. et Rousseau, C. (2013). «Immigrant children with autism spectrum disorder: The relationship between the perspective of the professionals and the parents' point of view», *Journal of the Canadian Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, vol. 22, no 2, p. 131-138.
- Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) (2017). Politique suisse en matière d'intégration. Online: <https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/themen/integration/politik.html>
- Tabin (2011). Comprendre la sécurité sociale en Suisse. Dans J.-M. Bonvin, P. Gobet, S. Rossini et J.-P. Tabin (dir.), *Manuel de politique sociale*. Lausanne : Éditions EESP et Éditions Réalités sociales, p. 41-69.
- Tabin, J.-P. (2017). Quand l'Etat social profite des immigrés. *Reiso*, revue d'information sociale. Online: <https://www.reiso.org/articles/themes/migrations/1755-quand-l-etat-social-profite-des-immigres>
- Vatz-Laaroussi, M., Bolzman, C. et Lahlou, M. (dir.) (2008). *Familles migrantes au gré des ruptures. Tisser la transmission*. Lyon, Éditions l'interdisciplinaire-Psychologie.
- Wichman, N., Hermann, M., D'Amato, G., Efonayi-Mäder, D., Fibbi, R., Menet, J., & Ruedin, D. (2011). *Les marges de manœuvre au sein du fédéralisme : la politique de migration dans les cantons*. Berne: Commission fédérale pour les questions de migration CFM.



# *Herausforderungen in der Betreuung von geflüchteten Kindern und Jugendlichen im Spital: Das 3C – Model*

Julia RAPPENECKER

Dr. med.

Nicole RITZ

PD Dr. med., PhD

Abteilung für Migrationsmedizin, Infektiologie und Vakzinologie,  
Universitäts- Kinderspital beider Basel (UKBB), Schweiz

## **1. Hintergrund**

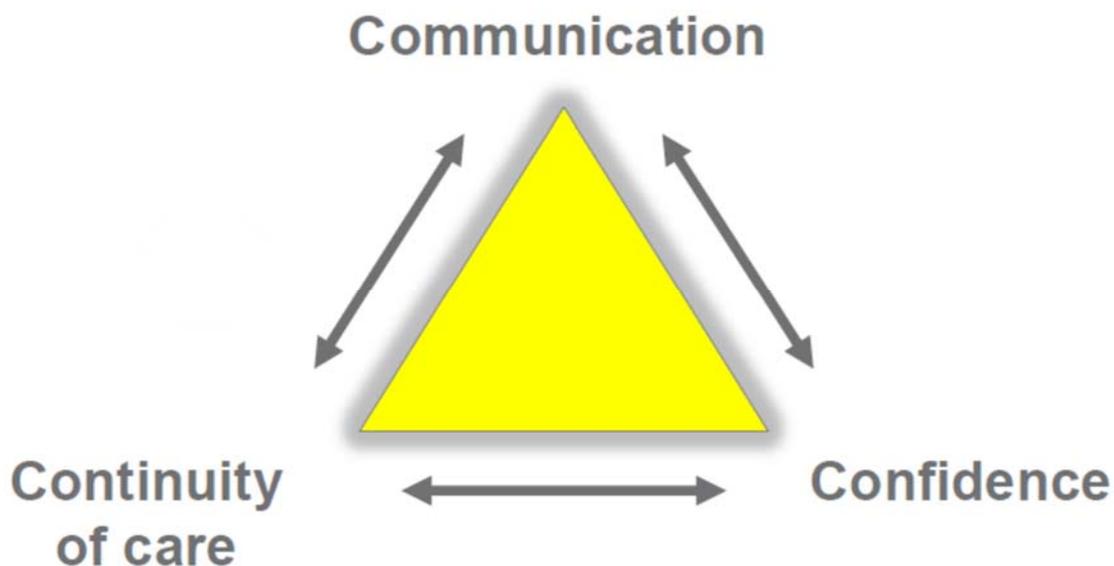
Seit über 25 Jahren existiert die Kinderrechtskonvention der United Nations (UN), die auch die Schweiz im Jahr 1997 ratifiziert hat. Es ist unbestritten, dass dem Recht auf Gleichbehandlung sowie jenem auf Wahrung des Kindeswohls eine zentrale Bedeutung zukommt (UNICEF 2016). In Zusammenhang mit den deutlich angestiegenen Zahlen von geflüchteten und asylsuchenden Kindern und Jugendlichen in den letzten Jahren ist der Kinderrechtskonvention eine erneute Bedeutung zugekommen.

In den letzten 10 Jahren hat sich die Anzahl asylsuchender Kinder in Europa nahezu verzehnfacht (UNICEF 2017). Im Jahr 2016 wurden im Universitätskinderspital beider Basel (UKBB) knapp 100'000 Kinder aus 140 Nationen ambulant betreut (UKBB 2016 ). Dies umfasst ca. 1000 Konsultationen von asylsuchenden Kindern pro Jahr, die als besonders vulnerable Patientengruppe gelten (Lancet 2016). Das stellt Spitäler in Ankunftsändern vor zunehmende Herausforderungen, wenn sie den Prinzipien der Gleichbehandlung aller Patienten nachkommen möchten. Doch wie sieht die Umsetzung in der täglichen Praxis aus? Welche spezifischen Bedürfnisse haben asylsuchende Patienten und wie können wir diese befriedigen?

Als Teil des Netzwerkes „Swiss Hospitals for Equity“, setzt sich das UKBB seit einigen Jahren dafür ein, die Betreuungsqualität für asylsuchende Kinder und Jugendliche zu verbessern. In diesem Rahmen wurde 2016 ein interdisziplinäres Team „Migrationsmedizin“ gebildet, welches klinischen sowie wissenschaftlichen Aufgaben nachkommt. Der klinische Bereich ist verantwortlich für die Unterstützung der Betreuung von asylsuchenden Kindern und Jugendlichen auf allen Abteilungen. Von wissenschaftlicher Seite werden Forschungsprojekte im Bereich der Migrationsmedizin durchgeführt. Auf der Basis der klinischen Erfahrungen sowie im Rahmen einer wissenschaftlichen Literaturrecherche entwickelte das Team das 3C-Model, das die Herausforderungen in der Migrationsmedizin im klinischen Alltag zusammenfasst.

## 2. Das 3C - Model

Die Herausforderungen in der Betreuung von geflüchteten und asylsuchenden Kindern und Jugendlichen sind zahlreich und vielfältig. Gleichzeitig sind diese ein Prüfstein für die bestehenden und etablierten Strukturen und Prozesse in einem Spital. Jedes Kind, jeder Jugendliche und jede Familie bringt eine eigene Geschichte, Erfahrungen und damit verbundene Herausforderungen mit. Trotz dieser Diversität können drei zentrale Herausforderungen gesehen werden und in einem 3C Modell zusammengefasst werden: Kommunikation (Communication), Vertrauen (Confidence) und Kontinuität der medizinischen Betreuung (Continuity of Care). Jeder dieser Bereiche ist eine Herausforderung für sich, welche aber die jeweiligen anderen Bereiche entscheidend beeinflusst (Graphik).



**Graphik:** Schematische Darstellung des 3C Modells.

### 2.1 Kommunikation (Communication)

Grundlage einer jeden Gesundheitsversorgung ist die Kommunikation zwischen Personal und Patient (Sandre and Newbold 2016). Hierfür werden in der Migrationsmedizin am UKBB professionelle interkulturelle Dolmetscher als Präsenz- und Telefondolmetscher benötigt. Im Jahr 2015 benötigte das UKBB Präsenzdolmetscher in 28 Sprachen, die in mehr als 800 Einsätzen über 1100 Stunden Einsatz am Krankenbett geleistet haben. Zusätzlich wurden in Notfallsituationen oder für kürzere Gespräche Telefondolmetscher über eine Nutzungsdauer von über 2600 Minuten beansprucht.

## **2.2 Vertrauen (Confidence)**

Vertrauen zwischen medizinischem Personal, Patienten und deren Familien ist für die Behandlung essentiell. Bei unterschiedlichem kulturellem Hintergrund ist der Aufbau einer Vertrauensbasis ungleich komplexer. Missverständnisse können schnell entstehen und die Behandlung negativ beeinflussen. Bei Patienten aus Kriegsgebieten erschweren potentielle vorangegangene Negativerfahrungen mit Gesundheitspersonal zusätzlich die Situation (Kaplan, Stow et al. 2016). Die Erfahrung zeigt, dass gerade professionelle Präsenzdolmetscher ein vorrangiges Bedürfnis der Patienten befriedigen und hierdurch den Vertrauensaufbau begünstigen. Der Vertrauensaufbau wird aber ebenfalls durch die täglichen Begegnungen der Patienten mit allen beteiligten Berufsgruppen in einem Spital möglich und interkulturelles Verständnis und Respekt sind hierfür entscheidende Voraussetzungen. Deshalb werden am UKBB seit einigen Jahren spezifische Fortbildungskurse für das Personal angeboten, die das interkulturelle Wissen und Verständnis fördern.

## **2.3 Continuity of Care**

Gerade bei komplexeren Krankengeschichten kann ein häufiger Wohnortwechsel und eine unzureichende Dokumentation der Befunde zu einer verminderten Qualität der Betreuung von asylsuchenden Patienten führen (Pottie, Batista et al. 2014). Verspätete Konsultationen, verpasste Screening- und Vorsorgeuntersuchungen sowie unnötige Doppelungen von Untersuchungen sind die Folge.

## **3. Schlussfolgerung**

Das 3C Modell bietet eine einfache Übersicht über die Herausforderungen der Migrationsmedizin. Um dem Anspruch der UN-Kinderrechtskonvention und der Weltgesundheitsbehörde (WHO) in den „Sustainable Development Goals“ nachzukommen, „niemanden [in der Gesundheitsversorgung] zurückzulassen“ (WHO 2017), benötigen Kinderärzte und Spitäler Ressourcen und Strategien, wie sie diesen drei zentralen Herausforderungen erfolgreich begegnen können. Dies ermöglicht es, unabhängig der Herkunft, allen Patienten eine qualitativ hochwertige Behandlung zukommen zu lassen.

## Literatur

- Kaplan, I., et al. (2016). "Responding to the Challenges of Providing Mental Health Services to Refugees: An Australian Case Report." *Journal of Health Care for the Poor and Underserved* 27(3): 1159-1170.
- Pottie, K., et al. (2014). "Improving delivery of primary care for vulnerable migrants: Delphi consensus to prioritize innovative practice strategies." *Can Fam Physician* 60(1): e32-40.
- Sandre, A. R. and K. B. Newbold (2016). "Telemedicine: Bridging the Gap between Refugee Health and Health Services Accessibility in Hamilton, Ontario." *Refuge* 32(3): 108-118.
- The Lancet (2016). "Migrant and refugee children need our actions now." *Lancet* 388(10050): 1130.
- UKBB (2016 ). "Geschäftsbericht ". Available from <https://geschaeftsbericht.ukbb.ch/#editorial>.
- UNICEF (2016). "Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes ". Available from [https://www.unicef.ch/sites/default/files/attachements/unicef\\_fs\\_die-kinderrechtskonvention\\_2016.pdf](https://www.unicef.ch/sites/default/files/attachements/unicef_fs_die-kinderrechtskonvention_2016.pdf).
- UNICEF (2017). " A child is a child." Available from [www.unicef.org/publications/files/UNICEF\\_A\\_child\\_is\\_a\\_child\\_May\\_2017\\_EN.pdf](http://www.unicef.org/publications/files/UNICEF_A_child_is_a_child_May_2017_EN.pdf).
- WHO (2017). "Sustainable Development Goals." from <https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>.

# *Comment bâtir une école inclusive pour les enfants migrants, en France: La place de l'expérience subjective en question*

Catherine MENDONÇA DIAS

Maître de conférences en didactique du français langue étrangère et seconde  
Sorbonne Nouvelle - Paris 3. DILTEC, France

Maïtena ARMAGNAGUE-ROUCHER

Maître de conférences en sociologie  
INSHEA- Ghrapes/Université Paris Lumières, France

## **Introduction. Les enfants migrants à l'école française**

En 2014-2015, une enquête menée par le service statistique de l'Éducation nationale<sup>1</sup> recense 52 500 élèves allophones arrivés en France (Robin et Touahir, 2015). Deux ans plus tard, ils sont 60 000 (Robin, 2018). Dans bien des cas, partir de son pays n'est pas le choix de l'enfant, mais la décision d'un adulte, en relation avec un contexte bien particulier motivant le départ (trouver de meilleures perspectives économiques, réunir une famille séparée, fuir la guerre ou les persécutions, bénéficier de soins...). S'installer dans un nouveau pays est souvent une expérience inédite, parfois abrupte (certains peuvent ne jamais avoir voyagé précédemment) et imprévisible (des enfants ne sont pas informés du projet migratoire initié par leurs parents). Ce peut être une remise en question du connu et une confrontation à l'inconnu, la dissolution instantanée des paramètres physiques habituels : spatiaux, olfactifs, visuels (de la maison, du quartier), faisant émerger, plus ou moins intuitivement, ce qui demeure semblable (un habitat, des horaires, des rituels, la fréquentation de l'école...) ou constant (le maintien relatif d'une cellule familiale...), quoiqu'influencé par le changement dû à la migration. Face à ce déménagement, cet exil ou cette fuite, les enfants vont passer par des périodes successives d'émotions fortes à gérer, définissant des nouvelles projections dans l'avenir ; chacun a son histoire personnelle qui fait ressortir des besoins spécifiques, des besoins ressentis - pas toujours pris en considération - et qui se distinguent des besoins identifiés par l'institution (Richterich, 1985). Arrivant en France, les enfants reconstituent un univers de références sociales et environnementales, notamment sur le territoire de l'école ou dans l'espace transitoire conduisant à l'école. Dans quelle mesure ces bouleversements sociaux affectant l'intimité enfantine ont une incidence sur le rôle social d'élève et sont alors pris en compte (ou non) par les équipes éducatives impliquées dans l'organisation de l'inclusion scolaire ?

---

<sup>1</sup> Direction de l'évaluation, de la prospective et de la performance (DEPP)

Pour obtenir des éléments de réponse, nous présenterons le contexte français relatif à la scolarisation des enfants migrants. Les informations obtenues à travers les bilans d'accueil de ces élèves permettront de mieux saisir les types de parcours individuels, tout en dégagant les orientations scolaires envisageables. Dans un second temps, nous allons nous décentrer des récits de vie factuels exposés aux administrations scolaires lors de l'entretien d'accueil et nous chercherons à saisir le point de vue des enfants quelques mois plus tard, exposé à travers le dessin<sup>2</sup>, notamment dans le cadre de méthodologies artistiques d'enquête sociologique (Armagnague, Cossée *et al.*, 2017). Nous présenterons des productions enfantines nécessairement partielles, parcellaires, qui toutefois permettront de bousculer des points de vue adulte-centrés (Sirota, 2006) et de catégories sociales supérieures (Bellman et Bennetta, 1977). Les données auront été récoltées dans le cadre de la recherche pluridisciplinaire EVASCOL<sup>3</sup>.

## 1. Devenir élève dans l'immigration

### 1.1 Les motifs des trajectoires migratoires

Qui sont ces élèves arrivant en France ? A leur arrivée, les enfants sont reçus pour un entretien scolaire initial, assuré généralement par un enseignant exerçant auprès des élèves allophones, au cours duquel peuvent être évoqués les motifs de départ du pays : parfois directement, parfois en filigrane du schéma migratoire. Nous avons pu accéder à ces propos en tant qu'ancienne enseignante auprès des élèves allophones et en tant que chercheuse ayant assisté à de telles rencontres. Que nous apprennent ces récits d'enfants de la vie des jeunes enquêtés ? Ils partent avec de la famille, rejoignent un parent ou arrivent sans personne qui les accompagne ni les attend. Nous allons reprendre succinctement ces différents cas de figure.

La migration peut être initiée par le départ d'un parent. C'est le cas d'enfants d'expatriés relevant de classes sociales favorisées, l'« immigration dorée », temporaire (Wagner, 1998)<sup>4</sup>, mais ces derniers ne fréquentent pas souvent l'école publique française au profit des établissements privés, contrairement à ceux arrivant dans le cadre de l'immigration économique, liée au chômage ou au bas niveau de vie dans le pays d'origine. Dans cette situation fréquente, le parent emménage en France avec un ou plusieurs enfants. Certains parents arrivent en ayant un contrat de travail assuré, d'autres en cherchant sur place et quelques-uns doivent trouver des solutions de survie précaires : dans des squats, des appartements surpeuplés loués par des « vendeurs de sommeil » ou chez une « connaissance », autant de modalités résidentielles résultant d'une situation de pauvreté. Carlos, jeune Portugais, dort ponctuellement dans une voiture prêtée par un ami à son père. Slimane explique qu'il vit avec sa mère

---

<sup>2</sup> Les dessins sont en ligne : <http://www.francaislangueseconde.fr/bibliographie/images-et-migrations/>

<sup>3</sup> EVASCOL « *Etudier, voir et analyser la scolarisation des enfants migrants et itinérants* » (<https://evascol.hypotheses.org>) est une recherche financée par le Défenseur des droits, portée par le GRHAPES de l'INSHEA avec la coordination par Maïtena Armagnague et Isabelle Rigoni ainsi que Claire Cossée, Catherine Mendonça Dias et Simona Tersigni, en coordination scientifique.

<sup>4</sup> Environ 16 % des étrangers travaillant en France métropolitaine. TEF, édition 2017, Insee Références <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2569332?sommaire=2587886>

et ses trois frères et sœurs chez “un oncle”, avec lequel il ne parvient pas à préciser le lien de parenté et qui a lui-même cinq enfants. Il partage ainsi la chambre avec cinq autres personnes et dort sur un matelas, à même le sol. Plus perturbée et brutale est l’arrivée de familles en demande d’asile. En 2015, on comptait 15 133 mineurs accompagnés<sup>5</sup>, des chiffres en augmentation, les trois pays les plus représentés étant alors le Soudan, la Syrie et le Kosovo. Etant donné qu’en France les adultes ne peuvent pas travailler tant que dure cette procédure, les conditions de séjours deviennent - incidemment pour les enfants – instables, incertaines, difficiles sur le plan économique. En l’absence d’un dénouement favorable de la procédure, il arrive qu’une famille se retrouve temporairement à la rue, devenant vulnérable et dépendante du soutien d’autrui et de son hospitalité, situation qui peut mettre en danger l’enfant. Le nombre accru d’arrivants engendre une pénurie de logements d’urgence à laquelle essaient de suppléer des mouvements spontanés citoyens, universitaires ou associatifs, tandis que la presse relaie les informations sporadiquement, entraînant davantage de médiatisation sur ce phénomène social. Après l’obtention de l’asile, des régressions sociales demeurent marquées. Ainsi, le père de Sali qui était un commandant haut placé dans l’armée et proche d’un régime politique aujourd’hui démantelé, a obtenu le statut de réfugié et déclare exercer la profession de “surveillant”. De nombreuses mères se retrouvent à quitter leur métier de journaliste, de professeur et font des ménages à leur arrivée en France.

D’autres enfants rejoignent un ou leurs parents déjà installés en France plusieurs mois, voire plusieurs années plus tard, dans le cadre du regroupement familial. Pour eux, l’installation en France est un projet préparé, plus ou moins longuement, qui préfigure un séjour davantage pérenne où il s’agira de trouver ses marques dans une famille parfois recomposée. Y compris dans ces situations, les conditions d’arrivée demeurent imprévues et les enfants décrivent des situations parfois éloignées de ce à quoi ils s’attendaient, à l’instar d’Adilson, un collégien vivant en périphérie nord de Paris, venu rejoindre à treize ans sa mère en France. Le garçon explique sa déception relative à la vie menée par sa mère, pauvre et sans emploi stable et fait part de son souhait de repartir au Brésil auprès de son père.

Certains enfants peuvent être envoyés chez un membre de la famille : une tante, par exemple, va accueillir l’enfant pour soutenir les parents économiquement ou lui permettre d’accéder à de meilleures conditions de scolarisation. Il arrive que l’enfant ne soit pas mis au courant du projet migratoire, il pense venir passer un séjour court et se rend compte progressivement qu’il devra rester. A l’inverse, d’autres ont eu le temps de se projeter en France, comme Latifa qui désigne sa tante uniquement comme sa mère si bien que seules des vérifications administratives révèlent que le lien, décrit comme filial, est noué par une kafalah récente prononcée au pays. D’ailleurs, le cas d’adoption survient aussi, l’adoptant étant parfois un des membres de la famille. En 2015, il y avait 815 enfants adoptés (les trois pays les plus représentés étant le Vietnam, la Colombie et la Côte d’Ivoire). Tous ces jeunes doivent trouver leur

---

<sup>5</sup> Statistiques du Ministère de l’Intérieur – Direction Générale des Étrangers en France.

place dans une cellule familiale diversement désirée, au sein de laquelle ils vont désormais vivre, parfois sans retour dans le pays d'origine et parfois avec une nouvelle identité symboliquement initiée à travers le changement de prénom (francisé ou modifié) tel que pour Masha, jeune fille russe, renommée de façon insolite "Maria" sur ses documents administratifs. Évoquons aussi la venue pour soins médicaux, notamment dans la région parisienne... Parfois, ces enfants bénéficient d'une instruction au sein même du centre, grâce à un enseignant détaché ou contractuel<sup>6</sup>.

L'enfant peut être aussi le principal migrant, arrivant seul. Des mineurs viennent non accompagnés (MNA): mineurs exilés, mandatés, exploités, fugueurs ou encore errants (Etiemble et Zanna, 2013; Senovilla-Hernandez, 2014). En 2015, on en comptait 8 054<sup>7</sup>, nombre en forte augmentation. Presque tous sont des garçons, venus majoritairement de l'Afrique subsaharienne. Les motifs de départ sont douloureux, le trajet compliqué et le séjour incertain, comme en attestent les récits autobiographiques d'adolescents fuyant l'Afghanistan (Mohammadi, 2009; Passarlay, 2015). Violences, drames et infortunes caractérisent leur récit. Ces jeunes sont ou devraient être pris en charge par l'Aide sociale à l'enfance (ASE) et placés dans des foyers ou des hôtels "sociaux", sous réserve de places disponibles et en fonction de l'évolution de la procédure administrative. Si certains ont des membres de famille sur le sol français, ce qui a déterminé le choix de ce pays, d'autres n'avaient pas forcément la France comme destination ce que rappelle le témoignage d'une jeune fille dans le documentaire *J'ai marché jusqu'à vous* (Oudji, 2016): « *I came to... I don't know the name of the place before yesterday* ». Des jeunes rencontrés confient des histoires analogues, comme Amin, 14 ans, accueilli dans un foyer de l'ASE, venu seul d'Égypte « *je suis venu en bateau, je ne savais pas si j'allais pouvoir arriver en France, je ne voulais pas venir à Paris, mais j'étais seul et avec d'autres personnes rencontrées, je me suis retrouvé là* ». Dans d'autres cas, les jeunes suivent les routes tracées par des réseaux migratoires préexistants à leur immigration, par l'intermédiaire de réseaux de compatriotes, à l'instar d'Arun, 15 ans, logé en foyer de l'ASE, arrivé d'Inde : « *Je suis venu ici, il y en a d'autres aussi qui sont aussi d'Inde, on vient du même village* ».

La situation se complexifie quand le jeune a sa minorité contestée - même sans l'épreuve controversée du test d'âge osseux - la prise en charge est ralentie et l'inscription scolaire est différée en l'absence d'un statut permettant cette démarche administrative : ou le jeune est un adulte "sans papier", ou il est un enfant mineur sans responsable légal. Dans les deux cas, l'inscription scolaire n'est pas rendue possible. La mise à l'écart des bancs de l'école concerne d'autres "invisibles" : nous avons relevé le cas d'une jeune fille pakistanaise en situation de handicap pour laquelle nous n'avons pas su élucider comment elle n'avait pas été repérée comme non scolarisée et quelques cas de jeunes dans des réseaux de prostitution auraient été signalés dans l'une des communes étudiées.

<sup>6</sup> Par exemple, ici : <http://cmpr-boislarris.croix-rouge.fr/>

<sup>7</sup> Ministère de la justice, Rapport annuel d'activités 2016, Mission Mineurs Non Accompagnés, mars 2017. Consulté le 15/04/17 sur [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_RAA\\_MMNA\\_2016.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_RAA_MMNA_2016.pdf)

Accompagnés, attendus ou isolés, ces enfants font l'expérience de la rupture et, une fois en France, vont tisser un nouveau réseau social, notamment en milieu scolaire, où ils vont poursuivre leur apprentissage avec une langue seconde.

## 1.2 Quels liens entre trajectoire migratoire et réussite scolaire ? La difficile appréciation du besoin spécifique

Le repérage des compétences scolaires se fait par un test de positionnement organisé avant l'affectation dans le système éducatif. Souvent, il sanctionne un niveau linguistique et scolaire pourtant difficile à apprécier compte tenu des dispositions dans lesquelles sont ces enfants au moment de l'évaluation initiale (Huver & Goï, 2010). Ce temps d'accueil comprend un entretien pour reconstituer le parcours de l'enfant. Mais en quoi connaître les parcours de vie des enfants offre de l'intérêt, en quoi est-ce légitime dans une école habituée à séparer la sphère privée de la sphère publique ? Surtout si ces parcours n'ont pas vraiment d'incidence sur le plan scolaire. En effet, tout d'abord, la trajectoire migratoire ne permet pas d'augurer des fragilités psychologiques ultérieures: «*Dans le cadre d'une méta analyse, Stevens et Volleger (2008) concluent qu'il n'est pas possible d'arriver à établir une relation directe entre la migration et le risque pour la santé mentale des enfants*» (Rousseau, 2013 : 63). D'après l'expérience et les recherches de Cécile Rousseau, professeure et clinicienne auprès des enfants immigrants et réfugiés au Québec, ces derniers ne se distinguaient pas sur ce plan: «*Malgré une exposition à l'adversité souvent importante, les enfants immigrants et réfugiés ne présentent en moyenne pas plus de problèmes de santé mentale que leurs pairs de la société hôte*» (Rousseau, 2013 : 63). Par ailleurs, une précédente recherche (Mendonça Dias, 2012 : 379) a montré sur un échantillon de 190 élèves que les motifs d'arrivée en France ne sont pas prédictifs de la réussite scolaire ultérieure et ont un déterminisme moindre que les compétences scolaires initiales développées dans le pays d'origine. Par exemple, les jeunes dont la famille était arrivée abruptement dans le cadre de la demande d'asile n'obtenaient pas des résultats distincts de ceux résidant avec d'autres profils migratoires. Le parcours antérieur ne paraît pas avoir une valeur prédictive significative.

En revanche, la variabilité du rythme d'apprentissage liée à l'expérience migratoire est probable. Remarquons que les compétences des élèves à leur arrivée sont parfois "dormantes", par exemple un élève qui a étudié des objets d'études absents du programme d'histoire en France ne pourra pas les réinvestir directement. De plus, les compétences de l'élève sont remises en question parce qu'elles ont été enseignées différemment dans le pays d'origine, comme la façon de poser une multiplication (Mendonça Dias, 2012, 2013, 2014). A l'insécurité linguistique peut donc s'ajouter une insécurité cognitive de l'univers de références et de la culture scolaire. Ce rythme est freiné ou dynamisé en fonction de l'engagement dans l'apprentissage en seconde langue (Mendonça Dias, 2012), ce qui génère une entrée plus ou moins différée dans la langue cible, le français. Or, la prise en charge dans une unité pédagogique est limitée sur la durée d'une année scolaire, voire de deux si l'élève a connu une scolarité réduite ou discontinue.

Plusieurs phénomènes, non exclusifs, peuvent être désignés. Le surinvestissement scolaire (Cyrulnik, 1999) peut opérer une alchimie du stress à la réussite, comme dans l'exemple suivant : une jeune fille Ella, 3 ans après l'enquête initiée en 2014 alors qu'elle était au collège, est revenue sur les productions qu'elle avait réalisées dans l'enquête décrite plus loin (corpus 2) et a rétrospectivement expliqué :

*« les études, c'est positif déjà car quand on arrive en France, quand on déménage c'est du stress et le stress on le perçoit soit comme un défi soit comme une perte, si on le perçoit comme un défi, c'est qu'on doit... comment dire... on doit prendre tout et pour oublier ce stress, on doit faire quelque chose à part, donc les études peut-être, les études ou le travail, on doit... je ne sais pas comment dire... pour oublier ça, les études, ça, c'est le premier remède pour quelqu'un qui a l'âge de ça »*

D'autres phénomènes seraient susceptibles d'agir tels que le conflit de loyauté, l'adhésion familiale au projet scolaire, le fait de s'autoriser ou non à réussir (Goï, 2005), le mutisme électif en milieu extra-familial (Idris, 2005: 88), les cultures d'apprentissage... Certains enfants vivent un "choc migratoire", une période d'apathie ou de sidération au début de l'immigration. Les pleurs sont évoqués par les élèves qui ont pris du recul, comme ici où l'adolescente se remémore cette période douloureuse, malgré les réussites scolaires :

*« quand je suis venue au collège, je ne connaissais personne en fait que les adultes, j'étais dans une dépression en fait, je pleurais tout le temps, tous les soirs et en fait, après j'ai arrêté de pleurer mais en fait j'avais tellement l'habitude de pleurer avant que j'avais des spasmes en fait [souplesse] des sanglots comme ça même si je ne pleurais pas en fait c'était une expérience horrible pour ma famille, plutôt pour ma famille de me voir dans cet état que pour moi, et je ne sortais plus je comment dire je ne voulais même pas faire du shopping, je... rien ne m'intéressait, je ne voulais pas voir le soleil, c'était horrible »*

Alexandro témoigne aussi du mal-être et la comparaison avec la prison apparaît (Dolignon, 2015), comme un leitmotiv de la captivité, ici non restreinte au territoire scolaire mais élargie à la sphère publique :

*«En France, mes habitudes ont changé. Je sentais que j'étais en prison dans un pays où je ne connaissais personne et dont je ne savais rien. Quand j'ai commencé à parler un peu mieux c'était encore difficile.»*

Il faudra quelquefois du temps pour que les compétences scolaires puissent s'exprimer, au-delà de la seule maîtrise de la langue scolaire qui, elle aussi, nécessite du temps. Ainsi Tang, 13 ans, originaire de Thaïlande, parle peu à son arrivée au collège, rit de façon mécanique sans que l'enseignant ou les camarades puissent en

identifier les raisons. Il ne progresse presque pas pendant une année. La quasi-totalité des enseignants pense que Tang a des problèmes mentaux ou psychologiques graves qui “*bloquent les apprentissages*”, hypothèse confirmée par la mère du jeune qui ne comprend pas l'état de son fils, tandis que sa fille, plus jeune “est tout à fait normale, elle, elle travaille à l'école”. La constitution du dossier pour faire reconnaître un handicap<sup>8</sup> en vue d'une éventuelle orientation vers un dispositif d'éducation spécialisée ne s'est pas faite car les enseignants, souvent non-titulaires de leur poste, telle la professeure de français, également professeure principale, n'ont pas eu le temps et l'envie de constituer ledit dossier alors que tous croyaient en sa pertinence. Dans ce contexte, faute d'une solution jugée meilleure, Tang a été maintenu dans l'UPE2A. Un an et demi après son arrivée dans l'établissement scolaire, le jeune parle relativement bien le français et a montré des performances scolaires assez bonnes en sciences. Plus aucun professionnel n'évoque de handicap, Tang va s'orienter vers une classe de troisième ordinaire et suscite la satisfaction de ses enseignants. Cette situation montre combien il est difficile de distinguer les dimensions scolaires, sociales, psychologiques des expériences scolaires sans appréhender la migration comme une donnée *expérientielle* de long terme, ayant parfois peu à voir avec le temps plus rapide et structuré de l'école ; cette école qui peine parfois à devenir une école accessible et inclusive. En ce sens, toute orientation rapide vers l'enseignement spécialisé pour des enfants nouvellement arrivés courrait le risque d'une erreur d'appréciation des potentialités scolaires “réelles”.

Alors, si la seule connaissance du récit biographique n'implique aucun pronostic scolaire ou psychologique, elle peut éventuellement éclairer des attitudes scolaires et permettre à des enseignants de mieux anticiper des gestes professionnels orientés vers les tâches d'apprentissage et le bien-être (par exemple, l'enseignant pourrait comprendre si Slimane est fatigué et ne réalise pas toujours ses devoirs). De façon plus essentielle, cette connaissance permet de différer des représentations de performances associées à un échec scolaire. Parce que la temporalité de l'école n'est pas celle de l'immigration, l'inclusion scolaire d'enfants et jeunes migrants devrait tenir compte de la migration comme une expérience de long terme. Une prise en compte différente de cette temporalité plus ajustée aux besoins spécifiques des élèves éviterait quelquefois des relégations scolaires légitimées par un niveau jugé faible ou par des motivations psychologiques (désignation de vulnérabilités par l'institution scolaire). Connaître les besoins particuliers des élèves nécessite une écoute plus attentive des expériences socio-scolaires.

En fonction du projet migratoire, nous repérons donc des variables inhérentes aux trajectoires et incidentes sur les conditions de séjour, entraînant des effets sous-jacents sur la scolarité de l'enfant. Nous voyons apparaître pour l'enfant des conséquences sur le suivi scolaire liées à la stabilité / l'instabilité du séjour: migrations

---

<sup>8</sup> La procédure française implique un dépôt de dossier auprès de la Maison Départementale des Personnes Handicapées (MDPH). Des dispositifs d'éducation spécialisée peuvent être proposés tels que l'Unité Locale pour l'Inclusion Scolaire (ULIS).

pendulaires<sup>9</sup> ; réception d'un Ordre de quitter le territoire français (OQTF) quand la famille en demande d'asile est déboutée<sup>10</sup>; séjour ponctuel délimité dans le temps pour des raisons professionnelles ou familiales... paramètres susceptibles de brouiller la projection de l'enfant dans son cursus scolaire et son engagement dans l'apprentissage de la langue, en plus de créer des ruptures dans la scolarité.

Les enseignants sont assez démunis face à ces profils de "citoyenneté discontinue" : ils n'ont pas connaissance de tous leurs aléas ; lorsqu'ils en sont informés, ils ne savent pas toujours s'ils doivent agir et comment le faire. Les enseignants interrogés s'avouent perdus face au nombre important, mais jamais connu à l'avance, de tâches "annexes" à réaliser en lien avec le parcours de ces élèves, tâches non prévues par leurs missions et réalisées sur leur temps de travail. Par ailleurs, nous pouvons relever la stabilité/instabilité du domicile des élèves : pour les cas énumérés et plus particulièrement, les Mineurs non accompagnés ou les enfants avec des parents en demande d'asile qui changent de foyer souvent brutalement, sans que l'équipe éducative et les camarades puissent dire au revoir à l'élève. De nombreux enfants sont soumis à une grande précarité économique, sociale, résidentielle et familiale, autant d'instabilités concrètes qui peuvent accaparer totalement l'attention des enfants et jeunes.

### 1.3 Maîtriser le rôle social d'élève

Si nous avons évoqué l'enfant en tant qu'individu à l'épreuve de l'expérience migratoire, il nous faut revenir au niveau institutionnel par lequel l'enfant est transformé en "élève", en nous attardant sur les modalités institutionnelles spécifiques à la France et présidant à l'inscription scolaire.

Que se passe-t-il lorsqu'un jeune relevant d'une scolarité en cycle primaire ou secondaire arrive en France ? Il devrait être accueilli pour un bilan précédant son inscription scolaire et son affectation dans le système éducatif. Généralement, ce bilan est réalisé sous la coordination du *Centre Académique pour la Scolarisation des élèves Nouvellement Arrivés et des élèves issus des familles itinérantes et de Voyageurs*, le CASNAV (circulaire de 2012)<sup>11</sup>. Il s'agit de professeurs qui ont des heures de décharge et qui assurent des missions d'accueil et de formation principalement auprès de leurs collègues.

Lors de ce bilan, l'enseignant formateur s'assure du passé scolaire antérieur de l'élève, de ses souhaits d'orientation et lui propose des exercices à réaliser, en langue d'origine, pour vérifier s'il y a un écart important de scolarité : par exemple, dans l'enquête relative aux progressions scolaires menée dans le cadre de la recherche EVASCOL auprès de 353 élèves, nous nous rendons compte que près des deux tiers

---

<sup>9</sup> [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Statistics\\_on\\_commuting\\_patterns\\_at\\_regional\\_level/fr&oldid=313596](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Statistics_on_commuting_patterns_at_regional_level/fr&oldid=313596)

<sup>10</sup> <https://www.ofpra.gouv.fr/fr/asile/les-reexamens>

<sup>11</sup> Circulaire n° 2012-141 du 2-10-2012, Organisation de la scolarité des élèves allophones nouvellement arrivés.

sont scolarisés à un niveau inférieur à leur classe d'âge (Armagnague et *al.*, 2018). A l'issue de ce bilan, l'enseignant formateur propose une affectation qui devra être validée par le bureau de la scolarité auprès de la direction des services départementaux de l'Education nationale (DSDEN). Lorsque la confirmation est transmise aux responsables de l'enfant, ces derniers peuvent procéder à son inscription scolaire.

En fonction de ses besoins d'apprentissage du français, le jeune peut bénéficier d'une double inscription : dans une classe ordinaire et dans une Unité pédagogique pour élèves allophones arrivants (UPE2A). Dans celle-ci, d'après la circulaire de 2012<sup>12</sup>, il pourrait suivre un apprentissage intensif de la langue française en tant que langue seconde (FLS), en milieu scolaire, dit « français langue de scolarisation » à raison de 9 heures pour les écoliers et 12 heures pour les élèves du secondaire. Par ailleurs, l'unité proposerait un enseignement analogue aux "Disciplines non linguistiques" (DNL)<sup>13</sup>, notamment en mathématiques pour développer des compétences langagières disciplinaires et étudier des objets d'études, notamment ceux qui n'auraient pas été au programme dans des pays d'origine (par exemple, en géométrie).

Toutefois, les mises en œuvre des dispositifs demeurent très diversifiées en France malgré une tendance vers davantage d'harmonisation, si bien que les unités peuvent prendre des configurations organisationnelles très différentes d'un établissement à l'autre (Mendonça Dias, 2016). Tandis que paradoxalement, l'enjeu de cette unité est globalement de mieux accéder aux discours propres au milieu scolaire, l'Éducation nationale propose la passation d'un Diplôme d'études de langue française (DELFB), calibré sur le Cadre Européen Commun de Références pour les Langues, qui valide des compétences langagières davantage caractéristiques de la didactique du Français langue étrangère (FLE), orientées vers la communication usuelle, telle qu'elle serait enseignée en milieu hétéroglotte et renvoyant à des tâches extra-scolaires (aller au cinéma, etc.).

Dans ce contexte, on le voit, l'enfant bénéficie de soutien - dont la didactique tâtonne entre le "FLE" et le "FLS" - au titre de son besoin éducatif particulier qui est langagier. Cette reconnaissance le place dans le même temps dans une situation d'altérité scolaire entre sa classe de rattachement ("ordinaire") avec laquelle il est plus ou moins en contact selon l'orchestration de l'inclusion à l'échelle organisationnelle, et sa "qualité" d'élève allophone nouvellement arrivé par laquelle il obtient un traitement scolaire plus attentif et une reconnaissance de son statut particulier.

Cet entre-deux peut produire des hésitations dans les conduites et comportements scolaires, dans les stratégies mises en place par les élèves et aussi

---

<sup>12</sup> Circulaire n° 2012-141 du 2 octobre 2012, Organisation de la scolarité des élèves allophones nouvellement arrivés. Bulletin Officiel n° 37 du 11-10-2012.

<sup>13</sup> Les DNL sont proposées dans les sections européennes ou internationales.

dans les réactions des enseignants à leur égard. Au fond, une des difficultés pour ces enfants, dans l'apprentissage de leur "métier d'élève" ou de leur "rôle social d'élève", est de ne pas parvenir à savoir ce qui est effectivement attendu d'eux, de ne pas arriver à anticiper les exigences scolaires auxquelles ils sont soumis. Ainsi, la référence les concernant et organisant les verdicts scolaires est-elle le "besoin éducatif" (le fait de ne pas maîtriser de façon satisfaisante la langue française) ou "la normalité scolaire" qui constitue l'objectif pédagogique, mais dont la teneur est interrogée par le principe d'inclusion ? Autrement dit, les élèves expliquent être en permanence ballotés entre le système référentiel de l'UPE2A et celui, très différent, de la "classe ordinaire", celle de rattachement.

## 2. Prendre en compte et restituer le point de vue des adolescents

L'enfant qui est "*migré*", en arrivant en France, suivant souvent les décisions de ses responsables légaux, va intégrer un réseau social de pairs parmi lesquels il va se retrouver élève, après un processus administratif et évaluatif factuel discutable (Huver & Goï, 2010). L'enfant intègre une "école pour tous", obtient un rattachement à une classe, un numéro d'élève et il devient celui sur lequel, pour les acteurs institutionnels et pédagogiques, transitent leçons, enseignements et "outils" tandis que son champ d'expressivité est circonscrit à des interactions définies et restreintes aux discours généralement scolaires, qui sont segmentés par les temps récréatifs. Le qualitatif des expériences scolaires a une incidence sur le rapport aux apprentissages, mais celui-ci est difficile à comprendre et à restituer. Ainsi, dans le cadre de méthodologies de recherche dédiées, nous nous sommes demandé si le recours à l'expression par le dessin ne parviendrait pas à mieux faire émerger des dimensions *expérientielles* que les mots ne permettent pas ou pour lesquelles les mots seraient inappropriés ? Qu'est-ce que les enfants révèlent de leur trajectoire migratoire quand ils sont dans un cadre scolaire, cadre réputé particulièrement normatif, mais qui constitue toutefois un lieu central de sociabilité, de mise en contact avec les pairs et d'expression relative ?

### 2.1 Présentation méthodologique

Cette réflexion s'appuie sur deux corpus de dessins récoltés selon des modalités différentes.

Les productions enfantines du 1er corpus, issues de la recherche EVASCOL, avaient pour thèmes et consignes "ta classe en France", "aller en classe" et "les lieux de l'école". Elles faisaient l'objet d'une présentation par l'élève en classe, suivie d'échanges collectifs avec la sociologue, les artistes et les autres camarades de classe, puis d'un entretien individuel avec la sociologue. Elles ont été réalisées par douze élèves de 6 à 10 ans scolarisés en UPE2A d'école élémentaire dans une zone urbaine reléguée, particulièrement défavorisée en banlieue nord de Paris et dans des espaces spécialement dédiés à la recherche, en présence de la chercheuse. Ces productions ont par ailleurs été complétées d'observations ethnographiques durant une année scolaire en classe. Dans ce cadre, des co-animations de séances

artistiques ont été réalisées avec les enseignantes d'UPE2A (récits du parcours). De plus, des méthodologies d'enquête reposant sur les arts visuels et notamment le dessin ont été développées avec des artistes (Armagnague, Cossée *et al.*, 2017).

Le 2ème corpus est constitué de dessins réalisés par 95 collégiens en UPE2A (49 garçons et 46 filles), âgés de 11 à 16 ans, récemment arrivés et rencontrés entre 2014 et 2016 dans l'agglomération bordelaise<sup>14</sup>. Pour la majorité d'entre eux, nous connaissions les motifs de migration et les conditions de séjour sur le sol français. Ces élèves sont originaires de 28 pays, en précisant que quelques-uns ont vécu dans différents pays. Ils ont participé à plusieurs activités. Parmi les données récoltées, se trouvaient des dessins qu'ils devaient produire dans un temps non limité. Sur une feuille, figuraient deux consignes successives "*Dessine toi dans ton pays*" et "*Dessine toi en France*", sans autre recommandation tenue à l'oral. L'activité a été présentée comme une activité d'attente, facultative, avant la fin de séance.

La méthodologie croise des outils récemment développés en didactique des langues, orientés vers la biographie langagière du sujet plurilingue (Molinié, 2009). Ainsi, une part de la recherche sur laquelle se fonde cet article a développé des méthodes collaboratives et expressives de recueil de données, permettant plus facilement aux enquêtés de s'exprimer artistiquement et corporellement, puis oralement alors que les compétences récemment développées en langue française ne permettent pas encore une aisance dans la prise de parole (Armagnague et Rigoni, 2016). Les dessins sont alors devenus supports de verbalisation de la pensée qui émerge facultativement dans un entretien biographique compréhensif et favorise une réflexivité (Molinié, 2009 ; Castellotti et Moore, 2011) ou ils ont permis un traitement quantitatif (corpus 2) des motifs sélectionnés spontanément, qui sont en eux-mêmes des indicateurs suggestifs dans la façon de se représenter à l'autre et dans l'espace. Ces méthodologies permettent, sans passer par l'écrit (Becker, 1974), de saisir les capacités d'initiative et d'agent-acteur des enfants (Sirota, 2006) dans l'analyse qu'ils ont de leur expérience scolaire (Dubet, 2016).

Dans le cas des deux corpus, tous les dessins ont été réalisés sans préparation ni retouche, de façon périphérique à d'autres activités scolaires. Les dessins du second corpus n'ont pas été montrés en classe, ni commentés avec les élèves tandis que ceux du premier ont été présentés par les élèves à leur classe. Dans le second corpus, cinq élèves ont émis le souhait de poursuivre les dessins chez eux et ont pu le ramener le lendemain, car ils voulaient les colorier. De plus, 18 élèves, suivis sur plus long terme, ont renouvelé cette même activité l'année scolaire suivante.

Avant de présenter les productions, il est nécessaire de formuler quelques précautions méthodologiques concernant les deux corpus. Suivant les conditions de

---

<sup>14</sup> Le corpus a été initié antérieurement à la recherche EVASCOL, de ce fait 40 élèves ont participé à la production de dessin dans le cadre d'EVASCOL tandis que 55 autres élèves avaient réalisé cette même activité, au cours des deux années précédentes, sur le même terrain de recherches bordelais.

passation, des élèves ont pu être influencés par le dessin produit par un camarade. Par ailleurs, la réalisation a été conduite en milieu scolaire, ce qui pourrait être un biais pour la représentation en France si les enfants se projettent sur le moment présent, y compris dans le cas d'ateliers artistiques co-animés par des artistes et une sociologue dans lesquels l'enseignant était plus en retrait. Enfin, en raison de la faiblesse relative des échanges avec les élèves, les interprétations proposées demeurent restreintes et basées uniquement sur l'occurrence des motifs (nuages, route, monuments...), analysés par relevé des occurrences pour le premier corpus et à l'aide d'une approche statistique<sup>15</sup> pour le second corpus.

Ces dessins demeurent des discours publics conçus suivant une consigne donnée collectivement à un groupe d'élèves "captifs". En cela, ils ne révèlent que ce que les jeunes veulent bien montrer d'eux-mêmes dans un cadre public et scolaire. Dans ce contexte, il n'a jamais été demandé à l'enfant de "raconter sa migration" ou "son arrivée en France". Lorsque des informations relatives à ces thématiques ont été fournies par les enfants, c'est à partir de leur propre interprétation des consignes énoncées plus haut.

## 2.2 Les signifiants visuels des adolescents

Tout d'abord, soulignons que peu de dessins comportent un récit. Certains sont seulement accompagnés de quelques mots-clés. Que racontent-ils alors ? Une agression dans le pays d'origine, une cueillette de pommes, des séances de jeux vidéo, l'achat d'un croissant, une sortie avec un amoureux...



Doc.1 Dessine toi dans ton pays (corpus 2).<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Les 226 dessins ont été analysés avec un tableur sur lequel étaient reportés, pour chaque dessin, les motifs principaux : par exemple, le signe "maison" était référencé mais ce n'était pas le cas pour les motifs de fenêtres, de cheminées, etc. qui ne nous ont pas semblé pertinents pour l'objectif présent de cette analyse, en l'absence d'entretien systématique avec les élèves. De même, les motifs d'un pont, d'un monument, d'une rue... ont été référencés comme espace public. L'absence d'échanges avec les élèves ne permettait pas de distinguer toujours s'il s'agissait d'un monument précis dans une rue par exemple, d'où la catégorie large hyperonymique de "espace public", etc. Les différentes catégories obtenues ont ensuite été traitées de façon statistique pour évaluer les occurrences des motifs généraux recensés.

<sup>16</sup> Cette image et les suivantes peuvent être visionnées en couleur sur le site [www.francaislangueseconde.fr/bibliographie/images-et-migrations/](http://www.francaislangueseconde.fr/bibliographie/images-et-migrations/)

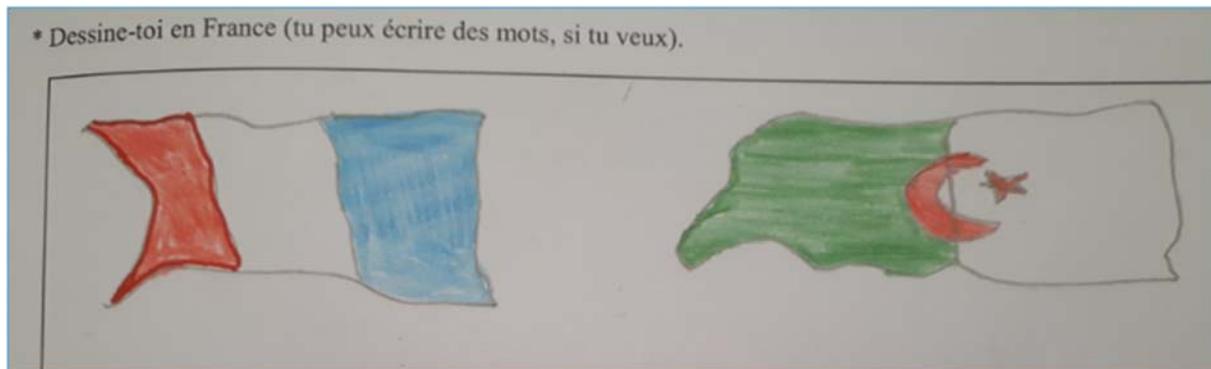
En fait, la majorité des enfants symbolisent les pays au moyen d'une sélection personnelle de signes en nombre très limité et récurrent à travers leurs dessins, et ce dans tous les établissements d'enquête.

En effet, la moitié des élèves évoquent le pays d'origine par la représentation de la maison. La maison est presque systématiquement perçue de l'extérieur : la façade, les fenêtres, la porte et parfois le jardin. Combinées ou non avec la maison, des personnes proches sont présentes : dans certains cas, il est clairement fait état qu'il s'agit de la famille, d'autres fois les personnages ont une identité imprécise (amis, voisins...). Ainsi, le deuxième signe récurrent pour caractériser le pays d'origine est incarné par une personne avec laquelle l'enfant mène éventuellement une activité : c'est alors généralement jouer au ballon.



Doc. 2. Dessin représentatif pour la consigne "Dessine toi dans ton pays" (corpus 2).

En outre, un quart des enfants choisissent une alternative pour représenter leurs pays en dessinant le symbole le plus identifiable, le drapeau. Ce drapeau se suffit à lui-même : on retrouve alors l'élève à son côté, éventuellement il le brandit ou il écrit un témoignage d'amour. Le drapeau peut aussi préciser la localisation géographique d'une école, d'un monument, d'un aéroport... Généralement, le parallèle est réalisé avec la France, suivant une composition semblable. Seul un jeune a associé les deux drapeaux, le drapeau algérien et le drapeau français, pour son autoportrait en France. Il est le seul à avoir clairement établi une combinaison d'éléments nationaux de ses deux pays de vie. Des mots français peuvent aussi apparaître dans le dessin du pays d'origine pour signaler qu'il s'agit du collège, de la famille ou du village.



Doc. 3. Dessin usant le leitmotiv du drapeau mais atypique dans la réunion des deux drapeaux pour la consigne "Dessine toi en France" (corpus 2).

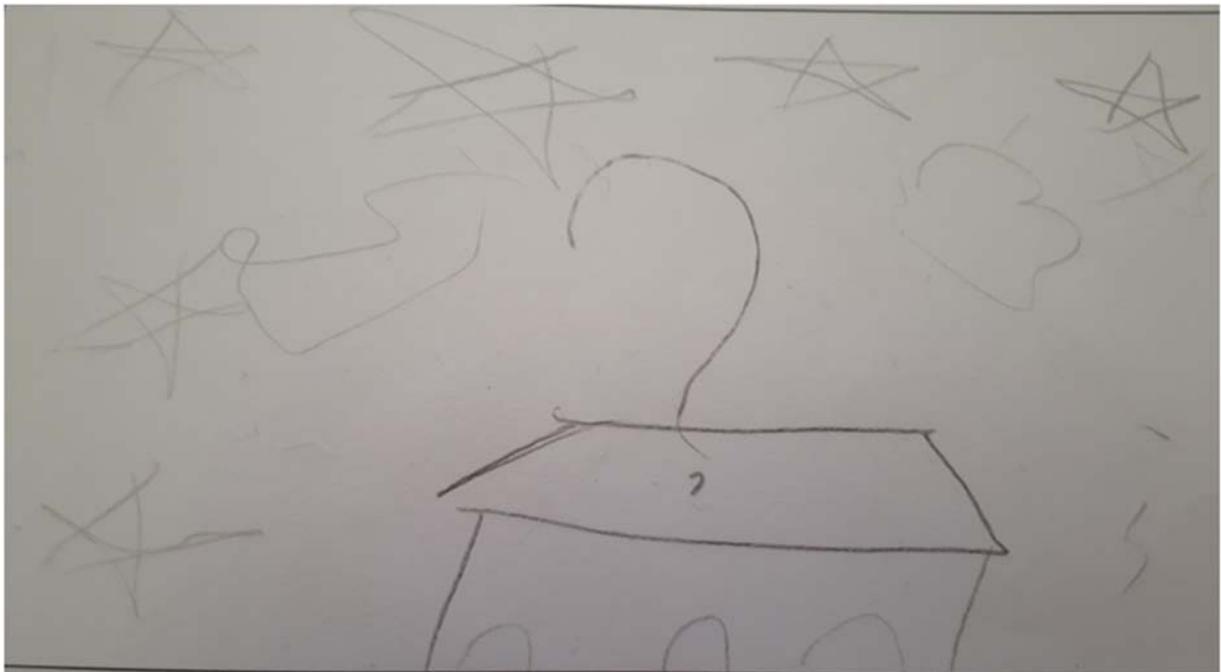
Une fois que l'on observe les représentations en France, dans les deux tiers des cas, le motif intime de la maison n'est plus présent au profit d'une représentation accrue de l'espace scolaire et surtout de l'environnement urbain : les enfants dessinent de façon particulièrement détaillée leur trajet allant de leur lieu de vie à l'école en représentant par exemple les feux tricolores, les éventuels policiers municipaux, le frère ou la sœur avec lequel ils font le trajet, les devantures des boutiques. L'environnement est symbolisé à travers les monuments ou les espaces identifiables de la nouvelle ville (place, pont, rue piétonne) et aussi par des indicateurs moins quotidiens et plus attachés à Paris en général ou même à la France: ainsi, les enfants représentent-ils la tour Eiffel, alors qu'aucun enfant des deux corpus (nord francilien et région bordelaise) n'a la tour Eiffel ou les Invalides comme environnement socio-urbain immédiat. La tour Eiffel est alors traitée symboliquement comme un emblème national, équivalent au drapeau (elle fait d'ailleurs pendant au drapeau du pays d'origine et est fréquemment coiffée du drapeau tricolore, qui n'existe pas en réalité). La tour Eiffel est systématiquement associée à sa dimension touristique et est présentée avec une relative fierté d'avoir pu - de façon réelle ou symbolique - être en lien avec un symbole de renommée internationale, grâce à l'expérience de l'immigration. Il s'agit donc ici d'un référent à connotation positive. Dans l'environnement français, apparaît aussi un élément unique et nouveau : le moyen de transport. Bus et tramway viennent parfois faire écho à l'école, puisque ce sont les moyens de transport des élèves dont le domicile est parfois très éloigné des UPE2A, ce qui nécessite un trajet long avec plusieurs correspondances et rythme le quotidien de jeunes migrants. En effet, les élèves ne sont pas forcément dans leur collège de secteur et certains, même très jeunes, peuvent avoir jusqu'à une heure de déplacement avec les transports publics de la ville.

Dessine toi en:France.



Doc. 4. Les transports et le trajet apparaissent pour la consigne "Dessine toi en France" (corpus 2).

Les élèves ont davantage de facilités à se représenter dans leur pays d'origine : quelques-uns ne se dessinent plus lorsqu'il s'agit de la représentation en France. Un élève qui a été questionné à ce propos ne voulait pas se représenter ou du moins, ne parvenait pas à s'y projeter aussi a-t-il écrit un point d'interrogation.



Doc. 5. Un garçon dessine un point d'interrogation quand il réalise la consigne "Dessine toi en France" (corpus 2).

De même, les représentations de soi et de ses camarades varient quand il s'agit de se dessiner au pays d'origine et en France. Les enfants dessinent en France des représentations d'eux-mêmes bien plus individualisées : ils se dessinent plus souvent

seuls ou avec une autre personne qui est située (jeux vidéo avec un copain ou lecture avec un frère) tandis que leurs représentations dans le pays d'origine les placent plus souvent au milieu d'un groupe d'enfants, dans un collectif et plus souvent à l'extérieur (jeux de ballons, de quilles). Le nombre de dessins comportant des relations amicales diminue aussi presque de moitié, quand on passe du pays d'origine à la représentation en France. Bien souvent, les amis évoqués dans l'espace français sont identifiables : il s'agit des camarades de l'UPE2A, nommés et présentés de façon précise lors des narrations des dessins au reste de la classe ou à l'adulte.



Doc. 6. Dans le dessin de gauche, l'élève représente le pays d'origine et dans le dessin de droite, le même élève se représente en France.

Sur les dessins des enfants, on constate que peu d'amis sont dessinés et les mêmes sont représentés sur différentes productions. La relation d'amitié est décrite comme plus exclusive et interindividuelle. Par ailleurs, le dessin a permis de mettre à jour des relations électives entre enfants migrants inattendues et particulièrement importantes dans l'expérience scolaire. On découvre via l'atelier artistique qu'un tel ou une telle s'est lié d'amitié avec un autre enfant et qu'ils se rendent ensemble à des cours de soutien scolaire. Dans certains cas, les devoirs sont faits ensemble à l'instar d'un tutorat auto-organisé.



Doc. 7. Dessin d'une fille de 8 ans, en UPE2A, région nord de Paris répondant à la consigne "Dessine des lieux de l'école". La cour de récréation est représentée. Sur la page de droite figurent, la fillette et sa meilleure amie (les deux petits personnages en robes), deux maîtresses surveillant la récréation (en bas, entre les deux arbres), la maîtresse d'UPE2A (à droite) discutant avec la sociologue (personnage, entre la maîtresse et les enfants, vers lesquels elle se dirige). Corpus 1.

Par ailleurs, tandis que les personnages dessinés par les enfants ont une expression neutre ou souriante stéréotypée, on voit rarement apparaître la marque d'une tristesse (1/17 dessins dans le premier corpus, 8/95 dessins dans le second corpus) sur l'autoportrait, à travers un smiley ou sur le motif du soleil incarné. La tristesse ou la solitude sont exprimées au moment du départ (à l'aéroport), ou lors de trajet en bateau, dont la représentation indique que des compagnons de voyage sont tombés dans la mer et ont perdu la vie dans la traversée. On les voit apparaître dans l'environnement extérieur à l'école : à l'hôtel où l'enfant, isolé, attend une régularisation qui tarde et déprime ; ou à la maison où l'univers scolaire se profile, notamment à cause de la charge de travail accrue par l'apprentissage d'une langue seconde et de la pression familiale incarnée par un personnage qui rappelle à l'ordre.



Doc. 8. Cette jeune Anglaise se représente en France, en pleurs et au milieu d'une rue souillée par des excréments, ce qui n'est pas sans rappeler des dessins d'un élève en décrochage scolaire : *“Livrées aux regards, à la visibilité, les « souillures » représentées revendiquent, de façon plus ou moins implicite, l'absence de préservation d'un espace de vie”* (Dolignon, 2015). Cette jeune collégienne, ayant des compétences de début primaire, demeurera mutique et l'année suivante, partira abruptement, du jour au lendemain, chez une “tante” (corpus 2).

Remarquons enfin que de nombreux dessins sont spontanément en noir et blanc et la couleur est utilisée après un échange occasionnel avec l'adulte à ce sujet. Ce faisant, les enfants veulent davantage figurer que produire une œuvre jugée “belle” et ce n'est alors que lorsque la remarque de l'absence de couleur leur est faite, intégrée comme une norme scolaire d'encouragement à l'esthétisme artistique, que certains enfants colorient leur production (ce que peu d'enfants font effectivement).

### 2.3 De l'indifférenciation à l'affirmation subjective

Malgré l'expression retenue des dessins, ce qui ressort est, par le choix des motifs, une représentation plus intime associée au pays d'origine tandis que l'approche est davantage scolaire et relevant de l'espace public, en ce qui concerne la France. Ceci est logique dans la mesure où davantage de familles sont installées de façon précaire sans logement définitif et que les liens amicaux et sociaux commencent seulement à se tisser.

Pour marquer la permanence du pays d'origine à la France, on relève un parallélisme parfois strict dans la composition des deux dessins qui peuvent alors sembler dupliqués. Tout semble pareil et inchangé, mais ce qui est particulièrement frappant est que quelques enfants qui, au moment de la production des dessins,

connaissaient une situation d'une grande précarité et de stress intense ne laissent rien transparaître ni dans le dessin, ni dans la vie de classe. Prenons l'exemple d'Ismail, un brillant Albanais de 12 ans. Aux côtés de sa mère et de son grand frère, il fuyait un père violent et des menaces vitales liées à la vendetta d'honneur (Kadaré, 1980). Sa mère venait de recevoir un refus pour sa demande d'asile et les droits au logement avaient cessé, tandis que la famille pouvait rester en France pour faire appel de la décision de justice. Toutefois, en l'absence de revenus financiers, la famille s'est trouvée à la rue et Ismail a dormi temporairement dans une voiture prêtée, tandis que l'état psychologique de sa mère se dégradait. Sur ses dessins, ses autoportraits sont reproduits le plus similairement d'un pays à l'autre et lors de l'échange avec le jeune, il a expliqué que rien n'était changé, c'est-à-dire qu'il était demeuré le même malgré les bouleversements récents.



Doc. 9. A gauche, Ismail se dessine en Albanie et à droite, Ismail se dessine en France (corpus 2).

Cette composition identique d'une période à l'autre se retrouve sur de nombreux dessins d'enfants dont les vécus étaient alors complexifiés, voire douloureux, et ce parti pris semble représentatif de l'attitude des jeunes élèves qui différencient bien, finalement, ce qu'ils sont, ce qu'ils vivent dans le cadre privé et ce qu'ils montrent dans l'univers scolaire. D'autres enfants et jeunes reproduisent exactement les mêmes représentations en détaillant avec une grande précision des lieux de vie (le salon, la chambre) exactement de la même façon au pays d'origine et en France. Interrogés à ce sujet, les enfants insistent bien plus sur la continuité que sur les ruptures et exposent leur expérience comme un continuum inattendu, que la migration n'a pas bouleversé. Ces enfants et jeunes cherchent donc à matérialiser et illustrer des dimensions objectivables et concrètes de leur expérience : les loisirs dans la chambre, la description des lieux de vie. Ce faisant, ils représentent peu les émotions ce qui a pour effet de se raccrocher à des supports matériels dont la similitude représentée (réelle ou figurée) rassure. C'est une façon de maîtriser l'analyse que ces enfants et jeunes font de leur propre parcours et d'y donner du sens, de mettre en forme une capacité d'agir originale et inattendue.

D'autres interprétations d'ordre psychanalytique pourraient être convoquées pour expliquer le rapport à la vulnérabilité et ses modalités expressives, mais notre position de didacticienne et de sociologue ne rend pas légitimes les conclusions

éventuelles. Néanmoins, on remarque que très souvent les différents acteurs de l'équipe éducative ignorent les conditions de vie des élèves à moins que le professeur de l'UPE2A ne relaie l'information. Cette indifférenciation visuelle fait alors écho à l'indifférence, apparente du moins, des adolescents, qui s'expriment peu sur leur parcours migratoire et qui veulent être indifférenciés, comme les autres, peut-être comme tout adolescent de ces âges. Ils s'attachent alors au connu, d'abord eux-mêmes, mais aussi le cadre dans lequel ils évoluent, avec ses rituels et sa routine qui prévalent sur les failles, comme l'absence de logement. Pourtant, entre ce qu'ils montrent (point de vue exprimé de l'enfant) et ce que l'on sait des drames qui se sont joués, révélés avant de passer le seuil de l'école (point de vue adultocentré), on peut mesurer une distance, éventuellement dépassée par ce qui a été défini comme la résilience (Cyrulnik, 1999).

#### 2.4 Continuité tâtonnante de l'expérience scolaire

D'autres procédures méthodologiques ont été déployées dans les UPE2A observées : dans l'une, les élèves ont été amenés à apporter une évaluation notée de différents paramètres scolaires<sup>17</sup>. Très visiblement, les élèves ont une vision extrêmement positive de leurs enseignants, valorisée de l'UPE2A, convenable des camarades de classe et passable voire négative concernant la classe de rattachement.

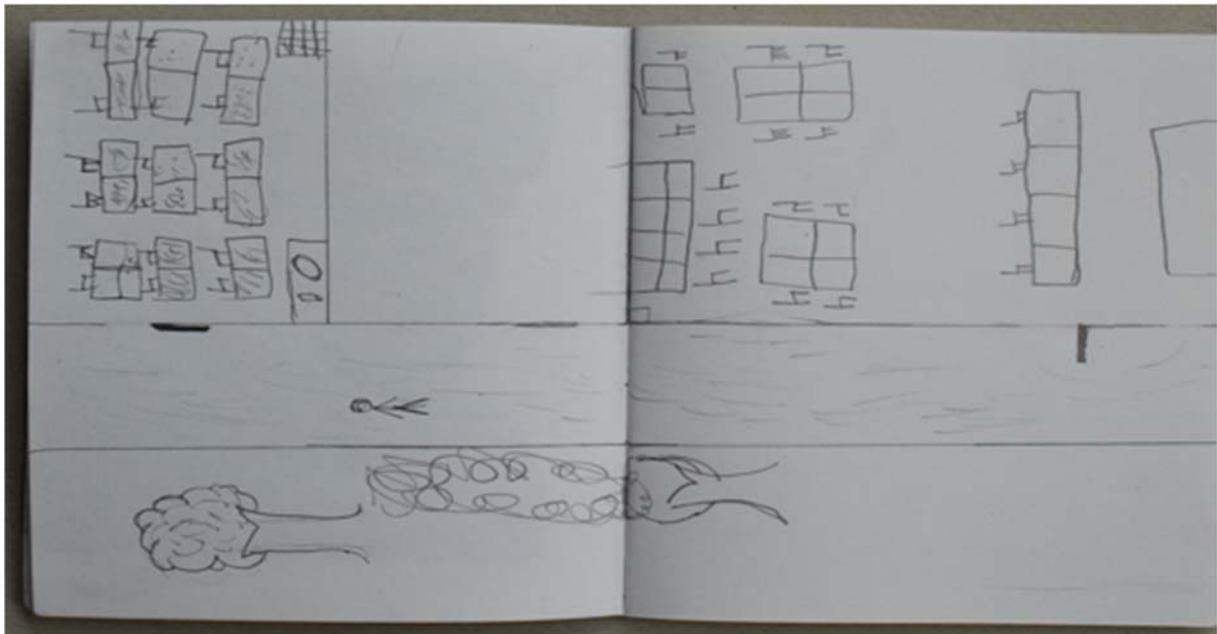
Des récits et des entretiens semi-dirigés ont permis d'apporter aussi un témoignage pour saisir des bribes de points de vue adolescents. Ils mettent en évidence la tension entre le désir de ne suivre que le cycle ordinaire et la difficulté à trouver sa place en classe, c'est-à-dire la tension entre intégration et inclusion. Rappelons que les élèves ont une inscription pédagogique en UPE2A, qui les distingue donc du cycle ordinaire, en même temps qu'ils ont une inscription institutionnelle et administrative en classe ordinaire, dans laquelle ils suivent nombre de cours, tels que le sport, les arts plastiques, etc. selon un emploi du temps personnalisé. Cette co-existence de la classe "ordinaire" et du "dispositif" est présentée d'un point de vue à la fois institutionnel et pédagogique de façon duale: l'un et l'autre s'opposant, l'un devant prendre le pas sur l'autre pour que soit entérinée la représentation d'une "bonne" scolarité pour un élève migrant.

Les témoignages des enfants soulignent d'ailleurs la difficulté du passage d'un lieu scolaire à l'autre. Ainsi, dans leurs dessins, la thématique de la transition, du passage est omniprésente. Lorsqu'on leur demande de dessiner "leur classe", les élèves ont tous dessiné non pas une, mais deux classes, tous ont dessiné l'UPE2A et la classe de rattachement dans laquelle ils sont en inclusion. Pour autant, tous les élèves ont aussi représenté un cheminement entre ces deux lieux : des pointillés, un chemin droit, sinueux, des dalles rondes... qui ne correspondent en rien à la réalité spatiale de l'établissement scolaire. De même, les élèves représentent des différences entre les deux classes : l'ordinaire est beaucoup plus dense, les élèves y sourient

---

<sup>17</sup> Les élèves devaient apporter une appréciation chiffrée sur une échelle de 1 à 20, légendée avec des smileys, pour évaluer leur bien être dans leur classe, avec leurs enseignants, les camarades...

moins, la classe est organisée de façon amphithéâtrale alors qu'en UPE2A, différents îlots éducatifs accueillent des enfants moins nombreux mais plus souriants. Néanmoins, les classes ne sont jamais présentées comme opposées et aucun élève n'a dessiné qu'une seule classe (alors que la consigne aurait pu prêter à le faire). Ceci témoigne d'une expérience scolaire, certes contrariée par des hétérogénéités et des exigences d'adaptations paradoxales plus nombreuses que celles que l'on demande aux autres élèves, mais représentée comme cohérente et continue. Les deux univers scolaires constituent ainsi les deux faces d'une même réalité scolaire pour les enfants enquêtés. Les présenter comme antagonistes dans ce contexte manquerait donc de pertinence.



Doc. 10. Dessin d'un garçon de 9 ans en UPE2A, région nord de Paris répondant à la consigne "Dessine ta classe". On observe le garçon cheminant entre deux salles, celle d'UPE2A à droite et la classe "ordinaire" à gauche (corpus 1).



Doc. 11. Dessin d'un garçon de 7 ans en UPE2A, région nord de Paris répondant à la consigne "Dessine ta classe". On observe un cheminement sous la forme de pointillés entre deux espaces symbolisant des classes, celle d'UPE2A en haut, moins dense et la classe "ordinaire" dans laquelle les élèves semblent s'entasser en bas (corpus 1).

### **Conclusion. La place du récit de vie en classe, entre la valorisation de l'altérité et les risques de déviance didactiques**

Nous l'avons vu précédemment, les motifs de départ des enfants sont variés, parfois heureux, parfois dramatiques, sans que le motif soit forcément corrélé à des conséquences individuelles (scolaires, psychologiques, comportementales...) prévisibles. A l'école, les enfants n'expriment pas verbalement et directement de mal-être lié à l'expérience migratoire – qu'ils n'éprouvent d'ailleurs parfois pas. Nous avons souhaité étudier les (re)présentations des élèves récemment arrivés en France et inscrits en UPE2A de sorte à refléter – de façon imagée – ce que les enfants laissent apparaître spontanément d'eux-mêmes quand ils sont dans un contexte scolaire, où ils bénéficient d'une prise en charge et attention spécifiques, du fait de l'inscription en UPE2A. Cette démarche a pu faire émerger des expressions que les compétences langagières n'auraient pas permises, notamment pour des élèves désignés comme "mutiques" par leur enseignante.

L'expérience migratoire, évoquée en première partie à travers les typologies de trajectoires relevées, joue un rôle potentiel, entre autres facteurs, sur la variabilité du rythme d'apprentissage scolaire. L'absence de prise en compte des parcours individuels peut conduire à la dilution des réponses pédagogiques particulières "après l'UPE2A", qui est une réponse aux besoins particuliers conçue en termes d'année scolaire (autrement dit, de moyens financiers) et non pas de contenus didactiques, ni d'objectifs d'apprentissage. La compression du temps individuel sur une durée

administrative vidée d'objectifs réalistes (maîtriser une langue seconde dans le cadre scolaire...) peut conduire à des orientations scolaires inadéquates, ce qui pourrait d'ailleurs dégrader la représentation qu'ont les enfants d'eux-mêmes et diminuer leur engagement scolaire.

Pour élargir notre propos, nous pouvons évoquer une analyse de Rousseau et Jamil: *“Les pertes associées à la migration sont alors aggravées par l'image négative renvoyée par la majorité vers les minorités, ce qui a d'importantes implications pour l'identité et la santé mentale des enfants d'immigrants”* (Rousseau et Jamil, 2010). Or, l'expérience migratoire est peu visible dans l'attitude de l'enfant tenant plus ou moins fermement son rôle social d'élève. La prise en compte ne doit pas équivaloir à une action didactique directe - éventuellement perçue comme cathartique par l'enseignant. Certes, le récit de vie et de l'expérience à l'altérité fait partie des objets d'études des programmes scolaires pour tous les élèves, quel qu'en soit leur parcours antérieur, mais il ne s'agit pas de faire raconter à l'élève son trajet migratoire dans un cadre scolaire, injonctif pour un public captif, à moins que la mise en œuvre d'activités (dans l'espace de travail et de parole orale ou écrite) ne s'y prête, sans impératif, dans une atmosphère favorable. Les productions du récit intime demeurent une voie de l'expressivité et du développement des compétences langagières, mais l'enseignant ou le chercheur ne peuvent pas faire l'économie d'une réflexion éthique sur ce type d'activités, car touchant un sujet intime qui peut faire émerger des difficultés dépassant l'enfant et pour lesquelles l'enseignant risque de se trouver démuni, car les manifestations sortent de son champ de compétences ; ce sera le cas si, lorsqu'il s'oriente sur la tâche d'apprentissage (tel que “dessiner son parcours migratoire”), il omet de mesurer les processus de production développés par l'enfant. A titre d'exemple, nous pouvons évoquer le cas d'enfants pour lesquels la préservation du secret familial entre en conflit avec des consignes scolaires par lesquelles ils peuvent se sentir jugés, moralement et scolairement, et de ce fait la confrontation ou le conflit des sphères privées et publiques peuvent alors être résolues par le mensonge, le silence ou l'opposition à l'activité et au discours.

Afin aussi de nous départir d'une approche adultocentrée sociologisante projetant des conditions migratoires comme ayant nécessairement des incidences sur l'expérience scolaire, nous avons volontairement fait le choix de ne pas interroger les enfants sur leur trajet ou parcours migratoire. Lorsque celui-ci a parfois été dévoilé par des enfants, il s'agissait alors d'un choix délibéré. D'ailleurs, c'est davantage à travers des comportements que les adultes peuvent être alertés: fatigue exagérée, maux de ventre ou de tête répétés, violence ou instabilité d'humeur... En outre, faire parler de son récit migratoire peut contribuer à le réifier alors même que certains enfants, résilients notamment, ont besoin de le mettre à l'écart. Par ailleurs, encourager le récit narratif de soi peut avoir pour écueil de fabriquer une position victimaire stratégique ou au contraire déresponsabilisante. Ayant pour effet de produire de la compassion, le récit enfantin de la migration prendrait le risque de plonger l'expérience de l'élève dans le registre compassionnel. Cette “raison humanitaire” (Fassin, 2010) est motrice

d'engagements militants - notamment éducatif - et la dimension proprement scolaire, liée aux apprentissages pourrait être mise au second plan. Il s'agit donc de trouver un juste équilibre entre l'attention, l'expression et l'intervention en mobilisant les différents acteurs, experts de leur propre champ.

## **Références bibliographiques**

- Armagnague-Roucher, M., Cossée, C., Mendonça Dias, C., Rigoni, I., & Tersigni, S. (2018). Etude sur la scolarisation des élèves allophones nouvellement arrivés (EANA) et des enfants issus de familles itinérantes et de voyageurs (EFIV) (EVASCOL), [Rapport de recherche] Défenseur des Droits.
- Armagnague-Roucher, M., Cossée, C., Cossée-Cruz, E., Hieronimy, S. & Lallouette, N. (2017). Combiner sociologie et arts dans le recueil des données : Éléments pour une conceptualisation des méthodes artistiques dans les enquêtes qualitatives : l'exemple d'une recherche sur la scolarisation des enfants migrants. *Migrations Société*, n°167, p.63-76.
- Armagnague, M., & Rigoni, I. (2016). Saisir le point de vue de l'enfant. Enquêter sur la participation socio-scolaire des élèves migrants, *Recherches qualitatives*, Dossier Prudence empirique et risque interprétatif, Catherine de Lavergne (éd.), Hors-série, n°20, p.311-329.
- Armagnague, M., & Rigoni, I. (2016). Conduire une recherche sur la scolarisation d'élèves primo-migrants : quelques enjeux et défis socio-institutionnels, *Nouvelle revue de l'adaptation et de la scolarisation (NRAS)*, n°75, p.321-333.
- Auger, N. (2011). *Élèves nouvellement arrivés en France, réalités et perspectives pratiques en classe*, Éditions des archives contemporaines. Paris : Ed. des Archives contemporaines, 152p.
- Bailleul, C., & Senovilla, D. (2016). Dans l'intérêt supérieur de qui ? Enquête sur l'interprétation et l'application de l'article 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant dans les mesures prises à l'égard des mineurs isolés étrangers en France. Poitiers : Migrinter, 157 p.
- Barou, J., & Moro, M-R. (dir.) (2003). *Les enfants de l'exil, étude auprès des familles en demande d'asile dans les centres d'accueil*. Unicef et Sonacotra.
- Bellman, B. & Jules Rosette B. (1977). *A paradigm for looking: cross cultural research with visual media*. Norwood, N. J. Ablex, 211p.
- Clavé-Mercier, A. & Rigoni, I. (2017). Enquêter sur les migrations : une approche qualitative. *Migrations Société*, n°167, p.13-28. Disponible sur: [www.cairn.info/revue-migrations-societe-2017-1.htm](http://www.cairn.info/revue-migrations-societe-2017-1.htm)
- Cyrułnik, B. (1999). *Un merveilleux malheur*. Paris : Odile Jacob.
- Daviet, O. (2005). *Etre enfant de parents demandeurs d'asile. Les demandeurs d'asile, espoirs et déboires*, *Écarts d'identité*, n° 107.
- Dolignon, C. (2015). C'est quoi pour toi l'École ? Analyse de dessins d'élèves en situation de décrochage scolaire. *Les Cahiers Dynamiques* 2015/1, n° 63, p. 76-88.
- Dubet, F. (2016). *Sociologie de l'expérience*. Paris : Seuil, collection Points Essais.
- Etiemble, A. & Zanna, O. (2013). *Des typologies pour faire connaissance avec les mineurs isolés étrangers et mieux les accompagner*. Convention de recherche n°212.01.09.14 : Actualiser et complexifier des motifs de départ du pays d'origine des mineurs isolés étrangers présents en France, Topik/Mission de Recherche Droit et Justice.
- Farmer, D. & Prasad, G. (2014). Mise en récit de la mobilité chez les élèves plurilingues: portraits de langues et photos qui engagent les jeunes dans une démarche réflexive. In Molinie Muriel (dir.), (Se) représenter les mobilités: dynamiques plurilingues et relations altéritaires dans les espaces mondialisés. *Glottopol*, revue de sociolinguistique en ligne, n° 24. Disponible sur: [http://glottopol.univ-rouen.fr/telecharger/numero\\_24/gpl24\\_04farmer\\_prasad.pdf](http://glottopol.univ-rouen.fr/telecharger/numero_24/gpl24_04farmer_prasad.pdf)

- Fassin, D. (2010). *La raison humanitaire : une histoire morale du temps présent*. Paris : Seuil.
- Goï, C. (2005, rééd. 2015). *Des élèves venus d'ailleurs*. Orléans : Canopé, Coll. Eclairer.
- Huver, E. & Goï, C. (2010). Évaluer – accueillir – insérer: Quel(s) prisme(s) pour quelle(s) projection(s)? *Cahiers de sociolinguistique*, p.97-108. Disponible sur <http://www.cairn.info/revue-cahiers-de-sociolinguistique-2010-1.htm>
- Idris, I. «Du culturel au thérapeutique: la vulnérabilité spécifique des enfants de migrants comme outils de réussite», *Les Conférences du CASNAV*, Académie de Paris, Tome 3, recueil des actes 2004 à 2005.
- Kadare, I. (1980). *Avril brisé*. Paris : Le Livre de Poche.
- Mendonça Dias, C. (2017). Le rythme d'apprentissage des élèves allophones arrivants : présentation d'un protocole de recherches. *Dialogues et cultures*, n° 63.
- Mendonça Dias, C. (2016). «Les difficultés institutionnelles pour scolariser les élèves allophones arrivants», dans Armagnague-Roucher M. et Bruneaud J.-F., *École, migration, discrimination*, Les Cahiers de la Lutte contre les Discriminations (LCD) n° 2, p. 47-62.
- Mendonça Dias, C. (2014). Comparaisons entre les compétences initiales des collégiens nouvellement arrivés et les compétences visées et atteintes dans le système scolaire français. In Cuq, J.-P. et Chnane-Davin, F. (coord.), éd. Riveneuve, coll. Actes académiques, série Didactique des langues, p149-166. Disponible sur : <http://www.francaislangueseconde.fr/accueil/quisuisje/>
- Mendonça Dias, C. (2013). La place des compétences culturelles pour les élèves allophones arrivants, en France. In Etienne S. et Chnane-Davin F. (coord.), *Parcours de formation, d'intégration et d'insertion : la place de la compétence culturelle*, S&F- Savoirs et Formation Recherches & Pratiques, n° 3.
- Mendonça Dias, C. (2012). Les progressions linguistiques des collégiens nouvellement arrivés en France. Villeneuve d'Ascq: publication ARNT. Disponible sur: [www.francaislangueseconde.fr/recherches-sur-le-fls/theses/](http://www.francaislangueseconde.fr/recherches-sur-le-fls/theses/)
- Mohammadi, W. (2009). *De Kaboul à Calais, l'incroyable périple d'un jeune Afghan*. Paris : Robert Laffont.
- Molinié, M. (2009). *Le dessin réflexif: Elément d'une herméneutique du sujet plurilingue*. Centre de Recherche Textes et Francophonies (CRTF). France: Encrages-Belles Lettres. Disponible sur: [www.archives-ouvertes.fr/hal-01475642/document](http://www.archives-ouvertes.fr/hal-01475642/document)
- Moro, M.-R. (2002). *Enfants d'ici venus d'ailleurs*. Paris : Hachette, Pluriel.
- Passarlay, G. (2015). *The lightless Sky: An Afghan Refugee Boy's Journey to A New Life in Britain*. Londres : Atlantic Books.
- Richterich, R. (1985). *Besoins langagiers et objectifs d'apprentissage*. Paris : Hachette.
- Robin, J. (2018). 60 700 élèves allophones en 2016-2017: 90% bénéficient d'un soutien linguistique, Note d'information n°18.15 Direction de l'Évaluation de la Prospective et de la Performance.
- Robin, J. & Touahir, M. (2015). Année scolaire 2014-2015: 52 500 élèves allophones scolarisés dont 15 300 l'étaient déjà l'année précédente. Note d'information n° 35. Direction de l'évaluation de la prospective et de la performance.
- Rousseau, C. (2013). Le développement de programmes de prévention pour les enfants immigrants et réfugiés : douter de l'évidence. *Revue Alterstice*, 3(1), 61-66. Disponible sur : [www.journal.psy.ulaval.ca/ojs/index.php/ARIRI/article/view/Rousseau\\_Alterstice3%281%29/pdf](http://www.journal.psy.ulaval.ca/ojs/index.php/ARIRI/article/view/Rousseau_Alterstice3%281%29/pdf)

- Rousseau, C., Armand, F., Laurin-Lamothe A., Gauthier M. F., & Saboundjian R. (2012). Innovations in Practice: A pilot project of school-based intervention integrating drama and language awareness. *Child and Adolescent Mental Health*, n°17(3), p187-190.
- Schiff, C. (2015). *Beurs et Blédards. Les nouveaux arrivants face aux Français issus de l'immigration*. Lormont : Le bord de l'eau.
- Senovilla-Hernandez, D. (2014). *Mineurs isolés étrangers et sans protection en Europe*. Rapport de recherche Pucafreu. CNRS, MIGRINTER et Université de Poitiers. Disponible sur: <http://omm.hypotheses.org/files/2014/06/Pucafreu-CF-version-def.pdf>
- Sirota, R. (2006). *Éléments pour une sociologie de l'enfance*. Rennes : Presses Universitaires de Rennes.
- Wagner, A-C. (1998). *Les nouvelles élites de la mondialisation*. Paris : Presses universitaires de France.

### **Vidéo documentaire**

- Bertucelli, J. (2013). *La cour de Babel*. Film documentaire. Les films du poisson, Arte et Sampek production (89 mn).
- Oujdi, R. (2016). *J'ai marché jusqu'à vous – récits d'une jeunesse exilée*. Film documentaire. Comic Strip Production, LCP Assemblée nationale et France Télévisions (52 mn).
- Tom, P. (2016). *Bagages*. Film documentaire de l'école Paul Gérin Lajoie d'Outremont, Montréal. Produit par Tom Paul (52 mn).



## *Clandestinité, éducation secondaire et formation professionnelle*

Elodie ANTONY

Fondation suisse du Service social international, Genève, Suisse

Depuis les années 90, des avancées notables ont été réalisées pour ouvrir le système d'éducation et de formation à tout enfant, comme le postule la Convention des Nations Unies relative aux des droits de l'enfant (art 28 CDE). Toutefois, le manque d'accès à ces mesures pour des enfants en situations de clandestinité reste préoccupant.

### **Les enfants sans-papiers en Suisse: Qui sont-ils ?**

Si le nombre d'enfants requérants d'asile est enregistré chaque année au niveau national, celui des enfants en situations de clandestinité garde par définition une part d'ombre. D'après une estimation de 2015<sup>1</sup>, 9'000 à 10'000 enfants sans-papiers vivent en Suisse, équivalent à 12% du total estimé de personnes sans statut légal. Selon cette étude également, la Suisse compterait plus de 8000 familles avec enfants et le nombre de naissances s'élèverait à 300 par année.

Il convient de distinguer deux catégories d'enfants et d'adolescents sans-papiers: d'une part les enfants accompagné-e-s, qui sont arrivé-e-s avec leurs parents, né-e-s en Suisse ou ont rejoint un parent en Suisse; d'autre part les enfants non accompagné-e-s, défini-e-s comme tel s'ils ou elles séjournent en Suisse sans leur représentant légal, même en présence d'autres membres de leur famille.

Concernant cette deuxième catégorie, une étude du Service social international sur les mineurs non accompagnés (MNA) sans-papiers dans le canton de Genève<sup>2</sup> a contribué à définir quatre profils de ces jeunes encore peu connus:

- les MNA par intermittence (réuni-e-s avec leurs parents par périodes ou dont le parent est rentré dans le pays d'origine),
- les employé-e-s de maison (employé-e-s par des membres ou proches de leur famille ou par des personnes extérieures),
- les victimes de traite, et
- les jeunes „itinérants“ (vivant dans la rue et hors de tout système de protection sociale).

### **Droit à la formation: Entre avancées et réalité**

Depuis les années 90, les enfants sans-papiers ont le droit d'être scolarisés comme tout enfant résidant en Suisse. Cependant, la question de la formation professionnelle reste problématique et fait l'objet d'un débat important au niveau

<sup>1</sup> B,S,S. Volkswirtschaftliche Beratung, Swiss Forum Migration and Population Studies (SFM) et Université de Genève (2015). Les sans-papiers en Suisse en 2015.

<sup>2</sup> Service social international – Suisse (2015). Mineurs non accompagnés (MNA) sans-papiers à Genève.

national. De nombreuses voix, sous la forme d'initiatives civiles<sup>3</sup> et politiques<sup>4</sup>, se sont élevées pour demander l'accès à l'apprentissage des jeunes sans-papiers. Depuis 2013, les jeunes sans-papiers peuvent ainsi effectuer un apprentissage professionnel sous certaines conditions cumulatives, telles que le suivi de la scolarité pendant au moins cinq ans, la déclaration d'engagement d'un employeur et la déclaration ouverte de l'identité du-de la jeune.<sup>5</sup>

Les constats sont toutefois consternants : après un an, sur 200 à 400 jeunes sans-papiers potentiellement concerné-e-s, seules deux demandes avaient été déposées.<sup>6</sup> Il n'existe en effet aucune garantie de bénéficier d'une autorisation de séjour même si toutes les conditions sont remplies. En révélant leur identité, les jeunes sans-papiers et leur famille peuvent aussi courir le risque d'expulsion, si la demande est rejetée.

### Défis persistants et recommandations

Les défis actuels pour un accès renforcé des jeunes migrant-e-s à la formation professionnelle résident dans l'allègement des conditions d'accès, la mise en place de formations adaptées aux aptitudes des jeunes migrant-e-s et un accompagnement individualisé. Il convient en outre de considérer la situation spécifique des jeunes arrivé-e-s tardivement (15-17 ans) ainsi que des jeunes avec un faible bagage scolaire ou un parcours éducatif interrompu.

En 2015, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a adressé une série de recommandations à la Suisse<sup>7</sup>, dont des mesures de protection spéciales en faveur des enfants requérants d'asile, réfugiés et sans-papiers. Il recommande notamment un accès effectif et non-discriminatoire à l'éducation et à la formation professionnelle ainsi que des programmes pour prévenir l'exclusion des enfants sans-papiers et assurer leur accès aux services et prestations de base.

Par ailleurs, la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) a élaboré en 2016 des recommandations visant à harmoniser la prise en charge des MNA dans les cantons.<sup>8</sup> Si ces recommandations ciblent les MNA requérants d'asile, la CDAS stipule toutefois qu'«elles peuvent néanmoins présenter une certaine pertinence pour les questions liées aux enfants et aux jeunes sans autorisation de séjour qui n'ont pas accompli de procédure d'asile, notamment en ce qui concerne la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant». La formation est un thème central avec, notamment, la demande d'assurer un accès non discriminatoire

---

<sup>3</sup> Campagne Aucun enfant n'est illégal (2008) et mouvements syndicaux

<sup>4</sup> Motion Barthassat 08.3616, 2008 et initiative de la Ville de Lausanne pour l'engagement d'apprentis sans-papiers (2010)

<sup>5</sup> Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA), modification de l'art. 30 a, entrée en vigueur le 1er février 2013.

<sup>6</sup> Plateforme d'information Humanrights.ch (2014). L'apprentissage pour les jeunes sans papiers n'est toujours pas une réalité.

<sup>7</sup> Comité des droits de l'enfant (2015). Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse (CRC/C/CHE/CO/2-4).

<sup>8</sup> CDAS (2016). Recommandations relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile.

aux offres existantes et de développer des mesures pour les jeunes ayant migré tardivement.

Enfin, le manuel de prise en charge des MNA en Suisse développé par le SSI<sup>9</sup> propose une méthodologie d'accompagnement en 9 étapes ayant pour but de définir avec chaque jeune migrant-e une solution durable adaptée à sa situation. L'une des étapes, ciblée sur les mesures d'intégration, promeut notamment l'accès à l'éducation et à la formation par le biais d'un accompagnement individuel et d'une orientation professionnelle renforcés.

En conclusion, un accès effectif à la formation appelle à un changement de paradigme. Ce changement devrait conduire à considérer les enfants migrants non plus uniquement dans la dimension de la protection (ici et maintenant) mais également dans celle des perspectives (et après?), que leur avenir se déroule en Suisse ou ailleurs. La formation apparaît ainsi comme la meilleure forme de prévention et de construction d'un futur digne. Des renforcements structurels sont nécessaires, mais il convient également d'accorder une place réelle à la participation des jeunes migrant-e-s dans notre société, comme le promeut notamment le projet *Speak out!* du Conseil suisse des activités de jeunesse (CSAJ) et son récent projet *Speak out! Sans-Papiers*.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Service social international – Suisse (2017). Manuel de prise en charge des mineur-e-s non accompagné-e-s en Suisse. Guide pratique à l'usage des professionnel-le-s.

<sup>10</sup> Conseil suisse des activités de jeunesse (CSAJ), projet *Speak out! MNA et Speak out! Sans-Papiers* : <http://www.sajv.ch/projets/speak-out/speak-out-papiers/?lang=fr>



# *Recommandations de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) relatives aux enfants et aux adolescents mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile (Recommandations MNA)*

Martine LACHAT CLERC

Responsable du domaine Enfance et jeunesse

Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales, Suisse

La Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) a élaboré des recommandations afin d'assister les cantons dans la prise en charge des mineurs non accompagnés (MNA). Ces recommandations fixent des standards minimaux dans les domaines clés que sont l'hébergement, l'encadrement, la représentation légale, l'école et les possibilités de formation complémentaire, ainsi que le passage à la majorité et prévoient une certaine harmonisation des réglementations cantonales.

Les recommandations relatives aux enfants et adolescents non accompagnés dans le domaine de l'asile ont été adoptées par la CDAS à l'intention des cantons, lors de son assemblée plénière du 20 mai 2016. Les recommandations s'adressent en premier lieu aux instances cantonales et communales compétentes, ou aux tiers mandatés pour ces tâches.

Les recommandations peuvent être téléchargées sur le site de la CDAS: [www.sodk.ch/fr/domaines/migrations/mineurs-non-accompagnes-mna](http://www.sodk.ch/fr/domaines/migrations/mineurs-non-accompagnes-mna).

## **Qui est la CDAS?**

La CDAS soutient, encourage et coordonne la collaboration entre les cantons dans le domaine de la politique sociale. Sur le plan intercantonal, elle exerce une fonction dirigeante d'ordre socio-politique et favorise le fédéralisme coopératif.

Conjointement avec les cantons, la CDAS cherche des solutions novatrices dans le domaine social afin d'optimiser les résultats de la politique sociale. Elle défend les points de vue des cantons auprès du Conseil fédéral, de l'administration fédérale, du Parlement et du public. Elle organise des consultations, rédige des rapports et des prises de position et favorise les échanges entre cantons.

Les matières principales traitées par la CDAS sont la politique en faveur des personnes en situations de handicap, la politique familiale, la politique de l'enfance et la jeunesse, la politique migratoire (en particulier l'hébergement et l'encadrement dans le domaine d'asile) ainsi que les assurances sociales et l'aide sociale. La CDAS traite

aussi des dossiers d'ordre intergénérationnel, de questions liées à l'aide aux victimes, de la formation dans le domaine social et de la statistique sociale.

L'organe statutaire suprême de la CDAS est l'assemblée plénière, qui réunit les 26 directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales alors que le Comité directeur assume le rôle d'organe de direction de la conférence. Ses neuf membres sont tous issus de l'assemblée plénière et représentent de manière équilibrée les différentes langues et parties du pays.

La CDAS ne peut pas légiférer ou créer des règles de droit. Lorsqu'il paraît utile ou judicieux d'harmoniser certaines pratiques, ses moyens sont limités. La CDAS assure par exemple le secrétariat de la Convention intercantonale relative aux institutions sociales (CIIS), qui est contraignante pour les cantons qui y ont adhéré. Dans les autres domaines, la CDAS peut élaborer des lignes directrices ou des déclarations qui sont comprises comme des objectifs que la conférence vise par ses actions et donnent ainsi une orientation au travail de son secrétariat général et des commissions spécialisées. La CDAS peut aussi adopter des recommandations à l'attention des cantons ou éventuellement d'autres acteurs. Cela signifie que la majorité des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (si possible tous) se sont mis d'accord sur le contenu de ces recommandations qui n'ont toutefois pas de caractère obligatoire. Les cantons sont dès lors libres de décider s'ils veulent les mettre en œuvre ou en intégrer une partie dans leur ordre juridique. Les recommandations aident et soutiennent ainsi les directrices et directeurs cantonaux à mettre en place des concepts ou à faire passer des stratégies dans leur propre canton, de manière concertée entre cantons.

### **Pourquoi des recommandations sur la prise en charge des MNA ?**

Dans le domaine de la migration, la CDAS se penche essentiellement sur les questions liées à l'hébergement et l'encadrement des requérants d'asile. Elle assiste les cantons dans l'application de la loi sur l'asile et des ordonnances y relatives. Les "Recommandations MNA" ont été élaborées dans le cadre de ce domaine, suite à l'augmentation massive du nombre de demandes d'asile des MNA depuis 2014.

Dès le printemps 2015, le Secrétariat d'état aux migrations (SEM) s'est vu dans l'obligation de répartir les MNA de manière équitable entre tous les cantons selon la clé de répartition en vigueur et sans tenir compte des catégories d'âge. Certains cantons n'étant jusqu'ici pas ou peu confrontés à cette réalité, ont dû mettre en place des solutions adaptées aux MNA pour l'hébergement, l'encadrement et la représentation légale. Les coordinatrices et coordinateurs cantonaux en matière d'asile ont dès lors suggéré, lors de leur séance d'octobre 2014, l'élaboration de recommandations sur l'hébergement, l'encadrement et la représentation légale des enfants et jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile. Par la suite, le comité de la CDAS a chargé son secrétariat général d'élaborer des recommandations allant dans ce sens, en collaboration avec les professionnels du

terrain dans les cantons, l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) et les organisations actives dans ce domaine. Le défi a été de tenir compte des demandes de chacun, tout en rédigeant un projet réaliste du point de vue politique.

### **Que visent les recommandations MNA ?**

De manière générale, les recommandations de la CDAS stimulent les discussions politiques dans les cantons, soutiennent le développement de concepts ou de stratégies et visent la coordination des pratiques entre les cantons.

Grâce à l'approbation de notions communes et de standards minimaux relatifs à l'hébergement, l'encadrement et la représentation légale des MNA, les recommandations visent aussi une certaine harmonisation des réglementations cantonales dans ce domaine. Elles soutiennent les cantons dans l'élaboration de leur propre solution de prise en charge des MNA, sont un support technique pour les professionnels qui travaillent avec eux et facilitent la collaboration entre les cantons.

### **Qu'entend la CDAS par MNA ?**

La dénomination « mineurs non accompagnés (MNA) » a été choisie en français comme en allemand. Elle se réfère aux enfants et adolescents de moins de 18 ans qui sont séparés de leurs parents –parfois accompagnés de frères et sœurs mineurs ou majeurs– et privés du soutien d'une personne adulte, investie de responsabilités parentales en vertu de la loi ou découlant du droit coutumier.

Les recommandations visent tous les MNA relevant du domaine de l'asile (engagés dans une procédure d'asile en Suisse ou ayant passé par une procédure d'asile : requérant d'asile (livret N), admis à titre provisoire (livret F), réfugiés (livret B ou C), ceux en procédure ou admis pour protection provisoire (livret S) et ceux tenus de quitter le pays).

Les recommandations peuvent présenter une certaine pertinence pour les MNA sans autorisation de séjour, mais ne les visent pas explicitement. Dans ce cas, il conviendra de s'assurer que ces enfants ou adolescents aient la possibilité d'accéder à une procédure appropriée (relevant du droit d'asile ou du droit des étrangers) ou aux mesures de protection de l'enfance.

### **Quel est le lien entre les recommandations MNA et les recommandations PEJ ?**

Le 19 mai 2016, l'assemblée plénière de la CDAS a aussi approuvé des recommandations pour le développement de la Politique de l'enfance et de la jeunesse dans les cantons (recommandations PEJ)<sup>1</sup>. Ces recommandations visent les enfants et les jeunes de 0 à 25 ans qui vivent en Suisse, y compris les MNA.

---

<sup>1</sup> CDAS, recommandations pour le développement de la politique de l'enfance et de la jeunesse dans les cantons : <http://www.sodk.ch/fr/domaines/enfance-et-jeunesse/>.

Elles ont pour objectif de soutenir, par des suggestions et des exemples, le développement des politiques cantonales de l'enfance et de la jeunesse et mettent en exergue les conditions-cadres pour un développement durable de ladite politique, ainsi que des propositions pour un système qui couvre les besoins effectifs des enfants, des jeunes et de leur famille.

Les enfants et les adolescents mineurs non accompagnés relevant du domaine de l'asile sont par définition des personnes mineures qui ne doivent pas être traitées « de-facto comme des adultes ». Ils ont besoin de protection particulière, du fait de leur âge et parce qu'ils se trouvent en Suisse, sans être accompagnés d'une personne investie de l'autorité parentale et, pour une partie d'entre eux, engagés dans une procédure d'asile. Pour ces mêmes raisons, ils sont aussi particulièrement exposés aux risques liés à la traite d'êtres humains, l'exploitation, la criminalité organisée ou aux autres activités illégales. De plus, ils sont souvent traumatisés par leur expérience de la fuite.

Les MNA qui atteignent la majorité ont aussi besoin de protection et de soutien, car ils se trouvent dans une phase de transition et vivent une période décisive.

### **Quelles perspectives ?**

Les recommandations MNA sont une étape essentielle en vue de l'élaboration de directives et de concepts par les cantons, ainsi que pour la collaboration entre ces derniers dans ce domaine. Il est encore trop tôt pour évaluer leur impact dans les cantons. Des tables rondes et des groupes de travail se sont constitués afin d'échanger sur les difficultés relatives à la mise en œuvre des recommandations et sur les bonnes pratiques appliquées par les cantons.

De son côté, la CDAS poursuit les discussions avec la Confédération afin de trouver des solutions aux difficultés financières liées à la prise en charge des MNA. En effet, de juillet à novembre 2016, la CDAS, en collaboration avec la CDIP et la CDC, a procédé au relevé des coûts et à l'évaluation des besoins pour l'intégration, l'hébergement et l'encadrement des personnes relevant du domaine de l'asile et pour la préparation à la formation professionnelle des jeunes arrivés tardivement en Suisse.

Plus précisément, le rapport constate que les coûts pour l'hébergement et l'encadrement des MNA (si les prestations correspondent aux recommandations de la CDAS) dépassent nettement le forfait global versé actuellement par la Confédération. Les coûts non couverts d'hébergement et d'encadrement s'élèvent à CHF 70.- par jour et par personne. Si tous les cantons mettaient en œuvre les recommandations de la CDAS, il manquerait chaque année près de 69 millions de francs. Les cantons ont alors demandé à la Confédération de relever substantiellement le forfait global pour permettre un hébergement et un encadrement adéquats des MNA. Les pourparlers sont en cours.

# *La nécessaire adaptation des pratiques des services d'action sociale en réponses aux problématiques des enfants en situation de migration*

*Eclairage sur la situation des requérants d'asile mineurs non accompagnés en Valais*

**Roger FONTANNAZ**

Chef de l'Office de l'asile, Service de l'action sociale, Département de la santé, de la culture et des affaires sociales, Canton du Valais, Suisse

## **Introduction**

Les requérants d'asile sont des migrants d'un type particulier: leur statut dans le pays d'accueil n'est pas définitif, puisqu'une procédure est en cours. Cet état de fait a une incidence directe sur le processus de leur insertion sociale et professionnelle, de deux façons. D'un côté, le statut du requérant d'asile peut être un frein net à la première intégration par la difficulté d'apprentissage de la langue qu'il génère (insécurité, impossibilité de se projeter dans le futur, peu de contacts avec la population locale, etc.). De l'autre, favoriser l'intégration socio-professionnelle des requérants d'asile peut entrer en conflit avec la volonté politique du pays d'accueil de ne pas créer des conditions de séjour qui, comparativement à d'autres Etats, inciteraient les requérants à déposer une demande d'asile. Cela crée une tension qui ne facilite pas la tâche des professionnels de l'intégration.

Ce constat s'applique-t-il aux enfants requérants d'asile qui, dans le cadre de la scolarisation, semblent s'intégrer plus facilement? Et qu'en est-il des requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA)?

Le nombre de ces derniers a fortement augmenté en 2015, suivant par-là l'évolution du flux migratoire vers l'Europe. De mai à septembre 2015, le Valais a géré 10 à 20 nouvelles arrivées par semaine<sup>1</sup>, parmi lesquelles toujours plus de RMNA : alors qu'en janvier, ceux-ci étaient au nombre de 40 dans notre canton, à la fin de l'année, on en comptait 120<sup>2</sup>.

Comment les RMNA sont-ils accueillis en Valais ? Quel encadrement, quelles mesures particulières sont garantis ? Quelle est la spécificité de leur personne et de leur situation, quel avenir se dessine pour eux ? Quelles sont les défis liés à l'intégration socio-professionnelle de ces adolescents dont le séjour durable en Suisse est prévisible ?

---

<sup>1</sup> Près du double du nombre moyen en période stable

<sup>2</sup> Ce chiffre est toujours actuel (juin 2017).

Dans la présente contribution, nous retraçons l'historique de l'accueil des RMNA en Valais et mettons en lumière le cadre légal dans lequel cet accueil est organisé. Nous précisons la mission du Rados, structure valaisanne d'accueil et d'encadrement des RMNA. Les singularités propres à cette population particulière de demandeurs d'asile sont mises en avant, les défis que représentent aujourd'hui et demain, en Valais, l'accueil, l'encadrement et l'insertion professionnelle de ces jeunes sont examinés, en même temps que sont présentées les pistes de réflexion et d'action actuellement en examen ou en cours de réalisation autour de la thématique de l'insertion professionnelle des RMNA.

## **Cadre légal, histoire et organisation du Rados**

Le Rados, situé à Sion, est la structure d'encadrement pour requérants d'asile mineurs non accompagnés de l'Office de l'asile. Cet office fait partie du Service de l'action sociale du canton du Valais (Département de la santé, des affaires sociales et de la culture).

L'autorisation d'exploiter est délivrée par l'Office pour la protection de l'enfant du Service cantonal de la jeunesse (Département de l'économie et de la formation). Comme l'exige la loi suisse, l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) attribue à chaque RMNA un représentant légal qui s'occupe des aspects de la procédure d'asile et qui sert également de personne ressource dans le cadre légal des différentes affaires concernant le requérant mineur. Cette représentation légale en Valais est assurée par Mme Françoise Jacquemettaz, appuyée par deux collaborateurs. Celle-ci est également responsable du Centre Suisses-Immigrés de Sion<sup>3</sup>.

L'équipe d'encadrement du Rados, menée par le responsable de l'Unité d'encadrement éducatif et composée d'éducateurs, d'encadrants éducatifs et de veilleurs, assure la gestion du foyer et des jeunes 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7.

Le Rados a été créé au printemps 2004. A l'époque, les bénéficiaires des prestations d'encadrement sociales globales spécifiques du Rados étaient 6 jeunes garçons RMNA hébergés sur le mode de l'internat (hébergement et cuisine collectifs, 7 jours sur 7) et 14 RMNA devenus adultes vivant dans 7 studios (appartements protégés). En 2006, une structure interne spécifique a été ouverte pour les filles. Ainsi, fin 2014, le Rados comptait 12 places en interne pour les garçons, 8 pour les filles, et 20 places en appartement protégé.

La capacité d'accueil était à l'aune de la situation migratoire de l'époque, plutôt stable jusqu'en 2015. Elle répondait de manière adéquate aux besoins de la population accueillie.

---

<sup>3</sup> Le Centre suisses-Immigrés (CSI) est une association à but non lucratif, active auprès des migrants dans le Valais central depuis 1984. Le Centre offre une permanence juridique et sociale, des cours de français, ainsi que des activités d'intégration. [www.csivs.ch/association](http://www.csivs.ch/association)

L'année 2015 a été marquée par l'arrivée d'environ 900 nouveaux requérants d'asile en Valais, dont près de 80 mineurs non accompagnés. Les situations sociales sont désormais plus complexes, les RMNA plus jeunes et le nombre de filles RMNA plus important, bien que celles-ci restent minoritaires. La structure de l'Office de l'asile réservée au RMNA s'agrandit: bientôt, le Rados offrira 130 places d'hébergement réparties sur 5 sites dans la région de Sion, et 30 places en logements satellites avec encadrement éducatif ponctuel pour les anciens RMNA encore en formation. Dans la foulée, l'Office de l'asile démarre un nécessaire processus de réflexion sur ses actions et directions relatives à l'accueil et à l'encadrement des RMNA.

## **Identité des RMNA et mission du Rados**

En Valais, la prise en charge des RMNA est organisée en un site unique, le Rados. Quelles sont les caractéristiques que représente cette population requérante d'asile particulière et le mode d'encadrement social global qu'offre la structure ?

Les RMNA accueillis au Rados sont:

- pour l'essentiel, des RMNA, soit des adolescents âgés de 13 à 17 ans qui se sont présentés dans un centre d'enregistrement de la Confédération sans adulte référent (père, mère, grand frère ou grande sœur, oncle, tante, etc.) ;
- ponctuellement, des requérants d'asile mineurs en placement d'urgence : le Rados peut recevoir, pour une période plus ou moins longue, des enfants ou des jeunes requérants d'asile dont le contexte familial ne permet pas ou plus un maintien à domicile ;
- des RMNA devenus majeurs : le mandat du Rados ne s'arrête pas une fois la majorité du jeune atteinte et se poursuit jusqu'à ce que la formation ou le projet professionnel de la personne soit abouti ou tout du moins solidement engagé ;
- depuis janvier 2017, le Rados abrite des réfugiés reconnus mineurs : un accord avec la Croix-Rouge valaisanne<sup>4</sup> a été conclu pour que le mandat de la structure soit élargi ; c'est ainsi que les réfugiés reconnus restent sous la responsabilité de l'Office de l'Asile jusqu'à leurs 20 ans révolus ; l'objectif est que ces jeunes adultes bénéficient du savoir-faire et du réseau du Rados pour favoriser leur insertion professionnelle.

L'encadrement social global des RMNA au Rados consiste en :

- l'hébergement ;
- la prise en charge sanitaire ;
- le soutien psychosocial ;
- l'encadrement scolaire et professionnel des personnes.

Cet encadrement évolue depuis 2015 à l'unisson des changements de la situation migratoire en Europe en général.

---

<sup>4</sup> Le Service de l'action sociale par son Office de l'asile a mandaté la Croix-Rouge pour encadrer et suivre les requérants ayant obtenu l'asile en Suisse : les réfugiés.

## Spécificités du Rados

Le Rados est exclusivement conçu pour l'accueil et la prise en charge de RMNA, sous réserve de l'extension mentionnée ci-dessus. La structure s'est développée depuis 2004 en fonction des besoins spécifiques de ses bénéficiaires et en s'adaptant à la réalité évolutive du terrain.



L'encadrement au Rados porte ses fruits et est couronné de succès, dans le domaine de l'insertion sociale aussi bien que professionnelle des jeunes. Ce succès est étroitement lié à diverses caractéristiques fondamentales du Rados :

- Le Rados offre un **cadre d'accueil plus familial qu'institutionnel** de par son mandat d'une part, de par la disposition et la dimension de ses locaux de l'autre. Ce caractère familial favorise la création d'un lien de confiance entre les jeunes et les encadrants, essentiel pour une prise en charge optimale.
- Une véritable **identité « Rados »** s'est créée au fil des années, notamment à travers l'organisation **d'activités de groupe**, par exemple des camps, des sorties à vélo de plusieurs jours, etc. Ces activités renforcent le **sentiment d'appartenance** qu'éprouvent les jeunes et renforce le caractère familial de la structure.
- La bonne collaboration entre le Rados de l'Office de l'asile et le Département de l'éducation permet depuis de nombreuses années aux jeunes de suivre le parcours scolaire dans les institutions officielles, puis de rejoindre les filières de formation professionnelles usuelles. Le Rados est l'un des garants d'une **intégration scolaire réussie et de l'accès à la formation**.
- La création, puis l'activation d'un **réseau professionnel riche** avec divers acteurs du tissu économique valaisan et des collaborations qui s'inscrivent dans la durée assurent un taux de placement significatif des jeunes en

recherche d'une place d'apprentissage. Un **suivi scolaire individualisé** des apprentis permet un taux de réussite optimal.

- Le **suivi** que le Rados propose **peut se poursuivre après que le jeune ait atteint sa majorité**. Ainsi, le jeune adulte en formation ou qui démarre tout juste dans la vie active est sécurisé par l'accompagnement soutenu que continue à lui offrir le Rados. Ce sentiment de sécurité est un facteur important de réussite.
- Le Rados organise diverses actions initiant l'insertion professionnelle future des jeunes: stages de formation, projets d'utilité publique, participation à des travaux d'intérêt général, etc. Il est ainsi un acteur de l'insertion professionnelle des jeunes, efficace et engagé sur le terrain depuis de nombreuses années. De plus, depuis juillet 2015, les RMNA bénéficient au même titre que tous les requérants prêts à s'insérer sur le marché du travail de l'appui du **Bureau d'insertion professionnelle** des requérants d'asile de l'Office de l'asile.



### **Evolution – encadrement des jeunes**

L'augmentation susmentionnée du nombre des arrivées de RMNA et l'aggravation des problématiques individuelles et des situations des personnes, constatées dès 2015, ont contraint l'Office tant à ouvrir de nouveaux lieux de vie pour les RMNA qu'à repenser certaines orientations et actions. Cette évolution nécessaire a de nombreuses incidences pratiques.

### **GEOGRAPHIE ET LOGISITIQUE**

Actuellement, le Rados est réparti sur **cinq sites différents**. Bien que les sites soient peu éloignés les uns des autres, les collaborateurs sont confrontés à des **difficultés pratiques d'encadrement et de logistique** (gestion des déplacements des jeunes et

des encadrants, organisation des repas ou des rondes de nuit, etc.). L'Office de l'asile réfléchit à l'opportunité d'exploiter un bâtiment pouvant accueillir plus de cent personnes, avec les problématiques que cela implique. En effet, la gestion moins centralisée des RMNA implique un renforcement conséquent du personnel d'encadrement.

A ces difficultés pratiques et logistiques s'ajoute le nécessaire réexamen des **normes de sécurité** depuis que le nombre de RMNA a atteint un certain seuil critique. L'Office de l'asile reste en relation étroite avec les autorités compétentes. Force lui est toutefois de constater qu'il est difficile de respecter toutes les directives usuelles en raison de la perméabilité des structures du Rados.

#### ATMOSPHERE ET INTEGRATION

Le **caractère familial** du Rados et le **sentiment d'appartenance** des jeunes est difficile à conserver en raison du **nombre élevé de RMNA**. Or, ces deux aspects doivent impérativement être maintenus afin que le jeune continue à se sentir intégré dans un ensemble. Le sentiment d'appartenance est essentiel à ces adolescents en pleine construction identitaire alors qu'ils sont déracinés et loin de leurs repères habituels. A cela s'ajoute la nécessité de poursuivre le **travail sur le lien et la relation avec le jeune**: l'équipe éducative s'investit énormément afin que le jeune n'ait pas le sentiment d'être «perdu dans la masse», mais qu'il se sente appréhendé comme une individualité propre, une personne à part entière.



#### COMPLEXIFICATION DES SITUATIONS ET PRISE EN CHARGE

Le **parcours de vie** des RMNA est de **plus en plus complexe**. Ils sont souvent en situation de détresse grave. Leur prise en charge exigerait un suivi personnalisé difficilement réalisable par les collaborateurs du secteur de l'asile qui ne sont pas spécifiquement formés en santé psychique des enfants et des jeunes.

Depuis 2011, le Rados fait appel à une psychologue spécialisée dans la question migratoire. Malheureusement, aujourd'hui, cette prise en charge ne suffit plus à faire face à la multiplication des demandes et à la complexification des cas. Une **plateforme «écoute»** récemment mise sur pied au Rados est en phase test. Elle est ouverte trois demi-journées par semaine et est censée répondre au besoin des jeunes d'être «entendus» dans un contexte plus sécurisant qu'au milieu d'un groupe et moins formel que chez un thérapeute. Cette plateforme est gérée par trois éducateurs spécialement formés, supervisés par une psychologue référente.

Des réflexions et des discussions sont en cours pour **intensifier les rapports et la collaboration avec les différents partenaires** en santé psychique et en prise en charge des mineurs (hôpitaux, services de psychiatrie ambulatoire, Office pour la protection de l'enfant, etc.).

#### PERSONNEL ENCADRANT : RENFORCEMENT ET GESTION

L'augmentation des effectifs des RMNA a eu pour effet un renforcement du personnel encadrant au Rados:

- **engagement** d'éducateurs sociaux et d'encadrants éducatifs ;
- intensification des collaborations avec des **bénévoles** par, entre autres, la construction d'un système coordonné d'encadrement et de suivi des bénévoles ;
- intensification des collaborations avec des **civilistes** suisses et internationaux, et avec des **stagiaires** en formation.

Le turn over au sein de l'équipe éducative est important depuis 2015. Cela implique un suivi du personnel d'encadrement plus soutenu et une nécessaire adaptabilité de l'équipe qui gère ce personnel. Cette équipe, en plus de ses tâches usuelles, doit rester à l'écoute et soutenir des collègues peu ou pas formés spécifiquement, ou alors en formation.

#### Evolution – insertion professionnelle des jeunes

L'évolution de la situation de l'asile en Valais depuis 2015 a des répercussions sur le processus d'insertion professionnelle des RMNA, et cela dès le début du processus (scolarité des jeunes).

#### SCOLARITE

- L'Office de l'asile travaille en réseau et en étroite collaboration avec le Département de l'éducation afin de **renforcer les structures scolaires existantes**. Les classes d'accueil et d'intégration ont élargi leur capacité d'accueil pour la population « asile ».
- Une **continuité entre les différentes structures scolaires** est en construction, de la scolarisation à l'entrée en formation professionnelle. Le projet est de générer un continuum d'une classe à l'autre.
- Au centre des préoccupations est placée la garantie de **perspectives de formation** pour les jeunes qui ont entamé ce parcours scolaire, lequel peut s'étaler sur deux, trois voire quatre années.

#### INSERTION PROFESSIONNELLE

L'insertion professionnelle des RMNA est une problématique majeure. Nous savons avec certitude qu'une bonne partie des personnes va être amenée à rester en

Suisse. Il est donc essentiel que ces jeunes intègrent tôt ou tard le marché du travail une fois leur scolarité aboutie. Or, en Valais, deux difficultés sont à relever :

- d'une part, la **situation sur le marché du travail** est relativement tendue dans le canton ;
- de l'autre, l'Office de l'asile peine actuellement à **renforcer le réseau** professionnel déjà existant et passablement sollicité.

## ENJEUX ET PISTES

En réponse à l'évolution de la situation de l'asile ces dernières années, l'Office de l'asile du canton du Valais, tout comme les autres structures cantonales suisses, a choisi de mettre l'accent sur l'insertion professionnelle et sur le suivi des jeunes adultes, que ceux-ci soient des mineurs non accompagnés ou non.



Comme déjà indiqué, l'une des particularités de la prise en charge des RMNA en Valais se manifeste par le suivi des jeunes jusqu'à ce qu'ils soient intégrés professionnellement, c'est-à-dire, le cas échéant, même après l'atteinte de la majorité. Or,

l'augmentation importante du nombre de RMNA depuis 2015 rend les objectifs d'insertion professionnelle des jeunes difficiles à atteindre. Développer une réflexion globale, des collaborations infra- et extra-cantoniales, ainsi qu'adapter les structures et fonctionnements existants est essentiel.

La conception générale de la prise en charge des RMNA a été adaptée afin qu'elle puisse s'inscrire dans un processus beaucoup plus long. L'Office de l'asile l'a divisée en trois étapes successives d'insertion sociale et professionnelle des personnes.

1<sup>re</sup> étape: la structure éducative

- 6 – 18 ans : requérants d'asile mineurs non accompagnés et accompagnés
- hébergement collectif avec cuisine collective
- encadrement spécifique 24h/24 - 7jours /7

### Objectifs

Suivi psychosocial, insertion sociale, scolarité et formation.

2<sup>e</sup> étape: la structure de transition

- 18 ans et plus : jeunes adultes en processus de formation
- hébergement collectif avec cuisine collective

- présence 24h/24 – 5 jours/7
- suivi scolaire en cas de besoin

### Objectifs

Etablissement de démarches incitatives pour l'insertion sociale et professionnelle.

3<sup>e</sup> étape: les structures individuelles

- 18 ans et plus : jeunes adultes en processus d'insertion professionnelle
- hébergement avec cuisine individuelle
- visite ponctuelle des encadrants de l'Unité d'encadrement éducatif (UEE)
- suivi scolaire individuel en cas de besoin
- retour en structure de transition en cas de non-collaboration

### Objectifs

Insertion sociale et professionnelle achevée et réussie.

Les trois étapes ou structures font toujours partie intégrante du Rados. La segmentation permet de concentrer les forces et les ressources en fonction des bénéficiaires dans les différents moments de leur insertion socio-professionnelles.

## **Evolution - visibilité**

La problématique de la gestion en Suisse des requérants d'asile en général et des RMNA en particulier déborde largement du cercle de la politique ou de celui des spécialistes en la matière. Il s'agit ici de **questionnements globaux** qui interrogent aussi la **société civile** dans son ensemble. Les réponses apportées à ces interrogations sont le reflet de décisions politiques aussi bien que d'orientations et de choix sociétaux.

L'intérêt nécessaire porté à la thématique de l'asile permet certes d'étendre le débat mais il entraîne une visibilité pas toujours simple à gérer par les principaux intéressés, soit les RMNA et le personnel encadrant. D'un côté, le focus médiatique entraîne avec lui une prise de conscience positive de l'existence des RMNA en Suisse. De l'autre, il exacerbe certains ressentis et parfois génère des comportements ou des actes méfiants, voire carrément hostiles<sup>5</sup>.

Il est du devoir de l'Office de l'asile **d'informer et sensibiliser** les membres de la société civile tout en **protégeant l'intimité** et le droit à l'anonymat des jeunes accueillis.

---

<sup>5</sup> <http://www.lenouvelliste.ch/articles/valais/valais-central/sion-tete-de-porc-deposee-devant-un-foyer-597993>

## Conclusion

L'accueil des requérants d'asile mineurs non accompagnés en Valais par l'Office de l'asile du Service de l'action sociale de l'Etat est assuré depuis 2004 par une structure spécifique, le Rados. Celle-ci s'est développée au fil des années en harmonie avec les exigences nées de la réalité mouvante du terrain : augmentation de la population cible, rajeunissement et féminisation des personnes, péjoration de l'état de santé physique et surtout psychiques des jeunes, et cela depuis l'année 2015.



Les adaptations structurelles du Rados se sont intensifiées dès lors. Elles s'inscrivent dans une réflexion globale non seulement cantonale, mais encore nationale, sur la problématique de l'insertion professionnelle des requérants d'asile, en particulier des jeunes dont l'on peut raisonnablement penser qu'ils vont rester en Suisse.

La réalité des requérant d'asile mineurs non accompagnés et leur encadrement en Valais sont mouvants et en évolution constante. L'Office de l'asile, avec sa structure flexible mais cadrante d'accueil des RMNA qu'est le Rados, en collaboration avec les partenaires impliqués issus des milieux politiques, économiques, institutionnels et de la société civile, dans une vision lucide et humaniste de la situation et en collaboration avec les homologues des autres cantons et de la Confédération, poursuit une réflexion et une action susceptibles d'atteindre les objectifs qu'imposent la cohésion sociale et le bien-être des requérants d'asile mineurs non accompagnés.

# *Die Verpflichtung der kantonalen Kinderschutzbehörden gegenüber den Flüchtlingskindern*

Beat REICHLIN,

*Rechtsanwalt, stellv. Generalsekretär der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz sowie stellv. Institutsleiter und Dozent an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, Schweiz<sup>1</sup>*

## **1. Die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) und die kantonale Behördenstruktur im zivilrechtlichen Kinderschutz**

### **a) Die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz**

Das zivilrechtliche Kinderschutzrecht wird als Teil des Privatrechts verstanden, weshalb die materiellen Normen im Zivilgesetzbuch geregelt werden. Die Zuständigkeit für den Vollzug des Bundeszivilrechts obliegt den Kantonen (Art. 46 Abs. 1 BV). So sind es denn auch die Kantone, die im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes für die Behördenstruktur wie auch für die Ausgestaltung der Beschwerdeinstanzen (mit Ausnahme des Bundesgerichts) verantwortlich sind<sup>2</sup>. Aufgrund der föderalen Ausgestaltung kommt deshalb der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) eine koordinierende aber auch fachlich gestaltende Funktion zu. Sie ist eine interkantonale Direktorenkonferenz. Ihre Mitglieder sind die Kantone. Die KOKES fördert die Zusammenarbeit unter den Kantonen wie auch mit dem Bund auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutzes. Sie erarbeitet dazu Berichte, Empfehlungen und Konzepte, und bearbeitet fachlich übergreifende Projekte gemeinsam mit anderen kantonalen Konferenzen wie beispielsweise der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK). Die KOKES führt Aus-, Fort- und Weiterbildungen der im zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutz tätigen Personen (Mitglieder kantonaler Aufsichtsbehörden, Mitglieder der KESB, Beiständinnen und Beistände) in Form von Fachtagungen durch. Sie ist Herausgeberin der Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) und auch anderer Publikationen<sup>3</sup>. Zudem erstellt die KOKES jährlich eine gesamtschweizerische Statistik zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Der Autor vertritt hier seine persönliche Meinung. Der Beitrag basiert auf einer erweiterten Fassung seines Vortrages vom 5. Mai 2017.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Beat Reichlin, Möglichkeiten und Grenzen zivilrechtlicher (Schutz-) Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes, in: Schwarzenegger/Brunner, Bedrohungsmanagement – Gewaltprävention, Zürich, 2017, S. 66.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Art. 2 und 3 der Statuten der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz, abrufbar unter <[https://www.kokes.ch/application/files/3614/7824/7378/Statuten\\_KOKES\\_deutsch\\_07.09.2016.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/3614/7824/7378/Statuten_KOKES_deutsch_07.09.2016.pdf)>.

<sup>4</sup> Vgl. dazu <<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/statistik/aktuellste-zahlen>>.

## **b) Struktur der kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB)**

Mit der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts wurde die Bestimmungen des Vormundschaftsrechts abgelöst und eine neue Behörde – die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) – für den Vollzug geschaffen. Sie hat interdisziplinäre Entscheide in familiären schwierigen Situationen zu treffen. Bundesrechtlich ist vorgegeben, dass die KESB eine Fachbehörde sein muss, die ihre Entscheide in der Regel als Kollegialbehörde (mindestens drei Mitglieder) fällt (vgl. Art. 440 ZGB). Demgegenüber sah der Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts vor, dass die KESB ein Fachgericht sein soll, so wie das im grenznahen Ausland eigentlich üblich ist<sup>5</sup>. In diesem Zusammenhang wurde eine separate Vorlage für ein einheitliches Verfahren vor der KESB ausgearbeitet und in Vernehmlassung gebracht, zumal Verfahrensfragen und Ausgestaltung einer Behörde in engen Zusammenhang stehen<sup>6</sup>. Die Kritik war aber derart heftig, sodass den Kantonen schlussendlich freigestellt wurde, für die KESB eine Verwaltungsfachbehörde oder ein Gericht vorzusehen. Ferner wurden im Bundesrecht nur die grundlegendsten Verfahrensfragen aufgenommen und den Kantonen ein erheblicher Gestaltungspielraum belassen (vgl. Art. 443 ff. ZGB). Entsprechend ist das Verfahren vor der KESB kantonalrechtlich geprägt.

Aufgrund der dargelegten kantonalen Organisationsfreiheiten ist eine KESB strukturell nicht mit einer anderen KESB in einem anderen Kanton vergleichbar. In sechs Kantonen (AG, FR, GE, NE, SH, VD) ist die KESB ein formelles Fachgericht. In den übrigen 20 Kantonen ist sie eine Verwaltungsfachbehörde<sup>7</sup>. Diese sind entweder kantonal oder kommunal regional organisiert und finanziert. In den verschiedenen kantonalen Ausführungsbestimmungen wird aber explizit darauf hingewiesen, dass die Mitglieder der KESB in ihren Entscheiden unabhängig, also nicht weisungsgebunden sind, was für den herkömmlichen Verwaltungsbegriff nicht typisch ist. Bei all diesen strukturellen und organisatorischen Verschiedenheiten hat sich aber gezeigt, dass die KESB in der Regel drei strukturelle Einheiten aufweisen, die unterschiedlich bei der Behörde angegliedert sind. Dabei handelt es sich um einen Abklärungsdienst (interne oder externe Stelle), einen Spruchkörper sowie ein Sekretariat<sup>8</sup>.

Ferner lassen sich aus den verschiedenen Aufgaben einer KESB vier Kategorien bilden:

- a) Mitwirken bei nicht massnahmegebundene Aufgaben,
- b) Anordnung von Massnahmen, Änderung oder Aufhebung behördlich angeordneter Massnahmen,
- c) Mitwirkung bei ausgewählten Rechtsgeschäften und

<sup>5</sup> Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom Juni 2003, S. 19.

<sup>6</sup> Bericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, S. 2.

<sup>7</sup> Vgl. dazu Diana Wider, in: Bächler/Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar zum ZGB, 2. Aufl., Basel, 2017, zu Art. 440 N. 9b.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Bericht Interface, Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, März 2016, S. 7, <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2016/2016-05-04/ber-interface-evaluation-kesr-d.pdf>>.

#### d) Aufsicht, Steuerung und Qualitätssicherung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Revision nicht nur das materielle Recht betraf, sondern bundes- und vor allem kantonrechtlichen Verfahrensbestimmungen eingeführt wurden, die qualitativ nicht mit der alten Rechtsordnung zu vergleichen sind. Gleichzeitig fand dazu eine umfassende Reorganisation der Behörde statt, die interdisziplinär zusammengesetzt ist und interdisziplinär geprägte Entscheidungen fällt. Die Tragweite dieser Änderungen wurde teilweise unterschätzt. So reduzierte sich nicht nur die Zahl von 1413 mehrheitlich kommunalen Vormundschaftsbehörden auf heute 142 Fachbehörden<sup>9</sup>, sondern es fand qualitativ wie quantitativ eine erhebliche und markante Aufgabenerweiterung statt. Knappe personelle Ressourcen erschwerten in vielen Kantonen die Aufgabenbewältigung dieser noch jungen Behörde. Die Kumulation dieser Neuerungen – neues Recht, neue Behörde, föderale Ausgestaltung, knappe Ressourcen und die Natur der zu entscheidenden Fälle – liess aber von Beginn weg keine Schonfrist zu, weshalb die KESB erheblichen Herausforderungen gegenüberstanden<sup>10</sup>.

#### c) Staatliche Akteure im Kinderschutz

Im zivilrechtlichen Kinderschutz gilt es zwischen Akteuren im engeren Sinn und im weiteren Sinne zu unterscheiden. Zum engeren Kreis der professionellen Akteure zählen einerseits die KESB, die – wie aufgezeigt – u. a. Abklärungen durchführen oder durchführen lassen, Schutzmassnahmen anordnen, abändern oder aufheben. Sie setzen auch Beiständinnen und Beistände ein und entlassen sie aus ihrem Amt. Sie üben eine Aufsichts- und Kontrollfunktion gegenüber den von ihnen eingesetzten Beistandspersonen aus (Art. 415 ff. ZGB)<sup>11</sup>. Andererseits sind Beiständinnen und Beistände ebenfalls zu den Hauptakteuren im engeren Sinne zählen. Sie führen die von der KESB angeordnete Schutzmassnahmen nach Gesetz und Weisung der Behörde. Sie haben über ihre Tätigkeit periodisch an die KESB Bericht zu erstatten und haben zu melden, wenn die Massnahme aufgrund der veränderten Umstände anzupassen oder aufzuheben ist (vgl. Art. 314 i.V.m. Art. 405 ff. ZGB). Da es sich im Kinderschutz in der Regel um Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände handelt, sind diese in speziellen Diensten angestellt. Die Leistungspersonen dieser Dienste, die in der Regel personell nicht von der KESB geführt werden, gehören ebenfalls zum engeren Kreis der Hauptakteure. Ebenso sind die Gemeinden dazuzuzählen, die – je nach kantonaler Ausgestaltung – für die Finanzierung der von der KESB angeordneten Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahme zuständig sind<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Vgl. Zusammenstellung der kantonalen Behördenorganisation (KESB – Aufsichtsbehörden – Rechtsmittelinstanzen), abrufbar unter <[https://www.kokes.ch/application/files/5214/9027/3916/KOKES\\_KESB\\_Organisation\\_Kantone\\_ZKE\\_1-2017.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/5214/9027/3916/KOKES_KESB_Organisation_Kantone_ZKE_1-2017.pdf)>.

<sup>10</sup> Siehe dazu Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 14.3776, 14.3891, 14.4114 und 15.3614, erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vom 29. März 2017, S. 13 ff., abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-03-29/ber-br-d.pdf>>.

<sup>11</sup> Siehe dazu auch Christoph Häfeli, zwei Jahre Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Erfolgs- und Risikofaktoren bei der Umsetzung, in: AJP 2014, S. 1594 f.

<sup>12</sup> Ibid.

Der zivilrechtliche Kinderschutz beschlägt in der Regel die Handlungsfelder Familie, soziales Umfeld, Bildung und Gesundheit. Die in diesen Handlungsfeldern tätigen staatlich Organisationen sind ihrerseits den verfassungsmässigen Garantien von Schutz und Förderung der Kinder und Jugendlichen in ihrer Entwicklung verpflichtet (Art. 11 BV). Auch unterstehen sie den internationalen Bestimmungen, die teilweise auch den verfassungsmässigen Schutz konkretisieren oder direkt anwendbar (self-executing) sind. Exemplarisch sei hier die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes von 1989 (Kinderrechtskonvention, KRK, SR 0.107, von der Schweiz 1997 ratifiziert) oder die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101, von der Schweiz 1974 ratifiziert) genannt. Entsprechend kennen verschiedene Kantone zusätzliche Erlasse, die als Kinder- und/oder Jugendhilfegesetze oder Verordnungen bezeichnet werden können. Sie enthalten Massnahmen, die nach strukturellen (Lebensbedingungen), kontrollierenden und ordnenden (gesetzliche Schutzbestimmungen in den Bereichen Suchtmittel, Medien, Arbeit, etc.) sowie erzieherischen (Präventions-, Informations-, Bildungs-, Beratungs- und Unterstützungsangebote) Aspekten differenziert werden können<sup>13</sup>. Entsprechend sieht Art. 317 ZGB vor, dass die Zusammenarbeit in der Jugendhilfe, d. h. Behörden und Stellen auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Kinderschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe, durch kantonale geeignete Vorschriften, zweckmässig ausgestaltet sein soll. Insofern betrifft Kinderschutz alle Ebenen des Gemeinwesens. Die Kantone haben durch entsprechende Koordinationsregeln sicherzustellen, dass die eingesetzten Mittel und Kräfte gebündelt werden. Die Betroffenen sollen einheitlich sowie gezielt betreut und gefördert werden<sup>14</sup>. In diesen Zusammenhang sind auch die interkantonalen Bestrebungen zu sehen, die anlässlich der Tagung der kantonalen Asylkoordinatorinnen und -koordinatoren vom Oktober 2014 die Erarbeitung von Empfehlungen der SODK zur Unterbringung, Betreuung und gesetzlichen Vertretung von unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen im Asylbereich anregten. Am 20. Mai 2016 verabschiedete sodann die Plenarversammlung der SODK die ausgearbeiteten Empfehlungen, in welchen auch die KOKES ihre Anliegen einbringen konnte. Als Akteure im Kinderschutz im weiteren Sinne sind deshalb Personen zu bezeichnen, die mit Kindern und Jugendlichen zu tun haben und einen entsprechenden staatlichen Auftrag wahrnehmen. Diese Personen unterstehen zudem einer Meldepflicht (Meldepflicht von Personen in amtlicher Tätigkeit, Art. 443 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB). So sind also u. a. Schulbehörden, Lehrpersonen, öffentlich-rechtlich angestellte Personen der Mütter-/Väterberatung oder Betreuungspersonen verpflichtet, die Kinderschutzbehörde über festgestellte Kindeswohlgefährdungen zu informieren.

## **2. Flüchtlingskinder und Kinderschutzbehörde**

Unter dem untechnischen Begriff Flüchtlingskinder können verschiedene Konstellationen subsumiert werden. Es kann sich um unbegleitete Minderjährige oder

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu Kurt Affolter-Fringeli, Urs Vogel, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Bern, 2016, N 5 zu Art. 317 ZGB.

<sup>14</sup> Ibid.

um Kinder, die in Begleitung ihrer Familie sind, handeln, die in der Schweiz um Asyl nachzusuchen (hängiges Asylverfahren) oder denen Asyl oder die vorläufige Aufnahme (abgeschlossenes Asylverfahren) gewährt wurde. Auch Fälle, in welchen Minderjährige allein oder mit ihrer Familie von der Schweiz weggewiesen werden, können unter diesen Begriff fallen. Entscheidend aber ist und bleibt, dass es sich unabhängig von den möglichen Konstellationen primär und ausschliesslich um Kinder oder Jugendliche geht, die ganz allgemein besonders vulnerabel sind. Insofern besteht im Bereich Kinderschutz kein Raum, um Unterscheidungen zu machen, die den Zugang zu Schutzmassnahmen erschweren. Ganz allgemein sind auch hier die Grundsätze des zivilrechtlichen Kinderschutzes zu beachten, die in der Folge anhand der schweizweit geltenden grundlegenden Verfahrensbestimmungen erheblich verkürzt ausgeführt werden. Im Zentrum der Darlegungen stehen jedoch Fälle unbegleiteter minderjähriger Asylsuchende.

Die von der KESB anzuordnenden Kinderschutzmassnahmen bezwecken die Abwendung einer Gefährdung des Kindeswohls<sup>15</sup>. Der Begriff Kindeswohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der sich einer objektivierbaren Messbarkeit entzieht. Eine Legaldefinition gibt es nicht. Vielmehr werden Direktiven genannt. So haben beispielsweise Eltern das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen (Art. 302 Abs. 1 ZGB). Der Begriff Kindeswohl kann deshalb nicht allein unter rechtlichen Aspekten gefasst werden. Vielmehr ist ein interdisziplinärer Bezug unabdingbar<sup>16</sup>. Die familienrechtspsychologische Begriffsdefinition nach Dettenborn umschreibt den Begriff Kindeswohl als «die für die Persönlichkeitsentwicklung eines Kindes oder Jugendlichen günstige Relation zwischen seiner Bedürfnislage und seinen Lebensbedingungen<sup>17</sup>.» Die Bedürfnislage des Kindes ist je nach seinem Entwicklungsstand unterschiedlich, was stets eine Einzelfallbetrachtung bedingt. Eine Gefährdung ist aber nicht erst dann gegeben, wenn sich eine Beeinträchtigung ereignet hat. Vielmehr sollen Kinderschutzmassnahmen auch präventiv wirken<sup>18</sup>.

#### **a) Meldung an die KESB und Zuständigkeit**

Ein Kinderschutzverfahren wird in der Regel durch eine Meldung an die Kinderschutzbehörde ausgelöst. Die Kinderschutzbehörde kann auch von Amtes wegen ein Verfahren eröffnen, was nur in Fällen möglich ist, in welchen die Behörde bereits schon Kenntnis von der Situation hat. Solche Konstellationen sind selten. Grundsätzlich kann jede Person an die Kinderschutzbehörde gelangen, sofern sie der Ansicht ist, dass das Wohlergehen des Kindes als gefährdet erscheint (Art. 443 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB). Demgegenüber sind Personen in amtlicher Tätigkeit verpflichtet der Kinderschutzbehörde Meldung zu erstatten, wobei kantonale

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu KOKES-Praxisanleitung Kinderschutzrecht, Rz. 2.3 ff.

<sup>16</sup> Vgl. dazu Beat Reichlin, Möglichkeiten und Grenzen zivilrechtlicher (Schutz-)Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes, in: Schwarzenegger/Brunner (Hrsg.) Bedrohungsmanagement – Gewaltprävention, Zürich 2017, S. 71.

<sup>17</sup> Harry Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, psychologische und rechtliche Aspekte, 4. Aufl., München, 2014, S. 60.

<sup>18</sup> Vgl. dazu KOKES-Praxisanleitung Kinderschutzrecht, Rz. 2.3.

Regelungen auch weitere Personen einer Meldepflicht unterstellen können (Art. 443 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB)<sup>19</sup>. Diese Meldepflicht ist nicht als absolute Pflicht zu verstehen. Vielmehr sind Situationen von der Meldepflicht nicht erfasst, in welchen die meldepflichtige Person aufgrund einer sorgfältigen Einschätzung davon ausgehen kann, dass der Gefährdung des Kindes durch die ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten angemessen begegnet werden kann<sup>20</sup>. Die Meldung muss rechtserhebliche Tatsachen (Wahrnehmungen, Sachverhalte) über die Gefährdungslage enthalten, so dass die Behörde eine erste Einschätzung vornehmen kann. Gemäss den Empfehlungen der SODK haben die zuständigen kantonalen Behörden der Kinderschutzhilfe jede zugewiesene unbegleitete minderjährige Person umgehend zu melden. Damit soll sichergestellt werden, dass die zuständige Kinderschutzhilfe ohne Verzug ein Verfahren eröffnen kann<sup>21</sup>.

Die Kinderschutzhilfe prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 444 ZGB). Im internationalen Kontext und in Fällen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden sind die Bestimmungen des Haager Kindeschutzübereinkommen (HKsÜ) einschlägig (Art. 85 Abs. 1 IPRG)<sup>22</sup>. Für die Anordnung von Massnahmen zum Schutz des Kindes sind primär die Behörden des Vertragsstaates zuständig, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ). Demnach ist die örtliche Zuständigkeit an den Ort anzuknüpfen, in der der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung einer Person liegt. Im Kontext mit Flüchtlingskindern ist die Bestimmung dahingehend auszulegen, dass der schlichte Aufenthalt, d. h. die blosses Anwesenheit des Kindes in der Schweiz genügt<sup>23</sup>.

## **b) Abklärungsverfahren und Anhörung**

Aufgrund der Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 307 sowie Art. 446 ZGB) hat die Kinderschutzhilfe die notwendigen und hinreichenden Informationen zu beschaffen. Sie kann die Abklärungen bei geeigneten Stellen in Auftrag geben und je nach kantonaler Gesetzgebung sind die beauftragten Stellen verpflichtet, diese Abklärungen vorzunehmen<sup>24</sup>. Die Einschätzung einer Kindeswohlgefährdung ist grundlegend und gehört zu einer der anspruchsvollsten Aufgaben im Kinderschutz. Sie steht im Spannungsfeld von gewissenhafter Informationsbeschaffung und Persönlichkeitsschutz. Die am Verfahren beteiligten Personen und Dritte sind deshalb zur Mitwirkung bei der Abklärung verpflichtet (Art. 448 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1

---

<sup>19</sup> Die Meldepflichten im zivilrechtlichen Kinderschutz sind Gegenstand einer Revision. Die Schlussabstimmungen in National- und Ständerat fanden am 15. Dezember 2017 statt. Die Meldepflicht wurde gemäss nArt. 314d Abs. 1 ZGB konkretisiert. So sind Personen, die nicht dem Berufsgeheimnis nach Strafgesetzbuch unterstehen, zur Meldung verpflichtet, wenn die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet ist und sie der Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen können. Eine Publikation der Revisionsvorlage in der amtlichen Sammlung fand noch nicht statt. Ferner können die Kantone weiterhin in ihren kantonalen Regelungen weitere Personen der Meldepflicht unterstellen. Vgl. <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=41811>>.

<sup>20</sup> Vgl. dazu Daniel Rosch, in: Buechler/Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2017, N. 7 zu Art. 443 ZGB mit weiteren Hinweisen.

<sup>21</sup> Vgl. dazu Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016 S. 32.

<sup>22</sup> Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern von 1996, SR 0.211.231.011.

<sup>23</sup> Vgl. dazu Joana Maria Möscher, Multidisziplinäres Verfahren unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, in: Jusletter 15. August 2016, S. 5 mit weiteren Hinweisen.

<sup>24</sup> Vgl. KOKES-Praxisanleitung Kinderschutzrecht, Rz. 3.10.

ZGB). Ferner haben Verwaltungsbehörden und Gerichte die notwendigen Akten zur Verfügung zu stellen, Auskunft zu erteilen und Bericht zu erstatten, sofern nicht schutzwürdige Interessen entgegenstehen (Art. 448 Abs. 4 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB)<sup>25</sup>. Ein systematisches, dem Fall angepasstes methodisches Vorgehen ist ein wesentliches Element eines fachgerechten Vorgehens<sup>26</sup>. So gehören Beratungs- und Überzeugungsarbeit sowie fortsetzende Einschätzungen bezüglich Dringlichkeit ebenfalls dazu. Abklärungen verlaufen deshalb interventionsorientiert. Sie beruhen auf einer Erfassung von Risiko- und Schutzfaktoren und deren Zusammenwirken sowie Anhaltspunkten bestehender Misshandlungen oder Vernachlässigungen<sup>27</sup>.

Bei unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden erscheinen u. a. folgende Bereiche zentral:

- Trägt die Unterbringung den spezifischen Bedürfnissen von Minderjährigen Rechnung?
- Ist der Grundsatz der Einheit der Familie gewahrt, indem Geschwister gemeinsam untergebracht sind?
- Wie ist die altersgemässe Entwicklung zu beurteilen (in Bezug auf Bewältigung Alltagsaufgaben, Sprache, etc.)?
- Ist die medizinische Betreuung gewährleistet?
- Bestehen Angebote von psychologischen und psychiatrischen Fachstellen, an welche sich fluchtbedingt traumatisierte Kinder und Jugendliche wenden können?
- Ist eine Betreuungslösung vorhanden?
- Hat das Kind eine Bezugsperson?
- Werden Unterstützungsleistungen ausgerichtet?
- Gewährleistet die Betreuung den Schutz der Kinder?
- Besteht eine Tagesstruktur?
- Fördert die Betreuung das Selbstbewusstsein und die schrittweise Heranführung zur Selbstständigkeit?
- Bestehen Unterstützungsangebote im Bereich Integration in Bildungsangebote sowie das Entwickeln von Zukunftsperspektiven?
- Wie ist der Verfahrensstand des Asylgesuches?
- Wer nimmt die Interessen des Kindes oder Jugendlichen wahr?
- Wie ist das Kind oder der Jugendliche über das Verfahren in Bereich Kinderschutz als auch Asyl informiert?
- Bestehen Unterstützungsangebote zum Erhalt der Rückkehrfähigkeit sowie der Entwicklung von Perspektiven im Herkunftsland?
- Werden die Kinder oder Jugendlichen bei der Suche nach ihren Eltern oder anderen nahen Familienangehörigen unterstützt?

---

<sup>25</sup> Zu den Ausnahmen betreffend Mitwirkungspflicht vgl. Art. 448 Abs. 2 und 3 ZGB.

<sup>26</sup> Der Beizug von standardisierten Abklärungsinstrumenten bzw. Prozessmanuals können fachlich fundierte Abklärungen unterstützen.

<sup>27</sup> Vgl. KOKES-Praxisanleitung Kinderschutzrecht, Rz. 3.29f. sowie Luca Maranta, in: Böhler/Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, 2. Aufl., Basel, 2017, zu Art. 446 N. 4a.

- Sind eine Kontaktaufnahme und die Kontaktpflege zu Eltern oder anderen nahen Familienangehörigen in einem geschützten Rahmen möglich?
- Wie ist die gesellschaftliche Teilhabe und Freizeitgestaltung gestaltet?

Dieser Fragekatalog ist nicht abschliessend zu betrachten, vielmehr soll er verdeutlichen, dass im Rahmen eines Abklärungsverfahrens die Situation des Kindes oder Jugendlichen ganzheitlich und unter Einbezug der individuellen Schutz- und Risikofaktoren zu erfassen ist<sup>28</sup>.

Ein weiteres wesentliches Element der Sachverhaltserstellung ist das Gespräch mit dem Kind bzw. Jugendlichen (Art. 314a ZGB). Diese Anhörung hat in einer kind- und altersgerechten Weise zu erfolgen, wobei auch kulturelle Hintergründe zu beachten sind. Die Anhörung als Teil des Partizipationsrechtes des Kindes rückt dessen Beteiligung als Subjekt in den Vordergrund. So ist die Erfahrung, selbst etwas bewirken zu können, für das Wohlbefinden, die Gesundheit und die gelingende Entwicklung zentral. Das gilt umso mehr bei belastenden Lebensumständen. Der Entwicklungsstand des Kindes gibt konkrete Hinweise dafür, wie weit der Horizont des Mitwirkens abgesteckt werden kann und soll. Dabei ist jedoch eine ausreichende Informiertheit des Kindes die Basis jeglicher Beteiligung, was bedeutet, dass die bisherigen Erkenntnisse aus dem Abklärungsprozess mit dem Kind auch besprochen werden können. Es kann behilflich sein, im Vorfeld die Perspektive des Kindes oder des Jugendlichen einzunehmen. Das unterstützt einerseits die persönliche Sichtweise des Kindes zu ergründen und ermöglicht andererseits auch Zukunftsaussichten des Kindes angemessen in Erwägung zu ziehen<sup>29</sup>. Ein Verzicht erscheint deshalb nur dann als zulässig, wenn sie eine übermässige Belastung und Gefährdung des Kindeswohls darstellen würde<sup>30</sup>.

### **c) Entscheidungsfindung und Eröffnung**

Aufgrund des Abklärungsergebnisses und der Auswertung der Anhörung ist jene Kindesschutzmassnahme zu prüfen, die innerhalb der zur Verfügung stehenden Kategorien (geeignete Massnahme, Beistandschaft, Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, Entziehung der elterlichen Sorge und Errichtung einer Vormundschaft<sup>31</sup>) der Gefährdungslage im Einzelfall mutmasslich am besten begegnet<sup>32</sup>. Die einzelnen Massnahmen greifen unterschiedlich stark in die elterlichen Kompetenzen ein. Sie sind zudem untereinander kombinierbar, was im Einzelfall die anzustrebende Individualisierung unterstützt und somit das Prinzip der Massschneidung verwirklicht<sup>33</sup>. Da die gesetzlichen Schutzmassnahmen in die Elternrechte und folglich in das grundrechtlich geschützte Familienleben wie auch in

<sup>28</sup> Nähere Angaben betreffend Risiko- und Schutzfaktoren finden sich in: KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 1.64f.

<sup>29</sup> Vgl. dazu KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 18.8f.

<sup>30</sup> Vgl. dazu Michelle Cottier, in: Bächler/Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, Kurzkomentar ZGB, 2. Aufl., Basel, 2017, zu Art. 314a N. 6.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 306 f. ZGB.

<sup>32</sup> Vgl. KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 2.15 f.

<sup>33</sup> Vgl. KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 2.17.

das Grundrecht der persönlichen Freiheit eingreifen, sind die Prinzipien der Verhältnismässigkeit, der Subsidiarität wie auch Komplementarität zu beachten<sup>34</sup>.

In Bezug auf die Situation von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden steht in erster Linie die gesetzliche Vertretung des Kindes oder Jugendlichen im Vordergrund, zumal ein Minderjähriger im Rechtsverkehr durch die sorgeberechtigten Eltern vertreten wird (Art. 304 Abs. 1 ZGB). Sind die Eltern am Handeln verhindert, so hat die KESB eine Beistandsperson zu ernennen (Art. 306 Abs. 2 ZGB). Die Verhinderung kann den gesamten Bereich der elterlichen Sorge betreffen oder nur einen bestimmten Aspekt<sup>35</sup>. Besteht Gewissheit darüber, dass die Eltern verstorben sind, so ist die Errichtung einer Vormundschaft angezeigt (Art. 327a ZGB). Je nach Schutzbedarf sind diese Massnahmen mit anderen Kindesschutzmassnahmen zu kombinieren. Die besondere Situation von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden setzt entsprechende Fähigkeiten und Kenntnisse der Beistandsperson oder des Vormundes voraus. Einerseits müssen Rechtskenntnisse im Bereich Asylrecht und Kinderrechte vorhanden sein, damit den Betroffenen im Rahmen eines Asylverfahrens eine zuverlässige Unterstützung zu teil werden kann. Andererseits müssen fundierte Erfahrungen in der Betreuung von Kinder und Jugendlichen, ihren Bedürfnissen und den besonderen kulturellen Aspekten vorhanden sein<sup>36</sup>. Dabei ist stets zu beachten, dass sämtliche Kindesschutzmassnahmen von Gesetzes wegen mit Volljährigkeit der betroffenen Person enden. Entsprechend ist diesem Übergang besonderes Augenmerk zu geben, zumal wesentliche Entwicklungsschritte auch mit 18 Jahren keineswegs als abgeschlossen angesehen werden können<sup>37</sup>. Die Empfehlung der SODK, Patenschaften zur Unterstützung der Integration von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden zu errichten, die auch im Rahmen des Übergangs zur Volljährigkeit zu einer gewissen Erleichterung beitragen können, indem sie weiterhin mit Rat zur Verfügung stehen, ist sehr zu begrüßen<sup>38</sup>. Mitunter kann sich deshalb die Errichtung einer Kindesschutzmassnahme als unverhältnismässig erweisen. Das kann der Fall sein, wenn eine unbegleitete minderjährige Person, die bereits schon 17 Jahre alt ist, um Asyl nachsucht und ihre Situation, ihre Interessen wie auch Partizipation nach eingehender Prüfung durch die nach Asylrecht ernannte Vertrauensperson (Art. 17 Abs. 3 AsylG) vollumfänglich gewahrt werden<sup>39</sup>.

Wird eine Kindesschutzmassnahme errichtet, so sind der Entscheid und die dazu gehörigen Aufgaben der Beistandsperson den Betroffenen angemessen mitzuteilen und zu erläutern. In der Regel wird dies die Beistandsperson machen,

---

<sup>34</sup> Vgl. KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 1.85 f.

<sup>35</sup> Vgl. KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 2.125.

<sup>36</sup> Vgl. dazu Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016 S. 31.

<sup>37</sup> Vgl. dazu weitere Ausführungen unter Ziff. 3 Herausforderungen.

<sup>38</sup> Vgl. dazu Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016 S. 36.

<sup>39</sup> Vgl. dazu KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 20.11.

sofern die Massnahme einvernehmlich errichtet wurde. Ansonsten ist sicherzustellen, dass eine entsprechende Bezugsperson<sup>40</sup> den Entscheid übersetzt und erläutert.

Zu den Aufgaben der Beistandsperson gehören alle notwendigen Massnahmen, damit das Kindeswohl möglichst gewahrt werden kann. Das bedeutet u. a. die Klärung der Unterbringungsform und gegebenenfalls entsprechende Antragstellung bei der KESB, die Überwachung und Sicherstellung angemessener Betreuung und medizinischer Massnahmen. Ferner gehören die Einleitung und Begleitung bei psychosozialen Indikationen sowie die Begleitung in Schul- und Ausbildungsfragen dazu. Auch ist sicherzustellen, dass die Betroffenen die erforderliche Unterstützung im Asylverfahren (analog der Begleitung durch die Vertrauensperson nach Art. 17 Abs. 3 AsylG) erhalten, wofür allenfalls eine Substitutionsbefugnis einzuräumen ist. Ebenso sind sie in der Suche nach bzw. in der Aufrechterhaltung des Kontakts mit der Familie zu unterstützen. Dazu gehören auch Zugänge zu objektiven Informationen zum Heimatstaat sowie die Kontaktpflege mit ansässigen Personen aus dem Heimatland<sup>41</sup>.

### **3) Herausforderungen**

Die von einer KESB angeordnete Schutzmassnahme kann nur in Zusammenarbeit mit professionalisierten Diensten sowie weiteren Fachstellen wahrgenommen werden. Entsprechend ist die Umsetzung von den konkreten sozialen, wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Verhältnissen und Rahmenbedingungen abhängig. So kann eine eingesetzte Beistandsperson spezifisch fehlende Unterstützungsangebote oder eine ungenügende Anzahl besonders geeigneter Unterbringungsmöglichkeiten nicht allein kompensieren. Vielmehr sieht sie sich einem erheblichen Dilemma ausgesetzt, im Wissen darum, was nötig wäre, aber nicht existiert. Deshalb stellen die Empfehlungen der SODK einen erheblichen Beitrag dar, um die Verwirklichung der Entwicklungschancen der Betroffenen im Sinne des verfassungsmässigen Kindeswohls zu gewährleisten.

Ferner hängt der Erfolg einer Kindesschutzmassnahme zum grossen Teil vom Zustandekommen einer fruchtbaren Kooperation zwischen dem Kind oder Jugendlichen, der Beistandsperson und weiteren involvierten Fachdiensten und Personen ab. Die Kooperationsbereitschaft und die Veränderungsfähigkeit der betroffenen Kinder sind nicht einfach einzuschätzen. Kooperationsbereitschaft und Veränderungsfähigkeit stehen auch im Zusammenhang mit den vorhandenen Unterstützungsangeboten. Eine für die Betroffenen in ihrem Lebenskontext und ihrer Kultur bedeutsame Unterstützung kann deshalb die Kooperationsfähigkeit und Veränderungsbereitschaft positiv beeinflussen<sup>42</sup>. Eine entsprechende Angebotsvielfalt

---

<sup>40</sup> Zur Rolle von Bezugspersonen vgl. die Ausführungen in den Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016, S. 36.

<sup>41</sup> Vgl. dazu Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016, S. 31.

<sup>42</sup> Vgl. dazu auch KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 3.38f.

ist aber leider nicht immer gewährleistet. Insofern sind die Empfehlungen der SODK, dass Möglichkeiten zur interkantonalen Zusammenarbeit und zum kantonsübergreifenden Austausch aktiv geprüft werden, sehr zu begrüssen<sup>43</sup>.

Die Parallelität zwischen dem nicht gesicherten Aufenthalt-Status und der vorhandenen Schutzbedürftigkeit erfordert eine enge Zusammenarbeit der beteiligten Akteurinnen und Akteure. Wichtig ist dabei zu wissen, wer was und in welcher Zeit und welchen Beitrag leisten kann. Überschätzte Erwartungshaltungen und voreingenommene Rollenzuweisungen führen dazu, dass die Akteurinnen und Akteure primär unter sich Konflikte austragen, was den betroffenen Kindern und Jugendlichen nicht weiterhilft. Deshalb sollten Gefässe vorhanden sein, die zur Steigerung der Qualität der verschiedenen Leistungen beitragen. Zudem ist eine enge und effiziente Zusammenarbeit wie auch Koordination in der Betreuung, Vertretung und Beratung der betroffenen Kinder zu fördern. Entsprechend wäre auch vermehrt zu prüfen, ob die Vertrauensperson nach Art. 17 Abs. 3 AsylG nicht auch als Beistandsperson im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB eingesetzt werden könnte, zumal in fachlicher wie persönlicher Hinsicht die gleichen hohen Anforderungen vorliegen sollten. Das hätte den weiteren Vorteil, dass eine gewisse Stetigkeit gegeben ist und die Zahl der involvierten Akteurinnen und Akteure nicht erweitert wird. Es entbindet aber nicht die involvierten Stellen ihre Rollen und Aufgaben gegenüber den betroffenen Minderjährigen zu erklären und zu erläutern<sup>44</sup>.

Eine besondere Herausforderung stellt so dann der Übergang zur Volljährigkeit dar. Die meisten Jugendlichen sind auf Unterstützung auch über ihren 18. Geburtstag hinaus angewiesen. Es ist deshalb sehr zu begrüssen, dass gemäss den Empfehlungen der SODK Leistungen der Kinder- und Jugendpolitik bis zum 25. Altersjahr ausgerichtet werden sollen<sup>45</sup>. Das ermöglicht, dass Jugendliche - wenn gewünscht und angezeigt - in ihrem bisherigen Umfeld verbleiben können und weiterhin sozialpädagogische begleitende Unterstützung im Sinne von einer gezielten Nachbetreuung beanspruchen können. Besteht weiterhin eine ausgewiesene Schutzbedürftigkeit, die nicht mit den spezifischen Leistungen der Jugend- und Sozialhilfe abgedeckt werden kann, so sind allenfalls Erwachsenenschutzmassnahmen zu prüfen.

Die Dichotomie zwischen kollektiver und individueller Verantwortung für kritische Lebensereignisse stellt immer wieder ein Grundthema in der sozialstaatlichen Diskussion dar<sup>46</sup>. In Bezug auf unbegleitete minderjährige Asylsuchende ist aber mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass es sich um Kinder handelt, die besondere Schutzbedürfnisse haben. Sie sind erheblich gefährdet für Menschenhandel, weitere

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016, S. 38.

<sup>44</sup> So auch die Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016, S. 39.

<sup>45</sup> Siehe dazu Empfehlungen der SODK für die Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendpolitik vom 19. Mai 2016, S. 15.

<sup>46</sup> Siehe dazu Gabriel/Keller, Krisen und Transitionen im Lebenslauf, in: Riedi et al (Hrsg.), Handbuch Sozialwesen Schweiz, 2. Aufl., Bern, 2013, S. 47.

Formen der Ausbeutung sowie organisierte Kriminalität. Aufgrund ihrer Fluchterfahrungen sind sie oft traumatisiert<sup>47</sup>. Entsprechend stellen dem Kindeswohl entsprechende und fördernde Handlungen und Unterstützungen eine staatliche Verbundaufgabe dar, in der die Kinderschutzhilfe ihren Beitrag leistet, aber auf die Zusammenarbeit mit anderen involvierten Stellen und Organisationen angewiesen ist. Dabei ist es zu begrüßen, wenn jede Akteurin und jeder Akteur seine Leistungen kritisch hinterfragt und gegenüber Verbesserungen offen ist.

---

<sup>47</sup> Vgl. dazu Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich vom 20. Mai 2016, S. 6.

## *Les enfants privés de liberté au titre de leur statut de migrants*

Pascal FLOTRON

a. Procureur, Canton de Berne, Suisse

Lorsque l'on m'a demandé de présenter un bref exposé, j'ai répondu «oui, pourquoi pas?». Grave erreur, car je suis praticien avant tout et le thème est à la fois lourd, difficile d'accès et il y a peu de documentation sur le sujet.

Une étude très complète sur le sujet (mineurs migrants en détention) a été menée par Terre des Hommes<sup>1</sup> (ci-après Tdh) et – entre autres éléments très intéressants – cette étude montre combien il est difficile d'avoir des renseignements complets, exhaustifs. Pour la petite histoire: j'ai contacté tous les juges des mineurs de Suisse romande et toutes et tous m'ont répondu. Sur un conseil, j'ai aussi envoyé un courriel à un service cantonal de migration, sans aucune réponse ! J'ai aussi contacté les curateurs spécialisés du canton de Berne, qui m'ont accueilli dans leur bureau. Sur leur conseil, j'ai envoyé un courriel à une association qui s'occupe de sans-papiers (et donc de mineurs non accompagnés), ici aussi pas de réponse à ce jour !

Je ne vais évidemment pas paraphraser l'étude de Tdh et l'exposé de Mme Lorène Métral, mais, avec l'accord des organisateurs, je vais passer en revue l'ensemble des détentions de mineurs en Suisse pour montrer (tenter de montrer, restons modestes) les points de convergences et de divergences. Vu le temps imparti ce vaste domaine sera parcouru à très grande vitesse, ce sera un survol plus qu'un exposé exhaustif.

On doit admettre que sous le vocable détention, on entend toute limitation de la liberté, limitation imposée et qui va au-delà de ce que les obligations imposent (par ex. : l'enfant est aussi «privé de liberté en partie» lorsqu'il est sur les bancs d'école, mais on ne saurait ici parler de détention).

Si on prend la définition que l'on trouve dans Wikipédia on trouve :

- en général le maintien dans un établissement pénitentiaire d'une personne condamnée à de la prison (emprisonnement, réclusion) ou en attente de son procès (détention provisoire). La détention peut avoir lieu dans un centre de détention ou un autre type de prison,
- plus rarement: la détention arbitraire, délit par lequel une autorité prive de liberté une personne sans base légale,

---

<sup>1</sup> Détention illégale de mineurs migrants en Suisse : un état des lieux. Juin 2016

- en anglais : la **détention** vise tout maintien d'une personne dans les locaux des autorités (soit la détention au sens français, la rétention, la garde à vue, etc).

Si on reprend la/les définition/s utilisée/s dans le rapport Tdh, on trouve :

### **Détention (ou rétention) administrative**

Arrestation ou détention sans inculpation ordonnée par les autorités administratives plutôt que par des organes/tribunaux judiciaires. Dans de nombreux pays, la rétention administrative est fondée sur une violation de la loi sur l'immigration. (Association pour la prévention de la torture (APT) et Haut-Commissariat pour les Réfugiés des Nations Unies (UNHCR, 2014. Monitoring de la détention de migrants. Un Manuel Pratique).

### **Détention**

Le confinement à un lieu limité ou restreint, incluant les prisons, les camps fermés, les espaces de détention dans les zones de transit des aéroports, où la liberté de circulation est substantiellement entravée (UNHCR, Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile, Février 1999).

### **Détention pour des motifs liés à la migration**

Privation de liberté de non citoyens en raison de leur statut migratoire. C'est une privation de liberté d'une personne, généralement à caractère administratif, pour une infraction présumée aux conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans le pays d'accueil. (Association pour la prévention de la torture (APT) et le Haut-Commissariat pour les Réfugiés des Nations Unies (UNHCR, 2014. Monitoring de la détention de migrants. Un Manuel Pratique)

Ceci posé en préambule, il faut rappeler quelques évidences qui sont fondamentalement valables pour tous les mineurs et tous les types de détention :

- Un mineur est une personne physique âgée de moins de 18 ans.
- Par «définition», un mineur a des droits, parfois des obligations, qu'il peut exercer soit seul, soit très souvent par l'intermédiaire de ses représentants légaux.
- Un mineur est, par «définition», un être en devenir, sur le plan physique, mais aussi (et c'est important) sur le plan psychique, intellectuel et -osons le dire- sur le plan moral/éthique.
- Conséquence logique, mais souvent ignorée, un mineur n'est jamais un «modèle réduit» d'un adulte, a fortiori d'un adulte précis.
- Il convient d'éviter le plus possible la mise en détention de mineurs ; la prison au sens premier n'est pas faite pour eux, ce n'est pas leur place.
- Dit autrement: la prison ne sert jamais le «bien de l'enfant».

- Si on veut rester sur un plan juridique: il faut des bases légales solides et des procédures tout aussi solides pour la mise en détention d'un mineur.
- Le **seul fait d'être migrant** n'est pas un motif de mise en détention suffisant !

Ces prémisses posées, la loi suisse permet la mise en détention de mineurs, c'est-à-dire la privation de leur liberté :

### **dans le droit pénal et la procédure pénale**

- en tant que détention provisoire au cours d'une instruction pénale. Le Tribunal fédéral a admis qu'un enfant de 12 ans pouvait, exceptionnellement, être soumis à ce régime<sup>2</sup>.
- en tant que peine suite à un jugement pénal de «culpabilité», mais seulement à partir de 15 ans et pour un maximum de 1 année (tout à fait exceptionnellement pour 4 ans).

### **dans le droit civil et la procédure civile**

- en cas de placement à des fins d'assistance (le PAFA, anciennement la PLFA, privation de liberté à des fins d'assistance)

### **en procédure administrative, dans le droit des étrangers**

- dans la loi sur les étrangers

### **Dans le droit pénal et la procédure pénale**

Le droit pénal des mineurs<sup>3</sup> s'applique aux enfants entre 10 et 18 ans.

Partant, la procédure spécifique aux mineurs<sup>4</sup> s'applique aussi entre 10 et 18 ans.

Le législateur fait une différence entre la détention avant jugement (soit celle imposée durant la période d'enquête/d'instruction) et la détention comme sanction, prononcée par un juge ou un tribunal pour des mineurs de 15 ans ou plus. Fondamentalement, la détention provisoire (= avant jugement) d'un enfant de 10 ans est possible. Les motifs en sont les mêmes que pour les personnes majeures :

- risque de fuite
- risque de collusion
- risque de récidive
- risque de réitération.

<sup>2</sup> ATF 142 IV 389 du 11.10.2016 (6B\_1026/2015)

<sup>3</sup> Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs -Droit pénal des mineurs, DPMIn 311.1

<sup>4</sup> Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (Procédure pénale applicable aux mineurs, PPMIn) RS 312.1

La détention provisoire (= avant jugement) d'un enfant de 10 à 15 ans est critiquée par la doctrine, je cite ici Queloz<sup>5</sup> :

*« (...) la PPMin, l'art. 27 al. 1 ne fixe pas de seuil d'âge minimal à la détention provisoire, mais il en souligne le caractère subsidiaire en précisant que ces mesures de contrainte «ne sont prononcées qu'à titre exceptionnel et seulement si aucune mesure de substitution n'est envisageable » (al. 1). Rappelons que la « détention avant jugement est une mesure de contrainte très grave (...) Elle est pleine d'inconvénients pour le prévenu, victime d'une mesure d'incarcération aux effets souvent néfastes, sinon dévastateurs »<sup>4</sup>, qui plus est lorsqu'elle frappe des enfants. En outre, l'art. 27 al. 2 PPMin laisse aux magistrats des mineurs une compétence de maintien en détention provisoire bien supérieure (jusqu'à 7 jours) à celle des procureurs dans les procédures relatives aux adultes (48 heures au plus: art. 224 al. 2 CPP<sup>6</sup>) avant de devoir saisir le Tribunal des mesures de contrainte. Pour le reste, les art. 3 et 27 PPMin renvoient aux règles du CPP et, parmi celles-ci, il en est une qui a une portée essentielle. Il s'agit de l'art. 212 CPP (Principes), dont l'al. 3 stipule clairement: « La détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté ne doivent pas durer plus longtemps que la peine privative de liberté prévisible », à savoir celle qui pourrait être prononcée à titre de condamnation. Or, comme la condamnation d'un mineur à une peine privative de liberté est interdite avant l'âge de 15 ans révolus (art. 25 DPMIn), la conclusion s'impose que la détention provisoire est également prohibée et illégale si elle est décidée à l'encontre d'enfants âgés de moins de 15 ans, même si l'art. 27 al. 1 PPMin ne fixe pas expressément de seuil d'âge (...) ».*

En 2014, Queloz regrettait que le Tribunal fédéral ne se soit pas prononcé sur cette controverse :

*«Le Tribunal fédéral ayant été saisi, en début d'année 2014, d'un recours pour constatation de l'illicéité de la détention provisoire d'un enfant de 12 ans (...), nous nous réjouissons qu'il apporte une interprétation uniforme à cette question importante et controversée relative aux droits et à la liberté de l'enfant. Or, la lère Cour de droit public du Tribunal fédéral a malheureusement déclaré ce recours irrecevable, pour absence d'intérêt juridique actuel (sic!) et en raison du caractère subsidiaire des conclusions en constatation de droit.*

*Selon la Haute Cour, un examen au fond du grief d'illicéité de la détention provisoire aurait pu avoir lieu si le recours avait invoqué une violation manifeste d'un droit constitutionnel de l'enfant, ce qui nous semble pourtant couler de source puisque la liberté individuelle – bien juridique éminemment précieux et dont la Cour de droit public devrait être la garante ultime – était ici en jeu. Nous*

<sup>5</sup> «La détention des mineurs de moins de 15 ans en Suisse, critique de la pratique et de la jurisprudence» in Bulletin suisse des droits de l'enfant, Grand-Lancy (Genève), 2014, 3, I-IV

<sup>6</sup> Code de procédure pénale suisse, RS 312.0

*regrettons vivement une position aussi formaliste que minimaliste de cette Haute Cour, que nous considérons comme un véritable déni de justice».*

Depuis lors, le Tribunal fédéral a – à nouveau – été saisi et il s’est prononcé<sup>7</sup>. Il devait examiner la situation d’un enfant de 12 ans, soupçonné de participation à un cambriolage, non scolarisé (je rajoute : en tous cas en Suisse), sans documents d’identité, sans représentants légaux en Suisse, séjournant dans un camp en France, auprès de sa grand-mère; toutefois l’enfant avait refusé de dire où était ce camp, où était donc son lieu de résidence. Le Tribunal fédéral a clairement dit que de telles détentions devaient être l’exception<sup>8</sup> et n’étaient admissibles qu’après examen de toutes les autres alternatives moins incisives.

In casu, la détention provisoire avait été exécutée dans un établissement spécialisé pour mineurs et avait duré 1 mois (période de Noël et fêtes de fin d’année).<sup>9</sup>

La privation de liberté au titre de sanction est prévue dans la loi suisse :

#### **Art. 25 Privation de liberté a. Contenu et conditions**

<sup>1</sup> Est passible d'une privation de liberté d'un jour à un an le mineur qui a commis un crime ou un délit s'il avait **quinze ans le jour où il l'a commis**.

<sup>2</sup> Est condamné à une privation de liberté de quatre ans au plus le mineur qui avait **seize ans le jour de l'infraction**:

- a. s'il a commis un crime pour lequel le droit applicable aux adultes prévoit une peine privative de liberté de trois ans au moins;
- b. s'il a commis une infraction prévue aux art. 122, 140, al. 3, ou 184 CP<sup>1</sup> en faisant preuve d'une absence particulière de scrupules, notamment si son mobile, sa façon d'agir ou le but de l'acte révèlent des dispositions d'esprit hautement répréhensibles.

Il sied de rappeler que l’exécution de la sanction ne saurait être admise dans une institution carcérale usuelle ; la loi impose des établissements spécialisés, établissements rares en Suisse.

#### **Dans le droit et la procédure civile**

Le placement d’enfant est prévu par le Code civil suisse (CCS<sup>10</sup>). Le temps imparti ne permet pas de passer en revue l’ensemble des placements possibles au sens de l’article 310 CCS. Tout au plus rappelons que l’autorité doit retirer le droit de déterminer le lieu de résidence de l’enfant avant de placer celui-ci dans une famille d’accueil ou un établissement (la loi parle de placer « de façon appropriée »). On

<sup>7</sup> AF 142 IV 389 du 11.10.2016 (6B\_1026/2015)

<sup>8</sup> C’est moi qui souligne

<sup>9</sup> On notera que la sanction après jugement avait été une exemption de toute peine ce qui conduit le Tribunal fédéral à soulever la question d’une indemnisation du mineur pour la détention préventive subie et il appartiendra aux autorités genevoises de se prononcer sur ce point !

<sup>10</sup> RS 210

admettra ici que ce genre de placement n'est pas assimilable à une « détention » au sens du présent colloque.

Un placement avec limitation de la liberté est toutefois envisageable pour des mineurs sous l'angle civil, car le placement à des fins d'assistance (PAFA) selon le droit des adultes peut s'appliquer mutatis mutandis<sup>11</sup> !

Le PAFA répond aux conditions suivantes :

- il est envisagé en regard des problèmes de la personne;
- partant, le PAFA n'est pas une mesure de sécurité publique<sup>12</sup>;
- une telle mesure ne peut être ordonnée qu'en présence d'une des conditions suivantes:
  - troubles psychiques ou
  - déficiences mentales ou
  - grave état d'abandon etseul le placement en institution permet de fournir l'assistance ou le traitement nécessaire (dit autrement : il n'existe pas d'autres moyens).
- Les définitions de la loi sont des définitions légales.

Par déficience mentale, on entend les déficiences de l'intelligence, congénitales ou acquises, de degrés divers.

Par trouble psychique, on entend toutes les pathologies mentales reconnues en psychiatrie, à savoir les psychoses et les psychopathies ayant des causes physiques ou non ou encore les démences.

Par autre état de faiblesse, on entend les états affectants plus particulièrement les personnes âgées souffrant de déficiences similaires à celles qui affectent les personnes ayant un handicap mental ou des troubles psychiques.

Les cas extrêmes d'inexpérience ou de mauvaise gestion, ainsi que les cas rares de handicaps physiques, comme de paralysie grave ou de cécité doublée d'une surdité.

Le PAFA, à fortiori pour un mineur, est donc une

- ultima ratio,
- qui doit respecter le principe de la proportionnalité,
- uniquement pour placement en institution

L'institution ne sera pas forcément une institution fermée.

---

<sup>11</sup> Art. 314 b CCS, voir aussi Olivier Guillod, « *Droit des personnes* » 3ème édition, Helbling Lichtenhan, UNINE, 2012, p. 164

<sup>12</sup> Une très légère brèche a été ouverte par le TF, mais au vu d'une situation tout à fait exceptionnelle et son examen dépasse le cadre du présent exposé.

La procédure est particulière: elle impose que la personne (donc aussi l'enfant) soit entendue par un collège de trois personnes, provenant de disciplines différentes ; dit autrement, il faut ici une écoute pluridisciplinaire, et c'est à ma connaissance la seule procédure qui l'exige.

### **En procédure administrative, dans le droit des étrangers**

La détention administrative des migrants se base sur la loi fédérale sur les étrangers<sup>13</sup> et sur la loi sur l'asile<sup>14</sup>.

La détention administrative est définie comme étant une « privation de liberté des non-citoyens pour des raisons relatives à leur statut migratoire ». Cette définition a pour objectif d'englober à la fois les incarcérations résultant de poursuites criminelles pour des infractions relatives au statut migratoire et les procédures administratives de contrôle migratoire. La définition s'applique aux adultes comme aux mineurs. (...). Contrairement à d'autres pays européens -dont la Hongrie, l'Italie et l'Espagne qui interdisent la détention de mineurs non accompagnés- la législation suisse n'interdit pas la détention de mineurs non accompagnés. Cependant, la Suisse interdit la détention des enfants de moins de 15 ans (article 80(4) et 80a(5) de la Loi fédérale sur les étrangers). Le cadre légal qui régit la détention administrative en Suisse s'applique donc aux mineurs âgés de plus de 15 ans – accompagnés ou non<sup>15</sup>.

La législation suisse prévoit plusieurs dispositions qui justifient et régulent la détention administrative des migrants. Elles peuvent être classées en 8 catégories :

1. la détention pour refus d'entrée et renvoi à l'aéroport ;
2. la détention de requérants d'asile à l'aéroport ;
3. la rétention ;
4. la détention en phase préparatoire ;
5. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ;
6. la détention dans le cadre d'une procédure de Dublin ;
7. la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage ;
8. la détention pour insoumission<sup>16</sup>

Dans son article, Queloz en critique certains aspects.

### **3. Mise en détention des mineurs selon le droit des étrangers**

Malheureusement, la pratique de la mise en détention d'enfants qui n'ont pas atteint l'âge de 15 ans révolus existe également en Suisse en matière de mesures de contrainte *du droit des étrangers*.

---

<sup>13</sup> RS. 142.20

<sup>14</sup> RS. 142.31

<sup>15</sup> Rapport TdH, p. 16

<sup>16</sup> Rapport TdH, p. 17

Pourtant, une telle pratique est ici **clairement prohibée** par la loi. L'art. 79 LEtr8 prévoit en effet que les divers types de détention du droit des étrangers «ne peuvent excéder six mois au total» (al. 1), mais que la « durée maximale de la détention peut, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée de douze mois au plus et, *pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans*, de six mois au plus » (al. 2). Aucune autre disposition de la LEtr ne fixe ni seuil d'âge, ni surtout de seuil inférieur.

Il est ainsi absolument illégal de prononcer la détention administrative d'enfants de moins de 15 ans et la pratique de la mise en détention de familles entières, dans des «cellules familiales», où les enfants sont englobés dans la décision qui frappe leur(s) parent(s), constitue également, selon nous, une violation du droit national et des conventions internationales auxquelles la Suisse est liée.

On ne peut que suivre cette critique. La loi est claire et par conséquent, à mon avis<sup>17</sup>, la jurisprudence concernant la détention provisoire d'un mineur de 12 ans ne saurait être appliquée (par analogie).

### **Représentation du mineur**

Une première remarque s'impose : représentation ne veut pas dire « ennemi » de l'intervention étatique, mais aide et protection des intérêts de la personne. Certains l'oublie, j'en ai fait l'expérience et il est bon de le rappeler.

Au vu de **l'art. 12 al. 2 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant**, le mineur doit être entendu afin de permettre à l'autorité de constater et d'établir les faits et de respecter à la fois le droit de participation de l'enfant et les droits attachés à sa personne.

Il convient donc de respecter un cadre et des conditions adéquates pour un mineur.

Ici le bât blesse certainement car -les spécialistes le savent- on ne parle pas à un enfant, on n'auditionne pas un enfant, comme on auditionne un majeur. Je me dois de constater que la spécialisation dans ce domaine est (encore) loin d'être acquise partout. Même dans le domaine de la protection de l'enfant, une étude récente du CSDH<sup>18</sup> qui va sortir sous peu, montre que l'on trouve « un peu de tout » dans le paysage suisse.

A fortiori lorsque l'on se trouve dans une procédure administrative, à fortiori aussi lorsque l'on se trouve face à une famille (où il faut/faudrait moduler les auditions en fonctions des âges des divers concernés).

---

<sup>17</sup> Avis strictement personnel

<sup>18</sup> Etude succincte sur une justice adaptée aux enfants, sous l'égide du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH).

Que l'on se comprenne bien : je ne fais pas de reproche en bloc aux divers intervenants dans ces procédures, intervenants qui<sup>19</sup> dans leur grande majorité agissent au plus près de leurs consciences et compétences... mais il n'existe pas d'obligation à se former. La magistrature pénale s'y penche via l'ERMP<sup>20</sup> (et son pendant alémanique à Lucerne), on en parle et on l'encourage dans la procédure civile, mais quid des intervenants en procédure du droit des étrangers ?

Vu le temps et les moyens à disposition, je n'ai pas lancé une grande enquête en vue du présent exposé ; néanmoins je me suis approché du président du tribunal des mesures de contrainte du canton de Berne (TMC) et des curateurs spécialisés en accompagnement des mineurs non accompagnés<sup>21</sup>. Il en ressort que

- les cas de mineurs placés en détention administrative et qui sont annoncés au TMC sont très rares ;
- le TMC n'a jamais eu de procédure touchant des mineurs de moins de 15 ans, les rares cas touchent des mineurs de 16 à 18 ans ;
- les mineurs sont entendus par le président du TMC, qui n'a pas de formation spécifique dans ce domaine précis ;
- les mineurs sont extrêmement rarement représentés ;
- un problème préoccupe le président : souvent le mineur ne comprend pas le labyrinthe des procédures, notamment les différences d'objets ; le président est souvent à l'écoute du mineur et doit lui expliquer les enjeux de chaque procédure, y.c. celles qui sont déjà terminées;
- par contre la langue en tant que telle n'est jamais un obstacle, la présence d'interprètes est garantie;
- les curateurs spécialisés ne sont jamais requis ou mandatés pour accompagner de tels mineurs, manifestement les Autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) ne sont pas informées.

Je le répète, ce qui précède n'est absolument pas exhaustif, n'a qu'une valeur indicative, mais montre le flou qui entoure (encore) ce domaine.

Pour information, le canton de Berne a prévu un crédit de 105 millions de CHF sur quatre ans pour l'aide sociale aux mineurs non accompagnés. Un référendum a cependant été lancé, la votation est fixée au 21 mai 2017.

Quels enseignements tirer de ce très bref et trop rapide survol?

1. Les lois (et la jurisprudence) permettent la détention de mineurs dans les trois domaines, avec quelques cautèles.
2. Mais permettre ne veut pas dire « obliger ».

---

<sup>19</sup> A ma connaissance

<sup>20</sup> Ecole romande de la magistrature, Neuchâtel

<sup>21</sup> Dans le canton de Berne, toutes les procédures civiles touchant de tels mineurs sont traitées par l'APEA (KESB) d'Emmental où 2 curateurs sont spécialement affectés à ce domaine.

3. Les juges ou intervenants ont toujours une marge d'appréciation, à eux d'en faire bon usage.
4. En tous cas, l'exécution de la « détention » mérite une attention particulière car l'encadrement d'un mineur va influencer sa vie, cela est certain.
5. Si un enfant doit être privé de liberté, ce n'est pas la privation de liberté qui doit primer, mais l'encadrement du mineur, un encadrement adapté à sa condition de mineur.
6. Partant, il est partout précisé (plus ou moins clairement dans les lois) que l'exécution d'une détention doit se faire dans des institutions spécifiques, adaptées aux mineurs.
7. Les intervenants, à quelque niveau que ce soit, devraient absolument avoir le minimum de connaissance en audition d'enfants.
8. Le mineur doit être accompagné / représenté au cours des procédures.

### *La détention administrative des mineurs*

	<i>Détention pénale avant jugement</i>	<i>Détention pénale à titre de sanction</i>	<i>Détention administrative, loi sur les étrangers</i>	<i>"Détention" civile, PAFA</i>
<i>âge minimum</i>	<i>10 ans</i>	<i>15 ans</i>	<i>15 ans</i>	<i>dès naissance</i>
<i>Remarques</i>	<i>Rarissime, TF l'a admis à titre exceptionnel pour un mineur de 12 ans</i>	<i>Rare. Max. 1 année. Cas gravissimes = max 4 ans</i>		<i>Rarissime. Pas de limite inférieure d'un point de vue strictement théorique. Ultima ratio aussi pour des adolescents.</i>
<i>Conditions d'exécution</i>	<i>Dans institutions spécialisées, pas avec des majeurs</i>	<i>Dans institutions spécialisées, pas avec des majeurs</i>	<i>Dans institutions spécialisées</i>	<i>Dans institutions spécialisées</i>
<i>Remarques</i>	<i>L'aspect éducatif doit l'emporter</i>	<i>L'aspect éducatif doit l'emporter</i>		<i>Institutions spécialisées de par la nature même de la prise en charge</i>

# *La détention administrative des mineurs migrants en Suisse: Pratique et perspectives*

Lorène MÉTRAL

Terre des hommes - Aide à l'enfance, Lausanne, Suisse

## **1. La tradition humanitaire de la Suisse à l'épreuve de l'accroissement des flux migratoires.**

L'accueil des enfants en situations de migration soulève des questions essentielles. Elles relèvent de l'aspect logistique de la prise en charge par exemple, avec l'augmentation importante du nombre de personnes requérant l'asile et de mineurs non accompagnés en Europe et en Suisse. Mais surtout, la migration dans son essence nous confronte à nos valeurs et représentations. Les valeurs de l'accueil, de la tolérance et de l'ouverture d'esprit font face aux pressions administratives et statistiques, aux obsessions sécuritaires, aux différences de cultures et aux préjugés. Au milieu des chiffres et procédures formelles, le risque est de se baser d'abord sur le statut de l'enfant migrant pour l'évaluation de ses besoins et de sa prise en charge. Il est fondamental de considérer que même en situation de migration un enfant reste un enfant. Le considérer comme tel permet de le respecter dans ses droits et dans ses besoins, en adéquation avec les engagements internationaux de la Suisse et dans le respect de sa tradition humanitaire.

Pourtant, la Suisse place des enfants migrants en détention administrative, ce qui pose question de son engagement de toujours prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément à l'article 3 par. 1 de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'enfant<sup>1</sup>

À la Fondation Terre des hommes – Aide à l'enfance, nous nous sommes demandés pour quelle(s) raison(s) les enfants migrants étaient-ils placés en détention administrative en Suisse? Combien sont-ils, sur quelle base juridique et pour combien de temps ces enfants sont-ils détenus ? Quelle est la situation globale en Suisse et quelles sont les pratiques dans les différents cantons ? Afin de trouver les réponses manquantes à ces questions, Terre des hommes a mené sa propre enquête auprès des autorités cantonales et nationales compétentes en la matière. Découlant de ces recherches, le rapport « Détention illégale des mineurs migrants en Suisse : un état des lieux » a été publié en 2016 et présente un état des lieux de la pratique de la détention administrative en Suisse.

---

<sup>1</sup> Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, ratifiée par la Suisse en 1997.

## **2. La détention administrative en Suisse : le cadre législatif.**

La détention pour des motifs liés à la migration consiste à priver de liberté des personnes en raison de leur statut migratoire. Cette privation de liberté à caractère administratif est mise en œuvre lors d'une infraction présumée aux conditions d'entrée, de séjour ou de résidence dans le pays d'accueil ou pour s'assurer du bon déroulement de la procédure d'asile. Cette détention peut être liée au temps nécessaire à l'établissement de l'identité des requérants ou pour garantir le renvoi du pays suite à une décision négative à la demande d'asile.

En Suisse, c'est la loi sur les étrangers (LEtr) qui pose le cadre de la détention administrative. Les adultes peuvent être placés en détention pour des raisons liées à leur statut migratoire, mais la loi prévoit aussi la détention administrative des jeunes de 15 à 18 ans<sup>2</sup>.

Ces détentions sont autorisées dans sept cas définis par la loi sur les étrangers et la loi sur l'asile :

1. la détention de requérants d'asile à l'aéroport ;
2. la rétention ;
3. la détention en phase préparatoire ;
4. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ;
5. la détention dans le cadre d'une procédure de Dublin ;
6. la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion en cas de non-collaboration à l'obtention des documents de voyage ;
7. la détention pour insoumission.

Selon la loi, les personnes en situations de migration peuvent être détenues pour un maximum de 6 mois. Cette période peut être prolongée de 12 mois ou de 6 mois pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans (art.79 LEtr).

La loi sur les étrangers (LEtr) est une loi fédérale et l'autorité en matière d'immigration est exercée à un niveau cantonal. En pratique, ce sont donc les cantons qui mettent en œuvre de manière discrétionnaire ces dispositions légales. Certains cantons ont pris le parti de ne placer aucun enfant en détention administrative, quel que soit leur âge. C'est par exemple le cas des cantons de Vaud, Neuchâtel, Bâle-Ville et Bâle-Campagne ou Genève. D'autres cantons au contraire placent des jeunes de 15 à 18 ans en détention administrative pour des raisons administratives en conformité aux lois fédérales.

---

<sup>2</sup> Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005 (142.20), art.73 à 81.

### **3. L'enquête de Terre des hommes pour déterminer l'étendue de la pratique de la détention administrative de mineurs migrants en Suisse.**

Partant de ce constat, Terre des hommes a approché les cantons ainsi que les acteurs fédéraux et cantonaux pertinents pour recueillir les informations nécessaires à une analyse approfondie de la pratique de la détention administrative des jeunes en situation de migration en Suisse. Nous avons transmis un questionnaire à chaque canton afin de récolter des données précises sur leurs pratiques, les conditions de détention et les alternatives proposées.

Les conclusions que nous avons tirées de notre enquête et que nous avons présentées dans notre rapport ont fait ressortir plusieurs difficultés et incohérences.

- La première difficulté a été l'accès à une information complète incluant des données détaillées au niveau cantonal. Seulement 8 cantons ont retourné des réponses complètes, 12 ont répondu partiellement aux questions qui leur ont été posées et 5 n'ont pas répondu au questionnaire et aux demandes répétées d'information (le canton de Genève a transmis des informations après la publication du rapport). De ce manque de transparence découle un flou au niveau des données pourtant essentielles à l'analyse de la situation et à la vérification du respect des droits des enfants migrants. D'autant plus que ceux-ci sont souvent dans des situations de vulnérabilité. Il est fondamental de rester inflexible sur le principe de transparence pour pouvoir collecter et fournir des données précises. Dans ce contexte, Terre des hommes appelle les autorités fédérales à renforcer leur système de suivi de la détention administrative des mineurs migrants.

- L'enquête de Terre des hommes a aussi mis en lumière la diversité des pratiques cantonales. Entre 2011 et 2015 :

- 7 cantons ont déclaré avoir placé des enfants en détention administrative
- 10 cantons ont déclaré ne pas détenir d'enfants pour des raisons liées à l'immigration par principe
- il est impossible de confirmer les pratiques de 9 cantons du fait de réponses lacunaires.

Ces différences d'approches traduisent bien une prise en compte différente de l'intérêt de l'enfant ainsi qu'une différence de traitement par rapport au placement en détention des jeunes pour des raisons administratives.

- Le rapport de Terre des hommes ainsi que les discussions ultérieures avec le Secrétariat d'état aux migrations (SEM) mettent aussi en lumière la difficulté d'une vision globale précise et détaillée du nombre d'enfants placés en détention administrative. Les chiffres communiqués en 2016 à Terre des hommes pour l'élaboration de son rapport faisaient état de 142 enfants détenus en 2015. 12 d'entre eux étaient des mineurs non accompagnés (MNA). Cependant, au cours de l'année 2017, le SEM est revenu sur ses chiffres en affirmant que seulement 51 enfants ont été placés en détention administrative en 2015, dont 4 MNA. La révision des chiffres

ne traduit que trop la confusion régnante autour de cette pratique et ne permet en aucun cas le suivi et le contrôle du respect des droits de ces jeunes migrants.

#### **4. La détention administrative va à l'encontre de l'intérêt supérieur des enfants.**

Quel que soit le nombre d'enfants placés en détention administrative, il est inacceptable que la Suisse prive des enfants de liberté du fait de leur statut de migrants. Il ne s'agirait que d'un enfant que ce serait déjà un enfant de trop. Par sa longue tradition de respect et de promotion des droits humains, par tous les moyens judiciaires mis en œuvre dans notre pays pour permettre aux enfants de jouir correctement de leurs droits et de s'épanouir, la Suisse se doit à elle-même de ne pas placer d'enfants en détention du fait de leur statut migratoire ou du statut migratoire de leurs parents.

Comment peut-on affirmer que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte alors que des enfants sont placés en détention ? Au niveau international, de nombreuses organisations se positionnent contre la privation de liberté des enfants pour des raisons liées à la migration. Elles considèrent à juste titre que cette pratique est en contradiction avec l'article 3 par. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant, dans son observation générale n°6<sup>3</sup>, appelle explicitement les Etats à cesser la détention des enfants du fait de leur statut migratoire. Le HCR, le Conseil de l'Europe, le Secrétaire général de l'ONU, International Detention Coalition, la campagne Destination Unknown, tous appellent à l'abandon de cette pratique<sup>4</sup>.

En termes d'image, pour beaucoup, détention est synonyme de criminalisation. Priver les personnes de liberté, même pour des raisons administratives, contribue au sentiment de défiance qui s'empare de l'Europe. Jean Zermatten, ancien président du Comité des droits de l'enfant, affirme très justement « *l'enfant devient, presque de manière automatique, un suspect pour qui on aura tendance plutôt à trouver une solution de renvoi ou de refoulement, qu'une attitude ouverte ou accueillante* »<sup>5</sup>. Sur le plan humain la détention aggrave les dégâts psychologiques des enfants rendus fortement vulnérables par leur parcours de vie. De nombreuses études démontrent les effets néfastes à court, moyen et long terme de la privation de liberté sur le développement des enfants.

---

<sup>3</sup> Observation Générale n°6 (2005). Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine.  
[http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC\\_Observation\\_Generale\\_6\\_2005\\_fr.pdf](http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CRC_Observation_Generale_6_2005_fr.pdf)

<sup>4</sup> HCR : <http://www.unhcr.org/fr/news/press/2014/7/53ba5684c/hcr-appelle-faire-cesser-detention-demandeurs-dasile-refugies.html>; Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe : Résolution 1810 (2011). Unaccompanied children in Europe: issues of arrival, stay and return. Résolution 2020 (2014). Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants; Secrétaire Général de l'ONU. Rapport du Secrétaire général, 21 avril 2016, A/70/59. Sécurité et dignité: gérer les déplacements massifs de réfugiés et de migrants ; International Detention Coalition : [http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2017/06/Briefing-Paper\\_Never-in-a-childs-best-interests\\_June-2017.pdf](http://idcoalition.org/wp-content/uploads/2017/06/Briefing-Paper_Never-in-a-childs-best-interests_June-2017.pdf); Destination Unknown, 9 principes : <http://destination-unknown.org/wp-content/uploads/recommended-principle-FR.pdf>.

<sup>5</sup> Préface du rapport Tdh 2016 : Détention illégale de mineurs migrants en Suisse: un état des lieux.

Pour chacun de ces enfants, la Suisse s'est engagée en 1997 à considérer son intérêt supérieur dans toutes les décisions le concernant. Terre des hommes est convaincue que la détention n'est pas dans le meilleur intérêt de l'enfant et qu'il existe des solutions alternatives plus adéquates et respectueuses des besoins spécifiques des enfants.

## **5. Les alternatives à la détention administrative doivent être étendues à l'ensemble des cantons.**

L'alternative à la détention des jeunes pour des raisons de migration se base sur la mise en place de mesures non-privatives de liberté. De très nombreuses études et propositions existent déjà. La littérature présente des situations nationales et des propositions spécifiques et concrètes pour répondre aux besoins des pays d'accueil. Ces alternatives sont transposables et présentent de nombreux avantages : respect et protection de l'enfant, moindres coûts, efficacité avérée. C'est le cas notamment de l'obligation pour les enfants de résider avec leur famille à une adresse connue des autorités ; le fait de favoriser dans toutes les situations le placement des enfants et des jeunes dans des foyers, des familles d'accueil, chez une personne de leur communauté ; ou encore l'obligation de se présenter aux autorités à intervalles réguliers.

Il est nécessaire de mettre en place des alternatives à la détention pour respecter les droits et le bien-être des enfants. Mais il est aussi fondamental de les mettre en œuvre avec une approche globale respectueuse des besoins spécifiques de l'enfant. International Detention Coalition a développé plusieurs principes clefs pour s'assurer de l'adéquation des alternatives à la détention en termes de collaboration et de bien-être, notamment :

- 1) la nécessité d'une évaluation individuelle qui prenne en compte les besoins spécifiques de l'enfant -justement pour prendre la mesure la plus adéquate-
- 2) la mise en place d'un climat de confiance et de respect
- 3) s'assurer que les besoins primaires tels que la santé ou l'éducation sont garantis.

Au niveau cantonal, des solutions existent et sont déjà mises en place. Par exemple le canton de Bâle-Ville a instauré un système de rapport de présence régulière devant les autorités. Le canton de Vaud assigne parfois les parents à leur domicile entre 22h et 7h du matin. Ces solutions, appliquées dans le contexte suisse, doivent être évaluées et transposées, si adéquates, dans d'autres cantons.

Terre des hommes s'engage pour la cessation de la détention administrative des mineurs migrants en Suisse. L'état des lieux relevé dans le rapport de Terre des hommes de 2016 a permis de repérer certaines pratiques inacceptables eu égard aux droits de l'enfant que la Suisse s'est engagée à respecter en vertu des dispositions des traités internationaux qu'elle a ratifiés. Le rapport a aussi mis à jour de grandes divergences entre les cantons, rappelant que le fédéralisme suisse peut engendrer

des différences de traitement des enfants et la mise en place de pratiques irrespectueuses de leurs droits. Dans un tel contexte, un travail important de promotion des alternatives à la détention administrative est nécessaire afin que les bonnes pratiques déjà mises en œuvre dans certains cantons puissent s'étendre et devenir la norme dans l'ensemble de la Suisse.

Terre des hommes est, de par son expertise dans le domaine de la justice juvénile ici et ailleurs, bien positionnée pour appuyer toute initiative allant dans ce sens. C'est d'ailleurs à ce titre qu'elle a décidé de poursuivre en 2017 un dialogue avec les différents cantons sur le sujet.

Il est primordial de garder à l'esprit le fait que les enfants en situations de migration sont dans des situations de grande vulnérabilité et qu'ils ont un besoin urgent de protection. Ces enfants sont sur le territoire suisse et nous avons la responsabilité de veiller au respect de leurs droits en conformité à nos obligations internationales, en Suisse et par-delà les frontières quand cela engage la responsabilité de notre pays (par ex. processus de retour ou de réunification familiale). Priver ces enfants de leur liberté en raison de leur statut migratoire n'est en aucun cas dans leur intérêt ni dans celui de notre société. Il existe des alternatives qui ont fait leur preuve, mettons-les en œuvre.

# *La situation en France des enfants migrants en rétention administrative : Les effets de la loi « droits des étrangers »*

Sandie BATISTA

A.T.E.R, Université du Maine

Doctorante en droit public, Université Rouen-Normandie, France

La situation des enfants migrants en France a évolué sur le plan juridique depuis le 7 mars 2016. Cette date a marqué l'entrée en vigueur de la loi « Droit des étrangers » qui est venue considérablement remanier le régime juridique applicable aux étrangers présents sur le territoire français<sup>1</sup>. Bien que les changements qu'elle a apportés concernant les enfants soient passés relativement inaperçus, ils sont pourtant cruciaux. Avant l'adoption de cette loi, le droit français était silencieux sur la situation juridique des enfants présents en centres de rétention administrative<sup>2</sup>. C'est exclusivement d'un point de vue juridique que la question qui m'a été dévolue sera traitée puisqu'il faut noter que d'un point de vue pratique, la situation des enfants migrants en rétention administrative n'a pas connu d'évolutions depuis plusieurs années. En effet, la France pratique depuis bien longtemps le placement d'enfants en rétention avec leur(s) parent(s).

A l'occasion de ce constat, il convient d'apporter une précision puisque ce propos ne concernera que les enfants accompagnés. En effet, les enfants non accompagnés<sup>3</sup> ne peuvent pas être placés en rétention administrative. Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) précise qu'une personne de moins de 18 ans ne peut pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement et donc par voie de conséquence, elle ne peut pas faire l'objet d'une mesure de rétention administrative<sup>4</sup>. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir comment des enfants se trouvent placés en centre de rétention administrative ? Les enfants s'y trouvent placés non pas en tant que destinataires de la mesure de placement, mais en tant qu'accompagnants des véritables destinataires de la mesure que sont leurs

---

<sup>1</sup> Loi adoptée en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 18 février 2016, promulguée le 7 mars 2016 et publiée au JORF le 8 mars 2016.

<sup>2</sup> Les centres de rétention administrative (CRA) sont nationaux et leur création relève d'une décision ministérielle. Notons qu'il existe aussi des locaux de rétention administrative (LRA) qui sont des lieux de rétention provisoire des étrangers avant leur placement en CRA. En général, ce sont des commissariats de police ou des brigades de gendarmerie qui font office de LRA. Leur création relève non pas d'une décision ministérielle mais d'une décision préfectorale. Mais à la différence des CRA, les LRA n'ont pas vocation à accueillir des étrangers pour une durée de plusieurs jours.

<sup>3</sup> Un enfant non accompagné « est une personne âgée de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable, qui est séparée de ses deux parents et n'est pas prise en charge par un adulte ayant, de par la loi ou la coutume, la responsabilité de le faire » (Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Note sur les politiques et procédures à appliquer dans le cas des enfants non accompagnés en quête d'asile*, Genève, 1997, p. 2). Cette définition retenue par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés est celle qui a ensuite été reprise par l'UNICEF ou la CICR (Comité international de la Croix rouge). *A contrario*, un enfant accompagné sera donc une personne âgée de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable, qui est accompagné de l'un de ses deux parents ou qui est pris en charge par un adulte ayant, de par la loi ou la coutume, la responsabilité de le faire.

<sup>4</sup> Article L. 511-4 du CESEDA : « Ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une mesure de reconduite à la frontière en application du présent chapitre : l'étranger mineurs de dix-huit ans ».

parents. Il faut toutefois préciser que la loi « Droit des étrangers » vient apporter un changement considérable.

Concrètement, la rétention administrative se réalise dans des centres et des locaux de rétention administrative (CRA ou LRA) et elle concernait 4 822 enfants sur les 49 565 personnes placées en CRA en 2015, ce qui représente donc environ 10% des personnes présentes en CRA<sup>5</sup>. Ces chiffres sont antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi « Droit des étrangers » et de fait l'on aura un recul sur l'effet de cette loi sur le nombre d'enfants en rétention qu'à partir de 2018 voire 2019. Cependant, il apparaît clairement, et cela sera développé dans ce propos, que la loi « Droit des étrangers » crée les conditions nécessaires à l'augmentation du nombre d'enfants en rétention administrative.

En effet, cette loi a apporté nombre de changements importants, dont certains plus insidieux que d'autres pousse la France vers une immunité juridictionnelle du placement d'enfants en rétention, malgré la persistance de son inconventionalité au regard de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989.

Ce sont ces changements qui seront abordés dans un premier temps puisque cette loi a changé le cadre juridique de la présence des enfants en rétention administrative (I). Dans un second temps, il faudra traiter des moyens dont disposent les juges pour sanctionner le placement d'enfants en rétention administrative et voir que ces moyens ont été considérablement diminués sous l'effet de la loi « Droit des étrangers » (II).

### **I- Le changement apporté par la loi « Droit des étrangers » dans la rétention administrative des enfants migrants**

Les premiers changements opérés par cette loi seront abordés sous l'angle de leur conventionalité au regard de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) et plus particulièrement au regard de son article 37 b) relatif à la privation de liberté des enfants (A). Par ailleurs, et cet élément n'est pas à négliger, cette inconventionalité des dispositions de la loi « Droit des étrangers » relatives aux enfants est connue des gouvernements français puisque cette loi est en réalité intervenue pour pallier les éventuelles futures condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (B).

---

<sup>5</sup> 27 947 pour la France métropolitaine et 19 618 pour l'Outre-mer d'après le communiqué de presse du 28 juin 2016 relatif au Rapport de 2015 sur les centres et locaux de rétention administrative réalisé conjointement par l'ASSFAM, Forum Réfugiés-Cosi, France terre d'asile, La Cimade et Ordre de Malte France, 2015, p.5. Rapport 2015 complet disponible sur : [http://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2016/06/RapRet2015\\_web-planches.pdf](http://www.lacimade.org/wp-content/uploads/2016/06/RapRet2015_web-planches.pdf)

## **A- Le régime de rétention administrative des enfants migrants issu de la loi « Droit des étrangers » confronté à l'article 37 b) de la Convention sur les droits de l'enfant**

L'article 37 b) de la CDE relatif à la privation de liberté de l'enfant prévoit que : « *Les Etats parties veillent à ce que : (...) nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible* ». Ainsi, elle fixe trois conditions à la privation de liberté des enfants, il faut qu'elle soit conforme à la loi (1), qu'elle soit une mesure de dernier ressort (2) et qu'elle soit aussi brève que possible (3).

### 1) La conformité à la loi du placement d'enfants en rétention administrative

La première condition peut sembler facile à réaliser, toutefois il faut noter qu'avant la loi « Droit des étrangers », il n'existait pas de dispositions législatives en droit français organisant le placement ou la présence d'enfants en CRA. Cette lacune était d'ailleurs l'une des causes des condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>6</sup>. La CEDH notait que : « la loi ne prévoit pas que les mineurs puissent faire l'objet d'une mesure de placement en rétention; ainsi, les enfants "accompagnant" leurs parents tombent dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti à leurs parents ».

Désormais, cette condition est remplie par l'article L. 551-1 du CESEDA qui prévoit les cas où un enfant peut être placé en rétention administrative « par ricochet<sup>7</sup> » c'est-à-dire lorsqu'il accompagne ses parents. Cet article dispose que l'interdiction de placer un étranger en rétention en étant accompagné d'un enfant ne s'applique pas :

*1° S'il n'a pas respecté l'une des prescriptions d'une précédente mesure d'assignation à résidence.*

*2° Si, à l'occasion de la mise en œuvre de la mesure d'éloignement, il a pris la fuite ou opposé un refus.*

*3° Si, en considération de l'intérêt du mineur, le placement en rétention de l'étranger dans les quarante-huit heures précédant le départ programmé préserve l'intéressé et le mineur qui l'accompagne des contraintes liées aux nécessités de transfert<sup>8</sup>.*

Relevons que le dernier cas de figure est celui qui ouvre le plus de possibilités puisque préserver l'étranger et l'enfant des contraintes inhérentes au transfert laisse une large place aux abus. La définition « des contraintes liées aux nécessités de transfert » n'est pas apportée par loi, ce qui laisse les autorités françaises libres

<sup>6</sup> CEDH, Popov contre France, para. 123.

<sup>7</sup> Hocine Zeghib, « La nouvelle loi "immigration": entre innovation relative et continuité prononcée », *La lettre juridique*, n°648, 24 mars 2016.

<sup>8</sup> D'après les différents rapports portant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, il apparaît que ce dernier consiste en le fait pour un enfant de ne pas être privé de liberté. « Les contraintes liées aux nécessités du transfert » invoquées ici comme justifiant l'enferment ne répondent pas aux trois conditions cumulatives fixées par l'article 37 de la CDE.

d'apprécier ce qui en relève ou non. Par ailleurs, le délai de quarante-huit heures prévu par ce dernier cas de figure ne peut pas être interprété comme constituant une limite à la durée de l'enfermement des enfants présents en CRA car le départ programmé n'est pas toujours exécuté.

Quoiqu'il en soit de l'opportunité de placer un enfant en rétention administrative avec ses parents, cela ne préjuge pas de la conventionalité de cette loi.

## 2) Une décision de placement en rétention administrative de dernier ressort

Le dernier ressort doit ici s'entendre, non pas au sens juridictionnel mais au sens courant. Ainsi, la décision de placement en CRA d'un enfant avec ses parents doit être prise lorsqu'il n'existe aucune autre solution que la privation de liberté. Le but de la rétention administrative est d'avoir un moyen de surveillance sur les personnes qui font l'objet d'une mesure d'éloignement. L'objectif étant qu'elles ne se soustraient pas à l'autorité publique lorsque celle-ci voudra les éloigner du territoire français.

Relevons que l'article L. 551-1 du CESEDA ne prévoit pas cette notion de « mesure de dernier ressort ». Toutefois, l'on peut conclure à sa lecture que le principe est l'assignation à résidence et le placement en CRA, l'exception en cas de non-respect des prescriptions liées à cette assignation, en cas de fuite de l'étranger objet de la mesure d'éloignement ou enfin en cas de nécessités liées au transfert qui rendrait l'enfermement nécessaire pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Même si l'on retient cette idée selon laquelle le placement d'enfants avec leurs parents en CRA est l'exception et l'assignation à résidence le principe, il n'en demeure pas moins que le placement en CRA n'est pas une mesure de dernier ressort.

En effet, plusieurs rapports font état d'autres solutions qui existent comme le placement de toute la famille dans des foyers d'accueil social ou alors le port de bracelet électronique pour le/les parent(s) objet(s) de la mesure d'éloignement, ce qui permettrait à toute la famille de rester ensemble sans être privée de liberté. Malgré ces autres moyens, la France préfère le placement des enfants en rétention administrative avec leurs parents puisqu'elle estime que c'est moins pire pour eux<sup>9</sup>.

## 3) Un placement en rétention aussi bref que possible

S'agissant de la dernière condition relative à la durée de l'enfermement, la CDE dispose qu'elle doit être aussi brève que possible. La loi « Droit des étrangers » modifie les délais de placement en rétention sans changer la durée maximale possible. Ainsi, désormais la première mesure de rétention décidée par l'autorité administrative est de 2 jours contre 5 jours auparavant. Si l'éloignement de l'étranger et par voie de conséquence de l'enfant qui l'accompagne n'est pas intervenu dans cet intervalle, la prolongation de la rétention est décidée par le Juge des libertés et de la détention (qui relève de la juridiction de droit privé) pour une durée de 28 jours contre 20 jours

---

<sup>9</sup> Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur les centres de rétention administrative et les zones d'attente, présenté le président de la mission d'information sur les CRA et les zones d'attente, M. Thierry Mariani, député, en conclusion des travaux de la mission d'information, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 juin 2009, n°1776.

auparavant. Enfin, une dernière période de 15 jours peut être décidée par ce même juge sous réserve que certaines conditions soient réunies<sup>10</sup>. Donc au total, un enfant peut rester 45 jours en rétention administrative. Le caractère bref de cette durée varie selon les interprétations. Néanmoins, outre par le gouvernement français, ce délai de 45 jours est fortement critiqué.

La loi « Droit des étrangers » n'a pas apporté de limitation à cette durée pour les enfants, elle se contente de préciser que lorsqu'un enfant accompagne l'étranger : « la durée du placement en rétention est la plus brève possible, eu égard au temps strictement nécessaire à l'organisation du départ<sup>11</sup> ». De nouveau une lacune apparaît puisqu'il n'y a aucune indication relative à ce « temps strictement nécessaire à l'organisation du départ ». Cette expression peut être interprétée de plusieurs manières, de la plus restrictive à la plus extensive, ce qui laisse une grande latitude aux pouvoirs publics français pour le placement d'enfants en CRA avec leurs parents.

Brièvement, l'on a vu que les conditions posées à l'article 37 b) de la CDE n'étaient pas respectées par la France, particulièrement la deuxième et troisième condition. L'on a aussi vu que la première condition tenant à l'existence d'une loi prévoyant le placement d'enfants dans des lieux de privation de liberté n'est respectée que depuis la loi « Droits des étrangers ». Avant cela, la première condition qui est la condition clé de la privation de liberté des enfants, n'était pas respectée. Au regard de certains éléments, il apparaît que les autorités françaises ont connaissance de la situation d'inconventionnalité de la France, toutefois, elles persistent dans cette voie.

## **B- La persistance de la rétention administrative des enfants migrants en France**

L'élément qu'il nous faut mettre en évidence ici est le fait que le gouvernement français savait que le placement d'enfants en rétention administrative était contraire au droit international pertinent (1). Dès lors, la loi « Droit des étrangers » est une tentative de rectification. Cette rectification vise non pas à mettre en conformité le droit français par rapport à la CDE mais à créer des conditions propices à empêcher les condamnations de l'autorité publique pour le placement d'enfants en rétention administrative (2).

### **1) La promesse vaine et lointaine de mettre fin à la rétention administrative des enfants avec leurs parents**

Le président de la République française, M. Emmanuel Macron, n'a pas pris officiellement position sur le placement d'enfants en CRA avec leurs parents. Il semble

---

<sup>10</sup> Article L. 552-7 du CESEDA : « en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement ».

<sup>11</sup> Article L. 551-1 §4 du CESEDA.

qu'il n'ait pas eu à le faire en raison de l'entrée en vigueur de la loi « Droit des étrangers » qui est venue réglementer une situation de vide juridique. Cette loi est issue d'un projet de loi, ce qui signifie que c'est le gouvernement et par extension le chef de l'Etat qui en sont à l'origine. Or, le 7 mars 2016 lorsque cette loi a finalement été adoptée à l'issue d'un long processus<sup>12</sup>, le président de la République était encore François Hollande et ce dernier s'était déclaré éminemment hostile au placement d'enfants en CRA.

En effet, quelques semaines avant son élection, il avait déclaré dans un grand quotidien : « Je veux prendre l'engagement, si je suis élu à la présidence de la République, à mettre fin dès mai 2012 à la rétention des enfants et donc des familles avec enfants (...) la protection de l'intérêt supérieur des enfants doit primer, comme nous le rappellent de nombreuses conventions internationales que la France a signées, et en particulier la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant<sup>13</sup> ».

Cette promesse du futur chef de l'Etat avait été bien accueillie par les différentes associations de défense des enfants et de défense des migrants.

## 2) La loi « Droit des étrangers » : la fuite en avant de l'Etat français

Malgré la promesse de campagne de François Hollande en 2012, le gouvernement et le président lui-même ont mis en œuvre tous les mécanismes constitutionnels pour permettre à la loi « Droit des étrangers » d'être adoptée. Au regard des difficultés des deux chambres du Parlement pour se mettre d'accord sur la rédaction du texte, le gouvernement a décidé aux termes de plusieurs procédures infructueuses de conciliation des deux chambres, d'engager une procédure permettant à une seule d'entre elles, l'Assemblée nationale, d'avoir le dernier mot sur la rédaction du texte.

Toutefois, à la lecture des travaux préparatoires de la loi, il faut constater que les difficultés insurmontables existantes entre les deux chambres du Parlement n'ont jamais porté sur les dispositions relatives au placement d'enfants en rétention administrative<sup>14</sup>. Ainsi, malgré la déclaration de François Hollande, le placement des enfants en CRA n'a pas posé de difficultés aux pouvoirs constitutionnels.

---

<sup>12</sup> Il faut noter que la procédure accélérée prévue par l'article 45 de la Constitution française avait été engagée sur ce texte mais que la commission mixte paritaire réunie à la mi-novembre 2015 n'est pas parvenue à trouver un accord. Même si le Sénat a rejeté le texte en deuxième lecture, la procédure accélérée a permis à l'Assemblée nationale de l'adopter seule. Sur ces aspects, voir les comptes rendus des différentes navettes sur Légifrance : [www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&legislature=14](http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&legislature=14)

<sup>13</sup> Le Monde.fr, « François Hollande s'engage à mettre fin à la rétention des enfants », 14 mars 2012, consultable sur : [www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/article/2012/03/14/francois-hollande-s-engage-a-mettre-fin-a-la-retention-des-enfants\\_1669109\\_1471069.html](http://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2012/article/2012/03/14/francois-hollande-s-engage-a-mettre-fin-a-la-retention-des-enfants_1669109_1471069.html).

<sup>14</sup> Voir les différentes étapes de l'adoption de la loi « droit des étrangers » notamment le texte adopté par l'Assemblée générale le 23 juillet 2015 (texte adopté n°578) et le texte adopté par le Sénat le 13 octobre 2015 (n°8). Voir l'ensemble des documents préparatoires sur : [www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&legislature=14](http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029287359&type=general&legislature=14)

Il faut conclure que la promesse de campagne du chef de l'Etat n'était pas motivée par le désir de protéger les droits de l'enfant, mais qu'elle était davantage une promesse d'opportunité. En effet, cette prise de position faisait suite à l'arrêt Popov contre France rendu par la CEDH en janvier 2012<sup>15</sup>. Dans cet arrêt la Cour avait reconnu que le placement en rétention administrative des enfants avec leurs parents constituait un traitement inhumain et dégradant et donc une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'interdiction de la torture<sup>16</sup>. De plus, la Cour a reconnu qu'il y avait une violation de l'article 5 relatif au droit à la liberté et à la sûreté en raison du fait qu'il n'existait aucune loi relative au placement d'enfants en rétention administrative<sup>17</sup>. Enfin la Cour a reconnu la violation de l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale en raison du bouleversement et de l'atteinte à la vie de famille résultant du placement en CRA<sup>18</sup>.

La déclaration de François Hollande n'était donc qu'une réaction immédiate à cette condamnation de la CEDH. Notons qu'en juillet 2016, la Cour a rendu une série d'arrêts contre la France<sup>19</sup> pour des cas de placement en rétention administrative d'enfants avec leurs parents confirmant sa jurisprudence Popov. Notons que la loi « Droit des étrangers » n'était pas entrée en vigueur et que les faits des espèces étaient antérieurs à cette loi.

Cette loi a eu de graves conséquences sur la capacité des juges à sanctionner voire à connaître des placements d'enfants en rétention administrative.

## **II- Des moyens de sanctions juridictionnels du placement d'enfants en rétention administrative restreints par la loi « Droit des étrangers »**

La loi « Droit des étrangers » a eu des conséquences sur le contrôle de conventionalité opéré tant par le juge interne (A) que par le juge international. L'un d'entre eux en particulier a été directement touché par cette loi, il s'agit de la CEDH qui a eu à connaître des cas de placements d'enfants en rétention administrative (B).

### **A- Une possibilité de recours national restreinte : le problème du contrôle de la conventionalité des placements en rétention administrative des enfants au regard de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE)**

La loi « Droit des étrangers » n'a pas seulement créé une disposition législative relative au placement d'enfants en rétention administrative comblant ainsi un vide juridique. Elle a également réformé l'attribution du contentieux du placement des individus en rétention administrative. Cette réforme a eu de graves conséquences sur

<sup>15</sup> CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c/ France*, (n°39472/07 et n°39474/07). Claire Rodier, « L'arrêt Popov : un répit et une étape », *Plein droit* n°92, mars 2012, p. 25-26.

<sup>16</sup> *Popov c/ France*, *op. cit.*, spéc. para. 70 et suiv.

<sup>17</sup> *Popov c/ France*, *op. cit.*, spéc. para. 106 et suiv.

<sup>18</sup> *Popov c/ France*, *op. cit.*, spéc. para. 126 et suiv.

<sup>19</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour des faits de rétention administrative d'enfant mineurs accompagnant leurs parents dans les affaires : *A.B. et autres c/ France* (n°11593/12), *R.M. et M.M. c/ France* (n°33201/11), *A.M. et autres c/ France* (n°24587/14), *R.K. c/France* (n°68264/14) et *R.C. c/France* (n°76491/14) du 12 juillet 2016.

l'applicabilité de la CDE, dont l'article 37 relatif à la privation de liberté des enfants se trouve dès lors sans aucune garantie (1). Cependant, une porte demeure ouverte. En effet, même si cela relève du prospectif, le juge judiciaire fait constamment évoluer sa jurisprudence, il est donc possible qu'il la fasse évoluer s'agissant des droits garantis par la CDE, particulièrement au regard du mouvement juridictionnel actuel qui tend vers un contrôle de conventionalité concret (2).

### 1) Le contentieux du placement en rétention administrative attribué au Juge judiciaire

Le transfert de contentieux de la rétention administrative a eu des conséquences sur le niveau de protection de droits de l'enfant. En effet, avant cette réforme, le juge administratif était le juge compétent pour connaître des recours dirigés contre une mesure de placement en rétention administrative. Puis en cas de contentieux relatif à la décision de prolongation de la rétention décidée par le juge des libertés et de la détention (juge judiciaire), c'était ce dernier qui était alors compétent pour en connaître.

La loi « Droit des étrangers » a transféré l'ensemble du contentieux au juge judiciaire. L'article L. 512-1 du CESEDA prévoit dans sa troisième partie que : « La décision de placement en rétention ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention, dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa notification (...) »<sup>20</sup>. Ce changement de juge peut paraître indifférent s'agissant des adultes toutefois, concernant les enfants, ce changement de juge est très problématique puisqu'il a pour effet de réduire le champ des droits invocables pour contester le placement d'un enfant et du membre de sa famille en rétention administrative.

Le juge administratif reconnaît depuis plusieurs années l'applicabilité directe de la plupart des articles de la CDE dont l'article 37 b) depuis un arrêt de 2001<sup>21</sup>, ce qui signifie qu'un individu pouvait se prévaloir devant le ce juge de cet article à l'appui d'une requête dirigée contre la décision de placement en rétention administrative. L'invocation de cet article à l'appui d'une telle décision est désormais impossible. En effet, le juge judiciaire ne reconnaît pas l'applicabilité directe de cet article de la CDE. Il a expressément refusé à un individu de s'en prévaloir devant lui dans un arrêt de 1997 en ces termes : « Attendu que le demandeur n'est pas recevable à présenter une exception prise d'une prétendue incompatibilité des dispositions précitées avec l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, dès lors que ce texte, qui ne crée d'obligations qu'à la charge des Etats, ne

---

<sup>20</sup> Relevons la distinction qu'il convient de faire entre le contentieux relatif aux décisions d'obligation de quitter le territoire (qui ont justifié le placement en rétention administrative) et le contentieux des décisions de placement en rétention administrative. C'est deux types de décision sont la cause du placement en rétention d'individus étrangers et de leur(s) enfant(s) mais seules les requêtes visant à faire annuler la décision administrative d'éloignement du territoire relèvent de la compétence du Juge administratif. L'article L. 512-1 de CESEDA ne manque pas de distinguer ces deux aspects au sein du premier paragraphe de sa troisième partie.

<sup>21</sup> CE, 14 février 2001, n°220271 ; CE, 12 juin 2006, n° 282275.

saurait être invoqué directement devant les juridictions nationales<sup>22</sup> ». Ainsi, à l'heure actuelle, un étranger placé en rétention administrative avec son enfant ne pourra pas se prévaloir des dispositions de la CDE immédiatement relative à la privation de liberté des enfants. Ce qui laisse désormais, l'article le plus pertinent de la CDE sans garantie interne.

Par conséquent, la réforme issue de la loi « Droit des étrangers », en plus d'avoir organisé la rétention des enfants avec leurs parents, les a aussi privés d'attaquer la décision préjudiciable au visa de l'article fondamental de la CDE relatif à la privation de liberté des enfants.

## 2) Une possible évolution de la jurisprudence du juge judiciaire

Il faut avant tout remarquer le statut particulier en droit français de la CDE. En effet, l'applicabilité directe ou non de ses dispositions est décidée au cas par cas par les juges. Il faut encore ajouter une nuance puisque selon qu'il s'agisse du juge administratif ou du juge judiciaire, les dispositions de la CDE qui bénéficient d'une applicabilité directe ne sont pas les mêmes comme cela a été mis en évidence à propos de l'article 37 b)<sup>23</sup>. Le juge judiciaire est par nature le gardien de la liberté individuelle<sup>24</sup>, il est donc envisageable qu'il élargisse le nombre de dispositions de la CDE auquel il reconnaîtra une applicabilité directe comme il l'a fait pour les autres dispositions auxquelles il reconnaît déjà cette caractéristique<sup>25</sup>, alors qu'il refusait ab initio de le faire considérant que la CDE ne s'adressait qu'aux Etats.

Cette possibilité existante pour le juge judiciaire de reconnaître une applicabilité directe de l'article 37 b) de la CDE est d'autant plus envisageable que la tendance actuelle est au contrôle de conventionalité concret et non plus abstrait. Brièvement, il faut retenir que ce contrôle de conventionalité de la loi est dit concret car le juge prend en considération l'application effective de la mesure qui lui est soumise et non plus seulement sa conformité au droit. Il va s'assurer que lorsque cette mesure est appliquée, il n'existe aucun élément aboutissant à la rendre dans la pratique contraire à une convention internationale. Ce nouveau type de contrôle reconnu et pratiqué par le juge judiciaire<sup>26</sup> n'a pas un but désintéressé puisqu'il répond à un mécanisme constitutionnel relativement récent en France qu'est le contrôle de constitutionnalité

---

<sup>22</sup> C. Cass., Ch. Crim., 18 juin 1997, n°97-82008. Consultable sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007071372>

<sup>23</sup> Pour une comparaison plus précise du régime d'application des différentes dispositions de la Convention sur les droits de l'enfant, voir le document édité par le Défenseur des droits : « Effet direct de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant dans l'ordre juridique français ». En ligne sur : [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd-tableau\\_effet\\_direct\\_cide.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd-tableau_effet_direct_cide.pdf)

<sup>24</sup> Article 66 para. 2 de la Constitution française : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». C'est le cas notamment pour les articles 2, 7 et 12 pour lesquels le Juge judiciaire a reconnu qu'ils étaient directement invocables par un justiciable. Voir le document édité par le défenseur des droits : « Effet direct de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant dans l'ordre juridique français », op. cit.

<sup>26</sup> La Cour de Cassation qui est la juridiction suprême de l'ordre juridictionnel de droit privé a consacré cette dualité existante entre le contrôle de conventionalité concret et abstrait en 2013, voir : C. Cass. 1ère Ch. Civ., 4 décembre 2013, n°12-26.066, arrêt n°1389, consultable sur le site de la Cour de Cassation : [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/1389\\_4\\_27993.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1389_4_27993.html)  
Pour en savoir plus sur cette décision voir : Pascale Deumier, « Contrôle concret de conventionalité : l'esprit et la méthode », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2016, p. 578-585.

des lois a posteriori c'est-à-dire après leur entrée en vigueur, appelé *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC). Très brièvement et sans entrer dans des développements qui nous éloigneraient de notre sujet, il faut retenir que la QPC vise à contrôler la conformité d'une loi à la constitution, contrairement au contrôle de conventionalité qui vise à contrôler la conformité d'une loi (ou d'un acte administratif) à une convention internationale. Bien souvent, les requérants attaquent tant la constitutionnalité d'une loi que sa conventionalité pour avoir plus de chance d'obtenir son inapplication à leur espèce. Or, d'une part, la QPC est prioritaire sur le contrôle de conventionalité et d'autre part, elle n'a pas été confiée aux juges (qu'ils soient administratif ou judiciaire). Cette QPC a été confiée au Conseil Constitutionnel, ce qui relaye au second plan les juges dont la décision se retrouve souvent soumise à celle du Conseil Constitutionnel. Pour pallier cette perte d'autonomie de leur décision, les juges et particulièrement le juge judiciaire, ont décidé de pratiquer un contrôle de conventionalité concret qui échappe alors à la tutelle du contrôle de constitutionnalité qui lui demeure abstrait. Cette porte ouverte permet aux justiciables d'espérer le succès de leur requête fondée sur un moyen d'inconventionalité.

C'est pourquoi malgré le transfert du contentieux de la rétention administrative au Juge judiciaire, il est envisageable de pouvoir observer un revirement dans sa jurisprudence au regard de ce nouveau contrôle de conventionalité qui a pour objectif une réappropriation de la procédure juridictionnelle.

Bien évidemment, il faut avoir à l'esprit que cet aspect est prospectif. A l'heure actuelle, le nouveau juge compétent pour connaître du placement d'enfants en rétention administrative n'a pas modifié sa jurisprudence de 1997. La loi « droit des étrangers » est entrée en vigueur il y a un peu plus d'un an maintenant, ainsi, l'on manque encore de recul pour analyser de manière complète les conséquences de ce transfert de contentieux sur la jurisprudence du Juge judiciaire. En attendant que ce dernier se décide à faire évoluer sa position et systématise le contrôle de conventionalité concret, il apparaît que ce sont les juges internationaux et particulièrement le CEDH qui soient amenés à intervenir pour protéger les droits des enfants placés en CRA.

## **B- La limitation issue de la loi « Droit des étrangers » sur le contrôle opéré par les juges internationaux**

Les juges internationaux sont aussi touchés par cette loi. Cette Cour a condamné à six reprises la France pour le placement d'enfants en rétention administrative avec leur(s) parent(s) comme nous l'avons vu supra (1). En cherchant à se prémunir contre d'autres condamnations de cette Cour, la France semble considérer les positions des autres organes internationaux comme sans importance. Il faudra voir que malgré la non prise en considération des autres institutions internationales, il existe potentiellement des solutions vers lesquelles les enfants placés en rétention administrative peuvent se tourner (2).

1) La législation française relative au placement d'enfants en rétention administrative à l'abri des condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme

Les différents arrêts de la CEDH condamnant la France pour un cas de placement d'enfants en rétention administrative posent certaines nuances. En effet, aux termes des arrêts de la Cour et plus particulièrement de l'arrêt Popov de 2012, ce n'est pas la présence d'enfants en CRA que la Cour condamne mais ce sont les conditions de placement en rétention de ces enfants. En l'espèce, les enfants placés en CRA étaient âgés de 5 mois et 3 ans et la Cour admettait que même si la période de rétention pouvait être ressentie comme longue pour les enfants, « elle n'apparaît pas excessive en soi<sup>27</sup> ». De même, la Cour a noté que l'établissement d'accueil des familles ne disposait pas d'infrastructures « adaptées à la présence des enfants : pas de lits pour enfants et des lits adultes avec des angles en fer pointus, aucune activité destinée aux enfants (...) cour intérieur bétonnée de 20m<sup>2</sup> avec vue sur un ciel grillagé, grilles au maillage serré aux fenêtres des chambres, ne permettant pas de voir à l'extérieur, fermeture automatique des portes des chambres, dangereuses pour les enfants<sup>28</sup> ».

La CEDH finit par conclure que les conditions des lesquelles les enfants étaient retenus étaient inadaptées. De nouveau, dans la série d'arrêts rendus en juillet 2016 la Cour condamne la France en raison des conditions de rétention administrative des enfants.

La loi « Droit des étrangers » permettra à la France de se prémunir contre toutes autres condamnations de la CEDH. En effet, cette loi précise que : « Dans tous les cas, le placement en rétention d'un étranger accompagné d'un mineur n'est possible que dans un lieu de rétention administrative bénéficiant de chambres isolées et adaptées, spécifiquement destinées à l'accueil des familles<sup>29</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale pour l'application du présent article<sup>30</sup> ».

Ainsi, dès lors que cet article sera scrupuleusement respecté par la France et que les familles avec enfants seront placées dans des CRA prévus pour accueillir des enfants, c'est-à-dire disposant des infrastructures nécessaires à leur accueil, la CEDH ne trouvera plus de fondement à une condamnation de la France, quand bien même ce placement resterait contraire à la CDE.

La correction apportée par la réforme de mars 2016 ne s'inquiète pas de l'inconventionalité persistante de la législation et de la pratique française à l'égard de cette dernière convention qui est pourtant le texte de référence en matière de protection des droits de l'enfant. Seule la position de la CEDH semble immédiatement

---

<sup>27</sup> CEDH, Popov, *op. cit.*, para. 100.

<sup>28</sup> CEDH, Popov, *op. cit.*, para. 95.

<sup>29</sup> Nous avons pu voir que l'existence d'infrastructures pour les familles ne permet pas de légaliser au regard du droit international la présence d'enfant en rétention administrative.

<sup>30</sup> Article 35 de la loi.

compter sans aucune considération des différents rapports tant internationaux qu'internes qui rappellent l'illégalité (au sens large) de cette pratique étatique. Au niveau international, le Rapporteur spécial des Nations Unies pour les droits de l'homme des migrants, Jorge Bustamante indiquait dès 2009 que: «La détention d'enfants pour des motifs liés à la migration ne devrait pas être fondée sur la nécessité de préserver l'unité de la famille – au nom de laquelle, par exemple, les enfants seraient détenus avec leurs parents lorsque tous sont des migrants en situation irrégulière. Comme des experts du Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF) et d'autres experts l'ont souligné, la détention d'un enfant ne sert jamais son intérêt supérieur. L'adoption d'une approche fondée sur les droits supposerait donc, dans l'idéal, le recours à des mesures autres que la détention pour l'ensemble de la famille et les États, dans cette perspective, devraient mettre au point des politiques visant à permettre le placement de familles entières dans des lieux autres que des centres de détention fermés<sup>31</sup> ».

De même au niveau interne, le Défenseur des droits<sup>32</sup> insiste sur le fait que : « *La présence d'enfants dans les lieux privés de libertés que sont les centres de rétention porte-t-elle atteinte aux droits des enfants, même si certains de ces centres ont aménagé des "espaces familles"* <sup>33</sup> ». L'an passé, il a de nouveau recommandé dans un rapport « *que soit interdit le placement des mineurs en centres ou locaux de rétention*<sup>34</sup> ». Il est allé plus loin en demandant à ce que cette interdiction d'enfermement des enfants en rétention administrative avec leur(s) parent(s) soit inscrite dans la loi, ainsi que soit apportée la précision selon laquelle aucune dérogation n'y est possible.

Les rappels à l'ordre et les recommandations d'où qu'ils viennent ne trouvent pas d'écho en droit français puisque nous l'avons vu le gouvernement ne les a pas suivies, au contraire, il a organisé la rétention administrative des enfants de sorte d'éviter les condamnations de la CEDH. De même, il a changé le juge interne compétent laissant ainsi pour l'heure la Convention relative aux droits de l'enfant sans garantie interne en ce qui concerne le régime de privation de liberté des enfants.

## 2) L'absence de voies de recours utiles pour sanctionner la pratique française relative au placement d'enfants en rétention administrative

La question qui se pose alors inévitablement est celle de savoir s'il existe d'autres moyens de faire sanctionner le placement d'enfants en CRA pour un motif d'inconventionnalité.

---

<sup>31</sup> Jorge Bustamante, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des travailleurs migrants, A/HCR/11/07, 14 mai 2009, para.62.

<sup>32</sup> Le Défenseur des droits est une institution indépendante qui a pris ses fonctions en 2011, il a été créé par la révision constitutionnelle de 2008 (article 71-1 de la Constitution française). Le Défenseur des droits a pour mission de défendre les droits qui ne sont pas respectés. Il peut être saisi gratuitement par toute personne physique ou morale. Il rend des décisions lorsqu'il est amené à intervenir dans une instance (non contraignantes), il formule des avis au Parlement, il émet des propositions de réformes et surtout il publie un rapport annuel dans lequel il n'hésite pas à être très critique à l'égard de l'État et de ses pratiques.

<sup>33</sup> La Défenseure des enfants, Rapport d'activité 2007, novembre 2007, p.6.

<sup>34</sup> Avis du Défenseur des droits n°16-02, Paris, 15 janvier 2016, p.18.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pourrait être envisagée. Toutefois, il faut l'écartier et constater qu'elle ne pourra pas être un moyen utile. En effet, la loi « Droit des étrangers » est la finalisation de la transposition de la directive « retour<sup>35</sup> » qui prévoit des dispositions bien moins favorables que la loi notamment à l'égard des enfants migrants. Dès lors, il n'y a aucune raison pour que la CJUE sanctionne une loi nationale qui ne fait qu'appliquer la législation européenne et au surplus, de manière plus favorable.

Quelle alternative reste-t-il ? L'on pourrait envisager de se tourner non pas vers une juridiction internationale, mais vers un organe tel que le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies<sup>36</sup>. En effet, depuis que la France a ratifié le 3<sup>e</sup> protocole à la CDE le 7 janvier 2016, il est possible pour un enfant ou son représentant de déposer une communication devant ce Comité pour violation d'un droit garanti par la CDE. Le comportement de la France changerait peut-être si une communication se fondant principalement sur la violation de l'article 37 b) de la CDE était déposée devant ce Comité suite au placement en rétention administrative d'un enfant. Mais ce type de recours demeure prospectif. De plus, les recommandations que le Comité pourrait rendre après une telle saisine ne sont pas contraignantes et ne lieraient donc pas la France.

### **Conclusion :**

Il faut constater que les effets de la réforme issue de la loi « Droit des étrangers » concernant les enfants et plus particulièrement leur placement en rétention administrative sont passés inaperçus en France. Les deux principaux effets de cette loi qu'il faut retenir sont : premièrement, que cette réforme vient combler un vide juridique longtemps reproché à la France par la CEDH mais que ce vide juridique est rempli de manière inappropriée au regard des obligations conventionnelles de la France issues de la CDE sur les droits de l'enfant. Deuxièmement, il faut retenir que cette loi a totalement bouleversé l'attribution du contentieux de la rétention administrative et que ce bouleversement a eu pour effet insidieux de laisser l'article pertinent de cette dernière CDE sans garantie interne puisque désormais, le juge nouvellement compétent pour connaître du placement en rétention administrative d'un étranger avec son ou ses enfants ne reconnaît pas l'applicabilité directe de l'article 37 b). Les conditions de cette réforme ont donc été lourdes de conséquences.

Force est de constater qu'au regard du contexte migratoire actuel, la France n'est pas prête à résoudre le problème de la rétention administrative des enfants. C'est

---

<sup>35</sup> Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Voir notamment l'article 17 de la directive sur le fait que les enfants non accompagnés peuvent eux aussi être placés en rétention administrative ce qui signifie que l'enfant lui-même peut faire l'objet d'une mesure de placement en rétention ce qui n'est pas possible en France. Comme cela a été soulevé, en France, un enfant ne peut pas faire l'objet d'une mesure de placement en CRA. Il y est placé en tant qu'accompagnant des destinataires de la mesure de placement que sont ses ou son parent(s).

<sup>36</sup> Le Comité des droits de l'enfant est institué par l'article 43 de la Convention relative aux droits de l'enfant comme étant l'organe de surveillance de l'application de la Convention par les États parties.

sans doute ce contexte qui a poussé le gouvernement à faire adopter cette loi puisqu'elle nous révèle que bien loin de se conformer à ses obligations conventionnelles ainsi qu'aux différents rapports internationaux et internes, la France prépare ses infrastructures à une capacité d'accueil plus élevée des familles.

## *Die New York Erklärung zu Flucht und Migration. Die Auswirkungen für die Schweiz*

Pietro MONA

Stv. Chef Globalprogramm Migration und Entwicklung (DEZA), Schweiz

"You have to understand, no one puts their children in a boat, unless the water is safer than the land". Dies ist ein kleiner Ausschnitt aus dem Gedicht „Home“ von Warsan Shire, einer jungen somalischen Dichterin, die nun in London lebt und arbeitet. Ein Satz der den elterlichen Instinkt, ihre Kinder schützen zu wollen umschreibt aber auch die Verzweiflung schildert, einen unmöglichen Entscheid fällen zu müssen zwischen der Unsicherheit der Flucht und den Gefahren vor Ort. Warsan Shire beschreibt aber auch eine Realität, die man heute zu relativieren beginnt. Man hört es immer wieder und immer öfters nicht nur hinter vorgehaltener Hand, die Anschuldigung an die Eltern, wenn Kinder im Mittelmeer ertrinken – „Sie hätten es wissen müssen“ und „So schlimm kann es doch in ihrer Herkunftsregion gar nicht gewesen sein, dass sie das Leben ihrer Kinder riskieren“! Unüberlegte Anschuldigungen, von Menschen, welche die fundamentale Wahrheit im Gedicht „Home“ missachten – niemand setzt ihr Kind in ein kaum seetaugliches Boot, wenn sie nicht, vor lauter Verzweiflung, hoffen, dass das Wasser sicherer sei als das Land.

Vielleicht sind solche Anschuldigungen, ohne diese legitimieren zu wollen, aber auch ein instinktiver Schutz. Man sucht Schuldige, um Distanz zu schaffen. Man relativiert, um nicht am Elend zu zerbrechen. Aber schliesslich dürfen wir nie vergessen: Es handelt sich hierbei um Menschenleben und wir dürfen nicht wegschauen, sondern müssen unsere Verantwortung wahrnehmen.

Das Gipfeltreffen der Vereinten Nationen, welches am 19. September 2016 in New York stattfand, hat ihren Ursprung in der Anerkennung, dass wir, die internationale Gemeinschaft, an verschiedenen Fronten unseren Verantwortungen nicht genügend nachgekommen sind.

Andauernde bewaffnete Konflikte in Syrien, am Horn von Afrika und anderswo, Klimawandel, gewalttätiger Extremismus, Menschenrechtsverletzungen und die anhaltende Fragilität bestimmter Staaten führten in den letzten Jahren zu grossen Fluchtbewegungen in verschiedenen Regionen der Welt. Heute ist eine von 133 Personen weltweit asylsuchend, auf der Flucht oder intern vertrieben. Über 85% leben in Entwicklungs- und Schwellenländern. Über 50% sind Kinder.

Wie haben eine Verantwortung die Ursachen von Flucht und erzwungener Migration gezielter anzugehen.

2015 starben mindestens 5'400 Frauen, Männer und Kinder auf ihrem Weg der Hoffnung. Millionen Migrantinnen und Migranten leben zudem in prekären Situationen und ihre Menschenrechte werden systematisch verletzt. Flüchtlinge werden zum Spielball politischer Abkommen und Binnenvertriebene – über 40 Millionen Menschen weltweit – werden regelmässig übergangen.

Wir haben eine Verantwortung den Schutz von Flüchtlingen, Binnenvertriebenen sowie Migrantinnen und Migranten zu stärken.

Die Rückkehr in Sicherheit bleibt für viele Flüchtlinge und Vertriebene das primäre Ziel. Doch gemäss UNO Hochkommissariat warten Flüchtlinge heute im Schnitt 17 Jahre auf eine nachhaltige Lösung. 17 Jahre, das ist eine Generation die verloren geht, weil Kinder oftmals keinen oder nur unregelmässigen Zugang zu Schulen haben und weil Jugendliche kaum Möglichkeiten erhalten zur beruflichen Ausbildung.

Wir haben eine Verantwortung rascher nachhaltige Lösungen zu finden insbesondere für Kinder und Jugendliche.

Das Treffen in New York war auch ein wichtiges politisches Zeichen der multilateralen Zusammenarbeit und Solidarität. Denn in Krisensituationen, das hat uns die Geschichte mehrfach gezeigt, tendieren Staaten zum Rückzug in nationalstaatliches Handeln. Dass die grossen Flucht- und Migrationsbewegungen der letzten Jahre diese Haltung in verschiedenen Regionen der Welt verstärkt haben, muss ich kaum weiter ausführen. Umso relevanter war dieser hochrangige Anlass im Rahmen der Vereinten Nationen, um dieser Entwicklung entgegenzuwirken. Damit möchte ich nicht behaupten, dass multilaterale Prozesse alle Probleme lösen werden, sie sind jedoch, gerade im Migrationsbereich, unabdingbar.

Das Gipfeltreffen und die daraus resultierende Erklärung war auch ein Meilenstein. Noch nie zuvor hat eine hochrangige Debatte gemeinsam zu beiden Themen – Flucht und Migration – innerhalb der UN stattgefunden. Noch nie zuvor wurde auf höchster politischer Ebene ein Dokument verabschiedet, welches Verpflichtungen sowohl für Flüchtlinge als auch für Migrantinnen und Migranten gemeinsam umfasst.

Aus der öffentlichen Wahrnehmung betrachtet, mag dies kaum aufsehenerregend sein. Da wird ohnehin willkürlich mit juristisch und politisch irreführenden Terminologien wie Klima- oder Wirtschaftsflüchtlingen kommuniziert und argumentiert ohne klar zu differenzieren. Systemisch betrachtet ist die New York Erklärung jedoch äusserst relevant. De facto ist sie eine Aufweichung der 1951 zementierten Trennung zwischen dem Flüchtlingsregime, unter der Obhut des Hochkommissariats und juristisch gefestigt durch die Genfer Flüchtlingskonvention, und der auch weiterhin zersplitterten Gouvernanz im Migrationsbereich. Diese beiden

Stränge haben sich seit der Nachkriegszeit autonom und sehr unterschiedlich entwickelt und wurden nun in New York wieder näher zusammengebracht.

Ein Grund für die Annäherung lag in der unterschiedlichen Erwartungshaltung der Staaten. Eine Gruppe – mehrheitlich die Staaten des globalen Nordens – setzten die Akzente auf die Flüchtlingsthematik und erhofften sich Lösungen zur Krise vor den Toren Europas. Die zweite Gruppe – mehrheitlich die Staaten des globalen Südens – wollten primär Fragen wie Arbeitsmigration, die Förderung des Entwicklungsbeitrags der Migration oder den besseren Schutz der Rechte ihrer Migrantinnen und Migranten diskutieren. Diese Dichotomie zwischen dem Norden und dem Süden war stets, mit unterschiedlicher Gewichtung, eine Charakteristik des internationalen Migrationsdialogs.

Die Schweiz positionierte sich, wie so oft in multilateralen Prozessen, als Brückenbildnerin zwischen den beiden Polen. Da wir uns in den Verhandlungen der neuen Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung an vorderster Front für die Einbindung der Migration in dieses Dokument erfolgreich eingesetzt hatten, war es uns ein Anliegen, dieses Acquis auch zu wahren. Wir wollten aber auch greifbare Fortschritte im Bereich der Flucht und erzwungener Migration erreichen. Im Zentrum standen hierbei drei Punkte:

Erstens: Wir müssen Errungenschaften verteidigen. Die Flüchtlingskonvention von 1951, die Menschenrechte sowie das humanitäre Völkerrecht sind bis heute die besten Instrumente, um den Schutz von Flüchtlingen und Migranten sicherzustellen.

Zweitens: Wir müssen Lösungen finden, um die Verantwortung für globale Herausforderungen auch global zu teilen: Wenn Staaten ihren Schutzverpflichtungen nicht nachkommen können, weil sie überfordert sind, dann muss die internationale Gemeinschaft helfen.

Drittens: Wir müssen Antworten finden auf neue Formen der Zwangsvertreibung – z.B. infolge der Klimaerwärmung. Hier hat die Schweiz mit der Co-Leitung der Nansen-Initiative, die zum Ziel hatte den Schutz von Menschen zu verbessern, die aufgrund von Naturkatastrophen ins Ausland flüchten, bereits Leadership bewiesen.

Die New York Erklärung zu Flucht und Migration ist ein politischer Kompromiss, ein Produkt intensiver Verhandlungen in sehr kurzer Zeit – von den einen als historischen Erfolg betrachtet, von den anderen, insbesondere Vertreter der Zivilgesellschaft, als viel zu wenig weitreichend, um eine reelle Verbesserung für die Millionen von Migrantinnen und Migranten, Flüchtlingen und Binnenvertriebene herbeizuführen. Wir betrachten diese politische Erklärung als wichtigen Teilerfolg. Mit der Annahme sind die Staaten rechtlich nicht verbindliche Verpflichtungen eingegangen. So soll u.a. der Menschenhandel bekämpft und Partnerschaften im

Bereich der Rückkehr und der Prävention irregulärer Migration verstärkt werden. Nebst der Bestätigung der Genfer Flüchtlingskonvention hebt die Deklaration insbesondere das Recht auf Asyl sowie das „non-refoulement“ Prinzip hervor. Es bleibt allerdings ein Teilerfolg, denn die Relevanz eines solchen Dokuments lässt sich schlussendlich nicht an den Worten im Text sondern an den darauffolgenden Taten vor Ort messen.

In diesem zweiten Teil meines Vortrags werde ich die kinderspezifischen Verpflichtungen und deren Auswirkungen für die Schweiz hervorheben. Die Verpflichtungen können in 4 Gruppen zusammengefasst werden.

### 1. Diskriminierungsverbot und Integrationsförderung

Die Erklärung bleibt bei der spezifischen Frage der Integration der Kinder und Jugendlichen ziemlich vage und spricht lediglich von einem fördernden Umfeld, das geschaffen werden muss. Die Frage des Diskriminierungsverbots sowie Massnahmen gegen Rassismus und Xenophobie werden hingegen stärker betont. Dies auch dank der am 19. September lancierten Kampagne „Together“, die zum Ziel hat den Respekt und die Würde von Migrantinnen und Migranten zu fördern. Bis anhin noch wenig greifbar, hoffen wir, dass diese Initiative in den kommenden Monaten zusätzliche Aufmerksamkeit gewinnen wird.

In ihrer Rede am 6. Schweizer Asylsymposium vor etwas über einem Jahr, betonte Bundesrätin Sommaruga, dass rund 40% der Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene in der Schweiz 17 Jahre oder jünger sind. Die Relevanz unserer Bemühungen die Integration, gerade auch der Kinder und Jugendlichen, weiterzuführen, ist somit augenfällig.

Integration ist eine Investition in die Zukunft und ich rede jetzt hier nicht von den vielen Stützen unserer Fussball-Nationalmannschaft. Es geht zum Beispiel um eine Antwort auf die Herausforderungen unserer immer älter werdenden Gesellschaft, um das Verhindern von Parallelgesellschaften, von Ausgrenzungen, von Radikalisierung und es geht ganz allgemein, um das fördernde Umfeld, welches in der Erklärung genannt wird. Dieses Umfeld, welches den Kindern und Jugendlichen erlauben soll ihr Potenzial auszuleben und in welchem auch ihre Rechte vollumfänglich geschützt werden.

Die New York Erklärung bestärkt uns somit, in unserem Anliegen auch weiterhin den gesellschaftlichen Prozess der Integration voranzutreiben, im Wissen, dass dies im Interesse aller Beteiligten ist.

### 2. Das Kindeswohl

Gleich mehrfach betont die Erklärung von New York das Prinzip des „best interest of the child“. Obwohl ausführlich in akademischen, völkerrechtlichen und anderen Kreisen debattiert und in verschiedenen multilateralen Dokumenten bekräftigt, bleibt die operationelle Anwendung oftmals eine Herausforderung. Für die

Schweiz bleibt dies eine Maxime, nicht nur innenpolitisch, sondern auch aussenpolitisch.

Seit einigen Jahren unterstützt die Schweiz das regionale Netzwerk für den Schutz der Kinder in Westafrika. Begleitet von der Fondation suisse du Service social international und unterstützt vom Institut international des droits de l'enfant wurde ein Mechanismus für den individuellen Schutz von migrierenden Kindern etabliert. Ich habe vier Jahre lang in der Region gearbeitet und die grossen operationellen aber auch kulturellen Herausforderungen gesehen, gerade bei der Konkretisierung dieses Prinzips. Ist es im Interesse des Kindes zur Familie zurückgebracht zu werden, die es, um etwas Nahrung für die anderen Kinder auf den Tisch stellen zu können, an einen Menschenhändler verkauft hat? Ist es im Interesse der minderjährigen Frau aus Nigeria, die um zu überleben sich auf den Strassen Bamakos prostituiert, in eine Gemeinschaft zurückzukehren, die sie, wegen ihrer Tätigkeit, stigmatisieren und ausgrenzen wird?

Zentral ist für die Schweiz bei der Umsetzung dieses Prinzips, den Kindern und Jugendlichen eine Stimme zu geben. Im Sinne der Sicherheitsratsresolution 2250 „Jugend, Frieden und Sicherheit“, unterstützt die Schweiz eine Initiative, die auch der syrischen Jugend ein Mitspracherecht über die Zukunft ihres Landes geben soll. Im vergangenen Jahr haben wir auch ein Projekt der „Women's Refugee Commission“ und des Hochkommissariats für Flüchtlinge unterstützt, mit dem Ziel Jugendliche in den Dialog über nachhaltige Lösungen miteinzubeziehen. Joyce Foni, Flüchtling aus dem Süd-Sudan und Teilnehmerin am eben genannten Dialog, konnte auch dank unserer Unterstützung zudem am UN Gipfel in New York teilnehmen und die Stimme der Jugend einbringen.

### 3. Zugang zu Dienstleistungen

In der Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, haben wir uns unter anderem das Ziel gesetzt, dass alle Kinder bis 2030 Zugang zu qualitativer Primar- und Sekundarbildung haben sollen. Wir wissen jedoch, dass weltweit die Hälfte aller Kinder auf der Flucht nicht in die Grundschule gehen kann. Auf Sekundarstufe und in der Berufsbildung sieht es noch schlimmer aus. Somit liegt es auf der Hand, dass nicht nur aufgrund der Kinderrechtskonvention, sondern nun bestärkt durch die Agenda 2030, wir ein innenpolitisches und aussenpolitisches Mandat haben den Zugang zu den verschiedenen Dienstleistungen für Flüchtlings- und Migrantenkindern sicherzustellen.

Die Grundbildung und Berufsbildung nehmen allgemein einen wichtigen Platz ein in unseren Aktivitäten der internationalen Zusammenarbeit. Die DEZA wird ihr Engagement in der laufenden Legislatur zudem um 50% erhöhen. Im Irak können Kinder von intern vertriebenen Familien dank unserer Hilfe in die Schule gehen. Die Lehrer werden zudem im Umgang mit traumatisierten Kindern ausgebildet. In einem der grössten Flüchtlingslager der Welt, in Kakuma im Norden Kenias, erhalten junge

Flüchtlinge aber auch Jugendliche aus der Lokalbevölkerung dank unserer Zusammenarbeit mit Swisscontact einen Zugang zur Berufsbildung. Dies soll ihnen möglichst rasch eine gewisse wirtschaftliche Selbstständigkeit erlauben. Die Schweiz investiert aber auch in der Infrastruktur. Im Libanon und Jordanien wurden knapp 140 Schulen renoviert. Sowohl syrische als auch einheimische Kinder, um die 90'000, profitieren hiervon.

Wir wollen uns aber nicht nur um Flüchtlings- oder Migrantenkinder kümmern, sondern auch um Kinder, die in den Herkunftsländern zurückgelassen werden. In Sri Lanka setzen wir zum Beispiel ein umfassendes Projekt um, welches die Familien auf die bevorstehende Migration vorbereitet und die Zurückgebliebenen während dem ganzen Migrationszyklus begleitet. Gerade wenn Mütter alleine temporär auswandern, muss das Wohlergehen der Kinder gesichert werden. Die Väter sind oftmals nicht Willens und die Grossmütter nicht mehr fähig sich den vielfältigen Herausforderungen der Kindererziehung zu stellen. Durch unsere Partnerorganisationen vor Ort, können in solchen Fällen Massnahmen getroffen werden, um den Kindern den nötigen Schutz und Stabilität zu geben.

#### 4. Ausschaffungshaft

Paragraph 33 der Erklärung hält die rechtlich nicht verbindliche Verpflichtung der Staaten zum Thema der Ausschaffungshaft für Minderjährige fest. Dies war bei den Verhandlungen einer der umstrittensten Paragraphen. Gerade die Zivilgesellschaft hat sich stark manifestiert und bis zum Schluss bemängelt, dass die Staaten sich nicht sofort und endgültig von dieser Praxis distanzieren wollen. Interessant zu sehen war, dass auch die grossen Menschenrechtsorganisationen wie Amnesty oder Human Rights Watch, sich aktiv eingebracht haben. Dies hat noch während den Verhandlungen zu kritischen Zeitungsartikeln geführt. So kritisierte die New York Times die US Regierung, dass sie im Paragraph 33 auf das Wort „seldom“ bestand – selten sei die Ausschaffungshaft vereinbar mit dem Wohle des Kindes. Wie sie dem Text der Erklärung entnehmen können, hat sich die Position der USA durchgesetzt, mit dem kleinen Zusatz „wenn überhaupt“.

Eine Analyse des Paragraphen führt zum Schluss, dass die Situation in der Schweiz sich weitestgehend in diesem Text reflektiert, mit Ausnahme der Altersbegrenzung, die wir applizieren. Auch die Präzisierung am Schluss des Paragraphen „we will work towards the ending of this practice“ entspricht unserer Grundhaltung. Die Schweiz unterstützt daher auch die parlamentarische Kampagne des Europarates zur Beendigung der Ausschaffungshaft von Kindern, um gemeinsam nach Alternativen zu suchen.

Die Erklärung von New York an sich bringt keinen markant neuen Schwung für die UN-Kinderrechtskonvention. Es werden zwar verschiedene wichtige Verpflichtungen im Interesse der Flüchtlings- und Migrantenkinder eingegangen. Aber

in der Analyse dieses Punktes tendiere ich doch eher zur Seite der Zivilgesellschaftsorganisationen, die moniert haben, dass vieles zu wenig konkret ist.

Aber, wenn der Schwung noch nicht da ist, so ist die Ausgangslage, um diesen in den kommenden 18 Monaten zu genießen, besonders gut. Denn am 19. September 2016 wurde nicht nur die Erklärung verabschiedet, sondern die Staaten beschlossen auch in beiden Bereichen – Flucht und Migration – weiterzuarbeiten. Bis 2018 sollen zwei globale Rahmenwerke, oder Global Compacts, verabschiedet werden. In diesem Prozess werden wir also die Möglichkeit haben, das Abstrakte zu konkretisieren und die Absichtserklärungen mit konkreten Handlungspisten zu untermauern.

Auf globaler Ebene stehen wir somit in der Anfangsphase eines wegweisenden Prozesses mit diesen beiden Global Compacts. Das Rahmenwerk für Flüchtlinge wird direkt vom Hochkommissariat geleitet und stützt sich auf den im Annex 1 der New York Erklärung verabschiedeten „Comprehensive Refugee Response Framework“. Dieser Global Compact soll die Errungenschaften der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 und dem Protokoll bekräftigen.

Das zweite Rahmenwerk für eine sichere, ordentliche und geregelte Migration, wird hingegen in einem von Staaten geführten Prozess erarbeitet.

Wir sind hoch erfreut, dass der Präsident der UN Generalversammlung unserem Missionschef in New York, Botschafter Lauber, das Mandat zur Co-Fazilitation dieses Prozesses übergeben hat. Gemeinsam mit seinem Mexikanischen Homologen, wird er die Verhandlungen leiten und die Kompromissfindung unter den Mitgliedstaaten begünstigen.

Für die Schweiz stellt dies eine Chance dar, an einem bedeutenden UNO-Prozess zu einer relevanten Frage unserer Zeit an zentraler Stelle mitzuwirken. Wir erhoffen uns, dass der Global Compact die erwähnte Konkretisierung der New York Deklaration erreicht, indem u.a. messbare Verpflichtungen formuliert und auch klare Handlungspisten aufgezeigt werden, wie man diese umsetzen kann. Ein wichtiger Punkt hierbei wird der Einbezug nicht-staatlicher Akteure sein, die im Migrationsbereich eine zentrale Rolle einnehmen. Denken wir z.B. an den Privatsektor – von den knapp 250 Millionen Migrantinnen und Migranten weltweit, sind mindestens 150 Millionen arbeitstätig. Der Privatsektor hat hier nicht nur Pflichten, sondern repräsentiert auch einen Partner, um die Opportunitäten der Migration für alle besser nutzen zu können. Wir möchten aber auch die Rolle der Zivilgesellschaft, der Gewerkschaften, der Akademie sowie der Diaspora- und Jugend-Organisationen im Global Compact berücksichtigt sehen.

Inspiration für diesen Prozess haben wir vom früheren Beauftragten des UN Generalsekretärs für internationale Migration, Peter Sutherland. In einem

wegweisenden Bericht, hat er 16 konkrete Empfehlungen formuliert, um die globale Gouvernanz der Migration zu verbessern.

Inspiration brauchen wir aber auch von allen anderen interessierten und engagierten Akteuren. Um auf unser Thema zurückzukehren, begrüsse ich zum Beispiel ganz besonders die ausgezeichnete Initiative von Terres des Hommes und Save the Children. Gemeinsam mit unterschiedlichsten Organisationen, haben sie einen Prozess für die Rechte der Kinder in den beiden Global Compacts lanciert.

Schliesslich muss es uns gelingen umfassende und kohärente Antworten auf die komplexe Herausforderung grosser Flucht- und Migrationsbewegungen zu formulieren. Diese Antworten müssen Instrumente aus den verschiedenen Bereichen, darunter der humanitären Hilfe, der Entwicklungszusammenarbeit, der menschlichen Sicherheit und der Migrationspolitik verbinden. Aufgrund der eigenen erfolgreichen Erfahrung der interdepartementalen Koordination, kann die Schweiz hier eine aktive und konstruktive Rolle spielen.

Hierbei können wir auch die Erfahrungen bei der Umsetzung der sogenannten „strategischen Verknüpfung“ einbringen. Das Parlament hat im Rahmen der Botschaft 2017 – 2020 für internationale Zusammenarbeit den Auftrag erteilt, die IZA und Migrationspolitik dort, wo es im Interesse der Schweiz ist, miteinander zu verknüpfen. Ziel der Verknüpfung ist es, an den längerfristigen Ursachen der Migration zu arbeiten, um Migrationsbewegungen sicherer zu machen und Menschen, welche sich zur Migration gezwungen sehen, eine Perspektive im eigenen Land zu geben.

Bei der Umsetzung der strategischen Verknüpfung, verfolgt die Schweiz grundsätzlich drei Ziele:

*Schutz der Betroffenen:* Die Schweiz wird ihr Engagement für die Wahrung der Menschenrechte von Vertriebenen und Migrantinnen und Migranten, die Verbesserung der Lebensbedingungen der Schutzsuchenden, der Sicherstellung der Grundbedürfnisse der betroffenen Menschen sowie des Schutzes der Vertriebenen vor Gewalt und Missbrauch weiter ausbauen.

*Förderung der Eigenständigkeit:* Durch die systematischere Verknüpfung von humanitären Einsätzen mit Entwicklungsinstrumenten unterstützt die Schweiz die Schaffung längerfristiger Perspektiven in den Herkunftsregionen und unterstützt die aufnehmende Bevölkerung. Denn nur wenn auch die Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung berücksichtigt werden, kann die soziale Integration der Flüchtlinge vor Ort gefördert werden.

*Prävention von Vertreibungen:* Hierbei wird sich die Schweiz auch weiterhin für die Beendigung von Konflikten aber auch für nachhaltige Entwicklung, für die Stärkung

von Rechtsstaatlichkeit, für die Bekämpfung von Korruption, für politische Partizipation und inklusive Gesellschaften einsetzen.

Gemeinsam mit der Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, hat die Erklärung von New York die Grundlage erstellt, um gemeinsam unsere Verpflichtungen als internationale Gemeinschaft umfassender nachzukommen. Nur wenn wir diese Absichtserklärungen mit dem nötigen politischen Willen umsetzen, und die Schweiz ist hierzu bereit, können wir die Hoffnung aufrechterhalten, dass in Zukunft Mütter und Väter ihre Kinder nicht mehr in ein Boot setzen müssen, weil das Land gefährlicher ist als das Wasser.