

Le droit d'être entendu des mineurs en procédure d'asile

Analyse juridique et propositions de l'OSAR

Berne, Mars 2021

Sommaire

1	Introduction	3
2	Le droit d'être entendu	3
2.1.1	L'enfant « capable de discernement »	4
2.1.2	L'expression « libre » de son opinion	4
2.1.3	L'« intérêt de la question » pour l'enfant	4
2.1.4	Le droit à que son opinion soit « dûment » prise en considération	4
2.1.5	Le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant	5
3	La pratique suisse	5
3.1	La capacité de discernement du mineur	5
3.2	Qui bénéficie du droit d'être entendu et comment ce droit est-il assuré ?	6
3.2.1	Les mineurs accompagnés	6
3.2.2	Les auditions des mineurs	7
4	Interprétations correctives sur l'étendue du 'droit d'être entendu'	8
5	Comment entendre un enfant : les meilleures pratiques	10
5.1	Lignes directrices internationales et européennes	10
5.1.1	Principes directeurs HCR	10
5.1.2	Lignes directrices du Conseil de l'Europe	10
5.1.3	Le modèle par niveaux élaboré par Kinderanwaltschaft Schweiz	11
5.2	Exemples positifs	12
5.2.1	La Norvège	13
5.2.2	L'Irlande	14
6	Les propositions de l'OSAR	15
6.1	Mesures urgentes	15
6.2	Mesures à moyen terme	15
6.3	Mesures à long terme	16

1 Introduction

La récente décision du Comité des droits de l'enfant (Comité) [V.A.c. Suisse¹](#) a une nouvelle fois mis en évidence l'importance d'entendre, et d'entendre *correctement*, l'enfant qui se trouve en procédure d'asile, ainsi que les lacunes de la pratique suisse à cet égard. Dans cette décision, qui concerne une famille azérie amenée à être renvoyée en Italie sur la base du règlement Dublin et dont les enfants avaient 9 et 4 ans, le Comité a estimé qu'il n'y avait pas un âge minimum en dessous duquel on ne devrait pas auditionner l'enfant. La Suisse, qui a ordonné le renvoi sans entendre les enfants, a donc violé les art. 3 (intérêt supérieur) et 12 (droit d'être entendu) de la [Convention relative aux droits de l'enfant](#) (CDE). Selon le [troisième protocole](#) de la CDE, les autorités ont maintenant 6 mois² pour commenter et prendre position sur la décision du Comité qui, pour rappel, encourage la Suisse à veiller à ce que les enfants dans les procédures d'asile (accompagnés ou non) soient systématiquement entendus.³

La présente analyse de l'OSAR souhaite contribuer au débat sur ce sujet. Elle reprend donc brièvement le sens et l'étendue du droit de l'enfant à être entendu à la lumière des orientations de la CDE, puis elle se concentre sur les aspects controversés de la pratique suisse en la matière. En s'appuyant sur la littérature suisse, sur les lignes directrices internationales et européennes et sur des exemples concrets de bonnes pratiques, elle vise finalement à présenter des solutions juridiques et pratiques à suivre afin d'éviter que cette importante décision du Comité ne reste lettre morte.

2 Le droit d'être entendu

Comme le remarque le Comité, le droit consacré à l'art. 12 de la Convention des droits de l'enfant (CDE) est l'un des principes généraux de la Convention. Il assure: a) le droit de chaque enfant « **capable de discernement** » d'exprimer « **librement** » son opinion sur **toute question l'intéressant** ; b) le droit de voir ces opinions « **dûment prises en considération** », eu regard à son âge et à son degré de maturité.

¹ [V.A. c. Suisse, CRC/C/85/D/56/2018](#)

² [Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications](#), art. 11. Le délai de réponse pour la **Suisse est le 28 mars 2021**.

³ «L'État partie [...] a aussi l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour que des violations analogues ne se reproduisent pas, en particulier, en assurant que les enfants soient systématiquement entendus dans le contexte des procédures d'asile et que les protocoles nationaux applicables au renvoi des enfants soient conformes à la Convention », [V.A.c. Suisse](#), cit., para 9. Le CSDH (Centre suisse de compétence pour les droits humains) a publié, en septembre 2020, un étude sur la « [Mise en œuvre du droit de participation de l'enfant au sens de l'article 12 CDE](#) ». L'étude ne prend pas en considération le domaine de l'asile, mais formule des suggestions générales qui sont en tout cas de grand intérêt. Entre autres : a) le droit d'être entendu sous-entend un droit de participation global de l'enfant, qui se décline sous plusieurs formes, notamment le droit d'être informé, d'être présent, de former et exprimer librement une opinion, d'être accompagné, d'être représenté ; b) les limites d'âge fixées en matière d'auditions et de consentement de l'enfant sont en contradiction avec la compréhension globale de participation selon l'art. 12 CDE ; c) les praticiens suisses pensent encore surtout en termes de besoins et de souhaits de l'enfant, ainsi que de protection, alors que l'art. 12 CDE repose sur une approche inconditionnelle des droits de l'enfant

2.1.1 L'enfant « capable de discernement »

Selon le Comité, la capacité de discernement consiste **en la capacité de l'enfant de se forger une opinion propre et de s'exprimer là-dessus**. La capacité de discernement de l'enfant **ne coïncide pas avec la capacité d'ester en justice**. Selon la CDE, **elle doit être présumée dès le plus jeune âge de l'enfant**, et il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve préalable de ses capacités. Afin d'assurer une mise en œuvre intégrale de l'art 12, la CDE décourage ainsi les États parties d'adopter « que ce soit en droit ou en pratique » des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu : au contraire, « la mise en œuvre intégrale de l'art. 12 exige la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le langage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture ». ⁴

2.1.2 L'expression « libre » de son opinion

Cette expression signifie, d'abord, que l'enfant peut **choisir ou non** d'exercer son droit d'être entendu. Ainsi, comme le souligne à plusieurs reprises le Comité, le fait d'être entendu est « un choix, et non une obligation ». Ensuite, selon ce principe, l'enfant doit pouvoir exprimer son opinion personnelle, et non l'opinion d'autrui : cela a évidemment des implications très importantes en ce qui concerne la manière d'auditionner l'enfant, qui devrait, dans la mesure du possible, **éviter tout conditionnement et toute influence sur l'enfant même, afin de préserver son opinion et sa volonté**. ⁵ Finalement, il est important de rappeler que l'enfant **ne devrait pas être interrogé plus souvent que nécessaire**, en particulier lorsque l'entretien porte sur des événements traumatiques, ou particulièrement douloureux : le but devrait toujours être celui de lui épargner tout nouveau traumatisme. ⁶

2.1.3 L'« intérêt de la question » pour l'enfant

Selon le Comité, cette expression doit être interprétée au sens large. Il existera donc une obligation d'entendre l'enfant (ou de lui donner la possibilité de se faire entendre) dès lors que la question à l'examen le concerne. Cela en tenant compte, d'ailleurs, qu'« il n'est pas nécessaire que l'enfant ait **une connaissance complète** de tous les aspects de la question le concernant », mais qu'il est suffisant qu'il soit doté de discernement suffisant pour être capable de se forger de manière adéquate sa propre opinion sur la question. ⁷

2.1.4 Le droit à ce que son opinion soit « dûment » prise en considération

Comme le remarque le Comité, « écouter simplement l'enfant ne suffit pas ; les opinions de l'enfant doivent être sérieusement examinées, lorsque l'enfant est capable de discernement ». Evidemment, l'importance accordée à l'opinion exprimée par l'enfant dépendra de son âge, et de son degré de maturité. ⁸

⁴ [Comité des droits de l'enfant, Observation générale no 12 \(2009\) - Le droit de l'enfant d'être entendu, para 21](#)

⁵ [Comité, Observation générale no 12 \(2009\), cit., para 23](#)

⁶ [Comité, Observation générale no 12 \(2009\), cit., para 24](#)

⁷ [Comité, Observation générale no 12 \(2009\), cit., para 23 et 26-27](#)

⁸ [Comité, Observation générale no 12 \(2009\), cit., para 28-29](#)

2.1.5 Le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant

Il est évident que, dans l'interprétation du Comité, l'enfant a le droit d'être entendu dans le cadre d'une telle procédure, même s'il n'a pas la qualité de partie. Il suffit que la procédure l'intéresse, à savoir qu'elle ait un impact sur lui, soit immédiat, soit futur. Le Comité rappelle que l'enfant peut être entendu soit « **directement** » soit **par intermédiaire**, mais qu'il est « **recommandé** » de « **donner à l'enfant, chaque fois que possible, la possibilité d'être entendu *directement*, dans toute procédure quelle qu'elle soit** ». ⁹ Cela vise surtout à éviter un risque « de conflit d'intérêts entre l'enfant et son représentant le plus évident (le ou les parents) ». ¹⁰ Si l'enfant n'est pas entendu directement, il est primordial que ses opinions soient transmises de manière correcte par le représentant à la personne chargée de rendre la décision, selon **une méthode qui doit être déterminée par l'enfant (ou par l'autorité compétente, si nécessaire) en fonction de sa situation particulière**. Finalement, l'enfant doit être entendu « de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale » ce qui signifie, selon l'interprétation du Comité, que les États parties doivent adopter et adapter leurs normes procédurales dans le but de *faciliter* la mise en œuvre de ce droit. ¹¹

3 La pratique suisse

3.1 La capacité de discernement du mineur

Selon la jurisprudence suisse, l'article 12 de la Convention est une disposition juridique directement applicable, de sorte que sa violation peut être contestée devant le Tribunal fédéral. ¹²

L'interprétation donnée par les juges de Lausanne à l'art. 12 est, cependant, plutôt restrictive. Ainsi, selon le TF, « les autorités qui appliquent la loi ne sont [...] tenues de donner à l'enfant la possibilité d'exprimer son opinion – et d'en tenir compte de manière appropriée par la suite – *que si l'enfant est capable de se forger sa propre opinion* ». Ils introduisent ainsi une sorte de fardeau de la preuve à la charge de l'enfant. Au contraire, comme nous l'avons vu plus haut, le Comité recommande aux États parties **de partir de la présomption** que tout enfant a sa propre capacité de discernement, à partir de son plus jeune âge, et que, partant, **il a toujours le droit d'être entendu, s'il le souhaite** (le poids accordé à l'opinion de l'enfant dépendra en revanche de son âge, et de son degré de maturité). ¹³

En outre, les Tribunaux suisses construisent la notion de capacité de discernement du mineur non pas sur la base de l'art. 12 Convention, mais plutôt sur la base de l'art. 16 CC. Selon cette perspective, la capacité de discernement suppose que le requérant soit en mesure d'agir

⁹ Comité, [Observation générale no 12 \(2009\), cit., para 36](#)

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ Comité, [Observation générale no 12 \(2009\), cit., para 38-39](#). Voir aussi [Observation générale no. 5 \(2003\) - Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant](#)

¹² [TF 124 III 90](#)

¹³ Comité, [Observation générale no 12 \(2009\), cit., para 85](#). Sur ce point, voir aussi, M. Corbaz, *Les mineurs non accompagnés en droit d'asile. Étude du droit suisse à la lumière du droit international des droits de l'enfant*, Stampfli, 2019, p. 239 en particulier.

de manière *raisonnable*, en fonction de la collaboration qui lui est demandée dans la procédure, et d'exposer la situation de persécution subie (ou redoutée) de manière claire.¹⁴ Il est évident que ces exigences vont bien au-delà de la « capacité de se forger une opinion propre et de s'exprimer là-dessus », présentée par le Comité comme le seul paramètre permettant d'évaluer la capacité de discernement de l'enfant. Il est vrai que, selon les juges, cette capacité ne doit pas être appréciée de manière abstraite, mais dépend plutôt du degré de maturité et de développement du mineur. Cependant, si la capacité de discernement pour la procédure d'asile est admise chez les jeunes à partir de 13 - 14 ans¹⁵, il existe une présomption selon laquelle les enfants plus jeunes (entre 6 et 10 ans) sont incapables de discernement. Pour ceux qui se trouvent dans la tranche intermédiaire (11 -12 ans), l'art. 8 CC s'applique, et il revient à celui qui se prévaut de la capacité ou de l'incapacité de discernement de la prouver. La charge de la preuve sur les épaules de l'enfant, telle que mentionnée au début de ce paragraphe, est donc confirmée.¹⁶

Il existe deux conséquences immédiates de cette interprétation. D'abord, elle limite la portée subjective de l'art. 12, en ce sens que le nombre de mineurs dans les procédures d'asile qui bénéficient effectivement du droit d'être entendu **est considérablement réduit**. Deuxièmement, elle limite la portée pratique de ce droit, **car elle en restreint les modalités d'exercice**.

3.2 Qui bénéficie du droit d'être entendu et comment ce droit est-il assuré ?

Sur la base des informations reçues par l'OSAR, ainsi que du suivi de la pratique du Tribunal administratif fédéral, il ressort que : a) tous les mineurs qui devraient et pourraient être entendus dans les procédures d'asile **ne bénéficient effectivement pas de ce droit** et que b) la manière dont ce droit est assuré n'est pas toujours adéquate.

3.2.1 Les mineurs accompagnés

Les mineurs en famille représentent certainement une bonne partie de **ces mineurs dont le droit d'être entendu n'est pas toujours correctement respecté**. Le Manuel d'asile et retour du SEM ne consacre pas beaucoup d'espace à cette question, se limitant à affirmer laconiquement que : « selon le cas, il pourra également être opportun de prendre en considération la volonté de l'enfant capable de discernement »¹⁷. Cette formulation, très large, laisse **une grande marge de manœuvre aux autorités administratives, qui peuvent ainsi décider si l'enfant doit être entendu ou non sur la base d'une appréciation plutôt discrétionnaire**. Cet énorme pouvoir discrétionnaire se traduit par le fait que les mineurs

¹⁴ Voir aussi le Manuel d'asile et retour du SEM, art. C-9, Requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA), par. 2.4.3. Selon le Manuel, le mineur doit être en mesure « d'estimer la signification et le but d'une procédure d'asile, ainsi que d'exposer les raisons et craintes qui l'ont poussé à quitter son pays d'origine » : cela semble être une exigence très stricte, en tenant compte que, selon [l'Observation générale du CDE sur le droit d'être entendu](#), « il n'est pas nécessaire que l'enfant ait une connaissance complète de tous les aspects de la question le concernant », mais qu'il est suffisant qu'il soit doté de discernement suffisant pour être capable de se forger de manière adéquate sa propre opinion sur la question.

¹⁵ 14 ans selon [ATAF 2014/30](#), consid. 2.2.3, 13 selon le Manuel d'asile et retour du SEM, art. C-9, Requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA), para 2.4.3

¹⁶ Manuel d'asile et retour du SEM, art. C-9, Requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA), para 2.4.3

¹⁷ Manuel d'asile et retour du SEM, art. F-3, Asile accordé aux familles, para 2.1.1.2

accompagnés ne sont très souvent pas entendus au cours des procédures qui « les intéressent » (qu'il s'agisse de procédures d'asile, de regroupement familiales ou de procédures Dublin). Cela arrive premièrement parce qu'on suppose toujours que les intérêts de l'enfant coïncident avec ceux du reste de la famille, en particulier des parents adultes. Quelques exemples.

Dans un cas concernant un requérant syrien qui demande l'asile avec sa famille de 4 enfants, le dossier est renvoyé du TAF au SEM à cause d'une disparité dans la façon dont les enfants sont traités : les trois plus âgés sont entendus, tandis que le quatrième ne l'est pas, les autorités administratives le considérant comme trop jeune. Deux points méritent qu'on s'y intéresse. Lors de la transmission du dossier au SEM, le TAF précise explicitement que, à son avis, les trois enfants les plus âgés *n'auraient pas dû être entendus non plus, car la demande d'asile ne concernait que le père*. Le renvoi repose donc exclusivement sur une violation de la parité de traitement. Les autres enfants ont en tout cas été entendus « sans aucune véritable nécessité » et, on peut le supposer, il aurait été préférable qu'aucun d'entre eux n'ait été entendu en premier lieu. Deuxièmement, l'enfant cadet n'est même pas entendu oralement et directement par la suite, car le SEM décide que, compte tenu de son âge, il suffit qu'il soumette des commentaires écrits par le biais de son représentant légale.¹⁸ Dans un cas de regroupement familial, le SEM rejette l'entrée en Suisse aux enfants du requérant, à l'époque mineurs, au motif qu'ils ne se sont jamais adressés aux autorités consulaires suisses de manière indépendante pour faire connaître leur volonté, ainsi manquant à leur devoir de coopération. Le TAF, qui considère comme « irréaliste » la prétention que deux enfants peuvent s'adresser de manière indépendante à une institution publique, rappelle au SEM son devoir d'enquête et conclut que si le doute persiste quant au fait que le regroupement corresponde à la volonté réelle des enfants, des mesures supplémentaires devraient alors être prises.¹⁹ Quant à la procédure Dublin, nous nous penchons à nouveau en détail par la suite sur le cas V.A. c. Suisse, tranché par le Comité des droits de l'Enfants en septembre 2020.²⁰

3.2.2 Les auditions des mineurs

Une illustration concrète de la manière dont la **portée pratique** de l'art. 12 Convention est limitée vient de la manière dont les enfants, inclus ceux de moins de 12 ans, sont entendus.

Les critères pour l'audition des mineurs sont bien connus²¹. L'atmosphère doit être accueillante et bienveillante, les adultes présents dans la salle doivent avoir une attitude ouverte et empathique, chacun des participants doit se présenter à l'enfant et les buts et objectifs de l'entretien doivent être clarifiés d'une manière adaptée aux enfants. Le TAF a également fourni quelques détails sur le déroulement de l'entretien : le rythme doit être plus lent que celui d'un entretien avec un adulte, les pauses doivent être accordées toutes les 30 minutes, les questions ouvertes doivent être préférées, au moins au début, le sujet de conversation ne doit être changé qu'après l'avoir annoncé au mineur, l'attitude des auditeurs doit rester neutre. Les juges ont clairement élaboré ces lignes directrices dans le cadre de ce qui est encore un entretien formel de l'enfant sur la base de l'art. 29 LAsi. Il convient de noter que

¹⁸ Tribunal Administratif Fédéral, [D-6539/2020](#), du 25 janvier 2021, faits de la cause, C.c.

¹⁹ Tribunal Administratif Fédéral, [D-4891/2018](#), du 23 avril 2020, consid. 6.3.2.

²⁰ Comité des droits de l'enfant, V.A. c. Suisse, [CRC/C/85/D/56/2018](#)

²¹ [ATAF 2014/30](#)

rien n'est précisé, ni par la jurisprudence, ni par la législation en vigueur, quant au type de lieux où les entretiens doivent avoir lieu (qui seront donc les locaux du CFA ou du foyer où le mineur est hébergé), ni quant à la manière dont l'enfant peut être préparé à l'audition à l'avance. Plus significatif encore, rien n'est précisé quant aux autres modalités qui pourraient être utilisées pour entendre l'enfant de manière à lui permettre de s'exprimer de manière libre, directe et non traumatisante.

La seule exception à cet égard est le cas des mineurs non accompagnés de moins de 12 ans. Comme ils sont généralement considérés comme incapables de discernement et ne peuvent donc déposer leur demande d'asile directement, mais doivent le faire par l'intermédiaire de leur représentant légal (parent ou tuteur),²² l'enfant n'est généralement même pas entendu dans le cadre d'une audition formelle par le SEM. Selon le Manuel du SEM, « après avoir constaté l'incapacité de discernement d'un requérant mineur, le SEM devra établir les faits de manière adaptée aux circonstances du cas d'espèce [...] en étroite collaboration avec le représentant légal du mineur ». La plupart du temps, cela implique, concrètement, que des **représentations écrites** soient soumises par le représentant légal au nom du requérant. Là encore, rien n'est donc précisé ou suggéré quant à la manière dont l'audition de ces sujets, particulièrement fragiles, peut être structurée de manière à leur donner la possibilité de s'exprimer directement et de manière protégée. D'autre part, et selon les informations reçues par l'OSAR, il se peut que, afin de respecter formellement le droit de l'enfant à être entendu, le mineur soit *interviewé par* le SEM selon les formalités de l'art. 29 LAsi.

4 Interprétations correctives sur l'étendue du « droit d'être entendu »

La pratique qui exclut la plupart des mineurs accompagnés, ainsi que les enfants en dessous de 12 ans, de tout droit d'être entendu est sûrement contraire à une application complète et réellement efficace de l'art. 12 CDE. La manière dont les mineurs hébergés dans les CFA sont auditionnés n'est pas toujours correcte non plus, entraînant une violation *de facto* du même article, malgré les indications plutôt claires sur ce point élaborées par le TAF.²³

Les commentaires du Comité des droits de l'enfant, contenus dans la décision V.A. c. Suisse sont très clairs sur ce point, et ils peuvent évidemment être transposés à toutes procédures autres que les procédures Dublin. Dans le cas d'espèce, les autorités suisses, en se référant à la pratique discutée dans les pages précédentes, avaient fait valoir que : a) selon leur point de vue, le droit à une audition formelle n'existe que du moment où l'enfant a la capacité et maturité nécessaires pour comprendre la signification et le but de la procédure ; b) que, sans cette capacité de discernement, présumée à partir de l'âge de 14 ans, il n'y a pas de droit d'être entendu oralement et personnellement ; c) que, faute d'audition, les enfants peuvent faire valoir leur point de vue par le biais d'une prise de position écrite de leurs représentants ;

²² Voir Manuel d'asile et retour du SEM, art. C-9, Requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA), par. 2.4.5. Cette pratique est cependant loin d'être sans controverse. En fait, dans [ses Normes relatives aux procédures de détermination du statut de réfugié relevant de son mandat](#), le HCR clarifie que «les enfants ont le droit de présenter une demande de statut de réfugié indépendante, quel que soit leur âge, et doivent recevoir toute l'assistance et le soutien nécessaires au dépôt de leur demande (par. 3.4.5) »

²³ Tout récemment, TAF, [E-2470/2020](#), consid 5.2 – 5.4.

d) que les intérêts des deux enfants, âgés de 3 et 8 ans respectivement au moment des faits, sont présumés coïncider avec ceux de la mère.²⁴

À tout cela, le Comité répond que : a) l'art. 12 **n'impose aucune limite d'âge en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion** et que, d'ailleurs, les états ne devraient pas adopter, en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toute questions l'intéressant ; b) la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être conduite que si l'enfant est entendu séparément, **nonobstant les raisons ayant motivé la demande d'asile de leurs parents** ; c) la Suisse doit veiller à ce que **les enfants soient systématiquement entendus dans le contexte des procédures d'asile**.

La décision ne se penche malheureusement pas sur la *manière* dont le droit de l'enfant à être entendu devrait être garantie. Il semble en tout cas possible de présumer que le Comité doit avoir l'Observation générale no. 12 comme référence principale. Rappelons alors que, selon ce document :

- l'enfant devrait toujours être entendu **directement**, si possible²⁵ ;
- le **contexte est essentiel**. Il doit être rassurant et attentif à la sensibilité et à la vulnérabilité particulière de l'enfant²⁶ ;
- l'enfant **ne doit pas être interrogé plus souvent que nécessaire**, en particulier lorsque l'entretien porte sur des événements néfastes.²⁷

La littérature suisse n'a jamais été silencieuse sur ce sujet, et a récemment pris une position très ferme sur la question. Selon ses indications, des suggestions intéressantes sur l'âge à partir duquel les enfants devraient être auditionnés pourraient venir de la jurisprudence du TF en matière de droit de famille. Dans ce cadre, les juges de Lausanne disent clairement que « *l'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC [...]* l'enfant doit, en principe, être entendu à partir de six ans révolus. L'audition de l'enfant, alors qu'il n'a pas encore de capacité de discernement par rapport aux enjeux, vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaire pour établir l'état de fait et prendre sa décision ».²⁸ Selon la littérature, l'on pourrait alors argumenter, sur la base de cette jurisprudence, qu'il peut y avoir **un écart entre la capacité de discernement, traité à l'art. 16 CC, et le droit de l'enfant d'être entendu**, « dans la mesure où l'exercice du second n'est pas restreint par la première ».²⁹ Selon cette perspective alors, **une audition devrait ainsi avoir lieu à partir du moment où l'intéressé est apte à s'exprimer sur certains aspects en lien avec la demande d'asile, et dans la mesure où cela ne l'expose pas à de trop grandes difficultés**.

De l'avis de l'OSAR, le cadre international concernant le droit d'être entendu ne laisse guère de doute sur le fait que **tout enfant a toujours le droit d'être entendu, pourvu qu'il ait une**

²⁴ V.A c. Suisse, cit., consid. 4.15.

²⁵ Comité, [Observation générale no. 12 \(2009\), cit., para 35](#),

²⁶ Comité, [Observation générale no. 12 \(2009\), cit., para 34](#)

²⁷ Comité, [Observation générale no. 12 \(2009\), cit., para 23](#)

²⁸ [TF 5A 714/2015](#), 28 avril 2016, consid. 4.2.2. Autre jurisprudence et considérations ultérieures dans le livre de M. Corbaz, *Les mineurs non accompagnés en droit d'asile. Étude du droit suisse à la lumière du droit international des droits de l'enfant*, Stampfli, 2019, p. 306 ss. en particulier.

²⁹ M. Corbaz, op cit, p. 306.

capacité de discernement, et que cette dernière n'a rien à voir avec la capacité d'ester en justice, ni avec la capacité de discernement envisagée par les législations nationales. **Il est d'autre part loin d'être évident que ce droit d'être entendu doit toujours être mis en œuvre sous la forme d'un entretien formel** et que, à défaut, la seule autre voie possible est celle des représentations écrites des représentants légaux. Nous nous penchons aux pages suivantes sur certaines autres possibilités qui devraient être explorées.

5 Comment entendre un enfant : les meilleures pratiques

5.1 Lignes directrices internationales et européennes

5.1.1 Principes directeurs du HCR³⁰

Dans ses Principes directeurs sur la protection internationale, le HCR rappelle que :

- Il est essentiel que l'enfant raconte **elle-même ou lui-même** ce qu'elle ou il a vécu afin de pouvoir identifier ses propres besoins d'information³¹ ;
- Afin de garantir à l'enfant qu'il pourra s'exprimer, il **faut élaborer et intégrer des procédures et des environnements sûrs** et adaptés aux enfants, de manière à susciter leur confiance à toutes les étapes de la procédure d'asile³² ;
- Il faut choisir **des méthodes de communication adaptés** aux différentes étapes de la procédure³³ ;
- Ces méthodes doivent tenir compte de l'âge, du genre, de l'origine culturelle et de la maturité de l'enfant, ainsi que des circonstances de sa fuite et du mode d'arrivée³⁴ ;
- Parmi les méthodes de communication **non verbales** se trouvent : le jeu, le dessin, le jeu de rôles, le conte, et le chant.³⁵

5.1.2 Lignes directrices du Conseil de l'Europe³⁶

Dans ses Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants, le Conseil de l'Europe remarque que :

- Les moyens utilisés pour entendre les enfants doivent être adaptés à leur niveau de compréhension³⁷ ;
- **Les enfants devraient être consultés sur la manière dont ils souhaitent être entendus**³⁸ ;

³⁰ HCR, [Principes directeurs sur la protection internationale – Les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'art. 1A \(2\) et de l'art. 1 \(F\) de la Convention de 1951](#), HCR/GIP/09/08, 22.12.2009

³¹ HCR, [Principes directeurs](#), par. 70

³² HCR, [Principes directeurs](#), *ibidem*

³³ HCR, [Principes directeurs](#), par. 71

³⁴ HCR, [Principes directeurs](#), *ibidem*

³⁵ HCR, [Principes directeurs](#), *ibidem*

³⁶ [Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants, 17 novembre 2010](#)

³⁷ Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 39

³⁸ Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 41

- Le droit d'être entendu est un droit, et non un devoir³⁹.
- Un enfant ne devrait pas être empêché d'être entendu du seul fait de son âge⁴⁰.

Le Conseil de l'Europe se penche aussi sur les aspects les plus pratiques concernant l'audition des enfants, et avance les suggestions suivantes :

- **Familiariser les enfants** avec l'atmosphère et les locaux où aura lieu l'audition (p. ex, conduire des visites préliminaires des lieux avec l'enfant)⁴¹ ;
- **Favoriser la mise en confiance des enfants, renonçant à toutes formalités non nécessaires** (p. ex, éviter les vêtements trop formels, utiliser le prénom lors des présentations, ne pas vouvoyer etc.)⁴² ;
- **Utiliser des méthodes d'audition telles que les enregistrements vidéo/audio**, afin d'éviter de devoir auditionner l'enfant à plusieurs reprises⁴³ ;
- **Accueillir les déclarations de l'enfant dans le cadre de structures adaptées aux enfants, et dans un environnement adapté. Si cela n'est pas possible, aménager des salles d'audition et d'attente de façon à créer un environnement adapté aux enfants** (en fonction de l'âge, par exemple, fournir à l'enfant des livres pour enfants, des matériaux de dessin ou de construction, type Lego, des jouets ; prévoir des chaises/tables confortables adaptées à la taille de l'enfant ; s'asseoir à côté de l'enfant et non en face de lui, afin que l'enfant puisse éviter le contact visuel s'il le souhaite, etc.)⁴⁴.
- **Développer des protocoles d'audition** prenant en compte les différents degrés de développement de l'enfant⁴⁵

5.1.3 Le modèle par niveaux élaboré par Kinderanwaltschaft Schweiz

Le [schéma](#) proposé par Kinderanwaltschaft décrit les différentes modalités de participation des enfants aux décisions qui les intéressent tenant compte des différentes étapes de leur développement. Il s'articule ainsi sur 9 niveaux différents. Cette approche nuancée va dans la direction des indications du Comité des Droits de l'Enfant et de la CDE, qui soulignent à plusieurs reprises *qu'il n'est pas envisageable de fixer des limites strictes à la capacité de*

³⁹ Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 46

⁴⁰ Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 47

⁴¹ Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 55

⁴² Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 112. Voir aussi : «En résumé, l'environnement peut être relativement formel, mais le comportement des fonctionnaires devrait l'être moins, et, dans tous les cas, devrait être adapté aux enfants», Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., para 123.

⁴³ Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 59

⁴⁴ Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 62. En guise d'exemple, voir les 'blue rooms' créées en Pologne afin d'accueillir les victimes et les témoins âgés de moins de 15 ans. Selon le [Rapport de la FRA](#) (Fundamental Rights Agency): « These rooms have colorful walls, child-friendly furniture, toys, drawing materials and children's books. They are also furnished with one-way mirrors and recording equipment. The interview is conducted by a judge, who conveys questions through a microphone to a psychologist or social worker, who then relays the questions to the child in an appropriate manner. The legal representatives of the accused, the prosecutor, a recording clerk and the parents of the child are among those who observe the hearing from behind the mirror. The people behind the mirror, such as defense lawyers, can also ask additional questions by phone. Evidence obtained from the statements made in the blue rooms has the same legal validity as statements obtained during hearings in the courtroom".

⁴⁵ Comité des ministres, [Lignes directrices](#), cit., par. 71. Un exemple très intéressant de la manière dont peuvent être développés des protocoles différents en fonction des différentes tranches d'âge des mineurs vient d'UNICEF, qui a élaboré des brochures d'information pour les enfants dès [5 ans](#), dès [9 ans](#) et dès [13 ans](#) dans le cadre des procédures de droit civil (séparation/divorce/tutelle/curatelle etc.).

l'enfant de se former sa propre opinion, et que cela devrait être évalué au cas par cas selon le degré de maturité de chacun.

- Niveau 1 = *Instrumentalisation*. Les enfants ne sont pas impliqués dans les décisions et peuvent parfois être instrumentalisés. Ce type de niveau ne devrait jamais être atteint ;
- Niveau 2 = *Instruction*. Les adultes communiquent de manière unidirectionnelle avec les enfants et les jeunes, en leur donnant des instructions. Cela peut parfois se révéler nécessaire en cas de situations de danger ou de besoin aigu et immédiat ;
- Niveau 3 = *Information*. Les adultes informent les enfants et les jeunes du déroulement concret de la procédure. L'information est une phase en soi, mais elle peut aussi être une phase préliminaire et préparatoire pour des activités successives. Elle doit être menée avec le plus grand soin, justement à cause de l'impact qu'elle peut avoir sur les phases suivantes⁴⁶ ;
- Niveau 4 = *Audition*. L'enfant et le jeune a la possibilité d'exprimer sa volonté, et elle doit être incluse dans le processus de décision. Si l'autorité décide dans l'intérêt supérieur de l'enfant, mais contre sa volonté, il faudra expliquer à l'enfant, en fonction de son stade de développement et de ses compétences, pourquoi ses souhaits n'ont pas pu être respectés ;
- Niveau 5 = *Participation*. Des spécialistes ou des personnes qui sont proches de l'enfant sont impliqués par les autorités lors de la consultation ;
- Niveau 6 = *Co-détermination*. La prise de décision est directement influencée par l'enfant. Des négociations peuvent avoir lieu entre l'enfant et les décideurs (p. ex, après un divorce, des négociations sur le lieu de résidence, ou les contacts avec les parents) ;
- Niveau 7 = *Dévolution*. Certains aspects peuvent être déterminés par les enfants eux-mêmes. Par exemple, dans le cas d'un placement hors du foyer familial, l'enfant peut avoir son mot à dire dans le choix des foyers ;
- Niveau 8 = *Égalité*. Les jeunes proches de la majorité prennent toutes les décisions principales (p. ex, choix d'un apprentissage/changement du lieu de résidence). Il y a égalité entre les jeunes et les adultes, qui prennent un rôle d'accompagnement ou de soutien ;
- Niveau 9 = *Auto-organisation*. Les jeunes arrivent à s'auto-organiser (ils s'organisent et réalisent p. ex. eux-mêmes un projet).

5.2 Exemples positifs

5.2.1 La procédure pénale suisse

Des suggestions intéressantes sur la manière dont les audiences devraient être menées proviennent du [Code de procédure pénale suisse](#). Au fait, l'art. 154 CPP, rubriquée « Mesures

⁴⁶ CDE, art. 17. Sur le droit à l'information, voir, p. ex., [Observation générale no 12 \(2009\)](#), cit., par. 25 : « La réalisation du droit de l'enfant d'exprimer ses opinions suppose que l'enfant soit informé par les personnes chargées de l'entendre et par ses parents ou tuteurs des questions à l'examen, des options qui s'offrent à lui, des décisions qui pourraient être prises et de leurs conséquences. L'enfant doit également être informé des conditions dans lesquelles il sera invité à exprimer son opinion. Ce droit à l'information est essentiel, car il est la condition préalable à la prise de décisions claires par l'enfant ». Voir aussi par. 34, 45, 48 du même document. Sur les différentes modalités qui peuvent être utilisées pour informer un enfant, voir aussi les brochures développées par UNICEF, note 39.

spéciales visant à protéger les enfants » décrit toute une série de mesures que les autorités doivent mettre en place afin d'assurer que les enfants victimes soient entendus de manière correcte.⁴⁷

- D'abord, l'alinéa 3 clarifie que la personne de confiance devrait être exclue de la procédure, lorsque cette personne pourrait influencer l'enfant de manière déterminante
- En outre, le nombre d'auditions doit être réduit au minimum (max deux sur l'ensemble de la procédure, et cela, seulement si absolument indispensable)⁴⁸
- L'audition est menée par un enquêteur formé à cet effet, en présence d'un spécialiste (généralement, un psychologue)
- L'audition peut être enregistrée sur un support préservant le son et l'image

5.2.2 La Norvège

Il peut être intéressant d'observer comment les autres pays essayent de mettre en place le droit des enfants d'être entendus, dans le cadre spécifique de la procédure d'asile. Les pays scandinaves, bien qu'avec une excellente réputation dans le domaine de la protection des droits des enfants, ont, ces dernières années, dû surmonter plusieurs difficultés dans l'hébergement et l'accompagnement des mineurs requérants d'asile tout comme les autres pays européens.⁴⁹ Cependant, des pistes intéressantes viennent de la **Norvège**, où des lignes directrices spécifiques sur l'entretien des enfants mineurs en quête d'asile ont été élaborées par le Directorate Norvégien de la migration – UDI (équivalent du SEM) et par le Tribunal.⁵⁰

Ces lignes mettent déjà en avant le lien entre le droit de l'enfant d'être entendu et la détermination de son 'intérêt supérieur'.⁵¹ Il est intéressant de remarquer que nulle part, dans le Manuel 'asile et retour' du SEM, un lien aussi explicite est fait entre deux des principes les plus importants de la Convention des droits de l'enfant. Les lignes directrices soulignent d'ailleurs que le droit d'être entendu d'un enfant **est un droit en tant que tel, qui ne dépend pas du besoin d'information de l'administration**.⁵² Nous remarquons une différence nette entre cette approche et celle du TAF dans le cas concernant le requérant syrien père de 4 enfants qui, selon les juges, n'aurait pas dû être entendu car ils n'avaient pas d'information pertinentes pour la demande d'asile du requérant principal.⁵³ En outre, selon les lignes directrices :

⁴⁷ Selon les informations dont dispose l'OSAR, en Suisse romande la police est formée à une technique spéciale d'interview des enfants victimes ou témoins d'actes criminels. Cette technique a été développée au Canada par le [NICHD \(National Institute of Child Health and Human Development\)](#). Il s'agit d'une entrevue structurée qui comprend trois étapes: a) une partie pré-déclarative, qui sert à préparer l'enfant en créant un lien de confiance ; b) une partie déclarative, qui se base sur des questions ouvertes – seulement si nécessaire, et en tout cas à la fin, des questions spécifiques peuvent être utilisées ; c) une étape de clôture.

⁴⁸ CPP, art. 154, al. 4 lit c)

⁴⁹ UNICEF, [Protected on paper? An analysis of Nordic country responses to asylum-seeking children](#), 2018

⁵⁰ Directorate Norvégien de la migration (UDI), 2010-075 [Høring av medfølgende barn i saker om beskyttelse](#); UNE (Appeals Immigration Board), [Rutinebeskrivelse](#), 10.01.2020

⁵¹ UDI, [2010-075](#), cit., art. 2, para 2: « Le droit d'être entendu doit être envisagé en relation avec le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération fondamentale dans toutes les actions qui affectent l'enfant »

⁵² UDI, [2010-075](#), cit., art. 2, para 2: « Le droit des enfants d'être entendus est un droit indépendant et ne dépend pas du besoin d'information de l'administration de l'immigration »

⁵³ Voir en-dessus, para 3.2.1.

- Tout enfant qui a atteint l'âge de 7 ans et les enfants plus jeunes qui sont en mesure de se **faire une opinion propre** doivent avoir la possibilité d'être entendus (l'utilisation de la formulation de la CDE mérite ici d'être soulignée)⁵⁴ ;
- Les enfants qui ont atteint l'âge de 7 ans doivent avoir la possibilité de s'exprimer directement et indépendamment⁵⁵ ;
- Dans le cas des enfants accompagnés, le but des conversations ne doit pas être de *vérifier* les informations fournies par les parents. Si, dans une conversation avec l'enfant, des informations apparaissent qui ne correspondent pas aux explications des parents ou d'autres personnes exerçant la responsabilité parentale, l'enquêteur ne doit pas donner suite à d'autres questions à moins que les informations ne soient liées au besoin de protection de l'enfant ou à la sécurité de l'enfant⁵⁶ ;
- L'enfant a toujours le droit de refuser l'entretien⁵⁷.

5.2.3 L'Irlande

Le Tribunal d'appel de la protection internationale (International Protection Appeals Tribunals - IPAT) a élaboré des lignes directrices sur l'audition des enfants (accompagnés et non accompagnés).⁵⁸ Une partie de ces lignes directrices pourrait tout aussi bien être transposée et utilisée à un premier niveau de décision. Les instructions demandent au Tribunal de prendre en compte, entre autre :

- **Le droit de l'enfant d'être entendu de manière correcte** = p. ex., l'enfant devra participer et témoigner par le biais d'un moyen adapté à son âge. Cela peut inclure le dessin, l'écriture et le témoignage oral. En outre, le tribunal devra veiller à ce qu'un enfant ne soit pas exposé à un examen inutile, répétitif ou inapproprié par les adultes présents⁵⁹ ;
- **Le style des questions** = p. ex : a) les juges tiennent compte des sensibilités culturelles qui peuvent affecter la communication verbale ou non verbale d'un enfant ; b) les juges doivent éviter la terminologie juridique/technique ; c) Les questions/formulations suivantes devront être utilisées avec prudence : « Es-tu sûr de comprendre ? » ; « Je crois que tu nous l'as dit... » ; « Te souviens-tu ? » qui peuvent suggérer des réponses ou en tout cas induire l'enfant en erreur⁶⁰ ;
- **Le degré de développement des enfants** = selon les lignes directrices, de nombreux adolescents (qui sont sous-éduqués, ou seuls, ou avec un retard de développement) peuvent présenter un stade cognitif d'un enfant de 7-10 ans. Les adolescents courent un risque plus élevé de malentendus, car les adultes s'attendent à ce qu'ils comprennent le langage formel⁶¹ ;
- **L'aménagement de la salle d'audition** = il sera aussi informel que possible. Les juges essaient d'être assis au même niveau que l'enfant, pour faciliter la communication non verbale et le contact visuel, si l'enfant le souhaite⁶².

⁵⁴ UDI, [2010-075](#), cit., art. 2.1.: «Les enfants qui ont atteint l'âge de 7 ans et les enfants plus jeunes qui sont en mesure de se faire leur propre opinion doivent être informés et avoir la possibilité d'être entendus, avant qu'une décision ne soit prise dans une affaire les concernant»

⁵⁵ UDI, [2010-075](#), cit., *ibidem*

⁵⁶ UDI, [2010-075](#), cit., art. 4.5

⁵⁷ UDI, [2010-075](#), cit., art. 2

⁵⁸ The International Protection Appeals Tribunal, [Guideline no: 2017/5, Appeals from Child applicants](#)

⁵⁹ IPAT, [2017/5](#), par. 18

⁶⁰ IPAT, [2017/5](#), Appendix, 10 -15

⁶¹ IPAT, [2017/5](#), Appendix, 19

⁶² IPAT, [2017/5](#), par. 12

6 Les propositions de l'OSAR

L'importance du droit d'être entendu des enfants et des jeunes, accompagnés et non accompagnés, ne saurait être sous-estimée. En l'absence d'une audition, menée de manière correcte, l'enfant ne sera pas en mesure de présenter son point de vue sur les questions qui l'intéressent, et cela pourra avoir un impact énorme sur la détermination de son intérêt supérieur. La décision du Comité des droits de l'enfant V.A. c. Suisse a souligné que la pratique suisse, en ce domaine, doit encore être améliorée. D'ailleurs, la Suisse est tenue d'informer le Comité sur les mesures qui seront prises pour donner suite à V.A. ainsi que pour assurer que tout enfant en procédure d'asile (ordinaire, Dublin, regroupement familial) soit entendu.

Le défi est de taille. L'OSAR en est consciente, et considère qu'il serait sage de différencier les mesures à prendre en 3 groupes différents : mesures à court terme, mesures à moyen terme, mesures à long terme.

6.1 Mesures à court terme

- Assurer l'**audition systématique de tous les enfants accompagnés** à partir de 6 ans, de manière aussi adaptée à leur âge que possible, sauf si c'est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet âge, rappelons-le, est l'âge à partir duquel les enfants devraient être auditionnés en matière de droit de famille, selon le TF
- Assurer la **formation continue et interdisciplinaire** de tout personnel engagé dans les CFA, afin de garantir au moins que les standards énoncés dans l'arrêt de référence du TAF 2014/30 soient clairs et respectés
- Développer des brochures d'information sur la procédure d'asile qui soient adaptées aux enfants ainsi qu'aux différentes tranches d'âge
- Mettre à disposition les mêmes informations sur le site du SEM, selon le modèle proposé par le Directorate Norvégien de la Migration.

6.2 Mesures à moyen terme

- Développer **une pratique uniforme et commune** pour les auditions des **mineurs non accompagnés en dessous de 12 ans**. Les mineurs doivent pouvoir exprimer leur volonté sur la manière dont ils souhaitent être entendus, et participer par le biais d'un moyen adapté à leur âge (dessin, écriture, témoignage oral). Ils ne devraient **pas répéter ses déclarations plus de fois qu'il n'est absolument nécessaire. Il incombe au tuteur/tuteur de veiller à ce que les souhaits de l'enfant soient respectés et que son droit d'être entendu soit assuré de la manière la plus appropriée**
- Mettre à disposition les ressources nécessaires pour la préparation et l'accompagnement des enfants non-accompagnés à l'audition par les personnes de confiance
- Dans la mesure du possible, accorder tout enfant le temps **de se préparer à l'entretien**, en discutant avec son représentant légal en dehors de la présence de l'auditeur, et en visitant les locaux où l'entretien aura lieu
- Développer **des lignes directrices à l'usage du SEM**, qui adressent en détail la manière dont les enfants doivent être entendus. Les lignes directrices devraient tenir

compte du travail déjà accompli [par les organismes internationaux](#) . Les bonnes pratiques dans d'autres domaines du droit suisse, ainsi que celles développées dans d'autres pays comme la Norvège et l'Irlande, devraient être prises en compte

6.3 Mesures à long terme

- Aménager, dans les CFA, des **salles réservées aux auditions** des enfant
- **Utiliser des méthodes d'audition telles que les enregistrements vidéo/audio**, afin d'éviter de devoir auditionner l'enfant à plusieurs reprises
- Mettre en place des **mesures alternatives d'audition**, pour **tous les mineurs**, accompagnés et non accompagnés, comprenant le dessin et les jeux de rôle. **Former et sensibiliser**, par le biais de formateurs externes et qualifiés, l'ensemble du personnel concerné à l'utilisation de ces techniques