

Mesures de protection de l'enfant dans les centres fédéraux pour requérants d'asile

Prise de position de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR)

1 Contexte

Les enfants et les jeunes qui demandent l'asile en Suisse sont hébergés dans un centre fédéral pour requérants d'asile (CFA). Pendant leur séjour, les mineur-e-s, notamment celles et ceux qui sont non accompagné-e-s (MNA), ont droit à une personne de confiance pour les soutenir ([art. 17 al. 3, let. a, LAsi](#)). Cette fonction est assumée par une actrice ou un acteur désigné de la protection juridique et vient s'ajouter à la représentation juridique prévue dans la procédure d'asile. En tant que personnes de confiance, ils sont chargés, pendant la durée de la procédure dans les CFA, de veiller à ce que les intérêts des enfants et jeunes soient protégés par rapport à toute autre personne. En collaboration avec les éducatrices et les éducateurs sociaux impliqués dans la prise en charge des enfants et des jeunes, ils exercent en quelque sorte une fonction parentale. Cependant, en raison des conditions cadres et des limites de leurs responsabilités et compétences, il arrive fréquemment que ces personnes de confiance soient restreintes dans l'exercice de leur fonction. La présente prise de position vise à montrer pourquoi il en est ainsi et quelles sont les conséquences et les exigences qui en découlent. Il importe que soit reconnu la nécessité de traiter les requérant-e-s d'asile mineur-e-s de la même manière que tous les autres enfants en matière de protection de l'enfant.

Avant d'aborder le rôle des personnes de confiance au sein des CFA, nous décrivons ci-dessous les autres acteurs impliqués dans la représentation des mineur-e-s non accompagné-e-s ainsi que leurs fonctions respectives¹:

- Tout au long du séjour dans un CFA, la ou le représentant juridique assume gratuitement la fonction de personne de confiance durant la procédure d'asile (cumul de fonctions). Il en va de même en cas de procédure de renvoi tant que la personne mineure séjourne dans un CFA.
- Pour les mesures spéciales de protection de l'enfant qui vont au-delà de la représentation de leurs intérêts liée à la procédure d'asile, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) doit – comme l'explique ce document – désigner une curatelle ou s'impliquer elle-même.
- Si la ou le mineur non accompagné quitte le CFA et séjourne dans un canton, les autorités suivantes sont chargées de sa représentation :
 - Dans le cas d'une procédure d'asile encore en cours, un organe désigné par le canton est chargé d'exercer le rôle de personne de confiance. Parallèlement, l'APEA doit désigner une curatelle ou une tutelle dès que possible. Entre-temps, un bureau de conseil juridique autorisé à fournir une représentation juridique durant la procédure étendue est responsable de la représentation dans la procédure d'asile².
 - Si la procédure d'asile est déjà terminée au moment de l'attribution à un canton, il n'existe pas de base légale formelle pour la désignation d'une personne de confiance. L'APEA est alors tenue d'assumer et d'organiser une représentation légale sans délai.

¹ Voir en particulier l'art. 7 al. 2 et ss. OA 1.

² La forme concrète à donner à la coopération entre la représentation juridique et la représentation légale doit être laissée aux organes respectifs, en raison notamment de la spécialisation de ces organes.

2 Principes de base

2.1 Rôle de la personne de confiance

La personne de confiance assume uniquement une fonction de substitution aux mesures de protection de l'enfant telles que la tutelle ou la curatelle de représentation³. Selon le Tribunal administratif fédéral, la personne de confiance constitue une solution transitoire proposée par le droit d'asile pour adopter des mesures de protection de l'enfant prévues par le droit civil. Le législateur n'a pas souhaité concevoir explicitement d'entité légale spéciale qui primerait sur le droit en matière de protection de l'enfant prévu par le Code civil suisse⁴.

La restructuration du domaine de l'asile n'y change rien. Au contraire, les explications sur les questions législatives confirment que, même pendant une procédure dans un centre fédéral ou à l'aéroport, « conformément aux dispositions relatives à la protection de l'enfant inscrites dans le code civil suisse (cf. notamment art. 307 ss et art. 327a ss CC), les autorités suisses restent tenues d'ordonner des mesures tutélaires »⁵.

2.2 Ordonnance sur l'asile et jurisprudence

Conformément à l'art. 7 al. 3 de l'OA 1, la personne de confiance s'acquitte notamment des tâches suivantes⁶ :

« Conseils avant et pendant les auditions, soutien en vue de l'indication et de l'obtention de moyens de preuve, assistance notamment dans la communication avec les autorités et les établissements de santé. »

La personne de confiance assure également la coordination avec les autorités cantonales compétentes, en particulier avec les autorités de protection de l'enfance et de la jeunesse.⁷

Par le passé, la jurisprudence a souligné la multiplicité des tâches de la personne de confiance et estimé que celles-ci comprenaient en partie les tâches d'une tutelle ou d'une curatelle, à savoir également la tâche de fournir un soutien social⁸. L'ancienne Commission de recours en matière d'asile (CRA) a déclaré que la fonction de la personne de confiance comprenait également des tâches administratives et organisationnelles (par exemple, fournir un accompagnement à domicile, régler les questions liées aux assurances, veiller si besoin à l'organisation d'un traitement médical ou psychologique, etc.)⁹.

Concernant la finalité de la désignation d'une personne de confiance, la CRA a clairement souligné l'importance de la représentation dans les procédures d'asile :

« La finalité des mesures prévues à l'art. 17 al. 3, LAsi et à l'art. 7 al. 2 AO 1 est évidente : les personnes mineures – qui ont été arrachées à leur environnement géographique, linguistique, culturel et social, et qui se trouvent donc dans une situation difficile et, de par leur minorité, sont particulièrement vulnérables et souvent dépassées par leur situation – doivent être soutenues pendant la procédure d'asile par une personne de confiance. Le manque d'expérience lié à l'âge doit être compensé et la personne RMNA doit être amenée à un niveau comparable à celui d'une personne requérante d'asile adulte moyenne. Sans

³ Voir https://www.kesb.sg.ch/fileadmin/kundendaten/web/regionen/rorschach/Merkblatt_Beistandschaften_allgemein.pdf

⁴ TAF D-5672/2014 du 6 janvier 2016, consid. 5.4.3

⁵ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile (restructuration du secteur de l'asile), p. 8033.

⁶ Pour ce qui est des tâches d'une personne de confiance dans la représentation juridique durant la procédure d'asile, voir notamment le renseignement publié par le domaine droit de l'OSAR le 5 avril 2019 ainsi que les [Recommandations relatives au conseil et à la représentation juridique dans la nouvelle procédure d'asile en Suisse](#), mars 2019, p. 40 et ss.

⁷ SEM, Manuel sur l'asile et le retour, article C9, requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA), point 2.3.2.

⁸ JICRA 2006/14 consid. 4.2, JICRA 2003/1 consid. 3c).

⁹ JICRA 2003/1, consid. 3c/bb.

assistance juridique, les personnes mineures sont complètement livrées à elles-mêmes, surtout pendant l'audition, et ne sont pas préparées à être confrontées à plusieurs adultes qui leur sont inconnus. »¹⁰

2.3 Cahier des charges de la protection juridique dans les CFA

Le cahier des charges de la représentation juridique prévoit la tâche de représenter globalement les mineur-e-s non accompagné-e-s dans la procédure d'asile ainsi que la fonction d'interface dans la représentation de ses intérêts supplémentaires. Toutefois, les tâches liées à cette fonction consistent à la mise en réseau et à la consultation d'organismes spécialisés et ne sont pas accomplies de manière indépendante¹¹. Les exigences générales en matière de qualification pour les personnes de confiance (« expérience dans le travail avec les mineurs ») confirment également la portée limitée de leurs tâches¹².

2.4 Recommandations du HCR

Dans ses recommandations sur le conseil et la représentation juridique dans la nouvelle procédure d'asile suisse, l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) reconnaît que certaines tâches de la personne de confiance dépassent le champ de la procédure d'asile et les définit de manière relativement complète. Avant de les énumérer, il souligne toutefois que la personne de confiance n'est pas seule dans l'accomplissement de ces tâches. Celle-ci doit plutôt veiller à la sauvegarde des intérêts de la personne mineure :

« En fonction de l'âge des MNA, la personne de confiance veille à ce que les autres acteurs, institutions et organisations compétentes s'acquittent de leurs tâches respectives dans l'intérêt de l'enfant. Elle délègue ainsi des tâches relevant d'une autre compétence. »

¹³

2.5 Recommandations de la CDAS

Dans ses [recommandations du 20 mai 2016](#), la Conférence des directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) indique que la curatelle ou la tutelle offre une protection plus complète à la personne mineure non accompagnée que la nomination d'une personne de confiance. La curatelle ou la tutelle ne couvre pas uniquement les tâches de la personne de confiance précisées dans la loi, mais aussi d'autres aspects de la vie de la personne mineure (notamment, au besoin, aussi les soins et l'éducation). Dans le domaine des mesures prises par les autorités de protection de l'enfant, il existe également, selon la CDAS, des règles qui prévoient des possibilités de contrôle et de recours¹⁴.

2.6 Synthèse

Les représentant-e-s juridiques désigné-e-s en tant que personnes de confiance dans les CFA sont limité-e-s dans l'exercice de leurs activités en termes de temps et d'expertise, car ils agissent principalement en tant que représentants juridiques dans la procédure d'asile.

Cette fonction connaît en outre une autre limitation : si la ou le mineure ne veut pas coopérer, la personne de confiance n'est pas autorisée à prendre les mesures nécessaires sans le consentement de celui-ci, malgré les menaces qui pèsent sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁰ JICRA 2003/1 consid. 3e/aa avec renvoi vers JICRA 1998/13)

¹¹ Cahier des charges Conseil et représentation juridique dans les centres fédéraux pour requérants d'asile, SEM 2018, p. 10.

¹² Cahier des charges (note de base de page 8), p. 17.

¹³ Bureau du HCR pour la Suisse et le Liechtenstein, Restructuration du domaine de l'asile, [Recommandations du HCR relatives au conseil et à la représentation juridique dans la nouvelle procédure d'asile en Suisse](#), mars 2019, p. 43 et ss.

¹⁴ [Recommandations de la CDAS relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile, 20 mai 2016](#), p. 28.

Enfin, il n'est pas possible pour une personne de confiance de soumettre au Secrétariat d'État aux migrations (SEM) de recommandation indépendante, neutre et, en particulier, contraignante sur la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, étant donné que, de par sa fonction de représentante juridique du MNA, elle présente également la qualité de partie dans la procédure d'asile. En particulier, s'il devait se révéler nécessaire de placer le MNA ailleurs (hébergement en dehors des structures prévues pour MNA au sein des CFA) et d'adopter des mesures de protection supplémentaires, la personne représentante juridique désignée en tant que personne de confiance n'est donc ni dans l'obligation ni en mesure de prendre en charge cette représentation de manière globale.

3 Compétence des APEA

Selon l'art. 315 en lien avec l'art. 25 CC, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) du domicile ou du lieu de résidence des personnes mineures est responsable d'ordonner des mesures de protection de l'enfant si nécessaire. Dans le cas des MNA, le domicile et le lieu de résidence sont généralement identiques. C'est également le cas si le MNA est hébergé dans un CFA. En l'absence d'une autorité de protection de l'enfant au niveau fédéral, c'est l'APEA locale qui est responsable de la protection de l'enfant.

Comme mentionné plus haut, la personne de confiance ne constitue qu'une mesure de substitution aux mesures de protection de l'enfant telles que la tutelle ou la curatelle. La personne de confiance constitue une « solution transitoire en vertu du droit d'asile pour l'adoption de mesures de protection de l'enfant prévues par le droit civil »¹⁵. En tant que telle, elle ne dispense toutefois pas les autorités compétentes en matière de protection de l'enfant de l'obligation d'examiner les mesures de protection de l'enfant nécessaires et de les mettre en œuvre le cas échéant¹⁶.

4 Position de l'OSAR

La représentation juridique des personnes mineures non accompagnées *dans le cadre de la procédure d'asile et en relation étroite avec celle-ci* doit pouvoir être garantie par la personne de confiance. Toutefois, dès que *du point de vue de la personne de confiance* des mesures allant au-delà de la prise en charge quotidienne et de la procédure d'asile sont nécessaires, elle doit pouvoir déléguer certaines tâches à d'autres organismes – tels que des organisations d'encadrement – et, si nécessaire, se tourner vers l'APEA responsable sur place. Cette APEA est tenue par son mandat d'examiner si des mesures supplémentaires sont nécessaires pour sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans ce contexte, il convient de définir les éventuelles implications financières et – si nécessaire – de mettre en place une curatelle distincte et complémentaire par un spécialiste qui dispose d'un réseau local étendu et soit qualifié-e pour remplir le mandat.

Afin de pouvoir garantir que les personnes mineures requérantes d'asile soient traitées de la même manière que tous les autres enfants en matière de protection de l'enfant, l'OSAR émet les recommandations suivantes :

- Les organes et autorités compétents doivent informer les personnes de confiance dans les CFA de toutes les décisions et mesures qui concernent les MNA dont ces dernières ont la charge.
- Les personnes de confiance sont tenues de toujours représenter les intérêts des personnes mineures non accompagnées auprès des organes et autorités compétents.

¹⁵ [TAF D-5672/2014 du 6 janvier 2016](#), consid.5.4.3

¹⁶ [Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 25. Februar 2005 betreffend «Die Ausgestaltung der Hilfe in Notlagen \(Art. 12 BV\) für minderjährige Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid»](#) (VPB 2008.2 p. 15 - 29, p. 23) ; [Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht vom 22. Februar 2017 \(810 16 341/810 16 347/810 16 376\)](#), consid. 4.2.2.

- S'il n'est pas possible pour les personnes de confiance d'assurer cette représentation, elles sont alors tenues de soumettre une requête à l'APEA compétente afin qu'elle examine si des mesures de protection de l'enfant plus étendues peuvent être adoptées.
- De par sa compétence juridique, l'APEA en charge de la commune où se situe le CFA est tenue de procéder à un examen minutieux du cas individuel et, si cela est indiqué, d'agir de son propre chef afin d'engager des mesures de protection de l'enfant ou de confier un mandat correspondant à une personne ou un organisme approprié.
- Le financement des frais éventuels (par exemple, placements spéciaux dans l'hébergement, coûts de la gestion du mandat) doit être clarifié. En l'absence de responsabilité financière des cantons, la Confédération (SEM) doit prendre en charge tous les coûts découlant des mesures de protection de l'enfant adoptées par l'APEA.

Berne, septembre 2020