Das Nothilferegime und die Rechte des Kindes

Rechtsgutachten und Studie zur Vereinbarkeit mit der schweizerischen Bundesverfassung und der Kinderrechtskonvention

Eine Studie im Auftrag der Eidgenössischen Migrationskommission EKM

Cesla Amarelle und Nesa Zimmermann, Universität Neuenburg

September 2024

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Impressum

Herausgeberin
Eidgenössische Migrationskommission EKM,
Quellenweg 6, CH-3003 Bern-Wabern, www.ekm.admin.ch

Autorenschaft
Cesla Amarelle, Rechtsfakultät, Universität Neuenburg
Nesa Zimmermann, Rechtsfakultät, Universität Neuenburg

Redaktion
Bettina Looser, Christian Wyler, Pascal Fendrich

Übersetzung
Trudy Keel, Sprachdienst Staatssekretariat für Migration SEM

Lektorat
Yvonne Bettschen

Titelbild
© EKM / Cecilia Bozzoli

Gestaltung
Cavelti AG. Marken. Digital und gedruckt, Gossau

Vertrieb
www.bundespublikationen.admin.ch
Art.-Nr. 420.968.d

Zitationsvorschlag
Amarelle, Cesla und Zimmermann, Nesa (2024): Das Nothilferegime und die Rechte des Kindes. Rechtsgutachten und Studie zur Vereinbarkeit mit der schweizerischen Bundesverfassung und der Kinderrechtskonvention. Herausgegeben von der Eidgenössischen Migrationskommission EKM. Bern.

© EKM / September 2024

Inhaltsverzeichnis

Einleitung **5**

1. Die massgebenden Rechtsgrundlagen **6**

2. Die Nothilfe **8**
2.1 Historischer Kontext 8
2.2 Kritische Würdigung von Artikel 12 BV 9
2.3 Eigenschaften der Nothilfe 10

3. Schutz durch internationale Übereinkommen **12**
3.1 Allgemeine Überlegungen 12
3.2 Spezielle Bestimmungen 13

4. Leistungen der Nothilfe und deren rechtliche Beurteilung **16**
4.1 Unterbringung 16
4.2 Beschulung 18
4.3 Sozialleistungen und soziale Teilhabe 19
4.4 Gesundheit 20

5. Würdigung und Herausforderungen **23**

6. Empfehlungen **25**
6.1 Wohl des Kindes 25
6.2 Befähigung und Entwicklung des Kindes 26
6.3 Kindesschutz 27
6.4 Governance 27

Verwendete Literatur **28**

Berichte und Dokumente **31**

Einleitung

Die Eidgenössische Migrationskommission (EKM) beauftragte im Jahr 2020 das Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI), ein assoziiertes Institut der Universität Zürich, eine Untersuchung zum Wohlbefinden, zur Entwicklung und zur Gesundheit von Kindern und Jugendlichen im Alter bis zu 18 Jahren durchzuführen, die in der Schweiz von der Nothilfe leben. Ziel der Studie war, die Lebenssituation dieser Kinder und Jugendlichen zum ersten Mal schweizweit anhand einer multidisziplinären und multimethodalen Herangehensweise differenziert und empirisch fundiert zu beurteilen.

Mit der im Januar 2024 der EKM vorgelegten Studie «Kinder und Jugendliche in der Nothilfe im Asylbereich. Systematische Untersuchung der Situation in der Schweiz» (nachstehend: Studie)[1] liegen erstmals wissenschaftlich belastbare und für die Schweiz generalisierbare Daten zur Lebenssituation von ausreisepflichtigen, nothilfebeziehenden Kindern und Jugendlichen vor. Die Erkenntnisse der Studie sind besorgniserregend.

Erstens sind mehr als die Hälfte der nothilfebeziehenden Kinder und Jugendlichen ständig und langfristig auf diese Unterstützung angewiesen, wodurch sie stark von Mehrfachrisiken betroffen sind. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der die Nothilfe als kurzfristiges Instrument konzipiert hat. Zweitens werden diese Kinder in Lebensbereichen wie Unterbringung, Versorgung, Beschulung und Umgang mit Kindeswohlgefährdungen anders als alle anderen in der Schweiz lebenden Kinder behandelt – selbst im Vergleich zu anderen vulnerablen Kindern in prekären Verhältnissen. Drittens würde eine solche Behandlung von Kindern normalerweise mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Meldung an die Kindesschutzbehörde (KESB) auslösen, was in der Praxis jedoch nicht geschieht.

Aufgrund dieser Feststellungen hat die EKM im April 2024 die Unterzeichnenden damit beauftragt, ein Rechtsgutachten zu dieser Studie zu erstellen. Eine solche Ergänzung erscheint sinnvoll und notwendig, um einen allgemeinen Überblick über die Rechtslage zu erhalten, der in die politischen und rechtlichen Diskussionen über die Situation von Kindern in der Nothilfe einfliessen kann. Die vorliegende Analyse soll in einem begrenzten Rahmen die rechtliche Situation in der Schweiz beschreiben. Sie soll ausserdem Handlungsempfehlungen und gesetzgeberische Ansätze formulieren, um die Einhaltung der Grundrechte sicherzustellen, die sich aus der Bundesverfassung und dem internationalen Völkerrecht, insbesondere den internationalen Kinderrechten, ergeben.

Das vorliegende Rechtsgutachten ist in sechs Kapitel gegliedert. Zunächst wird ein Überblick über die massgebenden Rechtsgrundlagen gegeben (Kap. 1). Anschliessend wird der rechtliche Rahmen der Nothilfe erläutert (Kap. 2). Da diese spezifische Sozialhilferegelung durch unterschiedliche kantonale Gesetze und Praktiken bestimmt ist, lässt sich nur anhand einer historischen und kontextuellen Perspektive verstehen, wie ihr Anwendungsbereich vorgesehen ist und in welche Richtung sie sich weiterentwickeln kann oder soll. In einem nächsten Schritt werden die Pflichten, die sich aus internationalen Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte ergeben, umrissen (Kap. 3). Anschliessend wird die rechtliche Analyse mit den in der Studie des MMI festgestellten Verhältnissen in bestimmten Bereichen (Unterkunft, Bildung, Sozialleistungen und soziale Teilhabe, Gesundheit) verglichen (Kap. 4). In einem fünften Teil werden alle dargelegten Elemente einer kritischen Gesamtbeurteilung unterzogen, um die bestehenden Herausforderungen aufzuzeigen (Kap. 5). Das letzte Kapitel enthält konkrete Handlungsempfehlungen (Kap. 6).

In diesem Rechtsgutachten bezieht sich der Begriff «Kind» auf jede natürliche Person unter 18 Jahren, das heisst auf Personen, die noch nicht volljährig sind. Diese Definition stimmt auch mit dem Anwendungsbereich des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK) überein.[2]

1 Lannen/Paz Castro/Sieber.

2 Art. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK) vom 20. November 1989 (SR 0.107) i. V. m. Art. 14 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

1. Die massgebenden Rechtsgrundlagen

Der Begriff der Nothilfe bezieht sich auf die Unterstützung von in Not geratenen Personen, die nicht in der Lage sind, für sich zu sorgen. Sie sollen die Mittel erhalten, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.[3] Es handelt sich also um eine minimale und subsidiäre Hilfe zugunsten von Personen, die insbesondere aufgrund ausländerrechtlicher Bestimmungen von der Sozialhilfe ausgeschlossen sind. Während die Sozialhilfe in der Zuständigkeit der Kantone liegt, greift die Bundesgesetzgebung aufgrund der Kompetenz des Bundes im Bereich des Ausländer- und Asylrechts punktuell ein.[4]

In den letzten 20 Jahren haben mehrere Reformen zum Ausschluss bestimmter Personengruppen von der Sozialhilfe geführt. Seit Inkrafttreten des Entlastungsprogramms 2003 fallen Ausländerinnen und Ausländer mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid (NEE) gemäss Artikel 31*a* AsylG nicht mehr unter die asylrechtlichen Sozialhilfebestimmungen. Sie erhalten seit dem 1. April 2004 nur noch Nothilfe.[5] Seit 2008 sind auch Personen mit einem rechtskräftigen Asyl- und Wegweisungsentscheid, denen eine Ausreisefrist gesetzt worden ist, von der Sozialhilfe ausgeschlossen (Art. 82 Abs. 1 AsylG)[6]. Der Sozialhilfeausschluss gilt sogar während der Dauer eines ausserordentlichen Rechtsmittelverfahrens, bei Mehrfachgesuchen oder wenn der Wegweisungsvollzug ausgesetzt wird (sinngemässe Anwendung von Art. 82 Abs. 1 und 2 AsylG).[7] Darüber hinaus fallen auch Personen mit einem Wegweisungsentscheid oder Personen ohne Aufenthaltsstatus (Sans-Papiers) unter die Regelung der Nothilfe.

Diese Ausschlussbestimmungen schränken den Handlungsspielraum der Kantone im Bereich der Sozialhilfe und der Nothilfe, für die sie eigentlich zuständig sind, erheblich ein. Das Bundesrecht enthält zudem weitere Vorschriften, die sich auf die Höhe der gewährten Beträge beziehen. Einerseits bestimmt es, dass der Betrag der Sozialhilfe für Personen im Asylverfahren tiefer liegt als für Personen mit einem regulären Aufenthaltsstatus (Art. 82 Abs. 3 AsylG). Andererseits sieht es vor, dass der Betrag der Nothilfe unter dem Ansatz für die Sozialhilfe liegt, die Asylsuchenden ausgerichtet wird (Art. 82 Abs. 4 AsylG). Von dieser Regelung dürfen die Kantone nicht abweichen.[8] Innerhalb dieses bundesrechtlichen Rahmens – und aufgrund ihrer Zuständigkeit für die Sozialhilfe – bleibt es den Kantonen jedoch freigestellt, den Inhalt und die Modalitäten der Nothilfe zu bestimmen.[9]

Während Artikel 82 AsylG die gewährte Unterstützung begrenzt,[10] bestehen umgekehrt auch eine Reihe von Mindestgarantien, die sich aus Bundes- und Völkerrecht ergeben und die einzuhalten sind. Die zentrale Bestimmung hierzu findet sich in Artikel 12 der Bundesverfassung (BV), der einen Anspruch auf Hilfe in Notlagen garantiert.[11] Diese Bestimmung kodifiziert ein «Recht auf Existenzsicherung», das vom Bundesgericht zunächst als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt wurde.[12] Obwohl dieses Recht als Hilfe in Notlagen formuliert wurde (ein Ausdruck, der den Minimal-Charakter dieser Unterstützung unterstreicht), stellt es trotzdem ein *eigenständiges soziales Recht* dar.[13] Es werden Mindestleistungen garantiert, die grundsätzlich vorübergehender Natur sind und die jeder Person ein menschenwürdiges Überleben sichern sollen.[14] Diese Bestimmung ist direkt anwendbar und verleiht somit Rechtsansprüche, die gerichtlich geltend gemacht werden können.[15] Wir werden weiter unten näher erläutern, was Artikel 12 BV genau beinhaltet (Kap. 3).

3 Gächter/Werder, BSK-Art. 12 BV, Nrn. 1 und 9.
4 Art. 121 Abs. 1 BV.
5 BGE 131 I 166 E. 8.
6 AS 2006 4745; BBl 2002 6845.
7 SEM, Handbuch Artikel H2, Die ausserordentlichen Rechtsmittel und das Mehrfachgesuch, S. 3.
8 Hruschka, Art. 82 AsylG, Nrn. 8–12.
9 Siehe beispielsweise BGE 137 I 113 E. 3.1; BGE 135 I 119 E. 5.3; siehe auch Hruschka, Art. 82 AsylG, Nr. 1.
10 Vgl. jedoch Art. 83 Abs. 3bis AsylG, wonach im Kontext der Unterbringung den besonderen Bedürfnissen von unbegleiteten Minderjährigen und Familien Rechnung zu tragen ist. Vgl. auch Kap. 4.
11 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).
12 BGE 121 I 367 E. 2a–2d; siehe auch unter Kap. 3.
13 Mahon, PC-Art. 12 BV, Nr. 3.
14 BGE 139 I 272 E. 3.2.
15 Gächter/Werder, BSK-Art. 12 BV, Nr. 6 und Nrn. 12–14.

Zunächst ist festzuhalten, dass Artikel 12 BV in Wechselwirkung mit anderen Bestimmungen der Bundesverfassung und des Völkerrechts steht, die mitunter einen zusätzlichen Schutz im Bereich der Menschenrechte gewährleisten. Bei den Verfassungsbestimmungen handelt es sich spezifisch um Artikel 7 betreffend den Schutz der Menschenwürde und Artikel 10 betreffend den Schutz des Lebens und der körperlichen und geistigen Unversehrtheit sowie, in Bezug auf Minderjährige, Artikel 11 betreffend den Schutz der Kinder und Jugendlichen[16] und Artikel 19 betreffend den Anspruch auf Grundschulunterricht. Auf internationaler Ebene ergeben sich grundlegende Garantien aus verschiedenen Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte. Es sind dies vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)[17], der UNO-Pakt I[18] und der UNO-Pakt II[19] sowie, in Bezug auf Minderjährige, die Kinderrechtskonvention (KRK)[20]. Wir werden weiter unten näher auf den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen eingehen (Kap. 3 und Kap. 4).

16 In Bezug auf den Anwendungsbereich dieses Artikels siehe insbesondere Wyttenbach (2006).

17 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) (SR 0.101).

18 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I) (SR 0.103.1).

19 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2).

20 Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK) (SR 0.107).

2. Die Nothilfe

2.1 Historischer Kontext

Die Entstehungsgeschichte der Nothilfe lässt drei Schlüsselphasen erkennen, wobei die ersten beiden aus der Rechtsprechung hervorgehen. Im Jahr 1914 hält das Bundesgericht in einer Rechtssache betreffend einer bedürftigen italienischen Staatsangehörigen fest, dass ausländische Personen im Fall ihrer physischen oder psychischen Erkrankung in der Schweiz den gleichen Anspruch auf Hilfe und ärztliche Pflege und im Sterbefall auf Beerdigung wie die Schweizer Bürgerinnen und Bürger haben, ohne dass für die betreffenden Aufwendungen vom Herkunftsstaat Ersatz gefordert werden kann. Dies gilt so lange, bis ihre Heimkehr ohne Gefahr für ihre eigene Gesundheit oder die Gesundheit anderer Personen geschehen kann.[21] Die kostenlose Erbringung dieser Leistungen ist eine staatliche Pflicht, die auch völkerrechtlich festgelegt ist.[22] Sie stellt jedoch kein subjektives Recht dar, das auf Grundlage der Verfassung von 1874 geltend gemacht werden kann. Diese beschränkt sich darauf, negative Zuständigkeitskonflikte zwischen Kantonen gestützt auf Artikel 48 Absatz 1 aBV zu regeln.[23]

In einem Grundsatzurteil von 1995 anerkennt das Bundesgericht ein *ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht* auf minimale Voraussetzungen des Überlebens für alle ausländischen Personen, unabhängig von ihrem aufenthaltsrechtlichen Status.[24] Das Bundesgericht beurteilt dieses Recht als «unentbehrlichen Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens».[25] Damit beschränkt sich das Bundesgericht nicht mehr darauf, eine *staatliche Fürsorgepflicht* festzustellen, sondern verankert ein *eigenständiges soziales Recht,* das einen Anspruch auf positive staatliche Leistungen verleiht, als Voraussetzung für «menschliche Entfaltung». Im Gegensatz zu anderen Sozialzielen leiten sich diese direkt aus der Verfassung ab (Art. 41 Abs. 4 BV).[26] Diese Rechtsprechung beeinflusste die Ausarbeitung der neuen Verfassung.

Im Rahmen der Gesamtrevision der Bundesverfassung von 1874 sieht der Entwurf von 1996 in Artikel 10 ein «*Recht auf Existenzsicherung*» für alle in Not geratenen Personen sowie einen «*Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind*», vor.[27] Schliesslich wird in Artikel 12 der neuen Bundesverfassung von 1999 die *Nothilfe*[28] als ein Grundrecht verankert, das eng mit der *Achtung der Menschenwürde* verbunden ist, die durch Artikel 7 BV garantiert ist, und das Hilfe in *Notlagen* gewährleistet.[29] Mit dem Hinweis, dass diese Hilfe allen zukommt, die «*nicht in der Lage sind, für sich zu sorgen*», qualifiziert die Verfassung diese subsidiär als Auffangnetz, wenn individuelle Massnahmen und andere staatliche Leistungen nicht zugänglich sind.[30] Dieses Recht ist auch mit den Begriffen *Überleben* und *menschenwürdig* verbunden[31] und soll sicherstellen, dass niemand eine «Bettelexistenz» führen muss.[32]

21 BGE 40 I 409 E. 2 und 3.
22 Vgl. insbesondere die Artikel 11, 9 und 12 des UNO-Pakts I. In Bezug auf die Vorbehalte des Bundesgerichts betreffend die direkte Anwendbarkeit dieser Bestimmungen siehe insbesondere BGE 136 I 290 E. 2.3.1. Vgl. darüber hinaus Kap. 4.
23 Dubey, CR-Art. 12 BV, Nr. 1.
24 BGE 121 I 367 E. 2a – 2d. Dieser Fall betrifft ehemalige Flüchtlinge, die sich weigerten, in ihrem (früheren) Heimatstaat ein Gesuch um Wiedereinbürgerung zu stellen. Diese Rechtsprechung wurde später in den BGE 122 I 101 und 122 II 193 bestätigt.
25 BGE 121 I 367 E. 2 b.
26 BGE 121 I 367 E. 2c. Siehe auch Dubey, CR-Art. 12 BV, Nr. 2.
27 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, S. 151 – 154. Vgl. auch Art. 9 Abs. 3 AP 95.
28 BBl 1997 I 153.
29 BGE 142 I 1 E. 7.2; BGE 139 I 272 E. 3.2 mit Hinweisen.
30 BGE 139 I 218 E. 5.3; BGE 142 I 1 E. 7.2.1. So ist nach Auffassung des Bundesgerichts die Anrechnung des Lehrlingslohns an die Unterstützungsleistungen nicht zu beanstanden. Vgl. BGer 8C_717/2022 E. 10.1.2 mit Hinweisen.
31 BBl 1997 I 153; Schefer (2001), S. 338 – 339. In Deutsch geht es um die Begriffe «um überleben zu können» und «Überlebenshilfe», siehe BGE 130 I 71 E. 4.1; BGE 131 I 166 E. 8.2.
32 BGE 139 I 272 E. 3.2.

2.2 Kritische Würdigung von Artikel 12 BV

Artikel 12 BV enthält zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe (z. B. «in Not geraten», «menschenwürdiges Dasein»), deren Umsetzung von der Rechtsprechung des Bundesgerichts abhängt.[33] Das Bundesgericht legt die neue Bestimmung mit einem restriktiven Ansatz aus. Aus verfassungsrechtlicher Sicht muss es prüfen, ob die Ausrichtung von Nothilfe nach Artikel 12 BV mit der Bedingung oder Auflage verknüpft werden kann, dass Ausländerinnen und Ausländer, die um Unterstützung ersuchen, ihren ausländerrechtlichen Mitwirkungspflichten nachkommen. Das Bundesgericht hält im Jahr 2005 fest, dass Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid nicht – auch nicht teilweise – von der Nothilfe ausgeschlossen werden dürfen, weil sie ihrer Mitwirkungspflicht beim Wegweisungsvollzug nicht nachgekommen sind.[34] Mit anderen Worten: Die Nichterfüllung der ausländerrechtlichen Pflichten vermag den grundlegenden Anspruch auf Hilfe in Notlagen nach Artikel 12 BV, der von finanziellen oder administrativen Überlegungen unabhängig ist, nicht aufzuheben.[35] Es handelt sich um den *unantastbaren* und nicht einschränkbaren *Kerngehalt,* der mit dem wesentlichen Inhalt des betreffenden Grundrechts übereinstimmt.[36]

Im Übrigen ist das Bundesgericht zurückhaltend, wenn es darum geht, den Umfang der Nothilfe näher zu umreissen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die kantonalen Leistungen.[37] Indem das Bundesgericht diese Unterstützung als eine auf das absolut Notwendige beschränkte, reine «Überlebenshilfe» beschreibt, reduziert es die Garantie der Nothilfe auf ein biologisch und physisch lebensnotwendiges Minimum.[38] Der Minimalanspruch bezieht sich also nur auf Nahrung, Obdach, Kleidung, Hygieneartikel und medizinische Grundversorgung. Diese Auslegung trägt dem höheren Leistungsniveau im Sinne von Artikel 12 BV und insbesondere der Frage der immateriellen Hilfe («Anspruch auf Hilfe und Betreuung»), die sich auf soziale Kontakte bezieht, nicht Rechnung.

Diese Lesart bleibt auch hinter dem in Artikel 12 BV verwendeten Begriff des menschenwürdigen Daseins zurück, der es notwendig macht, die Nothilfe mit weiteren verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkten in Verbindung zu setzen. Das Verfassungsprinzip der Menschenwürde (Art. 7 BV) garantiert jeder Person, was sie um ihres Menschseins willen vom Gemeinwesen erwarten darf. Dabei wird das Recht auf Leben als Kerngehalt der persönlichen Freiheit verankert, das nicht mehr gewahrt wäre, wenn die minimalen Voraussetzungen des Überlebens nicht gesichert wären.[39] Es geht also auch um die persönliche Freiheit in ihrer Ausprägung als Garantie aller elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung sowie den Grundsatz der Gleichheit, der auch minimale materielle Gerechtigkeit garantieren soll.

Schliesslich ist der Grundsatz der Menschenwürde auch mit der Verfassungsbestimmung von Artikel 48 Absatz 1 BV verbunden, wonach Bedürftige Sozialhilfe erhalten sollen.[40] Das Bundesgericht hat jedoch die Nothilfe nie zeitlich begrenzt. Im Übrigen – und obwohl das Bundesgericht mit einer systematischeren Auslegung noch zurückhaltend ist – stützt sich die Lehre auf die Rechtsprechung des deutschen Verfassungsgerichts, um klarzustellen, dass der Grundsatz der Menschenwürde nach Artikel 7 BV nicht nur die biologischen, sondern auch die beziehungsorientierten und sozialen Aspekte des Menschen berücksichtigen sollte. Schwerwiegende und dauerhafte Formen des sozialen und kulturellen Ausschlusses stellen eine Verletzung der Menschenwürde dar, da sie dazu beitragen, einer Person den Charakter eines menschlichen Wesens abzusprechen.[41] Im Fall von Kindern setzt der Anspruch auf Nothilfe voraus, dass über ein rein biologisches Minimum hinausgegangen und der sozialen Dimension des Kindes in seiner Entwicklung Rechnung getragen wird. Somit sind in Zusammenhang mit der Menschenwürde Mindestmassnahmen zu berücksichtigen, die das soziale, kulturelle und politische Leben betreffen.[42]

Darüber hinaus ignoriert die restriktive Auslegung des Bundesgerichts von Artikel 11 BV, der Teil des normativen Rahmens der sozialen Rechte und Ziele zugunsten von Jugendlichen ist («besonderer Schutz von Jugendlichen hinsichtlich ihrer Unver-

33 Coullery/Mewes (2021), S. 743–759, insb. S. 749.
34 BGE 131 I 166 E. 1–7.
35 BGE 142 I 1 E. 7.2.1. mit Hinweisen.
36 BGE 131 I 166 E. 8.2; BGer 2C_798/2021 E. 4.2 und 6.5.2.
37 BGE 131 I 166; BGE 139 I 272 E. 3.2; BGer 7B_16/2023 E. 4.
38 BGE 142 V 513.
39 BGE 146 I 1 E. 5.1 mit Hinweisen.
40 BGE 121 I 367 E. 2c und 2d.
41 Coullery (2019), S. 4; Leibholz/Rinck (2013), Nr. 2.
42 Siehe auch Art. 27, 28, 29 und 31 KRK.

sehrtheit und Entwicklung») und der spezifisch mit dem Ziel eingeführt wurde, die Rechte des Kindes gemäss der KRK zu verankern.[43] Im Lichte dieses Artikels darf sich der Leistungskatalog der Nothilfe nicht auf das biologisch und physisch absolut Notwendige beschränken. Artikel 12 BV muss dem Anspruch auf ein Mindestmass an sozialer Integration und Möglichkeiten der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben als grundlegenden normativen Rahmen Rechnung tragen.[44]

2.3 Eigenschaften der Nothilfe

Die Nothilfe weist verschiedene Eigenschaften auf, die besonders relevant sind, wenn es um Kinder und Jugendliche geht. Diese sollen im Folgenden kurz ausgeführt werden.

Überbrückungshilfe und zeitlicher Umfang. Nothilfe ist temporär und sollte enden, wenn die betroffene Person aus der Notlage herausfindet.[45] Sie hat definitionsgemäss *vorübergehenden Charakter*.[46] Artikel 12 BV sieht nur eine minimale Unterstützung vor – das heisst ein *vorübergehendes* Sicherheitsnetz für Personen, die im Rahmen der bestehenden sozialen Einrichtungen keinen Schutz finden –, um ein menschenwürdiges Dasein zu gewährleisten. In der Praxis kann die Nothilfe so lange andauern, wie die betroffene Person die Kriterien von Artikel 12 BV erfüllt, das heisst während des Zeitraums, der für die Vorbereitung und den Vollzug ihrer Wegweisung aus der Schweiz notwendig ist.[47] Nothilfebeziehende sind Personen, die nicht arbeiten dürfen, insbesondere abgewiesene Asylsuchende.[48] Es ist jedoch festzuhalten, dass bei sehr langem Aufenthalt einer nothilfebeziehenden Person (z. B. 15 Jahre, je nach Rechtsprechung) ausnahmsweise eine Aufenthaltsbewilligung zum Zweck der Erwerbstätigkeit erteilt werden kann. Denn nach Ansicht des Bundesgerichts stossen das Arbeitsverbot und die Unmöglichkeit, die Lebensgestaltung langfristig zu planen, an die Grenzen des Zulässigen gemäss Artikel 8 EMRK.[49]

Was den *zeitlichen Umfang* betrifft, so hat sich das Bundesgericht kürzlich in einem Urteil mit den unterschiedlichen Sozialhilfeansätzen für ausländische Personen und insbesondere vorläufig Aufgenommene befasst. Diesbezüglich hält das Bundesgericht fest, dass eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Personengruppen grundsätzlich legitim und verfassungskonform ist, sofern sachliche Gründe oder die tatsächlichen Verhältnisse eine Differenzierung als notwendig erscheinen lassen.[50] Daher kann für vorläufig Aufgenommene unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts ein tieferer Unterstützungsansatz als für die ständige Wohnbevölkerung in der Schweiz vorgesehen werden. In der gleichen Rechtssache haben die Behörden des Kantons Bern jedoch eingeräumt, dass sich nach Ablauf von zehn Jahren im Status der vorläufigen Aufnahme eine Annäherung an den Grundbedarf von Personen mit Wohnsitz in der Schweiz und anerkannten Flüchtlingen aufdränge. Die Reduktion des Ansatzes für den Grundbedarf sei daher nach zehn Jahren im rechtmässigen Status der vorläufigen Aufnahme von rund 30 Prozent auf etwa 15 Prozent zu vermindern.[51] Wenn nach dem Aufenthaltsstatus differenziert werden kann und die Gewährung von Mindestleistungen gerechtfertigt ist, um den Anreiz zum Verbleib in der Schweiz zu verringern, sollte der Ablauf der zehn Jahre logischerweise auch zu geringeren Unterschieden zwischen Sozialhilfe und Nothilfe führen. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass Kinder die Zeit subjektiv wahrnehmen. Je jünger ein Kind ist, desto länger erscheint ihm die erlebte Zeit.[52] Für Kinder sollte die Annäherung der Nothilfe an die Sozialhilfe rascher möglich sein.

Bedürfnisgerechte Unterstützung. Allgemeinverbindliche Regelungen zur Festlegung der Nothilfe dienen dazu, die Nothilfe auf demokratischer und rechtsstaatlicher Ebene zu legitimieren, und ermöglichen deren rechtsgleiche und willkürfreie Handhabung. Sie befreien die Behörden aber nicht davon, jeden Einzelfall gemäss den jeweiligen konkreten Umständen zu prüfen, sowie, bei Bedarf, von den allgemeinen Regeln abzuweichen.[53] Der Umfang und die Modalitäten der Nothilfe müssen dem individuellen und sozialen Kontext im Einzelfall entsprechen.[54] Das Bundesgericht lässt das *Alter,* den *Gesundheitszustand* oder den *Auf-*

43 Diese Bestimmung ergänzt Art. 41 I f und g BV. Vgl. Mahon, PC-Art. 11 BV; Mader (1999), S. 698.
44 In diesem Sinn Coullery (2019), S. 21–22.
45 BGE 136 I 166 E. 8.2; BGE 121 I 367 E. 2d; BGE 130 I 71 E. 4.1; BGE 131 I 166 E. 8.2; BGE 142 I 1 E. 7.2.1.
46 BGE 142 I 1 E. 7.2.1.
47 Malinverni/Hottelier (2004), S. 1353.
48 Vgl. Art. 115 Abs. 1 Bst. C AIG.
49 BGE 136 I 246. Vgl. Grasdorf-Meyer/Ott/Vetterli, Nr. 936, S. 256.

50 BGer 8C_641/2023 E. 5.3.
51 BGer 8C_641/2023 E. 4.2.
52 Lannen/Paz Castro/Sieber.
53 BGer 8C_798/2021 E. 6.5.1.
54 Vgl. insb. Steffen (2015), S. 8; Mahon (2015), S. 330.

enthaltsstatus als differenzierende Kriterien zu.[55] Somit muss die Nothilfe inhaltlich zwingend den besonderen Bedürfnissen von Kindern Rechnung tragen, damit diese in ihrer Entwicklung gefördert werden. Auf Verfassungsebene ist dies in Artikel 11 BV verankert. Die sehr allgemeine Formulierung dieser Bestimmung garantiert jedoch nicht immer spezifische Rechte.[56] So ist offenkundig, dass die medizinische Notversorgung vom individuellen Gesundheitszustand des Leistungsansprechers abhängt oder dass ein Säugling nicht die gleichen Anforderungen an die Nahrung hat wie ein Jugendlicher im Wachstumsalter oder wiederum eine betagte Person.[57]

Möglichkeit zur Ausübung anderer Grundrechte (Studium, physische und psychische Entwicklung des Kindes, soziale und politische Teilhabe). Hier geht es um den Grundsatz, dass nur ein in finanzieller Hinsicht ausreichender Lebensstandard Möglichkeiten der Lebensführung bieten kann, die über das reine Überleben hinausgehen. Andernfalls können zahlreiche Rechte nicht ausgeübt werden, insbesondere die freie Wahl des Berufes (Art. 27 BV), die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), die Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV) und die politischen Rechte (Art. 34 BV).

Form der materiellen und immateriellen Hilfe. Die Aufzählung der Grundbedürfnisse, die von der Nothilfe gedeckt werden, ist sehr oft rein materieller Natur. Formen *immaterieller* Hilfe wie der «Anspruch auf Hilfe und Betreuung», der ausdrücklich in Artikel 12 BV genannt wird, werden weder wirklich spezifiziert noch realisiert.[58]

Je höher der allgemeine Lebensstandard, desto höher die durch die Nothilfe garantierten Mindestleistungen. Gemäss Rechtsprechung bestimmt sich die Nothilfe inhaltlich nach dem allgemeinen Lebensstandard einer Gesellschaft und insbesondere nach den Lebenshaltungskosten.[59] Die Leistungen sowohl der Sozialhilfe als auch der Nothilfe sind grundsätzlich *dynamisch* und nicht statisch ausgestaltet. So haben die Sozialleistungen in den letzten 20 Jahren gesamthaft zugenommen, während die Beträge der Nothilfe unverändert geblieben sind. Der pauschale Grundbetrag des Existenzminimums im Betreibungsrecht, der Nahrung, Kleidung und Obdach berücksichtigt, ist von 1010 Franken vor Mai 2000 auf 1200 Franken im Jahr 2024 gestiegen. Die Sozialversicherungen profitieren vom Prinzip der systematischen Anpassung des Existenzminimums, das in der AHV/IV/EL und bei den Familienzulagen vorherrscht. Die Vermögenssituation der verschiedenen Gesellschaftsgruppen muss sich auf ähnliche Kriterien stützen können, da sonst allenfalls der Grundsatz der Rechtsgleichheit nach Artikel 8 BV verletzt wird.

55 BGE 131 I 166 E. 8.2.
56 BGE 144 II I E. 5.
57 Hertig Randall (2019), S. 148.
58 Hertig Randall (2019), S. 148; Gächter/Werder, BSK-Art. 12 BV, Nr. 3.
59 BGE 131 I 166 E. 8.2.

3. Schutz durch internationale Übereinkommen

3.1 Allgemeine Überlegungen

Die Nothilferegelung auf Bundes- und Kantonsebene muss auch Rechte beachten, die sich aus internationalen Übereinkommen ergeben, die für die Schweiz verbindlich sind. Obwohl alle von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträge Rechte enthalten, die für Kinder in der Nothilfe relevant sein könnten, werden wir im Folgenden nur auf die wichtigsten eingehen. Es sind dies die EMRK, der UNO-Pakt I und der UNO-Pakt II sowie die KRK. Ausserdem liegt unser Fokus nicht auf der Vereinbarkeit der Nothilfe mit diesen Rechten im Allgemeinen,[60] sondern spezifisch in Zusammenhang mit Kindern.[61]

Gemäss der schweizerischen Rechtsordnung, die durch eine monistische Tradition geprägt ist, sind die von der Schweiz ratifizierten und in Kraft getretenen Verträge integraler Bestandteil des innerstaatlichen Rechts und erfordern keine vorgängige Umsetzung in das Schweizer Rechtssystem.[62] Hingegen können nur Rechtsvorschriften, die als justiziabel oder direkt anwendbar gelten («self-executing»), direkt gerichtlich geltend gemacht werden.[63] Die übrigen Rechtsvorschriften, die als programmatisch gelten, richten sich in erster Linie an den Gesetzgeber.[64] Je nach innerstaatlicher Kompetenzverteilung fallen diese Gesetzgebungspflichten entweder dem Bundesgesetzgeber oder dem kantonalen Gesetzgeber oder beiden zu.[65] Die programmatischen Pflichten sind also nicht weniger bindend für die Schweiz. Die gesetzgebenden Behörden sind zu deren Umsetzung verpflichtet, andernfalls verstösst die Schweiz gegen ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen. Auf internationaler Ebene – beispielsweise im Rahmen der Verfahren zur Überwachung internationaler Verträge – haftet die Schweiz nämlich sowohl für Verstösse gegen die als programmatisch eingestuften Rechtsvorschriften als auch für Verstösse gegen die als direkt anwendbar geltenden Bestimmungen.[66]

Ob eine Rechtsvorschrift programmatisch ist, ist eine Frage der Auslegung und wird kontrovers diskutiert. So wurde der restriktive Ansatz des Bundesgerichts in Bezug auf wirtschaftliche und soziale Rechte, die es im Allgemeinen als programmatisch einstuft, immer wieder kritisiert.[67] Dennoch haben auch programmatische Rechtsvorschriften einen gewissen Einfluss auf die Auslegung des innerstaatlichen Rechts. Das Bundesgericht hat unterstrichen, dass «der Umstand, dass ein internationaler Vertrag nicht direkt anwendbar ist, keineswegs bedeutet, dass das Gericht dessen Existenz einfach ignorieren kann. Dies gilt insbesondere für Menschenrechtsfragen – noch dazu in einem Bereich, in dem es um Personen geht, die sich beispielsweise aufgrund ihres Alters in einem Zustand der Schwäche befinden.»[68] Dieser Aspekt deckt sich mit dem, was die Lehre als «flankierende Normschicht» eines Grundrechts bezeichnet.[69] Bei der Auslegung der Rechte, die sich aus Artikel 12 BV ergeben, können – und müssen – die Gerichte allen internationalen Rechtsvorschriften, die für die Schweiz bindend sind, Rechnung tragen, und zwar auch dann, wenn es sich nicht um direkt anwendbare Bestimmungen handelt.[70] Diese Rechtsvorschriften bedürfen ihrerseits einer Auslegung, um ihren Anwendungsbereich und den genauen Inhalt zu bestimmen. In diesem Zusammenhang ist die Arbeit der Vertragsorgane, die von den Staaten mit der Aufsicht und Überwachung eines spezifischen Menschenrechtsübereinkommens beauftragt sind, von grosser Bedeutung.[71]

60 Für eine eingehendere Analyse siehe Kälin/Achermann/Künzli (2012).
61 Für eine frühere Analyse zum gleichen Thema siehe Motz/Nufer (2013).
62 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (2021), Nr. 1094.
63 Das Bundesgericht verwendet die Begriffe Justiziabilität und direkte Anwendbarkeit synonym. Aus Gründen der Verständlichkeit gehen wir gleichermassen vor. Es ist jedoch festzuhalten, dass dies ein reduzierender Ansatz ist: Nicht direkt anwendbare Rechtsvorschriften spielen nämlich in Gerichtsverfahren ebenfalls eine gewisse Rolle, insbesondere bei der Auslegung anderer Rechtsvorschriften («flankierende Normschicht»), und können in diesem Sinn als justiziabel betrachtet werden: siehe Miaz/Schmid/Niederhauser/Kaempfer/Maggetti (2024), S. 7–8; Zimmermann (2023), S. 214–217.
64 Künzli/Eugster/Spring (2014), S. 5–8.
65 In Bezug auf die Umsetzung internationalen Rechts durch den kantonalen Gesetzgeber siehe insb. Kaempfer (2023); Miaz/Schmid/Niederhauser/Kaempfer/Maggetti (2024).
66 Schmid (2016), S. 3.
67 Siehe beispielsweise Wyttenbach (2017), S. 291; Hertig Randall/Chatton (2016), S. 387 ff.; Chatton (2013), S. 491.
68 BGE 144 II 56, E. 5.2.
69 Müller (1982), S. 46 ff., der diesen Ausdruck theoretisiert hat; siehe auch Zimmermann (2023), S. 214–217.
70 Siehe insb. BGE 144 II 56; siehe auch BGE 144 I 50, E. 5.3.3.1.
71 Siehe beispielsweise BGE 144 I 50, E. 5.3.3.1.

3.2 Spezielle Bestimmungen

Die EMRK gewährleistet unter anderem das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) und verbietet unmenschliche und erniedrigende Behandlung (Art. 3 EMRK). Obwohl es sich dabei in erster Linie um bürgerliche und politische Rechte handelt, anerkennt die ständige Rechtsprechung, dass keine «wasserdichte Trennwand» zwischen bürgerlichen und politischen Rechten einerseits und wirtschaftlichen und sozialen Rechten andererseits besteht.[72] Eine Auslegung dieser Artikel kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, weil sie eine wirtschaftliche oder soziale Komponente enthält. Im Gegenteil: Das Gericht anerkennt, dass sowohl Artikel 8 EMRK als auch Artikel 3 EMRK «wirtschaftliche oder soziale Auswirkungen»[73] haben, was darauf zurückzuführen ist, dass die verschiedenen Aspekte nicht voneinander getrennt werden können. Das Gericht hat jedoch auch festgehalten, dass Artikel 8 EMRK keinen Anspruch auf Sozialleistungen verleiht, und seien sie noch so geringfügig.[74]

Die zentrale Bestimmung zur Thematik der Nothilfe ist Artikel 3 EMRK. Das Gericht hat in einem Fall betreffend Asylsuchende, die nicht arbeiten dürfen und in extremer Armut leben,[75] oder in einem Fall, bei der eine menschenunwürdige Unterbringungssituation vorliegt,[76] eine Verletzung von Artikel 3 EMRK festgestellt. Artikel 3 EMRK ist absoluter Natur und darf somit nicht eingeschränkt werden. Eine Situation muss jedoch einen gewissen Schweregrad erreichen, damit sie in den Anwendungsbereich dieses Artikels fällt. Dieser Schweregrad ist relativ. Bei seiner Beurteilung sind also die konkreten Umstände zu berücksichtigen, zu denen auch das Alter oder die Behinderung einer Person gehören.[77] In Bezug auf das Alter kann eine Situation oder ein Verhalten der Behörden mit den Anforderungen von Artikel 3 der Konvention «schlicht deshalb unvereinbar sein, weil es sich um Minderjährige handelt, während es im Fall von Erwachsenen als akzeptabel angesehen werden kann».[78]

Ein wichtiges Element zur Bestimmung des Anwendungsbereichs von Artikel 3 EMRK ist die besondere Schutzbedürftigkeit von minderjährigen Migrantinnen und Migranten – unabhängig davon, ob sie allein oder in Begleitung ihrer Eltern sind.[79] Diese besondere Schutzbedürftigkeit wird von der Rechtsprechung als unveränderbar anerkannt.[80] Seit 2006 anerkennt das Gericht in ständiger und eindeutiger Rechtsprechung, dass die Situation extremer Schutzbedürftigkeit von unbegleiteten Minderjährigen entscheidend ist und mehr Gewicht hat als deren Status als illegal aufhältige Personen.[81] Diese besondere Schutzbedürftigkeit bringt zwei Rechtsfolgen mit sich, die eng miteinander verknüpft sind. Erstens stellt sie ein wichtiges Element dar, das bei der Beurteilung des Schweregrads von Artikel 3 EMRK zu berücksichtigen ist.[82] Zweitens wirkt sie sich auf die positiven Pflichten aus Artikel 3 EMRK aus. Gemäss ständiger Rechtsprechung in Bezug auf minderjährige Migrantinnen und Migranten ist der Staat nämlich verpflichtet, diese «mit angemessenen Massnah-

72 *Airey gegen Irland*, Beschwerde Nr. 6289/73, 9. Oktober 1979, § 26.
73 *Idem;* siehe auch Dröge (2003), S. 85 – 174.
74 Kälin/Achermann/Künzli (2012), S. 6 – 7.
75 *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* [GC], Beschwerde Nr. 30696/09, 21. Januar 2011, §§ 235 – 264; siehe auch *N.H. und andere gegen Frankreich,* Beschwerden Nr. 28820/13, 75547/13 und 13114/15, 2. Juli 2020, §§ 155 – 183.
76 Siehe beispielsweise *R.R. und andere gegen Ungarn,* Beschwerde Nr. 36037/17, 2. März 2021; siehe auch Zimmermann (2022), Nr. 477 – 484; EGMR, Guide immigration, 31. August 2022, Nr. 36.
77 EGMR, *Bouyid gegen Belgien* (GC), Beschwerde Nr. 23380/09, 28. September 2015, § 86 mit Hinweisen.
78 *Bouyid gegen Belgien* [GC], Beschwerde Nr. 23380/09, 28. September 2015, § 110; siehe auch Zimmermann (2022), Nr. 358, Heri (2021), S. 47.
79 Siehe auch Heri (2021), S. 47.
80 Siehe unter anderem *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 13178/03, 12. Oktober 2006, § 55; *Rahimi gegen Griechenland,* Beschwerde Nr. 8687/08, 5. April 2011, § 87; *N.T.P. und andere gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 68862/13, 24. Mai 2018, § 44; *Khan gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 12267/16, 28. Februar 2019, § 74; *Sh.D. und andere gegen Griechenland, Belgien, Kroatien, Ungarn, Nordmazedonien, Serbien und Slowenien,* Beschwerde Nr. 14165/16, 13. Juni 2019, § 56; *M.D. und A.D. gegen Frankreich,* Beschwerde Nr. 57035/18, 22. Juli 2021, § 63.
81 *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 13178/03, 12. Oktober 2006, § 55; *Popov gegen Belgien,* Beschwerden Nrn. 39472/07 und 39474/07, 19. Januar 2012, § 91; *S.F. und andere gegen Bulgarien,* Beschwerde Nr. 8138/16, 7. Dezember 2017, § 79; *Khan gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 12267/16, 28. Februar 2019, § 74; *Moustahi gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 9347/14, 25. Juni 2020, § 54; B.*G. und andere gegen Frankreich,* Beschwerde Nr. 63141/13, 10. September 2020, § 79.
82 EGMR, *Bouyid gegen Belgien* (GC), Beschwerde Nr. 23380/09, 28. September 2015, § 86.

men gemäss den positiven Pflichten aus Artikel 3 EMRK zu schützen und zu betreuen».[83]

Die von der EMRK garantierten Rechte sind ausnahmslos direkt anwendbar. Artikel 3 EMRK fällt im Übrigen unter zwingendes Völkerrecht *(ius cogens)*, es darf also nicht davon abgewichen werden.[84] Während die Mindestgarantien von Artikel 3 EMRK im Allgemeinen nicht über das hinausgehen, was Artikel 12 BV garantiert, sind die Vulnerabilität und die besonderen Bedürfnisse von Kindern auch bei der Auslegung von Artikel 12 BV zu berücksichtigen.

Neben den sozioökonomischen Mindestgarantien, die sich aus der EMRK ergeben, hat die Schweiz auch Übereinkommen ratifiziert, die echte wirtschaftliche und soziale Rechte garantieren. Diesbezüglich ist zunächst der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) zu nennen, der für die Schweiz seit 1992 in Kraft ist. Der Pakt anerkennt das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit, einschliesslich der Sozialversicherung (Art. 9), auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie, einschliesslich ausreichender Ernährung, Bekleidung, Unterbringung, eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen (Art. 11 Abs. 1) und auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit (Art. 12). Diese Rechte besitzt «jede Person», also jeder Mensch, unabhängig vom Aufenthaltsstatus.[85]

Diese Rechte werfen Fragen in Bezug auf ihre Justiziabilität und ihren Umfang auf. Die Justiziabilität wird vom Bundesgericht immer wieder in Abrede gestellt.[86] Diese Rechtsprechung wird jedoch sowohl in der Lehre[87] als auch im Rahmen von Folgeverfahren[88] kritisiert. Dennoch ist unbestritten, dass auch nicht justiziable Rechte vom Gesetzgeber durchgesetzt werden müssen.[89] Es stellt sich also die Frage des konkreten Umfangs dieser Rechte. Während die oben genannten Rechte aus dem UNO-Pakt I über den Mindeststandard von Artikel 12 BV hinausgehen, verfügen die Staaten über einen weiten Ermessensspielraum bei deren Konkretisierung und Umsetzung.[90]

Der Pakt legt jedoch eine bedeutende Einschränkung fest: Einmal eingeführt, ist die Streichung oder die Kürzung von Sozialleistungen *(retrogressive measures)* nur unter sehr strengen Bedingungen zulässig.[91] Ausserdem ist die Differenzierung zwischen Bezügerinnen und Bezügern von Nothilfe je nach Aufenthaltsstatus offenbar schwer mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar.[92] Während der UNO-Pakt I auf alle anwendbar ist, hat der für seine Aufsicht zuständige Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR) mehrfach festgehalten, dass besonders schutzbedürftigen Personen bei der Zuweisung knapper Ressourcen Vorrang einzuräumen ist.[93] Nach Ansicht des CESCR stellt der Schutz von vulnerablen Personen eine Mindestverpflichtung der Staaten dar, die auch in Zeiten akuter Ressourcenknappheit erfüllt werden muss.[94] Zur spezifischen Situation von minderjährigen Migrantinnen und Migranten in der Schweiz hat der CESCR zahlreiche Empfehlungen formuliert. So hat er der Schweiz Massnahmen empfohlen, um minderjährige Asylsuchende in den Bundesasylzentren in das reguläre Bildungssystem zu integrieren und die Hürden für abgewiesene Asylsuchende beim Zugang zur Berufsbildung und zur höheren Bildung zu beseitigen.[95]

83 *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 13178/03, 12. Oktober 2006, § 55; *Rahimi gegen Griechenland,* Beschwerde Nr. 8687/08, 5. April 2011, § 62; *H.A. und andere gegen Griechenland,* Beschwerde Nr. 19951/16, 28. Februar 2019, § 171; *Khan gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 12267/16, 28. Februar 2019, § 74; *Sh.D. und andere gegen Griechenland, Belgien, Kroatien, Ungarn, Nordmazedonien, Serbien und Slowenien,* Beschwerde Nr. 14165/16, 13. Juni 2019, § 56.

84 Lehnert, Art. 3 EMRK, Nr. 1.

85 Siehe auch Kälin/Achermann/Künzli (2012), S. 3 mit Hinweisen; Ausschuss für wirtschaftlich, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 19, § 38.

86 BGE 122 I 101 E. 2a (angemessene Lebensbedingungen); BGE 139 I 257 E. 6 und BGE 121 V 246 E. 2 (soziale Sicherheit; BGE 130 I 113 E. 3.3; BGE 126 I 240 E. 2 und 3 (Sekundar- und höhere Bildung); siehe auch Dupont (2020), S. 2104 – 2105; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, Band I (2021), Nr.1666 – 1671.

87 Wyttenbach (2017), S. 291; Künzli/Eugster/Spring (2014), S. 66 – 67; Hertig Randall/Chatton (2016), S. 387 – 388; Chatton (2013), S. 491.

88 Siehe beispielsweise CESCR, Abschliessende Bemerkungen (2019), § 4. Im Allgemeinen und ohne Bezug zur Schweiz siehe CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 3 (1990). In Bezug auf die gegensätzlichen Ansätze der Schweizer Behörden und des CESCR siehe auch Künzli /Eugster/Spring (2014), S. 5 – 12.

89 In Bezug auf die Umsetzung der KRK durch den Gesetzgeber siehe Ziba/Zermatten/Lansdown/Ruggiero (2022).

90 Kälin/Achermann/Künzli (2012), S. 3 – 6.

91 Kälin/Achermann/Künzli (2012), S. 5.

92 Gordzielik (2016), S. 44 – 46; CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (2009).

93 Chapman/Carbonetti, S. 693 – 695, 726 mit Hinweisen.

94 CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 3, § 12.

95 CESCR, Abschliessende Bemerkungen zur Schweiz, E/C.12/CHE/CO/4, 18. November 2019, § 53 Bst. a und b.

Die KRK ist ein Vertrag, der speziell zum besseren Schutz der Menschenrechte von Minderjährigen ausgearbeitet wurde. Ihr Ursprung liegt in der Anerkennung der Vulnerabilität von Kindern und damit ihres besonderen Schutzbedürfnisses,[96] aber auch in der Anerkennung von Kindern als vollwertige Rechtssubjekte, was sich beispielsweise im Recht der Kinder auf Mitsprache in allen sie betreffenden Entscheidungen ausdrückt.[97] Die KRK verfolgt zwei Ziele: Kinder schützen und sie *befähigen*.[98] Die KRK, die 1989 verabschiedet wurde und für die Schweiz seit 1997 in Kraft ist, kennt vier übergeordnete oder grundlegende Prinzipien, die allen von ihr garantierten Rechten zugrunde liegen: Gleichheit und Nichtdiskriminierung (Art. 2), vorrangiges Wohl des Kindes (Art. 3), Recht auf Leben und Entwicklung (Art. 6) und Recht, seine Meinung zu äussern und angehört zu werden (Art. 12). Aufbauend auf diesen Grundsätzen greift die KRK Rechte auf, die auch in anderen Menschenrechtsverträgen verankert sind, und passt sie an die besondere Situation von Kindern an. Dabei handelt es sich sowohl um bürgerliche und politische Rechte wie das Recht auf Leben (Art. 6) oder das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art. 37 und 39) als auch um wirtschaftliche und soziale Rechte wie das Recht auf materielle Unterstützung (Art. 27 Abs. 3) oder das Recht auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit (Art. 24). Darüber hinaus anerkennt die Konvention eine Reihe von speziell für Kinder konzipierten Rechten, die als wesentlich für die gesunde Entwicklung des Kindes angesehen werden, beispielsweise das Recht auf Ruhe und Freizeit (Art. 31).

Der Ausschuss für die Rechte des Kindes (KRK-Ausschuss) hat sich mehrfach besorgt gezeigt über die spezifische Situation von minderjährigen Migrantinnen und Migranten in der Schweiz. Im Rahmen von *Folgeverfahren* hat der KRK-Ausschuss insbesondere die Bedeutung eines Monitoringsystems für die Umsetzung der Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) unterstrichen. Dies, «um sicherzustellen, dass alle Bundesasylzentren auf kantonaler Ebene ausreichend unterstützt werden, um die Mindeststandards in Bezug auf die Aufnahmebedingungen, die Integrationsunterstützung, die Sozialhilfe und die Schulbildung für Kinder zu erfüllen».[99] Die Verpflichtungen aus der KRK wurden präzisiert und in verschiedenen allgemeinen Bemerkungen des KRK-Ausschusses erläutert. Sie betreffen Themen wie Bildung, unbegleitete und von der Familie getrennte Kinder, das Recht auf Ruhe und Freizeit oder das Recht auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit.[100] Hinzu kommen *individuelle Mitteilungen*, welche minderjährige Migrantinnen und Migranten und spezifisch minderjährige Asylsuchende betreffen.[101] Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Schweiz das Zusatzprotokoll ratifiziert hat, welches es Einzelpersonen ermöglicht, individuelle Mitteilungen an den Ausschuss zu richten, der damit eine quasigerichtliche Funktion erfüllt.

Das Bundesgericht seinerseits nimmt eine differenzierte Auslegung der in der KRK genannten Rechte vor. Während es die Justiziabilität einiger Artikel beispielsweise in Bezug auf das rechtliche Gehör eindeutig anerkennt,[102] hat es sich bei den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten und sogar beim Grundsatz des Kindeswohls zurückhaltender gezeigt.[103] Diese Zurückhaltung trägt den Arbeiten des KRK-Ausschusses, der etwa den Grundsatz des Kindeswohls als direkt anwendbar erachtet, nicht ausreichend Rechnung.[104] Bei individuellen Mitteilungen hat der KRK-Ausschuss diesen Ansatz des Bundesgerichts stark kritisiert. Er erinnerte an den «Wirkungszusammenhang und gleichwertigen Stellenwert aller (bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen) Rechte, die es jedem Kind gestatten, seine mentalen und körperlichen Fähigkeiten, Persönlichkeit und Begabungen in grösstmöglichem Umfang herauszubilden»,[105] sowie an den dreifachen Charakter des Kindeswohls (Art. 3 KRK), der gleichzeitig materielles Recht, Auslegungsgrundsatz und Verfahrensregel darstellt.[106]

96 Tobin, S. 156; Zimmermann (2022), Nr. 152.
97 Art. 12 KRK; siehe auch Tobin, S. 156; Zimmermann (2022), Nr. 152.
98 Guy-Écabert (2016), S. 371.
99 KRK, Abschliessende Bemerkungen (2021), § 43 – 44.
100 KRK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (2016); KRK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 17 (2013); KRK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013); KRK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (2005); KRK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 1 (2001).
101 Siehe unter anderem KRK, *V.A. gegen Schweiz,* 28. September 2020, CRC/C/85/D/56/2018.
102 BGE 147 I 149 E. 3.2.
103 BGE 144 II 56 E. 5.2.
104 Siehe beispielsweise KRK-Ausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013), § 6 Bst. a; siehe auch Zermatten (2013).
105 KRK-Ausschuss, *V.A. gegen Schweiz,* 28. September 2020, CRC/C/85/D/56/2018, § 6.5.
106 *Idem*.

4. Leistungen der Nothilfe und deren rechtliche Beurteilung

4.1 Unterbringung

Die Studie stellt fest, dass die Situation bei der Unterbringung von Kindern in der Nothilfe sehr unterschiedlich ist.[107] Sie zeigt jedoch, dass über ein Drittel der Kinder in Kollektivunterkünften untergebracht sind. Während einige dieser Unterkünfte Familien vorbehalten sind, werden andere von Familien und alleinstehenden Erwachsenen gemeinsam bewohnt. Manchmal sind die Kollektiveinrichtungen sehr abgelegen, was beispielsweise ausserschulische Aktivitäten oder die Pflege von Freundschaften erschwert. Die Studie hält auch fest, dass einige Strukturen in gutem Zustand sind, während andere renovierungsbedürftig sind und ungesicherte Spielplätze oder sanitäre Anlagen mit ungeschützten Stellen aufweisen und daher für Kleinkinder nicht geeignet sind. Teilweise verfügen die besichtigten Unterkünfte über ein Spielzimmer oder Spielsachen; diese sind jedoch nur beschränkt zugänglich, auch wegen fehlender Personalressourcen. Die Studie hält ausserdem fest, dass in den meisten Kollektivunterkünften die gesamte Familie in einem Zimmer untergebracht ist. Die Anzahl Personen pro Zimmer liegt zwischen zwei und acht Personen. In der Hälfte der Fälle sind mindestens vier Personen in einem Zimmer untergebracht, durchschnittlich sind es fünf Personen pro Zimmer. Ähnliche Feststellungen ergeben sich aus anderen Dokumenten, insbesondere aus den Berichten der Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF), die kantonale Zentren besichtigt hat.[108]

Die Studie weist auf die Probleme hin, die diese Situation im Hinblick auf die psychische Gesundheit und die Entwicklung der Kinder schafft.[109] Sie unterstreicht, dass das Leben in Kollektivunterkünften eine grosse emotionale und psychologische Belastung für die Familien darstellt. Der Mangel an altersgerechten Spielräumen und Aktivitäten wirkt sich auf das Wohlbefinden, den Gesundheitszustand und die Entwicklung der Kinder aus. Bei Jugendlichen hemmt die ständige Nähe zu den Eltern, mit denen sie ein Zimmer teilen müssen, die Autonomieentwicklung und den Erwerb von Sozialkompetenzen.

Diese entwicklungspsychologischen Feststellungen sind auch aus rechtlicher Sicht relevant. Es zeigen sich insbesondere Probleme bei der Vereinbarkeit mit folgenden Rechtsvorschriften: Artikel 12 BV (Hilfe in Notlagen), Artikel 10 Absätze 2 und 3 BV, Artikel 3 EMRK, Artikel 7 des UNO-Pakts II (Schutz der körperlichen und geistigen Unversehrtheit sowie Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung), Artikel 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), Artikel 11 des UNO-Pakts I (angemessener Lebensstandard), Artikel 3 KRK (Wohl des Kindes), Artikel 6 KRK (Recht auf Leben und Entwicklung), Artikel 27 KRK (Recht auf angemessenen Lebensstandard) und Artikel 31 KRK (Recht auf Ruhe und Freizeit).[110]

Was den Schutz der physischen und psychischen Integrität sowie das Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung betrifft, die durch die Bundesverfassung, den UNO-Pakt II und die EMRK garantiert sind, so hat sich der EGMR in zahlreichen Urteilen betreffend die Unterbringung von minderjährigen Migrantinnen und Migranten zum Umfang dieser Garantie geäussert. Bei der Bestimmung, ob die Lebensbedingungen so unzureichend sind, dass sie als unmenschlich oder erniedrigend zu erachten sind, sind drei Faktoren zu berücksichtigen: das Alter des Kindes, die Dauer des Aufenthalts oder der Haft und die Frage, ob die Strukturen den Bedürfnissen von Kindern entsprechen oder nicht.[111] Gemäss Rechtsprechung hängt diese Frage insbesondere von der Sicherheit, der Hygiene, der Ernährung, dem Zugang zu medizinischer Versorgung und der Betreuung ab,

107 Lannen/Paz Castro/Sieber.
108 NKVF (2022), S. 14 – 15.
109 Lannen/Paz Castro/Sieber.

110 Zur gleichen Feststellung siehe NKVF (2022), S. 14 – 15.
111 Siehe beispielsweise *M.D. und A.D. gegen Frankreich,* Beschwerde Nr. 57035/18, 22. Juli 2021, § 63; *R.R. und andere gegen Ungarn,* Beschwerde Nr. 36037/17, 2. März 2021, § 49; *A.B. und andere gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 11593/12, 12. Juli 2016, § 109; *R.M. und andere gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 33201/11, 12. Juli 2016, § 70. Gravierende Bedingungen können eine Verletzung darstellen, dies ungeachtet der Dauer (siehe beispielsweise *Rahimi gegen Griechenland,* Beschwerde Nr. 8687/08, 5. April 2011, § 86) oder bei sehr kurzer Dauer (siehe beispielsweise *S.F. und andere gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 8138/16, 7. Dezember 2017, §§ 84 – 93).

die durch entsprechend ausgebildetes Personal erfolgen muss.[112] Die Angemessenheit beziehungsweise Unangemessenheit ist auch hinsichtlich der Dauer zu beurteilen: je länger der Aufenthalt, desto höher die Anforderungen. Darüber hinaus ergeben sich aus der Rechtsprechung zwei weitere Erfordernisse: Unbegleitete Minderjährige müssen getrennt von Erwachsenen[113] und Familien getrennt von alleinstehenden Männern[114] untergebracht werden. Diese Anforderungen wurden kürzlich von der NKVF erneut bekräftigt.[115]

Da Artikel 3 EMRK nur einen Mindeststandard garantiert, ist eine Situation, die gegen diese Bestimmung verstösst, erst recht nicht mit den Anforderungen von Artikel 12 BV vereinbar.[116] Das Ziel von Artikel 12 geht jedoch darüber hinaus: Trotz der restriktiven Auslegung durch das Bundesgericht besteht das Ziel darin, ein menschenwürdiges Dasein zu garantieren. Diesbezüglich ist Artikel 12 BV im Lichte der anderen grundlegenden Garantien, die für die Schweiz verbindlich sind, auszulegen – unabhängig davon, ob sie sich aus der Bundesverfassung oder aus internationalen Konventionen ergeben.[117] Ausserdem ist festzuhalten, dass Artikel 12 BV nach Massgabe der individuellen Umstände einer Person auszulegen ist.[118] Bei Kindern bedeutet dies insbesondere, dass deren besonderen Bedürfnissen Rechnung zu tragen ist, und dass das Wohl des Kindes jederzeit gewährleistet sein muss. Diese Anforderung wurde auch in Artikel 82 Absatz 3bis AsylG kodifiziert. Dieser hält ausdrücklich fest, dass den besonderen Bedürfnissen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden und Familien mit Kindern bei der «Unterbringung nach Möglichkeit Rechnung zu tragen» ist.[119]

Weitere massgebende Garantien im Zusammenhang mit der Unterbringung ergeben sich aus dem Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK). Dies umfasst insbesondere das Recht, soziale Kontakte zu pflegen, aber auch das Recht auf eine gewisse Privatsphäre und darauf, Entscheidungen über den eigenen Alltag zu treffen. So wurde in verschiedenen Analysen festgestellt, dass dieses Recht durch Regelungen, die den Bezug von Nothilfe von der Einhaltung von Anwesenheitszeiten in kollektiven Einrichtungen abhängig machen, beeinträchtigt oder sogar verletzt wird.[120] Von Interesse ist hier insbesondere die Frage, ob die in der Studie beschriebenen beengten Verhältnisse den Anforderungen von Artikel 8 EMRK genügen.[121] Das Fehlen von Kinderspielplätzen und Freiräumen für Jugendliche wirft ebenfalls Probleme unter dem Gesichtspunkt von Artikel 8 EMRK auf. Dies umso mehr, als ein Grossteil der Kinder und Jugendlichen relativ lang in diesen Einrichtungen verbleibt.

Das Recht auf Leben und Entwicklung (Art. 6 KRK), die Pflicht, geeignete Massnahmen für minderjährige Migrantinnen und Migranten zu treffen (Art. 22 KRK), das Recht auf angemessenen Lebensstandard (Art. 27 KRK) und das Recht auf Ruhe und Freizeit (Art. 31 KRK) sind in diesem Zusammenhang ebenfalls relevant und garantieren zum Teil die gleichen Rechte.[122] So verlangt auch Artikel 22 KRK, dass Minderjährige in geeigneten Strukturen und insbesondere getrennt von alleinstehenden Erwachsenen untergebracht werden.[123] Die in der KRK verankerten Rechte sind eng mit dem Grundsatz des Kindeswohls verknüpft und sollen Kindern ein Umfeld garantieren, das ihrer gesunden Entwicklung förderlich ist.[124] Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Integration in ein soziales Umfeld und die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft grundlegende Bedürfnisse von Kindern sind.[125] Freundschaften, Austausch mit Gleichaltrigen und gegenseitige Unterstützung sind für eine gesunde Entwicklung von grosser Bedeu-

112 *Kanagaratnam und andere gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 15297/09, 13. Dezember 2011, §§ 64 – 69; *Khan gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 12267/16, 28. Februar 2019, § 85; *Sh.D. und andere gegen Griechenland, Belgien, Kroatien, Ungarn, Nordmazedonien, Serbien und Slowenien,* Beschwerde Nr. 14165/16, 13. Juni 2019, § 61.

113 *Darboe Camara gegen Italien,* Beschwerde Nr. 5797/17, 21. Juli 2022, §§ 179 – 180; *H.A. und andere gegen Griechenland,* Beschwerde Nr. 19951/16, 28. Februar 2019, §§ 172 – 175; *Kaak und andere gegen Griechenland,* Beschwerde Nr. 34215/16, 3. Oktober 2019, §§ 67 – 74 (das Gericht hat in beiden Fällen entschieden, dass die entsprechenden «safe zones» diese Voraussetzung erfüllen).

114 *A.M. gegen Belgien,* Beschwerde Nr. 24587/12, 12. Juli 2016, § 50.

115 NKVF (2022), S. 14 – 15.

116 In diesem Sinn siehe auch Gächter/Werder, Nrn. 32 – 34.

117 Gordzielik (2016), S. 27.

118 BGE 131 I 166 E. 8.2.

119 Art. 82 Abs. 3bis AsylG; siehe auch Hruschka, Art. 82 AsylG.

120 Moeckli/Kiener (2018), S. 506 – 533; Büchler et al. (2019), S. 40 – 41.

121 In diesem Sinn siehe auch Motz/Nufer (2013), S. 10 – 11.

122 In Bezug auf die Bedeutung von Ruhe und Freizeit als Voraussetzung für eine gute Entwicklung von Kindern und die Wahrnehmung der übrigen Rechte siehe insbesondere Tobin (2019), S. 1199 – 1224.

123 Schmahl (2013), Art. 22, Nr. 8; Schmahl (2021), Art. 22, Nr. 12 – 17.

124 Vandenhole/Türkelli/Lembrechts, Art. 22 KRK, Nr. 22.03; Vandenhole/Türkelli/Lembrechts, Art. 31 KRK, Nr. 31.10.

125 Brazelton & Greenspan (2002).

tung. Diese Bedürfnisse sind im Rahmen der Nothilfe schwierig zu erfüllen. Kindern in der Nothilfe bleiben ausserschulische Aktivitäten aufgrund der fehlenden finanziellen Ressourcen grundsätzlich verwehrt. Auch geografische Isolation und der Besuch separater Schulen erschweren soziale Kontakte. Ein «normaler» Alltag ist für diese Kinder nicht möglich. Angesichts dieser Situation haben die Behörden die Pflicht, Massnahmen zu ergreifen, um diese Hindernisse so weit wie möglich abzubauen und so zur Befähigung und zur gesunden Entwicklung der Kinder beizutragen.

4.2 Beschulung

Im Bereich der Beschulung hat die Studie ebenfalls erhebliche regionale Unterschiede festgestellt. In städtischen Regionen besuchen die Kinder häufig öffentliche Schulen, sei dies in Regel- oder Sonderklassen, wohingegen die in ländlichen Regionen oder in Kollektivunterkünften lebenden Kinder im Prinzip nur einen Unterricht innerhalb der Unterkunft erhalten.[126] In einigen Zentren werden die Kinder während des Asylverfahrens in der regulären Schule unterrichtet, aber sobald ein negativer Asylentscheid ergangen ist, ist der Schulbesuch nur noch im Zentrum möglich. Die Studie äussert sich weder zum Inhalt noch zu den Modalitäten des Schulunterrichts in den Zentren und beschränkt sich auf die Feststellung, dass seitens der Fachpersonen Bedenken in Bezug auf die Qualität des Unterrichts bestehen.[127] Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass diese Beschulung nicht mit dem Unterricht in einer regulären Schule gleichzusetzen ist, sei dies in Bezug auf die Stundenzahl, auf die Qualität des Unterrichts und der sozialpädagogischen Betreuung oder auf die für soziale Teilhabe und Integration bereitgestellten Räume.

Diese Situation ist weder mit der Bundesverfassung und insbesondere Artikel 19 BV, der ein Recht auf Grundschulunterricht garantiert, noch mit dem Völkerrecht und insbesondere den Artikeln 28 und 29 KRK vereinbar. Artikel 19 BV garantiert jeder in der Schweiz lebenden minderjährigen Person das Recht auf Grundschulunterricht, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus.[128] Dabei handelt es sich sowohl um ein Recht als auch um eine Pflicht: Die Schule ist für alle Kinder obligatorisch.[129] Damit der Schulunterricht den Anforderungen von Artikel 19 BV genügt, muss er gewisse Kriterien erfüllen. In erster Linie muss er *kostenlos* sein.[130] Dies gilt auch für das Schulmaterial und Schulausflüge sowie die Beförderung zur Schule, wenn der Schulweg besonders lang oder aus anderen Gründen schwierig ist.[131] Daraus ergibt sich, dass für Kinder, die in weit entfernten Unterkünften leben, die Kosten für den Schultransport übernommen werden müssen. Der Schulunterricht muss auch *angemessen* sein.[132] Die Rechtsprechung hält insbesondere fest, dass es kein Recht auf eine optimale Bildungsqualität gibt.[133] Um von ausreichender Qualität zu sein, muss der Unterricht «für den Einzelnen angemessen und geeignet sein»[134] und «genügen, um die Schüler angemessen auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten».[135] Ein angemessener Schulunterricht trägt den besonderen Schwierigkeiten Rechnung, die gewisse Kinder beispielsweise aus sprachlichen Gründen oder aufgrund von Traumata haben, die sich auf ihre psychosoziale Entwicklung auswirken. Dies bedeutet, dass Kinder bei Bedarf sozialpädagogische Unterstützung, Sprachkurse oder Aufgabenhilfe erhalten sollen.[136] Schliesslich hält die Rechtsprechung fest, dass der Schulunterricht grundsätzlich *inklusiv* sein muss.[137] Diese Anforderung bedeutet insbesondere, dass separate Klassen für Migrantenkinder nur dann zulässig sind, wenn dies wegen der mangelnden Sprachkenntnisse angezeigt ist und wenn es sich um eine vorübergehende Massnahme handelt, mit dem Ziel, die Kinder möglichst rasch in die Regelklassen zu integrieren.[138] Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Schule eine zentrale Funktion bei der Integration, aber auch bei der sozialpädagogischen Betreuung zur För-

126 Lannen/Paz Castro/Sieber. In Bezug auf den Schulbesuch von Kindern, die in Asylzentren untergebracht sind, siehe auch fünfter und sechster Staatenbericht der Schweiz, 22.10.2021, § 226.
127 Lannen/Paz Castro/Sieber.

128 Matthey, CR-Art. 19 BV, Nrn. 7 – 9; Wyttenbach, SGK-Art. 19 BV, Nr. 12.
129 Siehe beispielsweise BGE 141 I 9. Es ist jedoch festzuhalten, dass die Kantone einen gewissen Spielraum für die Genehmigung von Homeschooling haben (BGE 146 I 20).
130 BGE 141 I 1; BGE 141 I 9; BGE 145 I 142.
131 Idem. In Bezug auf den Schulweg siehe insbesondere Matthey, CR-Art. 19 BV, Nr. 33 – 35; Wyttenbach, SGK-Art. 19 BV, Nrn. 12, 19; siehe im Umkehrschluss auch BGE 133 I 156.
132 BGE 146 I 20, BGE 143 I 361, BGE 141 I 9, BGE 138 I 162 E. 3.1; BGE 145 I 142 E. 5.3.
133 Matthey, CR-Art. 19 BV, Nrn. 16, 24; Dubey (2018), Nr. 4679.
134 BGE 145 I 142 E. 5.3; siehe auch BGE 138 I 162 E. 3.1.
135 *Idem*.
136 Matthey, CR-Art. 19 BV, Nr. 32; Kägi-Diener, BSK-Art. 19 BV, Nr. 53.
137 BGE 138 I 162; BGer 2C_892/2018.
138 Matthey, CR-Art. 19 BV, Nr. 45.

derung der gesunden Entwicklung des Kindes zukommt. Diese Massnahmen – einschliesslich der Unterstützung, die das Kind durch den Besuch des regulären Schulunterrichts erhält, beispielsweise durch Aufgabenhilfe – können auch als Teil der immateriellen Hilfe nach Artikel 12 BV betrachtet werden.

Die Pflicht, die in einem Zentrum untergebrachten Kinder im regulären Schulsystem einzuschulen, ergibt sich nicht nur aus Artikel 19 BV, sondern auch aus internationalen Garantien, insbesondere aus Artikel 13 Absatz 2 des UNO-Pakts I und den Artikeln 28 und 29 KRK.[139] Die Notwendigkeit, diese Beschulung zu gewährleisten, wurde sowohl vom Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR)[140] als auch vom KRK-Ausschuss[141] unterstrichen. Während der Anwendungsbereich von Artikel 19 BV sich auf den obligatorischen Schulunterricht beschränkt, verankern das Völkerrecht und namentlich die KRK ein Recht auf Bildung, das darüber hinausgeht und insbesondere Aspekte der informellen Bildung sowie die nachobligatorische Bildung umfasst.[142] Gemäss dem Grundsatz der systematischen Auslegung ist dieses Recht zusammen mit dem Recht auf Nichtdiskriminierung – insbesondere aufgrund des Migrationsstatus (Art. 2 KRK) und mit der Pflicht zur Umsetzung von Massnahmen (Art. 4 KRK) zu lesen.[143] Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der CESCR der Schweiz Massnahmen empfohlen hat, um «die Hürden zu beseitigen, die abgewiesene jugendliche Asylsuchende und vorläufig aufgenommene Jugendliche daran hindern, ihre Lehre fortzusetzen, und ihnen den Zugang zur höheren Bildung zu erleichtern».[144]

4.3 Sozialleistungen und soziale Teilhabe

Im Bereich der Sozialleistungen stellt die Studie einmal mehr fest, dass die Ausrichtung von Nothilfe in Bezug auf Höhe, Auszahlungsfrequenzen und Abzüge (Sachleistungen wie Lebensmittel, Unterkunft, Kleidung oder Hygieneartikel) in den Kantonen sehr unterschiedlich ist. Die Unterstützung ist auf rein biologische Anforderungen beschränkt, wird aber dennoch auf unterschiedliche Weise gewährt. Die geringen Finanzhilfen für Familien haben zu einer weiteren Prekarisierung der Lebensumstände von Kindern und Jugendlichen geführt, die durch ihre Erfahrungen auf der Flucht oder im Asylverfahren bereits belastet waren. Die Praxis bestätigt den sehr tief angesetzten Standard, der die ausreisepflichtigen, nothilfebeziehenden Familien in Armut und deutlich eingeschränkter Autonomie leben lässt. Es wird auch angemerkt, dass keine Studie belegt, dass der gewählte Ansatz die Betroffenen von einem Verbleib in der Schweiz abhält oder ihre Ausreise konkret fördert. Im Bereich der *sozialen Teilhabe* unterstreicht die Studie, dass die fehlenden finanziellen Ressourcen die Möglichkeiten der Kinder für Aktivitäten ausserhalb der Schulzeit massgeblich reduzieren. Nothilfebeziehenden Kindern ist es aufgrund der geografischen Abgeschiedenheit oder der separaten Beschulung auch nicht möglich, an einem «normalen» Alltag teilzunehmen. Zudem sind Kinder unter vier Jahren durch die isolierende Unterbringung in den Unterkünften und durch den spärlichen Zugang zu Angeboten der Frühen Kindheit einer besorgniserregenden Unterstimulation und somit erheblichen Entwicklungsrisiken ausgesetzt. Später wird die Situation dieser Kinder durch das Beschäftigungs- und Weiterbildungsverbot nach dem Ende der obligatorischen Schulzeit zusätzlich und in schwerwiegender Weise beeinträchtigt.

Die oben beschriebene allgemeine Situation ist mit verschiedenen völkerrechtlichen und innerstaatlichen Bestimmungen unvereinbar. Die KRK anerkennt das Recht auf Leben und Entwicklung (Art. 6) sowie das Recht auf Ruhe und Freizeit (Art. 31) als zwei wesentliche Aspekte für die gesunde Entwicklung eines Kindes.[145] Anders als bei erwachsenen Asylsuchenden, bei denen das Bundesgericht davon ausgeht, dass nach einem Nichteintretensentscheid kein besonderes Bedürfnis nach dauerhaften sozialen Kontakten besteht, gehören bei Kindern die Integration in ein soziales Umfeld und die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft zu den Grundbedürfnissen.[146] Freundschaften, Austausch und Unterstützung mit und durch Peers sind für eine gesunde Entwicklung von grosser Relevanz. Ohne entsprechende Betreuung lassen sich diese Bedürfnisse im Rahmen der Nothilfe nicht erfüllen. Das Gleiche gilt für Artikel 11 des

139 Matthey, CR-Art. 19 BV, Nr. 4.
140 CESCR, Abschliessende Bemerkungen (2019), § 53 Bst. a.
141 KRK, Abschliessende Bemerkungen (2021), § 39 Bst. b.
142 Lansdown/Vaghri (2022), S. 251 – 256.
143 Lansdown/Vaghri (2022), S. 247 – 256.
144 CESCR, Abschliessende Bemerkungen (2019), § 53 Bst. b.
145 Vandenhole/Türkelli/Lembrechts, Nr. 31.03.
146 Brazelton/Greenspan (2002); BGer 8C_641/2023 E. 5.2.1.

UNO-Pakts I, der eine ähnliche programmatische Bestimmung vorsieht und die Schweiz verpflichtet, den betroffenen Personen «eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen» zu ermöglichen.[147] Die KRK sieht in Artikel 27 Absatz 1 und Artikel 31 Absatz 1 auch ein Recht des Kindes auf Spiel und Teilnahme am kulturellen Leben sowie ein Recht auf Ruhe und Freizeit vor. Auch wenn es sich hierbei um programmatische Bestimmungen handelt, sind sie bei der Auslegung von Artikel 12 BV und bei der Ausrichtung der Nothilfeleistungen auf kantonaler Ebene zu berücksichtigen.[148]

Zudem weist die Lehre darauf hin, dass bei Leistungen für Kinder explizite Bestimmungen zur Förderung der Entwicklung und Integration der Kinder gemäss Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 41 Absatz 1 Buchstabe g BV berücksichtigt werden müssen.[149] Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts garantiert Artikel 12 BV zwar kein Mindesteinkommen, es stellt aber die Deckung der Grundbedürfnisse für ein menschenwürdiges Überleben sicher *(absolute Mindestleistungen)*.[150] Artikel 11 BV gilt nicht als justiziabel, er verankert aber dennoch das Kindeswohl auf Verfassungsstufe und verpflichtet die Gesetzgeber des Bundes und der Kantone, die spezifischen Interessen von Kindern und deren Möglichkeiten zur Entfaltung physischer, psychischer und sozialer Fähigkeiten zu berücksichtigen.[151]

Im Hinblick auf die kantonalen Unterschiede ist anzumerken, dass das Bundesgericht in Bezug auf die *Nahrung* im Grundsatz anerkennt, dass den besonderen Bedürfnissen und Anforderungen von Kindern in der Entwicklungsphase Rechnung zu tragen ist.[152] Die Nahrung muss quantitativ und qualitativ ausgewogen sein. Mit der Zeit sollte die Befriedigung der minimalen Grundbedürfnisse (Mahlzeiten, Hygieneartikel, Kleidung) nicht mehr von einer Unterstützungsbehörde abhängen. Damit die betroffenen Personen autonomer werden, sollten sie einen minimalen Spielraum erhalten.[153] In Bezug auf das *Taschengeld* ist das Eidgenössische Staatssekretariat für Migration (SEM) der Ansicht, dass dieses nicht von der Feststellung einer möglichen Bedürftigkeit abhängt und sich nicht auf den Unterstützungsanspruch bezieht.[154] Wenn der Lebensstandard jedoch keinen finanziellen Spielraum lässt, kann keine soziale Entwicklung stattfinden und den Grundrechten gemäss dem Grundsatz der Menschenwürde kann nicht Rechnung getragen werden. Das Bundesgericht lässt offen, ob zusätzlich zu den Sachleistungen eine minimale Geldleistung (Taschengeld) ausgerichtet werden muss, falls die betroffene Person länger in der Nothilfe bleibt.[155] Gerade bei einem länger andauernden Bezug von Nothilfe ist Taschengeld wichtig für die Autonomieentwicklung.

Die Beobachtungen im Rahmen der Studie lassen auch Probleme der Vereinbarkeit mit Artikel 12 BV erkennen. Dieser sieht ausdrücklich eine Garantie für *immaterielle Hilfe* («Anspruch auf Hilfe und Betreuung») in Bezug auf psychologische und soziale Bedürfnisse vor; dabei handelt es sich um ein *leistungsrechtliches Auffanggrundrecht*.[156] Die Nothilfe muss ein Mindestmass an sozialem Leben ermöglichen. Dies ist ein wesentlicher Bestandteil der Menschenwürde, denn ein Leben in Würde bedingt soziale Integration.[157] Ausserdem stellen persönliche Kontakte (Art. 13 BV) und soziale Anerkennung (Art. 10 Abs. 2 BV) wichtige Unterscheidungsmerkmale zwischen Überleben und würdevollem Leben dar.[158] Immaterielle Hilfe kann ebenso elementar sein wie materielle Hilfe. Die Nothilfe muss diese einbeziehen können, und sei es nur in begrenztem Umfang – beispielsweise in Form von Aufgabenhilfe und Spiel- und Freizeitaktivitäten.[159]

4.4 Gesundheit

Im Gesundheitsbereich weist die Studie auf unhygienische Zustände in einigen Unterkünften hin, die sich negativ auf die *körperliche Gesundheit*

147 Coullery (2019), S. 18. BBl 1999 I 1129, 1221.
148 Winzent, S. 322.
149 Coullery (2019), S. 19. Siehe auch das genannte Urteil des deutschen Verfassungsgerichts vom 9. Februar 2010, 2010/1 Nr. 191: *«Kinder sind keine kleinen Erwachsenen. Ihr Bedarf, der zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums gedeckt werden muss, hat sich an kindlichen Entwicklungsphasen auszurichten und an dem, was für die Persönlichkeitsentfaltung eines Kindes erforderlich ist.»*
150 BGE 139 I 272 E. 3.4.
151 BGE 131 V 9; BGE 126 II 377, insb. S. 391; BGE 129 III 250, insb. S. 255.
152 BGE 131 I 166 E. 8.2; Gächter/Werder, BSK-Art. 12 BV, Nr. 31.
153 Dubey, CR-Art. 12 BV, Nr. 60.
154 BVGer F-3150/2018 E. B.e.
155 BGE 135 I 119 E. 7; BGer 8C_724/2009 E. 6.3; BVGer F-3150/2018 E. 6.1.
156 Dubey, CR-Art. 12 BV, Nr. 22. BGE 131 I 166 E. 3.1.
157 Dubey, CR-Art. 12 BV, Nrn. 50 und 51.
158 Gächter/Werder, BSK-Art. 12 BV, Nr. 16.
159 Coullery (2019), S. 19 mit Hinweisen, darunter das Bundesgerichtsurteil 2C_338/2018 E. 4.2.

der Kinder und Jugendlichen auswirken können. Kinderärztliche Vorsorgeuntersuchungen (medizinische Erstinformation, Folgeinformationen, ausreichende Nähe zum Angebot und interkulturelle Übersetzerinnen und Übersetzer) werden nur lückenhaft in Anspruch genommen, und es braucht eine aktive Begleitung.[160]

Am meisten Besorgnis erregt die *psychische Gesundheit* der Kinder. Die Mehrheit ist psychisch sehr stark belastet. Die betroffenen Kinder zeigen Entwicklungsstörungen oder Verhaltensauffälligkeiten in vielen Bereichen sowie Schlaf- und Angststörungen. Einerseits ist die Kombination von beengten Wohnverhältnissen, Gewalt und Armut zusammen mit der psychischen Belastung der Eltern ein erheblicher Risikofaktor für *Misshandlung*. Trotz dieser Situation werden Gesundheitsfachpersonen nicht regelmässig einbezogen, die Kindesschutzbehörden werden selten eingeschaltet und die Verantwortlichkeiten sind unklar. Die psychische und psychiatrische Gesundheitsversorgung ist kaum zugänglich. Denn die Kosten für die Anreise mit öffentlichen Verkehrsmitteln werden von der Nothilfe nicht übernommen, und eine regelmässige Behandlung ist aufgrund der häufigen Unterkunftswechsel nicht möglich. Die Gesundheitsvorsorge ist sehr lückenhaft. Als zentrales Problem wird die Verständigung mit Kinderarztpraxen beschrieben, da meist keine Dolmetschende vorhanden sind. Psychische Probleme von Kindern werden oft nicht erkannt, weil das Personal in den Zentren diesbezüglich nicht geschult ist. Fachpersonen betonen, dass eine psychische Stabilisierung bei Kindern und Jugendlichen kaum möglich sei, solange die Grundstrukturen sich nicht änderten. So würden erzielte Erfolge in Therapien immer wieder durch neue traumatische Ereignisse zunichtegemacht. Andererseits kritisiert die Studie, dass den Lebensphasen der Kinder, in denen sie wichtige *Entwicklungen* durchlaufen, nicht Rechnung getragen wird. Wenn Kleinkinder unter vier Jahren praktisch den ganzen Tag in einer Kollektivunterkunft verweilen, sind sie einem erheblichen Risiko der Unterstimulation und somit Entwicklungsrisiken ausgesetzt. Die häufigen Wechsel der Unterkunft und der Schule sind ein grosses Problem. Dies kommt jedes Mal einem Bruch der Lebenswelten und Beziehungen der Kinder und Jugendlichen gleich, und der Aufbau von internen Bindungsmodellen wird gestört. Den meisten Jugendlichen wird keine nachobligatorische Ausbildung ermöglicht. Sie sind auf engstem Raum mit den Eltern untergebracht und haben keine Rückzugsmöglichkeiten. Dadurch können sie ausserordentlich wichtige Entwicklungsaufgaben (Autonomieentwicklung, Ablösung von den Eltern, Pflege von Freundschaften und Beziehungen) nicht meistern. Fehlende Perspektiven und insbesondere die Unmöglichkeit, zu arbeiten oder eine Ausbildung zu absolvieren, werden als häufigste Gründe genannt für eine Depression bei Jugendlichen, die einfach nur «wie die anderen» sein möchten.

Ausserdem wird die *Zahngesundheit* von Kindern als sehr schlecht beurteilt. Dies kann insbesondere darauf zurückgeführt werden, dass die Zahnmedizin nicht in der Grundversicherung der Krankenkasse eingeschlossen ist.

Die oben geschilderte Situation ist nicht vereinbar mit dem Recht auf Zugang zur Gesundheitsversorgung, das von Bestimmungen abhängt, die sowohl auf internationaler Ebene als auch auf Bundes- und Kantonsebene gelten.[161] Das Recht auf Gesundheit existiert im internationalen Recht, auch wenn es in der Schweiz nicht als justiziabel gilt.[162] Gemäss Artikel 12 Absatz 1 und Artikel 2 Absatz 2 des UNO-Pakts I ist das Recht auf Gesundheit ein Grundrecht, das ohne Diskriminierung und ungeachtet des Aufenthaltsstatus ausgeübt werden kann. Es gewährleistet das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an Gesundheit – zumal die Allgemeinheit ebenfalls ein Interesse daran hat, dass sich alle in einem guten Gesundheitszustand befinden.[163] Artikel 27 KRK anerkennt das Recht jedes Kindes auf einen Lebensstandard, der seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessen ist.

Im Zusammenspiel mit diesen Bestimmungen schliesst Artikel 12 BV die *medizinische Grundversorgung* in die Nothilfe ein. Grundsätzlich hält der Bund fest, dass nothilfeberechtigte Personen

160 Lannen/Paz Castro/Sieber.

161 In Bezug auf den internationalen Rechtsrahmen sind folgende Bestimmungen zu nennen: Art. 12 und 25 Abs. 1 AEMR, Art. 12 Abs. 1 des UNO-Pakts I, CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2000), Art. 6 und 7 des UNO-Pakts II; Art. 5 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (SR 0.104); Art. 2, 3 und 8 EMRK. In Bezug auf den Rechtsrahmen des Bundes ist Art. 41 Abs. 1 Bst. a BV zu nennen; Art. 117 BV; Art. 7, 8, 10, 12, 117*a* und 117*b*, 118 BV; Art. 92*d* KVV.

162 Dupont/Burgat/Hotz/Lévy (2022), S. 9, 47 mit Hinweisen; siehe insb. BGE 139 I 257, BVGer 136 I 290.

163 BGE 118 IA 426 E. 6b.

bis zur Ausreise aus der Schweiz obligatorisch krankenversichert sind und Zugang zu allen medizinischen Pflichtleistungen des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) haben.[164] Seit 2011 besteht für Personen, die Nothilfe gemäss Artikel 82 Absatz 2 und Artikel 82*a* AsylG sowie Artikel 92*d* KVV beziehen, unabhängig vom Aufenthaltsstatus eine Krankenversicherungspflicht.[165] Es besteht ein Anspruch auf Deckung der elementaren Grundbedürfnisse im Rahmen der «medizinischen Notfallversorgung» und/oder der «medizinischen Grundversorgung».[166] Der Begriff der *medizinischen Grundversorgung*[167] ist jedoch unklar in der Praxis, die sich oft an kostengünstigen Lösungen orientiert. Er wird kontrovers diskutiert und vom Bundesgericht nicht eindeutig geklärt. Die medizinische Grundversorgung kann also entweder dem Leistungskatalog der obligatorischen Krankenversicherung nach dem KVG oder einem Katalog, der auch Zahnbehandlungen umfasst, entsprechen; sie kann aber auch eine Mindestgrenze unterhalb der Pflichtversicherung gemäss KVG darstellen, da der Leistungskatalog des KVG weit über ein absolutes Minimum hinausgeht.[168]

Die Rechtsprechung verwendet die Definition der *medizinischen Grundversorgung,* die an ein Grundrecht geknüpft ist, verbindet aber diese Grundversorgung nicht ausdrücklich mit dem Grundrecht nach Artikel 12 BV. Dabei handelt es sich um eine *Mindestgrenze*.[169] Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) wendet diese an, verwendet dabei aber nicht immer eine einheitliche Systematik.[170] Auch wenn der Umfang der garantierten Leistungen nicht klar definiert wird, ist Artikel 12 BV im Hinblick auf die Rechte des Kindes gemäss den Artikeln 23 – 27 KRK so auszulegen, dass das Kind effektiv den Schutz und die Fürsorge erhält, die für sein Wohlergehen erforderlich sind. Der Umfang der Nothilfe für Kinder ist so festzulegen, dass den besonderen Entwicklungsbedürfnissen der Kinder und dem durch die KRK garantierten Schutz Rechnung getragen wird.

Die medizinische Grundversorgung für Kinder und Jugendliche sollte jedoch nicht einschränkend ausgelegt werden. Aufgrund ihrer spezifischen Bedürfnisse sollten insbesondere psychotherapeutische und zahnärztliche Behandlungen Teil der medizinischen Grundversorgung sein. In Bezug auf *zahnärztliche Behandlungen* ist festzuhalten, dass gemäss Rechtsprechung eine umfassende Zahnhygiene, die bereits im Schulalter beginnt, wichtig ist und sogar im öffentlichen Interesse liegt.[171] Das Kindeswohl ist hier als öffentliches Interesse zu betrachten.[172]

Die Frage, ob die *Psychotherapie* zur medizinischen Grundversorgung gehört, wird in der Rechtsprechung nicht eindeutig beantwortet. Es besteht weder grundsätzliche Ablehnung noch ist eine besondere Systematik zu erkennen. Während der Begriff der medizinischen Grundversorgung eng ausgelegt wird, sind die Gerichte häufig der Ansicht, dass die Psychotherapie nicht in die Grundversorgung fällt, soweit es sich nicht um eine Notfallversorgung handelt und a priori keine Gefahr für das Leben der betroffenen Person besteht, wenn die psychiatrische Leistung nicht erbracht wird.[173] Die Rechtsprechung unterstreicht jedoch, dass bei einer PTBS die Psychotherapie ein grundlegender Bestandteil der Behandlung ist und dass je nach Intensität der psychischen Störung zwingend eine Langzeitbehandlung erfolgen muss.[174] Die psychologische Versorgung von Kindern und Jugendlichen muss vom Gesundheitswesen gewährleistet werden. Denn eine Einschränkung der medizinischen Grundversorgung ist mit Risiken für die physische und psychische Entwicklung des Kindes verbunden, und es ist schwer vorstellbar, wie eine solche Einschränkung mit den Rechten des Kindes vereinbar sein könnte. Dies gilt insbesondere für das in Artikel 27 KRK verankerte Recht des Kindes auf einen seiner körperlichen und geistigen Entwicklung angemessenen Lebensstandard.[175] Ähnliche Überlegungen können auch bei Suizidgefährdung oder körperlicher Behinderung angestellt werden. Massgebend sind die konkreten Umstände und Bedürfnisse.[176]

164 https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/sozialhilfe subventionen/nothilfe.html.
165 BGE 125 V 77.
166 BGE 138 V 310.
167 Die Botschaft verwendet den Begriff «medizinische Betreuung», vgl. BBl 1997 I 1, S. 153. Die Rechtsprechung verwendet ebenfalls «medizinische Grundversorgung».
168 Steffen (2015), S. 10 ff.
169 Steffen (2015), S. 97.
170 BVGer E-3161/2014 E. 6.2; E-3787/2015 E. 6.2.
171 BGE 115 Ia 253.
172 BGE 115 Ia 253.
173 BVGer E-4762/2012, S. 8; D-8031/2009 E. 5.6; E-1374/2014 E. 4.3.2; E-3372/2015 E. 8.5; D-2325/2015 E. 6.4.
174 BVGer E-3161/2014 E. 6.5.2; E-5725/2006 E. 4.4.
175 BGE 131 I 166 E. 3.1; BGE 142 I 16 E. 7.2.1; BGE 139 I 218 E. 3.1; BGE 130 I 16, E. 5.2.
176 BGE 131 I 166 E. 8.2.

5. Würdigung und Herausforderungen

Die Schweiz wird seit Jahren dafür kritisiert, dass sie die Garantien der KRK im Asyl- und Ausländerbereich nur zögerlich umsetzt.[177] Weder der Gesetzgeber im Rahmen der zahlreichen Revisionen des AsylG und des AIG noch die bundesgerichtliche Rechtsprechung tragen dem Umfang einiger dieser Bestimmungen vollumfänglich Rechnung. Dies gilt vor allem für die Anforderungen der KRK, deren Grundprinzipien das Recht auf Leben und Entwicklung, das Wohl des Kindes, die Mitsprache bei allen das Kind betreffenden Entscheiden und die Nichtdiskriminierung insbesondere aufgrund des Aufenthaltsstatus umfassen. Die Nichtberücksichtigung dieser Aspekte, gepaart mit der sehr zurückhaltenden Auslegung von Artikel 12 BV durch das Bundesgericht in Bezug auf das Recht auf Nothilfe, verschärft die Unvereinbarkeit mit den betreffenden Rechtsvorschriften.

Die schweizerische Rechtsordnung sollte die in der KRK verankerten Kinderrechte klar fördern, indem sie jungen Menschen, die aufgrund ihrer Migrationssituation als vulnerabel gelten, besonderen Schutz zukommen lässt und Massnahmen für ihre Entwicklung und Befähigung vorsieht. Im Bereich der Nothilfe sollten Kinder und Jugendliche nicht als Anhängsel ihrer Eltern, sondern als eigenständige Wesen mit eigenen Rechten betrachtet werden. Um die Anwendung der Nothilfe besser mit den Rechten des Kindes zu vereinbaren, sind mehrere Lösungsansätze in Betracht zu ziehen.

In Bezug auf die *Nothilfe* ist es wie bereits erwähnt wichtig, dass die angebotenen Leistungen der besonderen Schutzbedürftigkeit der betroffenen Personen Rechnung tragen. Der *Grundsatz der Individualisierung* zwischen Anspruchsberechtigten ist unerlässlich, wenn den besonderen Bedürfnissen von Kindern und Jugendlichen wirksam Rechnung getragen werden soll.[178] Je länger die Nothilfe andauert, desto mehr muss zudem eine Erhöhung der Leistungen in Betracht gezogen werden.[179] Massgebend sind die konkreten Umstände und Bedürfnisse. Das öffentliche Interesse am Wegweisungsvollzug mittels Anreizen zur Ausreise darf in diesem Zusammenhang nicht überwiegen.[180] In Bezug auf Kinder und Jugendliche verlangen Artikel 3 KRK und Artikel 11 BV die Bereitstellung ausreichender Lebensgrundlagen für deren körperliche wie auch geistige, sittliche und soziale Entwicklung gemäss Artikel 27 KRK.[181] Es ist daher wichtig, eine soziale und kulturelle Dimension für Jugendliche konkret einzubeziehen. Eine Vereinheitlichung der Leistungen im Bereich der sozialen Kontakte drängt sich auf. Die Möglichkeit, mit Gleichaltrigen Kontakte zu pflegen, selbstständig auf verschiedene Medien zuzugreifen (Internet) und am sozialen Leben teilzuhaben (Taschengeld) ist für Teenager unerlässlich.[182] Zusätzliche Leistungen im Hinblick auf die soziale und kulturelle Teilhabe junger Menschen können in Betracht gezogen werden (Kulturpass, Sportcamps, Praktika). Bei der Festlegung dieser Leistungen sind der soziale Gesamtkontext, die Lebenshaltungskosten und das, was Kinder und Jugendliche in unserer Gesellschaft im Allgemeinen besitzen, zu berücksichtigen.[183]

Zudem sollte die Nothilfe bei psychischen Problemen auch *immaterielle Hilfe* umfassen, wie in Artikel 12 BV ausdrücklich vorgesehen. Dies setzt eine psychologische oder soziale Betreuung voraus.[184] Dabei kann es sich um psychologische, spirituelle oder pädagogische Unterstützung handeln. Was die medizinische Grundversorgung betrifft, so ist auf erhebliche Mängel im psychiatrischen Bereich hinzuweisen. Die Versorgung in *spezifischen Bereichen* wie Zahnmedizin, Psychotherapie oder sexuelle Gesundheit muss gewährleistet sein. Im Bildungsbereich ist der Zugang zum regulären Bildungssystem entscheidend. Unter anderem muss eine sozialpädagogische Betreuung der Kinder möglich sein. Die Unterbringung muss kindergerecht sein. Die bereitgestellten Räume, Einrichtungen und Aktivitäten sollten dem Alter und der Entwicklung der Kinder entsprechen.

177 Affolter (2023).
178 BGE 131 I 166 E. 8.2.
179 BGer 8C_641/2023 E. 4.2.
180 Belser/Waldmann, Grundrechte I, S. 51.
181 Müller (2023), Nr. 31, S. 691–692.
182 Gordzielik (2020), S. 338–339.
183 Malinverni (2007), S. 432.
184 Dubey, CR-Art. 12 BV, Nr. 52.

Was die Problematik des *Aufenthaltsstatus* betrifft, so kann Artikel 12 BV kein Recht auf Aufenthalt in der Schweiz verleihen. Jedoch können nothilfebeziehende Personen ihren unter Umständen jahrelangen Aufenthalt in der Schweiz nicht an die Mindestaufenthaltsdauer anrechnen lassen, die nötig ist, um im Rahmen eines Regularisierungsverfahrens nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG eine Aufenthaltsbewilligung zu beanspruchen. Dies kann das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens beeinträchtigen.. Die Missachtung der Anforderungen von Artikel 8 EMRK für sich allein und in Verbindung mit Artikel 14 EMRK ist offensichtlich und sollte die Unmöglichkeit, ein Verfahren zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für nothilfebeziehende Personen einzuleiten, infrage stellen. Das öffentliche Interesse am Wegweisungsvollzug darf das persönliche Interesse des Kindes an einem Leben, das seiner Entwicklung vollumfänglich Rechnung trägt und das nicht ein lebenslanges Verharren in der Nothilfe in Aussicht stellt, nicht überwiegen. Dies gilt insbesondere nach einem langjährigen geduldeten Aufenthalt, dessen Dauer einem Kind doppelt so lang erscheinen kann. Die Dauer der Nothilfe sollte zumindest bei Kindern kürzer sein (flexible Dauer von zwei Jahren). Bei dieser Anpassung ist dem *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* und der entsprechenden Interessenabwägung Rechnung zu tragen.

Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Schutzbedarf von Jugendlichen in der Nothilfe anders geartet ist als derjenige von Flüchtlingen oder vorläufig Aufgenommenen. Nothilfebeziehende Personen haben in der Praxis oft nicht wirklich die Möglichkeit, in ihr Heimatland zurückzukehren, wie dies mitunter bei Flüchtlingen oder vorläufig Aufgenommenen der Fall ist.

Jugendliche, die seit Längerem von Nothilfe abhängig sind, sollen aus ihrer prekären Situation herausfinden und einen stabileren Status erlangen können. Auch wenn dem Wegweisungsvollzug eine wichtige Regulierungsfunktion in der Migrationspolitik zukommt, sollten Jugendliche in einer Notlage die Möglichkeit haben, Wege zur Regulierung ihres Aufenthalts zu finden, damit sie sich besser entwickeln können.

Der bestehende Rechtsrahmen ist unzureichend für bestimmte Situationen von abgewiesenen Asylsuchenden. Dies gilt insbesondere für Personen, bei denen praktisch keine Anhaltspunkte für einen Härtefall vorliegen (Art. 14 Abs. 2 AsylG), die aber längerfristig in der Schweiz bleiben, deren Anwesenheit faktisch seit Jahren geduldet wird und deren Abschiebung von den kantonalen Behörden nicht in Betracht gezogen wird. Bleibt diese Situation unverändert, besteht die Gefahr, dass diese Personen nachhaltig von der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Aus diesem Grund haben mehrere Kantone Pilotprojekte für abgewiesene Asylsuchende eingeführt, die erstens die Beantragung einer Ausnahmebewilligung zwecks Stellensuche und zweitens die Beantragung einer Härtefallbewilligung ermöglichen.[185] Der Bund sollte ein ähnliches Pilotprojekt für Jugendliche, die seit mehr als zwei Jahren Nothilfe beziehen und die den oben genannten Kriterien entsprechen, prüfen.

185 Vgl. insbesondere das Pilotprojekt FriRAD im Kanton Freiburg oder das Pilotprojet Vaud 14.2 im Kanton Waadt.

6. Empfehlungen

Das vorliegende Rechtsgutachten kommt zu dem Schluss, dass die gegenwärtige Situation im Bereich der Nothilfe für Kinder weder mit der KRK noch mit den weiteren genannten völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Bestimmungen vereinbar ist.

Im Zusammenhang mit Kindern setzt das Recht auf Nothilfe und Menschenwürde voraus, dass eine über das rein biologische Minimum hinausgehende Garantie besteht und dass die *soziale und kulturelle Dimension* sowie die (körperliche, geistige und soziale) *Entwicklung des Kindes* als altersspezifische Bedürfnisse berücksichtigt werden, damit andere Grundrechte (Bildung, psychische Entwicklung, soziale Teilhabe) ausgeübt werden können.

Die Praxis der Nothilfe ist auch unvereinbar mit der *immateriellen Hilfe* gemäss Artikel 12 BV, die positive Unterstützungsleistungen umfasst (Aufgabenhilfe, sozialpädagogische Unterstützung, Sprachkurse, Spiel- und Freizeitaktivitäten). Es besteht auch keine *dynamische Ausgestaltung* der angebotenen Leistungen, die es insbesondere erlauben würde, die Höhe der Nothilfe von den Lebenshaltungskosten abhängig zu machen. Und schliesslich entspricht die Nothilfe in ihrer Umsetzung nicht dem vom Gesetzgeber gewollten *zeitlichen Umfang,* denn ursprünglich war sie als Übergangslösung gedacht. Vor allem bei Kindern sollte rasch eine Annäherung der angebotenen Leistungen an die Sozialhilfe möglich sein. Die Analyse der spezifischen Bereiche Unterbringung, Bildung, Sozialleistungen und soziale Teilhabe sowie Gesundheit zeigt, dass ein Paradigmenwechsel nötig ist, damit die Nothilfe für Kinder mit völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Standards vereinbar wird. Die folgenden Empfehlungen sollen darum dazu dienen, das System der Nothilfe besser mit dem Rechtsrahmen für die Rechte des Kindes vereinbar zu machen.

6.1 Wohl des Kindes

Aus verfahrensrechtlicher Sicht sollte ausdrücklich eine Beurteilung des Kindeswohls von Amts wegen durch *Artikel 96 AIG (Ermessensausübung)* festgeschrieben werden. Dieser Artikel dient als allgemeine Bestimmung, die sich auf den Ermessensspielraum der Migrationsbehörden bezieht und die Interessen ermittelt, welche die Behörden bei ihren Entscheiden berücksichtigen müssen. Die Festschreibung der Beurteilung des Kindeswohls von Amts wegen würde eine systematische und ausführliche Beurteilung gewährleisten und die Rechte des Kindes bei asyl- oder ausländerrechtlichen Entscheiden in den Mittelpunkt stellen. Somit muss jeder Entscheid, der direkt oder indirekt ein Kind betrifft, das Wohl des betroffenen Kindes und seinen Anspruch auf rechtliches Gehör berücksichtigen. Die Behörden müssen bei jeder Interessenabwägung, die bei der Anwendung der migrationsrechtlichen Bestimmungen vorzunehmen ist, das Wohl des Kindes ins Zentrum stellen.

Aus materiellrechtlicher Sicht sollte das AIG einen neuen Artikel oder einen weiteren Buchstaben in Artikel 30 Absatz 1 AIG aufnehmen, der einer minderjährigen Person unter bestimmten Bedingungen, die sich insbesondere auf ihr Wohl beziehen, ein *eigenständiges Aufenthaltsrecht* einräumt. Nur ein originäres Recht ermöglicht es, das Kind nicht als blosses Anhängsel seiner Eltern zu betrachten, das gezwungen ist, dem sorgeberechtigten Elternteil zu folgen. Es verleiht dem Kind den Status einer eigenständigen Person.

Um dem vom Gesetzgeber gewollten vorübergehenden Charakter der Nothilfe sowie den Auswirkungen eines längerfristigen Nothilfebezugs auf die psychische Gesundheit und die Entwicklung von Kindern Rechnung zu tragen, ist es wichtig, diese minimalen Leistungen für Kinder *zeitlich zu begrenzen,* indem nach *zwei Jahren* ein Übergang von der Nothilfe in das Sozialhilfesystem für Asylsuchende vorgesehen wird.

6.2 Befähigung und Entwicklung des Kindes

Für eine einheitliche Anwendung von Artikel 19 BV sowie der beiden Artikel 28 und 29 KRK wird empfohlen, eine systematische und tägliche Beschulung von nothilfebeziehenden Kindern im *regulären Bildungssystem* sicherzustellen (obligatorische und nachobligatorische Schulbildung, Grundschulunterricht, Sprachkurse, sozialpädagogische Unterstützung und Aufgabenhilfe). In jedem Fall ist auf eine getrennte Beschulung zu verzichten.

Aufgrund der vielen Schulwechsel, die durch das System der Nothilfe bedingt sind, wird empfohlen, in den Kantonen eine *zentrale Stelle* einzurichten, um eine kontinuierliche Beschulung von Kindern in der Nothilfe zu gewährleisten. Die verschiedenen Akteure müssen über die Schwierigkeiten, mit denen nothilfebeziehende Schülerinnen und Schüler häufig konfrontiert sind, informiert werden, damit die Kontinuität gewährleistet ist.

Angesichts der beengten Verhältnisse und der Unvereinbarkeit mit den Artikeln 12 und 10 Absätze 2 und 3 BV sowie der Artikel 3, 6, 27 und 31 KRK wird empfohlen, ein nationales sozialpädagogisches Konzept auszuarbeiten für alle Nothilfestrukturen, in denen Kinder und Jugendliche untergebracht sind. Damit soll ein Umfeld geschaffen werden, das dem Lernen und der gesunden Entwicklung von Kindern förderlich ist (Lernräume, private Räume, Anwesenheit von pädagogischen Fachpersonen und nicht nur von Sicherheitspersonal in den Zentren, Spiel- und Freizeitbereiche, Treffpunkte für Jugendliche).

Um echte Zukunftsperspektiven zu schaffen, wird gestützt auf die oben genannten Pilotprojekte[186] empfohlen, den Zugang zu einer Arbeitsbewilligung und nach zwei Jahren Nothilfe eine Regulierung des Aufenthalts zu ermöglichen. Diese Projekte könnten zu einer gelockerten Härtefallpraxis führen und eine *Regulierung des Aufenthalts durch berufliche Integration* ermöglichen. Ebenso wird empfohlen, ein Recht auf Zugang zur Berufsbildung gestützt auf den neuen Artikel 30*a* VZAE zu gewähren, der seit dem 1. Mai 2024 in Kraft ist und die Bedingungen für eine Aufenthaltsregelung bei Absolvierung einer Lehre lockert (Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine Berufslehre, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller ununterbrochen während mindestens zwei Jahren die obligatorische Schule in der Schweiz besucht hat).

In Einklang mit Artikel 12 BV, der dies ausdrücklich vorsieht, sowie den Artikeln 6, 27 Absatz 1 und 31 Absatz 1 KRK wird empfohlen, nothilfebeziehenden Jugendlichen ein Mindestmass an *immaterieller Hilfe* sowie Möglichkeiten zur sozialen Teilhabe zu bieten (Kommunikationsinstrumente, Medien/Computer, ausserschulische und Freizeitaktivitäten). Ausserdem sollte Jugendlichen regelmässig ein Taschengeld bezahlt werden, da dies ein wesentliches Element zur Autonomieentwicklung ist. Generell sollte nach 18 Monaten Nothilfe die Befriedigung der Bedürfnisse nicht mehr von einer Unterstützungsbehörde abhängen. Damit die betroffenen Personen autonomer werden, sollten sie einen minimalen Spielraum erhalten.

186 Vgl. Fussnote 180.

6.3 Kindesschutz

Angesichts der alarmierenden Feststellungen im Gesundheitsbereich und im Lichte von Artikel 12 BV, der Artikel 82 und 82*a* AsylG, Artikel 92*d* KVV sowie der Artikel 12 Absatz 1 und 2 Absatz 2 des UNO-Pakts I wird empfohlen, einen echten Anspruch auf Zugang zur Gesundheitsversorgung zu schaffen durch eine bessere Anwendung der Gesetzgebung im Bereich der Krankenversicherung. Die Versicherungsdeckung sollte auch *zahnärztliche Behandlungen* sowie *psychotherapeutische und psychiatrische Behandlungen* umfassen. Dies bedeutet, bestehende technische und praktische Hürden wie fehlende Informationen, Ängste, Verzögerungen bei der Versorgung und fehlende Dolmetschdienste bei psychischer Erkrankung so weit wie möglich abzubauen. Zudem ist eine systematische Suizidprävention unumgänglich.

In den Zentren sollten Interaktionen mit anderen Kindern und ausserschulische Aktivitäten möglich sein. Es sollten auch autonome Räume für Jugendliche geschaffen werden. Von abgelegenen Standorten ist abzusehen.

Die Aufgaben im Bereich der Betreuung und Sicherheit in den Zentren sollen durch qualifiziertes Personal wahrgenommen werden. Die für die Nothilfe zuständigen Behörden und Mitarbeitenden sollen im Rahmen einer Schulung auf die Vorgaben der KRK sensibilisiert werden und in deren Umsetzung konkret miteinbezogen werden.

6.4 Governance

In Bezug auf die Governance wird empfohlen, ein *Koordinierungsinstrument* einzuführen, das es den Kindesschutzbehörden (KESB) ermöglicht, vor jedem Entscheid betreffend Kinder in der Nothilfe ein Gutachten zu erstellen, um im Einzelfall das Wohl des Kindes von Amtes wegen und ausführlich zu beurteilen. Regeln für die Koordination zwischen den verschiedenen Zivil-, Schul- und Gesundheitsbehörden sowie den Migrationsbehörden sind unerlässlich.

Da die kantonalen Systeme der Nothilfe sehr unterschiedlich sind, wird auch empfohlen, die Auslegung des Kindeswohls in den Kantonen künftig zu vereinheitlichen.

Schliesslich wird empfohlen, eine Evaluation und ein allgemeines Monitoring der Massnahmen durchzuführen.

Verwendete Literatur

Affolter Rahel (2023), La protection des droits de l'enfant en droit suisse des étrangers: état des lieux et portentiel de progression, in: Achermann Alberto, Amarelle Cesla, Boillet Véronique, Caroni Martina, Epiney Astrid, Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, Bern, S. 23 – 49.

Büchler Andrea/Krummen David/Mullis Annina/Weber Florian/djb-Autor*innenkollektiv (2019), Anwesenheitspflicht in Kollektivunterkünften ist unzulässig. Zur Asylsozialhilfe-, Nothilfe- und Gesundheitsweisung für Personen des Asylbereichs im Kanton Bern.

Biggler-Eggenberger Margrith (2008), Art. 12 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Valtender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich, S. 289 – 305.

Brazelton Berry/Greenspan Stanley (2002), Die sieben Grundbedürfnisse von Kindern: Was jedes Kind braucht, um gesund aufzuwachsen, gut zu lernen und glücklich zu sein, Weinheim/Basel.

Chapman Audrey/Carbonetti Benjamin (2011), Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups. The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly, vol. 33/3, S. 682 – 732.

Chatton Gregor (2013), Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genf.

Coullery Pascal (2019), Der Verfassungsanspruch auf existenzsichernde Leistungen, in: Jusletter vom 25. März.

Coullery Pascal/Mewes Nathalie (2021), Sozialhilferecht, in: Müller Markus/Feller Reto (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, Bern, S. 743 – 759.

Dubey Jacques (2021), Art. 12 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Basel.

Dubey Jacques (2018), Droits fondamentaux, Vol. II, Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Basel.

Dupont Anne-Sylvie (2020), La Constitution sociale, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Droit constitutionnel suisse, Zürich/Basel/Genf, S. 2091 – 2119.

Dupont Anne-Sylvie/Burgat Sabrina/Hotz Sandra/Lévy Mélanie (2022), Le droit à la santé, une perspective de droit comparé: la Suisse, Service de Recherche du Parlement européen, Brüssel.

Gächter Thomas/Werder Gregory (2015), Art. 12 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel.

Gordzielik Teresia (2020), Sozialhilfe im Asylbereich, Zürich.

Gordzielik Teresia (2016), Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz, in: Jusletter vom 14. März.

Grasdorf-Meyer Tobias/Ott Lisa/Vetterli Luzia (2021), Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Bern.

Guy-Ecabert Christine (2016), La parole de l'enfant dans la procédure, un défi pour le juge contemporain, in: Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea/Cottier Michelle (Hrsg.), La pratique du droit de la famille, S. 369 – 383.

Heri Corina (2021), Responsive Human Rights Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR, Oxford.

Hertig Randall Maya (2019), Comment determiner le minimum pour une vie décente? Inspirations de la jurisprudence allemande, in: Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genf, S. 145 – 158.

Hertig Randall Maya/Chatton Gregor (2016), Les droits sociaux en Suisse, in: Wojtyczek Krzysztof (Hrsg.), Social Rights as Fundamental Rights. Le XIXe Congrès international de droit comparé, Den Haag, S. 383 ff.

Hruschka Constantin, Art. 82 AsylG, in: Spescha Marc/Zünd Andreas/Bolzli Peter/de Weck Fanny/Priuli Valerio (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, 2019, S. 803 – 808.

Kaempfer Constance (2023), Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses, s.l.

Kälin Walter/Achermann Alberto/Künzli Jörg (2012), Vereinbarkeit von Nothilfe für Asylsuchende mit Völker- und Verfassungsrecht? Gutachten zur nationalrätlichen Fassung von Art. 82 Abs. 1 Asylgesetz.

Künzli Jörg/Eugster Anja/Spring Alexander (2014), Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht. Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Bern.

Lansdown Gerison/Vaghri Ziba (2022), Art. 28: The Right to Education, in: Vaghri Ziba/Zermatten Jean/Lansdown Gerison/Ruggiero Roberta (Hrsg.), Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child, Cham, S. 247 – 256.

Lehnert Matthias, Art. 3 EMRK (2023), in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, Baden-Baden.

Leibholz Gerhard/Rinck Hans-Justus (2013), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Köln.

Mader Luzius (1999), Die Sozial- und Umweltverfassung, AJP, S. 698 ff.

Mahon Pascal (2015), Droit constitutionnel, vol. II, Basel.

Mahon Pascal (2003), Art. 11 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/ Basel/Genf.

Mahon Pascal (2003), Art. 12 BV, in: Aubert Jean-François/Mahon Pascal (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/ Basel/Genf.

Malinverni Giorgio (2007), L'interprétation jurisprudentielle du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse. Droits de l'homme, démocratie, État de droit, Zürich/St. Gallen, S. 427 – 436.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre (2021), Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'État, 4ème éd., Bern.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel (2004), La réglementation des décisions de non-entrée en matière dans le domaine du droit d'asile – Aspects constitutionnels, PJA, S. 1348 – 1354.

Miaz Jonathan/Schmid Evelyne/Niederhauser Matthieu/Kaempfer Constance/Maggetti Martino (2024), Engaging with Human Rights. How Subnational Actors Use Human Rights Treaties in Policy Processes, Cham.

Moeckli Daniel/Kiener Regina (2018), Hilfe in Notlagen nur bei Anwesenheit in der Notunterkunft? Zum Recht auf Nothilfe von weggewiesenen Asylsuchenden, ZBl 119/2018, S. 507 – 533.

Motz Stephanie/Nufer Seraina (2013), Die Rechte von Kindern in Nothilfe, in: Jusletter vom 18. März.

Müller Lucien (2023), Art. 12, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich, S. 676 – 698.

Müller Jörg Paul (1982), Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern.

Schefer Markus (2001), Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern.

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

Schmahl Stefanie (2013), Kinderrechtskonvention, mit Zusatzprotokollen: Handkommentar. Baden-Baden.

Schmid Evelyne (2016), Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, RDS I, S. 3 – 25.

Stalder Martin/Spadarotto Claudio (2019), Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus-)Wege, Perspektiven, Studie, Eidgenössische Migrationskommission, Bern.

Steffen Gabrielle (2018), Soins essentiels. Un droit fondamental qui transcende les frontières?, Basel.

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

Tobin John (2015), Understanding Children's Rights: A Vision beyond Vulnerability, Nordic Journal of International Law, vol. 84, S. 155 – 182.

Vaghri Ziba/Zermatten Jean/Lansdown Gerison/Ruggiero Roberta (Hrsg.) (2022), Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child, Cham.

Vandenhole Wouter/Türkelli Gamze Erdem/Lembrechts Sara (2019), Children's rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols, Cheltenham.

Wizent Guido (2014), Die Sozialhilfrechtliche Bedürftigkeit – Ein Handbuch, Zürich/St. Gallen.

Wyttenbach Judith (2017), Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten. Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zürich: Dike, Baden-Baden: Nomos.

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

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

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

Berichte und Dokumente

Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 20, Nichtdiskriminierung bei den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, 2. Juli 2009, E/C.12/GC/20.

Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Recht auf ein Höchstmass an Gesundheit (Art. 12), 11. August 2000, CESCR/GC/14.

Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 7, Recht auf angemessenen Wohnraum (Art. 11 Abs. 1 des Pakts): Zwangsräumungen, 16. Mai 1997, E/1998/22, Anhang IV.

Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 3, Natur der Verpflichtungen der Vertragsstaaten, 14. Dezember 1990, E/1991/23.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, Schlussbemerkungen zum fünften und sechsten Staatenbericht der Schweiz, 27. Oktober 2021, CRC/C/CHE/CO/5-6.

Ausschuss für die Rechte des Kindes (2019), Schlussbemerkungen zum zweiten bis vierten Staatenbericht der Schweiz, in einem Dokument unterbreitet, 26. Februar 2015, CRC/CHE/CO/2-4.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 20, Kinderrechte in der Jugend, 6. Dezember 2016, CRC/C/GC/20.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 17, Recht des Kindes auf Ruhe, Freizeit, Spiel, aktive Erholung sowie auf Teilnahme am kulturellen und künstlerischen Leben, 17. April 2013, CRC/C/GC/17.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Recht des Kindes auf Berücksichtigung seines Wohls als ein vorrangiger Gesichtspunkt, 29. Mai 2013, CRC/C/GC/14.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Behandlung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder ausserhalb ihres Herkunftslandes, 1. September 2005, CRC/GC/2005/6.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 1, Die Ziele der Bildung, 17. April 2001, CRC/GC/2001/1.

Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Empfehlung Nr. 35 zur Aktualisierung der Allgemeinen Empfehlung Nr. 19, Geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen, 26. Juli 2017, CEDAW/C/GC/35.

Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Empfehlung Nr. 24, Artikel 12 des Übereinkommens (Frauen und Gesundheit), 1999, CEDAW/GR/24, A/54/38/Rev. 1.

Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) (2022). Überprüfung der Rückkehrzentren des Kantons Bern durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) Mai – August 2021, 30. November 2021, Stand März 2022.

Le régime d’aide d’urgence et les droits de l’enfant

Avis de droit et étude de conformité à la lumière de la Constitution fédérale suisse et de la Convention relative aux droits de l’enfant

Étude mandatée par la Commission fédérale des migrations CFM

Cesla Amarelle et Nesa Zimmermann, Université de Neuchâtel

Septembre 2024

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

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

Impressum

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

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

Rédaction
Bettina Looser, Pascal Fendrich, Christian Wyler

Relecture
Marie-Claude Mayr, Florian Mayr

Illustration de couverture
© CFM / Cecilia Bozzoli

Graphisme
Cavelti AG. Marken. Digital und gedruckt, Gossau

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

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

© CFM / Septembre 2024

Table des matières

Introduction générale **5**

1. Les différentes bases juridiques pertinentes **6**

2. L'aide d'urgence **8**
2.1 Contexte et historique 8
2.2 Appréciation critique de l'article 12 de la Constitution fédérale 9
2.3 Caractéristiques de l'aide d'urgence 10

3. La protection découlant des instruments internationaux **12**
3.1 Considérations générales 12
3.2 Dispositions spécifiques 13

4. Prestations de l'aide d'urgence et leur appréciation juridique **16**
4.1 Hébergement 16
4.2 Scolarisation 18
4.3 Prestations sociales et socialisation 19
4.4 Santé 21

5. Appréciation et enjeux **23**

6. Recommandations **25**
6.1 Intérêt supérieur de l'enfant 25
6.2 Mise en capacité et développement de l'enfant 26
6.3 Protection de l'enfant 27
6.4 Gouvernance 27

Bibliographie **28**

Rapports et documents **31**

Introduction générale

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

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

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

Compte tenu de ces constats documentés, la CFM a mandaté en avril 2024 les soussignées pour compléter l'étude susmentionnée par une analyse juridique. Ce complément paraît utile et nécessaire pour obtenir une vue d'ensemble de la situation juridique qui pourra nourrir les discussions politiques et juridiques au sujet de la situation des enfants soumis au régime de l'aide d'urgence. Compte tenu des limites imparties, la présente analyse a pour but de donner une vue d'ensemble juridique générale au plan suisse et de formuler des recommandations d'action et des pistes législatives dans la perspective d'assurer le respect des garanties découlant de la Constitution fédérale et du droit international des droits de l'enfant.

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

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

1 Lannen/Paz Castro/Sieber.

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

1. Les différentes bases juridiques pertinentes

La notion d'aide d'urgence (*Nothilfe*) fait référence à l'aide accordée à toute personne qui est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien. Celle-ci doit lui permettre de recevoir les moyens nécessaires pour mener une existence conforme à la dignité humaine[3]. Il s'agit donc d'une aide aussi bien minimale que subsidiaire, accordée aux personnes qui sont exclues de l'aide sociale, notamment en raison de la législation sur les étrangers. En effet, si le domaine de l'aide sociale relève de la compétence cantonale, la législation fédérale intervient de manière ponctuelle, en vertu de la compétence fédérale en matière de droit des étrangers et du droit de l'asile[4].

Ainsi, au cours des vingt dernières années, des réformes successives ont conduit à exclure certaines catégories de personnes de l'aide sociale. Depuis l'entrée en vigueur du programme d'allégement budgétaire 2003, les personnes étrangères frappées d'une décision de non-entrée en matière (NEM) exécutoire en vertu des articles 31a LAsi sont exclues des dispositions de la loi sur l'asile relatives à l'aide sociale et donc soumises à l'aide d'urgence depuis le 1er avril 2004[5]. Depuis 2008, la suppression de l'aide sociale frappe également les personnes dont la décision négative d'asile et de renvoi est entrée en force et auxquelles un délai de départ a été imparti (art. 82 al. 1 LAsi)[6]. L'exclusion de l'aide sociale prévaut même durant une procédure de recours extraordinaire, en cas de demandes multiples ou encore lorsque l'exécution du renvoi est suspendue (application par analogie de l'art. 82 al. 1 et 2 LAsi)[7]. Par ailleurs, les personnes qui se sont vues notifier une décision de renvoi ou les personnes sans statut de séjour (sans-papiers) sont également soumises à l'aide d'urgence.

Ces exclusions limitent considérablement la marge de manœuvre des cantons dans le domaine de l'aide sociale et de l'aide d'urgence, qui relève pourtant de leur compétence. Le droit fédéral contient encore d'autres prescriptions, ayant cette fois-ci trait aux montants accordés. D'une part, il détermine que le montant de l'aide sociale accordée aux personnes en procédure d'asile doit être inférieur à celui accordé aux personnes résidant avec un statut régulier en Suisse (art. 82 al. 3 LAsi). D'autre part, il prévoit que le montant de l'aide d'urgence doit être à son tour inférieur au montant de l'aide sociale accordée aux requérants d'asile (art. 82 al. 4 LAsi). Les cantons ne peuvent déroger à cette règle[8]. À l'intérieur de ce cadre posé par le droit fédéral, et en vertu de leur compétence en matière d'aide sociale, les cantons restent néanmoins libres de déterminer tant le contenu que les modalités de l'aide d'urgence[9].

Si l'article 82 LAsi plafonne l'aide accordée[10], il existe à l'inverse aussi un certain nombre de garanties minimales découlant du droit fédéral et international qui doivent être respectées. La disposition centrale à cet égard est à l'article 12 de la Constitution fédérale (Cst. féd.), qui garantit le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse[11]. Cette disposition codifie un « droit à des conditions minimales d'existence » *(Recht auf Existenzsicherung)* qui avait d'abord été reconnu par le Tribunal fédéral comme droit constitutionnel non écrit[12]. Formulé comme une aide dans des situations de détresse, expression qui souligne le caractère minimal de cette aide, il constitue néanmoins un *droit social à part entière*[13]. Ainsi, il garantit des prestations minimales, dont le caractère est en principe transitoire, visant à assurer à tout être humain une « survie décente »[14]. Cette disposition est directement applicable, à savoir

3 Gächter/Werder, BSK-art. 12 Cst. féd., nos 1 et 9.
4 Art. 121 al. 1 Cst. féd.
5 ATF 131 I 166 consid. 8.
6 RO 2006 4745 ; FF 2002 6359.
7 SEM, Manuel Article H2, Les voies de droit extraordinaires et les demandes multiples, p. 3.
8 Hruschka, art. 82 AsylG, nos 8 – 12.
9 Voir p. ex. ATF 137 I 113 consid. 3.1 ; ATF 135 I 119 consid. 5.3 ; voir aussi Hruschka, art. 82 AsylG, no 1.
10 Voir toutefois l'art. 83 al. 3bis LAsi contenant l'obligation de tenir compte, dans le contexte de l'hébergement, des besoins particuiliers des personnes mineures non accompagnées et des familles. Voir aussi *infra*, ch. 4.
11 Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101).
12 ATF 121 I 367 consid. 2a – 2d ; voir aussi *infra*, ch. 3.
13 Mahon, PC-art. 12 Cst. féd., no 3.
14 ATF 139 I 272 consid. 3.2.

qu'elle confère des prétentions juridiques *(Rechtsansprüche)* qui peuvent être invoquées devant un tribunal[15]. Nous développerons par la suite plus en détail le contenu exact de l'article 12 Cst. féd. (ch. 3).

Avant cela, il convient de préciser que l'article 12 Cst. féd. interagit avec d'autres dispositions découlant du droit constitutionnel fédéral et du droit international des droits humains, qui, pour certains, accordent une protection additionnelle. Pour ce qui est de la Constitution fédérale, il s'agit spécifiquement de l'article 7 consacrant la protection de la dignité humaine et de l'article 10 protégeant la vie et l'intégrité physique et psychique ainsi que, pour ce qui est des personnes mineures, de l'article 11 à propos de la protection des jeunes et des enfants[16] et de l'article 19 accordant le droit à un enseignement de base. Sur le plan international, des garanties fondamentales découlent d'instruments internationaux de protection des droits humains, avant tout la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)[17] et les Pactes ONU I[18] et ONU II[19] ainsi que, s'agissant des personnes mineures, la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)[20]. Nous approfondirons la portée de ces dispositions ci-dessous (ch. 3 et ch. 4).

15 Gächter/Werder, BSK-art. 12 Cst. féd., nos 6 et 12 – 14.
16 À propos de la portée de cet article, voir en particulier Wyttenbach (2006).
17 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), du 4 novembre 1950 (RS 0.101).
18 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1).
19 Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).
20 Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

2. L'aide d'urgence

2.1 Contexte et historique

La genèse de l'aide d'urgence fait apparaître trois étapes clés dont les deux premières sont d'origine jurisprudentielle. Dès 1914, le Tribunal fédéral admet dans une affaire touchant à une ressortissante italienne indigente que les personnes étrangères ont droit, en cas de maladie (physique ou mentale) en Suisse, à l'aide et aux soins médicaux, et, en cas de décès, à l'inhumation au même titre que les citoyens suisses jusqu'à ce que leur retour puisse se faire sans danger pour leur santé ou celle d'autrui et sans qu'il puisse être exigé du pays d'origine un dédommagement pour les dépenses en question[21]. L'obligation de la Suisse de fournir ces prestations gratuites relève du devoir de l'État et est aussi établie par le droit international public[22]. Elle ne constitue pas pour autant un droit subjectif pouvant être invoqué sur la base de la Constitution de 1874. Cette dernière se limite en effet à régler des conflits négatifs de compétences entre cantons sur la base de l'article 48 al. 1 a Cst. féd.[23].

C'est dans un arrêt de principe de 1995 que la Haute Cour reconnaît un *droit constitutionnel non-écrit* à des conditions minimales d'existence pour toute personne étrangère, indépendamment de son statut migratoire[24]. À cette occasion, le Tribunal fédéral qualifie ce droit de « composante indispensable d'un État démocratique fondé sur le droit »[25]. En procédant de la sorte, le Tribunal fédéral ne se limite plus à constater un *devoir d'assistance de l'État* mais consacre véritablement un *droit social à part entière* permettant aux justiciables d'obtenir des prestations positives de la part de l'État comme condition préalable à l'« épanouissement humain ». Celles-ci sont déduites directement de la Constitution contrairement aux autres buts sociaux (art. 41 al. 4 Cst. féd.)[26]. Cette jurisprudence ne va pas manquer d'influencer les travaux préparatoires de la nouvelle Constitution.

Au cours de la révision totale de la Constitution de 1874, le projet de 1996 prévoit dans un article 10 un « *droit à des conditions minimales d'existence* » pour toute personne dans le besoin et intègre un « *droit d'être aidé et assisté et recevoir les moyens sans lesquels il ne peut mener une existence conforme à la dignité humaine* »[27]. En définitive, l'article 12 de la nouvelle Constitution de 1999 va consacrer l'*aide d'urgence*[28] en tant que droit fondamental étroitement lié au respect de la *dignité humaine* garantie par l'article 7 Cst. féd. et octroyant un soutien dans des *situations de détresse*[29]. En indiquant qu'elle touche à toute personne qui « *n'est pas en mesure de subvenir à son entretien* », la Constitution conditionne cette aide de manière *subsidiaire* comme dernier filet de sécurité lorsque les démarches individuelles et les autres prestations étatiques ne sont pas accessibles[30]. Ce droit est également relié à la notion de *survie* et de *décence*[31], son but étant d'assurer que personne ne soit « abandonné à la rue et réduit à la mendicité »[32].

21 ATF 40 I 409 consid. 2 et 3.
22 Cf. en particulier les articles 11, 9 et 12 du Pacte ONU I. Concernant les réserves du Tribunal fédéral relatives à l'applicabilité directe de ces dispositions, cf. notamment ATF 136 I 290 consid. 2.3.1. Pour le surplus, cf. ch. 4.
23 Dubey, CR-art. 12 Cst. féd., nº 1.
24 ATF 121 I 367 consid. 2a – 2d. Il s'agissait ici d'anciens réfugiés qui refusaient de présenter dans leur pays d'origine une requête de réintégration de leur nationalité. Cette jurisprudence a par la suite été confirmée par les ATF 122 I 101 et 122 II 193.
25 ATF 121 I 367 consid. 2 b.
26 ATF 121 I 367 consid. 2c. Cf. également Dubey, CR-art. 12 Cst. féd., nº 2.
27 Message relative à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, p. 151 – 154. Cf. également art. 9 al. 3 AP 95.
28 FF 1997 I 153.
29 ATF 142 I 1 consid. 7.2 ; ATF 139 I 272 consid. 3.2 et les arrêts cités.
30 ATF 139 I 218 consid. 5.3 ; ATF 142 I 1 consid. 7.2.1. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral considère que l'imputation du salaire d'un apprenti sur des prestations d'aide n'est pas criticable. Cf. TF 8C_717/2022 consid. 10.1.2 et les références citées.
31 FF 1997 I 153 ; Schefer (2001), p. 338 s. En allemand, il s'agit de la notion « um überleben zu können » et « Überlebenshilfe », voir ATF 130 I 71 consid. 4.1 ; ATF 131 I 166 consid. 8.2.
32 ATF 139 I 272 consid. 3.2.

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

L'article 12 Cst. féd. contient de nombreuses notions juridiques indéterminées (par ex. : « détresse », « existence conforme à la dignité humaine ») dont la mise en œuvre dépend de la jurisprudence du Tribunal fédéral[33]. Dans le cadre de l'interprétation de cette nouvelle disposition, la Haute Cour adopte une *approche restrictive*. D'un point de vue constitutionnel, elle va examiner la question de savoir si le versement de l'aide d'urgence prévue à l'article 12 Cst. féd. peut être subordonné à la condition ou à la charge que les personnes étrangères qui demandent de l'aide remplissent des obligations de coopération qui leur incombent en vertu du droit des étrangers. La Haute Cour va ainsi préciser en 2005 que les requérants d'asile qui ont fait l'objet d'une décision de non-entrée en matière ne peuvent pas être privés – même partiellement – de l'aide d'urgence pour le motif qu'ils ont manqué à leur devoir de collaborer lors de l'exécution du renvoi[34]. En d'autres termes, les manquements aux obligations du droit des étrangers ne peuvent supprimer le droit fondamental à l'aide dans des situations de détresse selon l'article 12 Cst. féd., qui est indépendant de toute considération financière ou administrative[35]. Il s'agit d'un *noyau intangible* et incompressible en congruence avec le contenu essentiel du droit fondamental concerné[36].

Pour le surplus, le Tribunal fédéral reste sur la retenue pour préciser les contours de l'aide d'urgence, en particulier s'agissant de l'étendue des prestations fournies par les cantons[37]. En décrivant cette aide comme se limitant au strict nécessaire et une simple « aide à la survie », il réduit la garantie de l'aide d'urgence à un minimum vital du point de vue biologique et physique[38]. Les ressources minimales indiquées concernent donc uniquement la nourriture, le logement, les vêtements, les produits d'hygiène et les soins médicaux de base. Cette interprétation ne prend pas en compte le niveau de prestations plus élevées voulues par l'article 12 Cst. féd., en particulier la question de l'aide immatérielle (« droit d'être aidé et assisté ») qui se réfère aux contacts sociaux.

En outre, cette lecture est en deçà de la référence à la notion de dignité humaine figurant à l'article 12 Cst. féd. laquelle commande d'étendre l'aide d'urgence à d'autres points de rattachement constitutionnels. Si le principe constitutionnel de la dignité humaine (art. 7 Cst. féd.) garantit à chaque personne ce qu'elle est en droit d'attendre de la collectivité en raison de son humanité, elle inscrit dans son action le droit à la vie en tant qu'élément central de la liberté personnelle, qui ne serait plus garanti si les conditions minimales de survie n'étaient pas assurées[39]. Entrent également en ligne de compte la liberté personnelle en tant que garantie de toutes les manifestations élémentaires de l'épanouissement de la personnalité et le principe d'égalité, qui aurait également pour fonction de garantir une justice matérielle minimale.

Enfin, le principe de dignité est également rattaché à la disposition constitutionnelle de l'article 48 al. 1 Cst. féd. selon laquelle les personnes dans le besoin doivent bénéficier de l'aide sociale[40]. Le Tribunal fédéral n'a toutefois jamais fixé de limites temporelles à l'aide d'urgence. Par ailleurs, et bien que le Tribunal fédéral reste encore réservé sur une interprétation plus systématique, la doctrine s'appuie sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande pour préciser que le principe de dignité consacré à l'article 7 Cst. féd. devrait prendre en compte la dimension biologique, mais également les aspects relationnels et sociaux de l'être humain. Les formes graves et durables d'exclusion sociale et culturelle constituent une atteinte à la dignité humaine car elles participent à nier le caractère de sujet humain d'une personne[41]. Dans le cadre d'enfants, le droit à l'aide d'urgence suppose d'aller au-delà d'un minimum purement biologique et de prendre en compte la dimension sociale de l'enfant dans le cadre de son développement. Ainsi, des mesures minimales concernant la vie sociale, culturelle et politique doivent être prises en compte dans le cadre de la dignité humaine[42].

33 Coullery/Mewes (2021), p. 743-759, spéc. p. 749.
34 ATF 131 I 166 consid. 1-7.
35 ATF 142 I 1 consid. 7.2.1. et les arrêts cités.
36 ATF 131 I 166 consid. 8.2 ; TF 2C_798/2021 consid. 4.2 et 6.5.2.
37 ATF 131 I 166 ; ATF 139 I 272 consid. 3.2 ; TF 7B_16/2023 consid. 4.
38 ATF 142 V 513.
39 ATF 146 I 1 consid. 5.1 et les références citées.
40 ATF 121 I 367 consid. 2c et 2d.
41 Coullery (2019), p. 4 ; Leibholz/Rinck (2013), nº 2.
42 Cf. également les articles 27, 28, 29 et 31 CDE.

En outre, l'interprétation restrictive du Tribunal fédéral ignore l'article 11 Cst. féd. qui s'inscrit dans le cadre normatif des droits et buts sociaux en faveur de la jeunesse (« protection particulière des enfants et des jeunes concernant leur intégrité et l'encouragement à leur développement ») et qui a justement été introduit dans le but de consacrer les droits de l'enfant émanant de la CDE[43]. À la lumière de cet article, le catalogue des prestations de l'aide d'urgence ne peut se limiter au seul minimum vital biologique et physique. L'article 12 Cst. féd. doit prendre en compte le droit à un minimum d'intégration sociale et des possibilités de participation à la vie sociale en tant que cadre normatif social fondamental[44].

2.3 Caractéristiques de l'aide d'urgence

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

Aide transitoire (Überbrückungshilfe) et temporalités. L'aide d'urgence est temporaire et est supposée s'arrêter lorsque la personne sort de la situation de détresse[45]. Par définition, elle a en principe un *caractère transitoire*[46]. L'article 12 Cst. féd. ne vise qu'une aide minimale – à savoir un filet de protection *temporaire* pour les personnes qui ne trouvent aucune protection dans le cadre des institutions sociales existantes – pour mener une existence conforme à la dignité humaine. En pratique, l'aide d'urgence peut durer aussi longtemps que la personne satisfait aux critères de l'article 12 Cst. féd., soit durant la période nécessaire à la préparation et l'exécution de son renvoi de Suisse[47]. Les personnes qui touchent l'aide d'urgence sont des personnes soumises à l'interdiction de travailler, en particulier les requérants d'asile déboutés[48]. Toutefois, il importe de relever qu'en cas de très long séjour – il peut s'agir de 15 ans selon la jurisprudence – d'une personne dépendante de l'aide d'urgence, l'obtention d'une autorisation de séjour pour l'exercice d'une activité lucrative est exceptionnellement possible. Le Tribunal fédéral considère en effet que l'interdiction de travailler et l'impossibilité d'organiser son mode de vie sur le long terme se heurte aux limites de l'admissible conformément à l'article 8 CEDH[49].

Concernant les *temporalités*, un arrêt récent du Tribunal fédéral s'est penché sur les différences d'aide sociale octroyées aux personnes étrangères en particulier aux personnes admises provisoirements. À ce propos, la Haute Cour admet que le traitement différencié de divers groupes de personnes, dans la mesure où des raisons objectives ou les circonstances de fait font apparaître une différenciation comme nécessaire, n'est pas problématique en soi et est conforme à la Constitution[50]. Aussi, les personnes admises à titre provisoire peuvent disposer d'un taux d'aide sociale inférieur à celui de la population résidante en Suisse de manière régulière, indépendamment de la durée du séjour. Dans cette même affaire, les autorités cantonales bernoises ont toutefois admis qu'un rapprochement de l'aide sociale octroyée aux admis provisoires avec les besoins de base des personnes résidantes en Suisse et des réfugiés s'imposait après l'écoulement de dix ans. Ainsi, la réduction du taux pour les besoins de base sous le statut légal de l'admission provisoire devait passer de 30 % à environ 15 % après dix ans[51]. Si une différenciation peut être admise en fonction du statut migratoire et si l'octroi de prestations minimales se justifient en vue de réduire l'incitation à rester en Suisse, l'écoulement des dix ans devrait logiquement aussi permettre de réduire les différences entre l'aide sociale et l'aide d'urgence. Par ailleurs, il importe de relever que, pour les enfants, la perception de la durée du temps est subjective. Plus un enfant est jeune, plus il a l'impression que la durée vécue est longue[52]. Le rapprochement de l'aide d'urgence avec l'aide sociale devrait pour eux pouvoir se faire plus rapidement.

43 Cette disposition est complémentaire de l'article 41 I f et g Cst. féd. Cf. Mahon, PC-art. 11 Cst. féd. ; Mader (1999), p. 698.
44 En ce sens, Coullery (2019), p. 21 – 22.
45 ATF 136 I 166 consid. 8.2 ; ATF 121 I 367 consid. 2d ; ATF 130 I 71 consid. 4.1 ; ATF 131 I 166 consid. 8.2 ; ATF 142 I 1 consid. 7.2.1.
46 ATF 142 I 1 consid. 7.2.1.
47 Malinverni/Hottelier (2004), p. 1353.
48 Cf. article 115 al. 1 let. C LEI.
49 ATF 136 I 246. Cf. Grasdorf-Meyer/Ott/Vetterli, n° 936, p. 256.
50 TF 8C_641/2023 consid. 5.3.
51 TF 8C_641/2023 consid. 4.2.
52 Lannen/Paz Castro/Sieber.

Aide adaptée aux besoins spécifiques. Les règles de portée générale fixant l'aide d'urgence servent à légitimer cette dernière sur le plan démocratique et dans le respect de l'État de droit, ainsi qu'à garantir son application équitable et non arbitraire. Elles ne dispensent toutefois pas les autorités d'examiner chaque cas particulier, selon les circonstances concrètes, et de s'écarter des règles générales si nécessaire[53]. L'ampleur et les modalités de l'aide doivent être en adéquation avec le contexte individuel et social de chaque situation[54]. Le Tribunal fédéral admet au titre des différenciations acceptables le critère de l'*âge*, de l'*état de santé* ou du *statut*[55]. Ainsi, le contenu de l'aide d'urgence doit impérativement prendre en compte les besoins spécifiques des enfants ancrés au plan constitutionnel à l'article 11 Cst. féd. afin de considérer leur développement. Toutefois, la formulation très générale de cette disposition ne garantit pas toujours des droits spécifiques[56]. Il apparaît que les soins médicaux de base dépendent de l'état de santé individuel du bénéficiaire ou qu'un nourrisson n'a pas les mêmes exigences en matière de nourriture qu'un adolescent en pleine croissance ou qu'une personne âgée[57].

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

Forme d'aide matérielle et immatérielle. L'énumération des besoins fondamentaux couverts par l'aide d'urgence est bien souvent décrite comme uniquement matérielle. Des formes d'aides *immatérielles* telles que le « droit d'être aidé et assisté », consacré expressément dans l'article 12 Cst. féd., ne sont jamais vraiment spécifiées ni réalisées[58].

Plus le niveau de vie général est élevé, plus le minimum garanti au titre de l'aide d'urgence est élevé. Selon la jurisprudence, le contenu de l'aide d'urgence dépend du niveau général de la vie en société, notamment du coût de la vie[59]. Aide sociale et aide d'urgence partagent en principe une *conception dynamique* et non statique des prestations offertes. Ainsi, l'ensemble des prestations sociales ont augmenté au cours de ces vingt dernières années alors que les montants dévolus à l'aide d'urgence n'ont pas été modifiés. Le montant de base forfaitaire du minimum vital en droit des poursuites qui prend en compte l'alimentation, les vêtements et le logement est passé de CHF 1010.– avant mai 2000 à CHF 1200.– en 2024. Les assurances sociales bénéficient quant à elles du principe d'adaptation systématique du minimum vital prévalant dans l'AVS/AI/PC et les allocations familiales. La situation patrimoniale des différents groupes sociaux doit pouvoir se baser sur des critères similaires au risque de violer le principe d'égalité des droits au sens de l'article 8 Cst. féd.

53 TF 8C_798/2021 consid. 6.5.1.
54 Cf. notamment Steffen (2015), p. 8 ; Mahon (2015), p. 330.
55 ATF 131 I 166 consid. 8.2.
56 ATF 144 II I consid. 5.
57 Hertig Randall (2019), p. 148.
58 Hertig Randall (2019), p. 148 ; Gächter/Werder, BSK-art. 12 Cst. féd., nº 3.

59 ATF 131 I 166 consid. 8.2.

3. La protection découlant des instruments internationaux

3.1 Considérations générales

La règlementation fédérale et cantonale en matière d'aide d'urgence doit également respecter les garanties découlant d'instruments internationaux contraignants pour la Suisse. Si tous les traités de droits humains ratifiés par la Suisse contiennent des garanties potentiellement pertinentes pour la question des enfants sous le régime de l'aide d'urgence, nous nous limiterons par la suite à en détailler les plus importants, à savoir la CEDH, les Pactes ONU I et ONU II et la CDE. Par ailleurs, notre focus porte non pas sur la compatibilité de l'aide d'urgence avec ces garanties de manière générale[60], mais spécifiquement en lien avec les enfants[61].

En vertu du système juridique suisse, qui est de tradition moniste, les traités ratifiés par la Suisse et entrés en vigueur font partie intégrante du droit suisse, sans que l'on doive d'abord passer par une transposition[62]. En revanche, seules les normes considérées comme justiciables ou directement applicables (« self-executing ») peuvent être directement invoquées devant les tribunaux[63]. Les autres textes, jugés programmatiques, s'adressent en premier lieu au législateur[64]. En fonction de la répartition des compétences internes, ces obligations de légiférer incomberont soit au législateur fédéral, soit au législateur cantonal, voire aux deux[65]. En d'autres termes, les obligations programmatiques ne lient pas moins la Suisse : les autorités législatives sont tenues de les mettre en œuvre, faute de quoi la Suisse viole ses obligations internationales. En effet, sur le plan international – par exemple dans le cadre des procédures de suivi de traités internationaux – la Suisse répond aussi bien de ses manquements aux normes jugées programmatiques qu'aux normes considérées comme directement applicables[66].

La question de savoir si une norme est programmatique relève de son interprétation et fait l'objet de controverses. Par exemple, l'approche restrictive du Tribunal fédéral s'agissant des droits économiques et sociaux, qu'il considère généralement comme étant programmatiques, a régulièrement été critiquée[67]. Néanmoins, même lorsqu'elles sont programmatiques, les normes ont une certaine influence sur l'interprétation du droit interne. Ainsi, le Tribunal fédéral a souligné que « [l]e fait qu'un traité international ne soit pas d'application directe n'implique pourtant nullement que le juge puisse simplement ignorer son existence. Il en va spécialement ainsi dans les matières relatives aux droits de l'homme, qui plus est dans un domaine où l'on a affaire à des personnes en état de faiblesse, par exemple au regard de leur âge »[68]. Cet aspect rejoint ce que la doctrine appelle la « dimension accompagnatrice » *(flankierende Normschicht)* d'un droit fondamental[69]. Ainsi, pour interpréter les droits découlant de l'article 12 Cst. féd., les tribunaux peuvent – et doivent – tenir compte de l'ensemble des normes internationales liant la Suisse, y compris lorsque celles-ci ne constituent pas un texte directement applicable[70]. Ces normes nécessitent à leur tour d'être interprétées pour déterminer leur portée et contenu exact. À ce propos, le travail des organes de traités, chargés par les États de la supervision et de la surveillance d'un traité, revêt une importance considérable[71].

60 Pour une analyse plus générale, voir Kälin/Achermann/Künzli (2012).
61 Pour une analyse plus ancienne du même sujet, voir Motz/Nufer (2013).
62 Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (2021), n° 1094.
63 Le Tribunal fédéral utilise les notions de justiciabilité et d'applicabilité directe comme synonymes. Pour des questions de compréhensibilité, nous faisons ici de même. Notons cependant que cette approche est réductrice : en effet, des normes non directement applicables jouent également un certain rôle dans des procédures judiciaires, notamment pour l'interprétation d'autres normes (« flankierende Normschicht ») et peuvent, en ce sens, être considérées comme justiciables : voir Miaz/Schmid/Niederhauser/Kaempfer/Maggetti (2024), p. 7 – 8 ; Zimmermann (2023), p. 214 – 217.
64 Künzli/Eugster/Spring (2014), p. 5 – 8.
65 À propos de la mise en œuvre du droit international par le législateur cantonal, voir not. Kaempfer (2023) ; Miaz/Schmid/Niederhauser/Kaempfer/Maggetti (2024).
66 Schmid (2016), p. 3.
67 Voir p. ex. Wyttenbach (2017), p. 291 ; Hertig Randall/Chatton (2016), p. 387 s. ; Chatton (2013), p. 491.
68 ATF 144 II 56, consid. 5.2.
69 Müller (1982), p. 46 ss, qui a théorisé cette expression ; voir aussi Zimmermann (2023), p. 214 – 217.
70 Voir not. ATF 144 II 56 ; voir aussi ATF 144 I 50, consid. 5.3.3.1.
71 Voir p. ex. ATF 144 I 50, consid. 5.3.3.1.

3.2 Dispositions spécifiques

La CEDH garantit, entre autres, le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) et interdit les traitements inhumains et dégradants (art. 3 CEDH). Si ces droits sont avant tout des droits civils et politiques, la jurisprudence constante reconnaît qu'il n'existe pas de « cloison étanche » entre des droits civils et politiques d'une part, et économiques et sociaux d'autre part[72]. Une interprétation de ces articles ne peut donc d'emblée être exclue parce qu'elle comporte une composante économique ou sociale. Au contraire, la Cour reconnaît que tant l'article 8 CEDH que l'article 3 CEDH ont donc des « prolongements d'ordre économique ou social »[73], ce qui s'explique par l'impossibilité de séparer les différents aspects. Néanmoins, la Cour a aussi précisé que l'article 8 CEDH n'octroyait pas, en tant que tel, de droit à obtenir des prestations sociales, fussent-elles minimales[74].

Concernant la thématique de l'aide d'urgence, la disposition centrale est l'article 3 CEDH. La Cour a notamment constaté une violation de l'article 3 CEDH dans le cas de requérants d'asile interdits de travailler et vivant dans un dénuement extrême[75] ou en présence de conditions d'hébergement non conformes à la dignité humaine[76]. L'article 3 CEDH est absolu, à savoir qu'il ne peut pas être restreint : en revanche, une situation doit atteindre une certaine gravité (seuil de gravité) pour entrer dans le champ d'application de cet article. Ce seuil de gravité est relatif, à savoir qu'il faut tenir compte pour l'apprécier des circonstances concrètes, dont font partie l'âge ou le handicap d'une personne[77]. S'agissant spécifiquement de l'âge, une situation ou un comportement de la part des autorités « peut, du seul fait qu'il s'agit de mineurs, être incompatible avec les exigences de l'article 3 de la Convention alors même qu'il pourrait passer pour acceptable s'il visait des adultes »[78].

Ainsi, un élément crucial pour déterminer la portée de l'article 3 CEDH est la vulnérabilité particulière des enfants migrants – qu'ils soient seuls ou accompagnés de leurs parents[79]. Cette vulnérabilité est reconnue par la jurisprudence de façon invariable[80]. En effet, depuis 2006 et de manière constante depuis, la Cour reconnaît sans équivoque que la « situation d'extrême vulnérabilité » des personnes mineures non accompagnées « est déterminante » et « prédomine sur [leur] statut d'étrangère[s] en séjour illégal »[81]. Cette vulnérabilité entraîne deux conséquences juridiques, qui sont étroitement liées. Premièrement, elle constitue un élément-clé à prendre en compte lors de l'appréciation du seuil de gravité de l'article 3 CEDH[82]. Deuxièmement, elle a une incidence sur les obligations positives découlant de l'article 3 CEDH. En effet, selon la jurisprudence constante à propos des enfants migrants, l'État est tenu de « le[s] protéger et de le[s] prendre en charge par l'adoption de mesures adéquates au titre des obligations positives découlant de l'article 3 [CEDH] »[83].

Les droits garantis par la CEDH sont sans exception directement applicables. L'article 3 CEDH, quant à lui, relève par ailleurs du droit international impératif *(ius cogens)*, à savoir qu'on ne peut y déroger[84]. Si les garanties minimales de l'article 3 CEDH ne vont, de façon générale, pas au-delà de ce que garantit l'article 12 Cst. féd., l'importance

72 *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 26.
73 *Idem ;* voir aussi Dröge (2003), p. 85 – 174.
74 Kälin/Achermann/Künzli (2012), p. 6 – 7.
75 *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], requête n° 30696/09, 21 janvier 2011, §§ 235 – 264 ; voir aussi *N.H. et autres c. France*, requêtes n°s 28820/13, 75547/13 et 13114/15, 2 juillet 2020, §§ 155 – 183.
76 Voir p. ex. *R.R. et autres c. Hongrie*, requête n° 36037/17, 2 mars 2021 ; voir aussi Zimmermann (2022), n°s 477 – 484 ; Cour EDH, Guide immigration, 31 août 2022, n° 36.
77 Cour EDH, *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 86 et les réf. cit.
78 *Bouyid c. Belgique* [GC], requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 110 ; voir aussi Zimmermann (2022), n° 358, Heri (2021), p. 47.
79 Voir aussi Heri (2021), p. 47.
80 Voir, parmi d'autres, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55 ; *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 87 ; *N.T.P. et autres c. Belgique*, requête n° 68862/13, 24 mai 2018, § 44 ; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74 ; *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovénie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, § 56 ; *M.D. et A.D. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021, § 63.
81 *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55 ; *Popov c. Belgique*, requêtes n°s 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012, § 91 ; *S.F. et autres c. Bulgarie*, requête n° 8138/16, 7 décembre 2017, § 79 ; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74 ; *Moustahi c. Belgique*, requête n° 9347/14, 25 juin 2020, § 54 ; *B.G. et autres c. France*, requête n° 63141/13, 10 septembre 2020, § 79.
82 Cour EDH, *Bouyid c. Belgique* (GC), requête n° 23380/09, 28 septembre 2015, § 86.
83 *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, requête n° 13178/03, 12 octobre 2006, § 55 ; *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 62 ; *H.A. et autres c. Grèce*, requête n° 19951/16, 28 février 2019, § 171 ; *Khan c. Belgique*, requête n° 12267/16, 28 février 2019, § 74 ; *Sh.D. et autres c. Grèce, Belgique, Croatie, Hongrie, Macédoine du Nord, Serbie et Slovénie*, requête n° 14165/16, 13 juin 2019, § 56.
84 Lehnert, art. 3 CEDH, n° 1.

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

Au-delà des garanties socio-économiques minimales découlant de la CEDH, la Suisse a également ratifié des instruments garantissant de véritables droits économiques et sociaux. À ce propos, citons d'abord le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), qui est entré en vigueur pour la Suisse en 1992. Pour ce qui nous intéresse ici, le Pacte reconnaît notamment à toute personne le droit « à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales » (art. 9), le droit « à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence » (art. 11 al. 1), ainsi que de « jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre » (art. 12). La titularité de ces droits appartient à « toute personne » donc à tout être humain, indépendamment de son statut de séjour[85].

Ces droits soulèvent des questions à la fois quant à leur justiciabilité et quant à leur portée. S'agissant de la justiciabilité, celle-ci est régulièrement niée par le Tribunal fédéral[86]. Cette jurisprudence fait néanmoins l'objet de critiques tant en doctrine[87] que dans le cadre des procédures de suivi[88]. Néanmoins, il est incontesté que les droits non justiciables doivent également être mis en œuvre par le législateur[89]. Il se pose alors la question de la portée concrète de ces droits. À ce propos, si les droits susmentionnés du Pacte ONU I vont au-delà du standard minimal de l'article 12 Cst. féd., les États bénéficient d'une marge d'appréciation étendue quant à leur concrétisation et leur réalisation[90].

Le Pacte pose néanmoins une limite importante : une fois introduite, la suppression ou la diminution des prestations sociales *(retrogressive measures)* n'est admissible qu'à des conditions restrictives[91]. Par ailleurs, la différenciation, parmi les bénéficiaires de l'aide d'urgence, en fonction du statut de séjour, semble difficilement compatible avec l'interdiction des discriminations[92]. Enfin, soulignons que si le Pacte ONU I est applicable à toute personne, le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels (CDESC) en charge de sa supervision a indiqué à plusieurs reprises que les personnes vulnérables doivent bénéficier d'une priorité dans l'allocation des ressources limitées[93]. En effet, le CDESC considère que la protection des personnes vulnérables constitue une obligation minimale des États qui doit être honorée « même en temps de grave pénurie de ressources »[94]. S'agissant de la situation des enfants migrants en Suisse, plus spécifiquement, le CDESC a fait de nombreuses recommandations à la Suisse. Il a par exemple recommandé à la Suisse de prendre les mesures nécessaires pour intégrer les enfants hébergés dans des centres d'accueil fédéraux dans le système éducatif ordinaire et d'éliminer les obstacles à la formation et à l'éducation supérieure dont pâtissaient les requérants d'asile déboutés[95].

La CDE, pour sa part, est un traité qui a été spécifiquement conçu pour améliorer la protection des droits humains des personnes mineures. À son origine se trouve la reconnaissance de la vulnérabilité des enfants et, partant, de leur besoin de protection particulier[96], mais aussi la reconnaissance des enfants en tant que sujets de droit à part entière, ce qui se traduit par exemple par le droit de l'enfant de participer à toutes les décisions qui le concernent[97]. Deux objectifs sont visés : protéger l'enfant mais aussi le *mettre en capacité*[98]. Adoptée en 1989 et entrée en vigueur pour la Suisse en

85 Voir aussi Kälin/Achermann/Künzli (2012), p. 3 et les réf. cit. ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale nº 19, § 38.

86 ATF 122 I 101 consid. 2a (conditions de vie décentes) ; ATF 139 I 257 consid. 6 et ATF 121 V 246 consid. 2 (sécurité sociale ; ATF 130 I 113 consid. 3.3 ; ATF 126 I 240 consid. 2 et 3 (enseignement secondaire et supérieur) ; voir aussi Dupont (2020), p. 2104 – 2105 ; Malinverni/Hottelier/Hertig Randall/Flückiger, vol. I (2021), nos 1666 – 1671.

87 Wyttenbach (2017), p. 291 ; Künzli/Eugster/Spring (2014), p. 66 – 67 ; Hertig Randall/Chatton (2016), p. 387 s ; Chatton (2013), p. 491.

88 Voir p.ex. CDESC, Observations finales (2019), § 4. D'une manière générale et sans lien avec la Suisse, voir CDESC, Observation générale nº 3 (1990). À propos du contraste entre l'approche des autorités suisses celle du CDESC, voir aussi Künzli/Eugster/Spring (2014), p. 5 – 12.

89 À propos de la mise en œuvre de la CDE par le législateur, voir Ziba/Zermatten/Lansdown/Ruggiero (2022).

90 Kälin/Achermann/Künzli (2012), p. 3 – 6.

91 Kälin/Achermann/Künzli (2012), p. 5.

92 Gordzielik (2016), p. 44 – 46 ; CDESC, Observation générale nº 20 (2009).

93 Chapman/Carbonetti, p. 693 – 695, 726 et les réf. cit.

94 CDESC, Observation générale nº 3, § 12.

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

96 Tobin, p. 156 ; Zimmermann (2022), nº 152.

97 Art. 12 CDE ; voir aussi Tobin, p. 156 ; Zimmermann (2022), nº 152.

98 Guy-Écabert (2016), p. 371.

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

Le Comité relatif aux droits de l'enfant (Comité CDE) s'est régulièrement préoccupé de la situation spécifique des enfants migrants dans ses travaux à l'égard de la Suisse. Dans le cadre des *procédures de suivi,* le Comité CDE a notamment souligné l'importance de mécanismes assurant un suivi des recommandations de la Conférence des directeurs et directrices cantonaux des affaires sociales (CDAS), « en vue de garantir que tous les centres d'accueil cantonaux bénéficient de moyens suffisants pour se conformer aux normes minimales applicables en matière de conditions d'accueil, d'aide à l'intégration, de bien-être et d'éducation des enfants »[99]. Les obligations découlant de la CDE ont, quant à elles, été précisées et décrites dans diverses observations générales adoptées par le Comité CDE, consacrées à des sujets tels que l'éducation, les enfants non accompagnés et séparés, le droit au repos et aux loisirs ou encore le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint[100]. Par ailleurs, plusieurs *communications individuelles* concernent les enfants migrants et plus spécifiquement les enfants requérants d'asile[101]. Précisons à cet égard que la Suisse a ratifié le protocole additionnel permettant aux particuliers de soumettre des communications individuelles au Comité, qui remplit ainsi une fonction quasi judiciaire.

Le Tribunal fédéral, pour sa part, fait une lecture nuancée des droits contenus dans la CDE. Ainsi, s'il reconnaît sans ambiguïté la justiciabilité de certains articles, comme le droit d'être entendu[102], il a montré plus de retenue s'agissant des droits économiques, sociaux et culturels et même à propos du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant[103]. Cette réticence ne tient pas suffisamment compte des travaux du Comité CDE, qui a par exemple qualifié le principe de l'intérêt supérieur de principe directement applicable[104]. Lors de communications individuelles, le Comité CDE a fortement critiqué cette approche du Tribunal fédéral, rappelant « l'interdépendance et l'égale importance de tous les droits (civils, politiques, économiques, sociaux et culturels) qui permettent à tous les enfants de développer leurs aptitudes mentales et physiques, leur personnalité et leur talent dans toute la mesure possible »[105], rappelant par la même occasion le triple caractère du principe supérieur de l'enfant (art. 3 CDE), qui constitue à la fois droit de fond, principe interprétatif et règle de procédure[106].

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

100 Comité CDE, Observation générale nº 20 (2016) ; Comité CDE, Observation générale nº 17 (2013) ; Comité CDE, Observation générale nº 14 (2013) ; Comité CDE, Observation générale nº 6 (2005) ; Comité CDE, Observation générale nº 1 (2001).

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

102 ATF 147 I 149 consid. 3.2.

103 ATF 144 II 56 consid. 5.2.

104 Voir p. ex. Comité CDE, Observation générale nº 14 (2013), § 6 let. a ; voir aussi Zermatten (2013).

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

106 *Idem*.

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

4.1 Hébergement

L'étude fait état d'une grande diversité de situations s'agissant de l'hébergement d'enfants qui se trouvent dans le régime de l'aide d'urgence[107]. Néanmoins, elle fait ressortir que plus d'un tiers des enfants sont logés dans des hébergements collectifs, dont certains sont réservés aux familles, mais d'autres sont mixtes, hébergeant aussi bien des familles que des adultes seuls. À propos de ces structures collectives, l'étude montre que certaines sont situées loin des habitations ou centres locaux et urbains, ce qui empêche par exemple les enfants de participer à des activités extrascolaires ou avec des pairs. Elle indique aussi que si certaines structures sont en bon état, d'autres nécessiteraient d'être rénovées et contiennent des aires de jeu et installations sanitaires non sécurisées et donc inadaptées aux enfants en bas âge. Une partie des structures visitées disposent d'espaces de jeu intérieurs et de jouets mis à disposition ; ceux-ci sont toutefois uniquement accessibles de façon restreinte, entre autres en raison du manque de personnel. L'étude précise par ailleurs que, dans la plupart des hébergements collectifs, toute la famille est logée dans une seule chambre. Le nombre de personnes par chambre varie de deux à huit, avec au moins quatre personnes dans une chambre dans la moitié des cas et une moyenne de cinq personnes par chambre. Précisons que des constats analogues ressortent d'autres documents, en particulier des rapports établis par la Commission nationale pour la prévention de la torture (CNPT) à l'issue d'une visite dans des centres cantonaux[108].

L'étude établit les problèmes que cette situation crée du point de vue de la santé psychique et du bon développement des enfants[109]. Elle souligne notamment que la vie en hébergement collectif représente une lourde charge émotionnelle et psychologique pour les familles, que le manque d'espaces de jeu et d'activités adaptés à leur âge impacte le bien-être, l'état de santé et le développement des enfants, et que la proximité continuelle avec les parents, avec qui ils doivent partager une chambre, freine le développement de l'autonomie et l'acquisition de compétences sociales chez les adolescentes et les adolescents.

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

S'agissant tout d'abord de la protection de l'intégrité physique et psychique et de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, garantis aussi bien par la Constitution fédérale, le Pacte ONU II et la CEDH, la Cour EDH a eu l'occasion de préciser la portée de cette garantie dans de nombreux arrêts à propos de l'hébergement de personnes migrantes mineures. Ainsi, pour déterminer si les conditions de vie sont insuffisantes au point d'être considérées comme inhumaines ou dégradantes, il faut tenir compte de trois facteurs : l'âge des enfants, la durée du séjour ou de la détention et le caractère adapté ou non des structures aux besoins des enfants[111]. Selon la jurisprudence, le caractère adapté à la condition des enfants dépend notamment de la sécurité, de l'hygiène, de l'alimentation, de l'accès aux soins

107 Lannen/Paz Castro/Sieber.
108 CNPT (2022), p. 14 – 15.
109 Lannen/Paz Castro/Sieber.

110 Pour le même constat, voir CNPT (2022), p. 14 – 15.
111 Voir p. ex. *M.D. et A.D. c. France*, requête n° 57035/18, 22 juillet 2021, § 63 ; *R.R. et autres c. Hongrie*, requête n° 36037/17, 2 mars 2021, § 49 ; *A.B. et autres c. Belgique*, requête n° 11593/12, 12 juillet 2016, § 109 ; *R.M. et autres c. Belgique,* requête n° 33201/11, 12 juillet 2016, § 70. Des conditions graves peuvent constituer une violation sans égard à la durée (voir p. ex. *Rahimi c. Grèce*, requête n° 8687/08, 5 avril 2011, § 86), ou en cas de durée très brève (voir p. ex. *S.F. et autres c. Bulgarie*, requête n° 8138/16, 7 décembre 2017, §§ 84 – 93).

ainsi que de l'encadrement, qui doit se faire par du personnel spécifiquement formé à cet égard[112]. Le caractère adapté ou non doit également être apprécié en fonction de la durée : plus la durée du séjour est longue, plus les exigences seront élevées. Par ailleurs, deux autres exigences découlent de la jurisprudence : les personnes mineures non accompagnées doivent être hébergées séparément des adultes[113] et les familles séparées des hommes seuls[114]. Ces exigences ont récemment été réaffirmées par la CNPT[115].

L'article 3 CEDH ne garantissant qu'un standard minimal, une situation contraire à l'article 3 CEDH est, *a fortiori*, incompatible avec les exigences de l'article 12 Cst. féd.[116]. L'objectif de l'article 12 va toutefois plus loin : malgré l'interprétation restrictive que le Tribunal fédéral en fait, son objectif reste de garantir une existence conforme à la dignité humaine. À ce propos, l'article 12 Cst. féd. doit être interprété à la lumière des autres garanties fondamentales liant la Suisse, qu'elles découlent de la Constitution fédérale ou de conventions internationales[117]. Rappelons par ailleurs que l'article 12 Cst. féd. doit être interprété en tenant compte des circonstances individuelles de chaque personne[118] : pour les enfants, cela signifie notamment de prendre en compte leurs besoins particuliers et de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit respecté en tout temps. Cette exigence a également été codifiée à l'article 83 al. 3bis LAsi, qui indique explicitement que, pour les requérants d'asile mineurs non accompagnés et les familles avec enfants, dans le cadre de leur hébergement, il faut « tenir compte autant que faire se peut de [leurs] besoins particuliers »[119].

D'autres garanties pertinentes dans le contexte de l'hébergement découlent du droit à une vie privée et familiale (art. 13 Cst. féd. et art. 8 CEDH). Le droit à la vie privée et familiale garantit notamment le droit d'entretenir des contacts sociaux, mais aussi le droit de bénéficier d'une certaine privacité et de prendre un certain nombre de décisions autonomes quant à son quotidien. Plusieurs analyses ont par exemple conclu que ce droit était atteint, voire violé, par des règlementations conditionnant l'obtention de l'aide d'urgence au respect d'heures de présence dans des structures collectives[120]. Pour ce qui nous intéresse ici, on peut notamment se questionner si la promiscuité décrite par l'étude est conforme aux exigences de l'article 8 CEDH[121]. L'absence de lieux de jeux pour les enfants et d'espaces d'autonomie pour les adolescents soulève similairement des problèmes sous l'angle de l'article 8 CEDH, ceci d'autant plus au vu de la durée de séjour relativement longue pour une bonne partie des enfants et des adolescents.

Enfin, le droit à la vie et au développement (art. 6 CDE), l'obligation de prendre des mesures appropriées envers les enfants migrants (art. 22) et le droit à un niveau de vie décent (art. 27) ainsi que le droit au repos et aux loisirs (art. 31 CDE)[122] sont également pertinents dans ce contexte, garantissant en partie les mêmes droits. Par exemple, l'article 22 CDE exige également que les personnes mineures soient hébergées dans des structures adéquates, et notamment séparées des adultes seuls[123]. Les droits consacrés par la CDE sont étroitement liés au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et visent à garantir aux enfants le droit d'évoluer dans un contexte propice à leur bon développement[124]. À ce propos, précisons que l'intégration dans un environnement social et l'appartenance à une communauté font pourtant partie des besoins fondamentaux des enfants[125]. Les amitiés, les échanges et le soutien avec et par les pairs sont d'une grande importance pour un développement sain. Leur satisfaction est nettement plus difficile dans le cadre de l'aide d'urgence. Fondamentalement, en raison du manque de ressources finan-

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

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

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

115 CNPT (2022), p. 14 – 15.

116 En ce sens, voir aussi Gächter/Werder, nos 32 – 34.

117 Gordzielik (2016), p. 27.

118 ATF 131 I 166 consid. 8.2.

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

120 Moeckli/Kiener (2018), p. 506 – 533 ; Büchler et al. (2019), p. 40 – 41.

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

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

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

124 Vandenhole/Türkelli/Lembrechts, art. 22 CDE, n° 22.03 ; Vandenhole/Türkelli/Lembrechts, art. 31 CDE, n° 31.10.

125 Brazelton & Greenspan (2002).

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

4.2 Scolarisation

Dans le domaine de la scolarisation, l'étude met également en lumière des différences considérables d'une région à l'autre. Ainsi, elle indique que, dans les régions urbaines, les enfants tendent à être scolarisés à l'école ordinaire – dans des classes ordinaires ou éventuellement dans des classes d'accueil – alors que les enfants vivant dans des régions rurales et les enfants vivant dans des hébergements collectifs ne reçoivent généralement qu'un enseignement ciblé dans les hébergements[126]. Dans certains centres, les enfants sont scolarisés à l'école pendant la procédure d'asile, mais sortis dès qu'une décision négative tombe et ne peuvent, à partir de ce moment, ne bénéficier plus que de l'enseignement dispensé au centre. Quant à l'enseignement dispensé dans les centres, l'étude n'en détaille ni le contenu ni les modalités, se bornant à indiquer que les professionnels interrogés ont exprimé leur inquiétude quant à la qualité de cet enseignement[127]. Néanmoins, il est reconnu que cet enseignement n'équivaut en rien à celui dispensé dans un contexte scolaire, que ce soit sur le plan du nombre d'heures, de la qualité de l'enseignement et du suivi socio-éducatif ou encore des espaces de socialisation et d'intégration.

Cette situation n'est ni conforme à la Constitution fédérale, et notamment à son article 19 garantissant un droit à un enseignement de base, ni au droit international, spécialement aux articles 28 et 29 de la Convention relative aux droits de l'enfant. L'article 19 Cst. féd. garantit à toute personne mineure résidant en Suisse le droit de bénéficier d'un enseignement de base, indépendamment de son statut de séjour[128]. Il s'agit aussi bien d'un droit que d'un devoir : l'école est obligatoire et tout enfant doit donc la fréquenter[129]. Pour être conforme aux exigences de l'article 19 Cst. féd., l'enseignement doit remplir un certain nombre de critères. Il doit tout d'abord être *gratuit*[130]. L'exigence de la gratuité comprend le matériel scolaire et les sorties scolaires ainsi que les coûts de transport vers l'établissement scolaire lorsque le chemin de l'école présente des difficultés particulières, notamment en raison de sa longueur[131]. Il découle de cette dernière exigence que le transport doit être pris en charge pour les enfants logeant dans des centres d'accueil éloignés des écoles. L'enseignement doit ensuite être *approprié*[132]. La jurisprudence insiste notamment sur le fait qu'il n'existe pas de droit à un enseignement de qualité optimale[133]. Néanmoins, pour être de qualité suffisante, l'enseignement doit être « approprié et adapté à chacun »[134] et doit « suffire à préparer les écoliers à une vie responsable dans le monde moderne »[135]. Pour être approprié, l'enseignement doit notamment tenir compte des difficultés particulières qu'ont certains enfants, par exemple en raison de traumatismes influant sur leur développement psychosocial ou pour des raisons linguistiques. Cela signifie que les enfants doivent pouvoir bénéficier d'aides socio-éducatives, de cours de langue ou encore d'aide aux devoirs, lorsque cela se révèle nécessaire[136]. Enfin, la jurisprudence indique que l'enseignement doit en principe être *inclusif*[137]. Cette exigence signifie en particulier que des cours séparés pour élèves migrants ne sont admissibles que si cela est justifié par le manque de connaissances linguistiques de l'élève, et conçu comme mesure temporaire dans le but d'intégrer l'élève dans les classes ordinaires dès que possible[138]. Précisons à

126 Lannen/Paz Castro/Sieber. À propos de la scolarisation des enfants hébergés dans des centres, voir aussi Suisse, Rapport valant cinquième et sixième rapports périodiques, 22.10.2021, § 226.

127 Lannen/Paz Castro/Sieber.

128 Matthey, CR-art. 19 Cst. féd., nos 7 – 9 ; Wyttenbach, SGK-art. 19 Cst. féd., no 12.

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

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

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

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

133 Matthey, CR-art. 19 Cst. féd., nos 16, 24 ; Dubey (2018), no 4679.

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

135 *Idem*.

136 Matthey, CR-art. 19, Cst. féd., no 32 ; Kägi-Diener, BSK-art. 19 Cst. féd., no 53.

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

138 Matthey, CR-art. 19, Cst. féd., no 45.

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

L'obligation de scolariser les enfants hébergés dans des centres dans le système éducatif ordinaire découle non seulement de l'article 19 Cst. féd., mais aussi des garanties internationales, en particulier de l'article 13 al. 2 du Pacte ONU I et des articles 28 et 29 CDE[139]. Partant, la nécessité de garantir cette scolarisation a été soulignée aussi bien par le CDESC[140] que par le Comité CDE[141]. Par ailleurs, si le champ d'application de l'article 19 Cst. féd. se limite à la scolarité obligatoire, le droit international, et la CDE en particulier, consacrent un droit à l'éducation qui va au-delà, et comprend notamment des aspects tenant à l'éducation informelle ainsi que la formation post-obligatoire[142]. Conformément au principe de l'interprétation systématique, ce droit doit être lu conjointement avec le droit à la non-discrimination, notamment en raison du statut migratoire (art. 2 CDE), et l'obligation de mise en œuvre (art. 4 CDE)[143]. À ce propos, indiquons que le CDESC a recommandé à la Suisse de prendre des mesures pour « éliminer les obstacles existants qui empêchent les jeunes requérants d'asile déboutés et les jeunes admis provisoirement de continuer leur apprentissage, et faciliter leur accès à l'enseignement supérieur »[144].

4.3 Prestations sociales et socialisation

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

La situation générale décrite ci-dessus est incompatible avec plusieurs dispositions du droit international et du droit interne. La CDE reconnaît aux enfants le droit à la vie et au développement (art. 6) ainsi que le droit au repos et aux loisirs (art. 31), considérés comme deux aspects essentiels pour le bon développement de tout enfant[145]. Contrairement aux adultes pour lesquels le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a pas besoin d'entretenir pour les requérants d'asile frappés d'une décision de non-entrée de besoins particuliers en vue de contacts sociaux durables, l'intégration dans un environnement social et l'appartenance à une communauté font partie des besoins fondamentaux des enfants[146]. Les amitiés, les échanges et le soutien avec et par les pairs sont d'une grande importance pour un développement sain. Sans un

139 Matthey, CR-art. 19, Cst. féd., nº 4.
140 CDESC, Observations finales (2019), § 53 let. a.
141 CDE, Observations finales (2021), § 39 let. b.
142 Lansdown/Vaghri (2022), p. 251 – 256.
143 Lansdown/Vaghri (2022), p. 247 – 256.
144 CDESC, Observations finales (2019), § 53 let. b.
145 Vandenhole/Türkelli/Lembrechts, nº 31.03.
146 Brazelton/Greenspan (2002) ; TF 8C_641/2023 consid. 5.2.1.

encadrement pensé en ce sens, leur satisfaction est rendue impossible dans le cadre de l'aide d'urgence. Il en va de même pour l'article 11 Pacte ONU I qui dispose d'une orientation programmatique similaire et qui engage la Suisse vis-à-vis d'une personne pour « une amélioration constante de ses conditions d'existence »[147]. La CDE prévoit aussi le droit au jeu et la participation à la vie culturelle ainsi que le droit aux loisirs et au repos, respectivement aux articles 27 al. 1 et 31 al. 1 CDE. Mêmes programmatiques, ces dispositions doivent être intégrées dans l'interprétation de l'article 12 Cst. féd. et la mise en œuvre des prestations d'aide d'urgence au plan cantonal[148].

En outre, la doctrine rappelle que s'agissant des prestations pour enfants, il importe de tenir compte des dispositions explicites encourageant le développement et l'intégration des enfants prévues aux articles 11 al. 1 et 41 al. 1 let. g Cst. féd.[149]. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'article 12 Cst. féd. ne constitue certes pas une garantie pour un revenu minimum. Toutefois, il assure la couverture des besoins fondamentaux pour survivre d'une manière conforme à la dignité humaine *(prestations absolument minimales)*[150]. Si l'article 11 Cst. féd. n'est pas considéré comme justiciable, il consacre néanmoins le bien de l'enfant au rang constitutionnel et engage les législateurs fédéral et cantonal à prendre en compte les intérêts spécifiques des enfants et ses possibilités d'épanouissement tant physique que psychique et social[151].

Concernant les disparités entre cantons, il faut relever que s'agissant de la *nourriture,* le Tribunal fédéral reconnaît sur le principe la prise en compte des besoins et exigences particuliers des enfants en développement[152]. La nourriture doit être conçue sous l'angle quantitatif et qualitatif de manière à comporter le nombre de calories suffisantes mais aussi être pensée en termes de repas. Dans la durée et dans un but d'autonomisation, la gestion des besoins vitaux (repas, produits d'hygiène, vêtements) ne devrait plus dépendre d'une autorité d'assistance et bénéficier d'une latitude minimale pour les bénéficiaires[153]. Concernant l'*argent de poche*, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) considère qu'il ne saurait être justifié par un éventuel constat d'indigence et ne concerne pas les prétentions en matière d'assistance[154]. Toutefois, sans un niveau de vie qui ouvre une marge de manœuvre financière, il ne peut y avoir ni développement social ni prise en compte des droits fondamentaux prévus par le principe de dignité humaine. Le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si un minimum de prestations en espèces (argent de poche) doit être remis en plus des prestations en nature, pour le cas où l'aide d'urgence persiste dans la durée[155]. C'est précisément dans le cadre d'une prolongation de l'aide d'urgence que l'argent de poche, en tant que soutien à l'autonomie, est importante.

La réalité observée par l'étude soulève également des problèmes de compatibilités avec l'article 12 Cst. féd. proprement dit qui consacre expressément une garantie d'*aide immatérielle* (« droit d'être aidé et assisté ») en référence aux besoins psychologiques et sociaux en tant que droit fondamental à obtenir des prestations positives par défaut *(leistungsrechtliches Auffangrundrecht)*[156]. L'aide d'urgence doit donc apporter de quoi faire vivre une vie sociale minimale en tant que composante essentielle de la dignité humaine car l'intégration sociale conditionne la dignité d'une existence[157]. Par ailleurs, les contacts personnels (art. 13 Cst. féd.) et la considération sociale (art. 10 al. 2 Cst.) constituent un signe distinctif important entre survie et vie digne[158]. Tout comme l'aide matérielle, l'aide immatérielle peut être élémentaire. Toutefois, l'aide d'urgence doit pouvoir inclure cette dimension même limitée sous forme d'aide aux devoirs et des activités de jeu et de loisirs[159].

147 Coullery (2019), p. 18. FF 1999 I 1129, 1158.
148 Winzent, p. 322.
149 Coullery (2019), p. 19. Cf. également l'arrêt cité de la Cour constitutionnelle allemande du 9 février 2010 2010/1 n° 191 : « *Kinder sind keine kleinen Erwachsenen. Ihr Bedarf, der zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums gedeckt werden muss, hat sich an kindlichen Entwicklungsphasen auszurichten und an dem, was für die Persönlichkeitsentfaltung eines Kindes erforderlich ist* ».
150 ATF 139 I 272 consid. 3.4.
151 ATF 131 V 9 ; ATF 126 II 377, spéc. p. 391 ; ATF 129 III 250, spec. p. 255.
152 ATF 131 I 166 consid. 8.2 ; Gächter/Werder, BSK-art. 12 Cst. féd., nº 31.
153 Dubey, CR-art. 12 Cst. féd., nº 60.
154 TAF F-3150/2018 consid. B.e.
155 ATF 135 I 119 consid. 7 ; TF 8C_724/2009 consid. 6.3 ; TAF F-3150/2018 consid. 6.1.
156 Dubey, CR-art. 12 Cst. féd., nº 22. ATF 131 I 166 consid. 3.1.
157 Dubey, CR-art. 12 Cst. féd., nº 50 et 51.
158 Gächter/Werder, BSK-art. 12 Cst. féd., nº 16.
159 Coullery (2019), p. 19 et les références citées dont l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_338/2018 consid. 4.2.

4.4 Santé

Dans le domaine de la santé, l'étude met en évidence les conditions insalubres rencontrées dans certains centres qui peuvent avoir des répercussions négatives sur la *santé physique* des jeunes. Les services pédiatriques préventifs (information médicale initiale, informations de suivi, proximité de l'offre et interprètes communautaires) ne sont sollicités que de manière très sporadique et il faudrait pouvoir en disposer activement sans demande particulière[160]. C'est dans le domaine de la *santé mentale* des enfants que le rapport est le plus alarmant. Une majorité de ces enfants sont très affectés psychiquement, souffrent de troubles du développement ou de troubles du comportement dans de nombreux domaines ainsi que de troubles du sommeil et d'anxiété. D'une part, la combinaison des conditions de logements exiguës, de violence, de pauvreté et de charge psychique des parents constitue un facteur de risque considérable de *maltraitance*. Malgré cette situation, les professionnels de santé ne sont pas régulièrement interpellés, les responsabilités sont diluées et les autorités de protection de l'enfant sont rarement sollicitées. Les soins psychologiques et psychiatriques sont peu accessibles en raison des déplacements requis. En effet, le financement des billets de transports publics nécessaires pour se rendre à une consultation n'est pas pris en charge par l'aide d'urgence et la régularité du traitement est impossible à tenir en raison des multiples et constants changements d'hébergement. La couverture des soins est largement lacunaire en matière de prévoyance. L'absence de liens avec les cabinets pédiatriques est décrite comme un problème central en raison du manque d'interprètes. L'absence de formation du personnel dans les centres conduit à ne pas reconnaître les problèmes des enfants sur le plan psychique. Les spécialistes indiquent qu'une stabilisation psychique des enfants et des adolescents n'est pas possible tant que les structures d'aide d'urgence restent telles qu'elles le sont aujourd'hui. Les succès obtenus en thérapie seraient en effet réduits à néant par de nouveaux épisodes traumatiques vécus dans les centres. D'autre part, l'étude dénonce le non-respect des phases de la vie des enfants où les *développement*s sont très importants. D'abord, en passant presque toutes leurs journées dans des hébergements collectifs, les jeunes enfants jusqu'à quatre ans sont sous-stimulés et présentent des sérieux risques de retard de développement. Les changements fréquents de centres d'hébergement et d'école constituent à chaque fois une rupture dans l'univers de vie et des relations des enfants qui s'accompagne de risques de troubles dans la construction de modèles d'attachement internes. Ensuite, les adolescents sont pour la plupart empêchés de poursuivre une formation postobligatoire. Ils n'ont pas la possibilité de se retirer dans un espace loin des parents. Ceci les empêche d'accomplir des étapes de développement très importants (autonomie, séparation d'avec les parents, amitiés, relations). L'absence de perspectives, en particulier l'impossibilité de travailler ou de suivre une formation, est citée comme la source principale des dépressions des adolescents qui indiquent vouloir être « comme les autres jeunes ».

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

La situation décrite ci-dessus est clairement incompatible avec le droit d'accès aux soins qui dépend de dispositions applicables tant au plan international que fédéral et cantonal[161]. Le droit à la santé existe en droit international même s'il n'est pas considéré comme justiciable en Suisse[162]. Conformément aux articles 12 par. 1 et 2 par. 2 du Pacte ONU I, le droit à la santé est un droit fondamental qui s'applique sans discrimination et quel que soit le statut migratoire d'une personne de sorte à disposer du meilleur état de santé possible pour chacun et ce, d'autant que la collectivité est également intéressée par un bon état de santé individuel pour tous[163]. L'article 27 CDE reconnaît le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social.

160 Lannen/Paz Castro/Sieber.

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

162 Dupont/Burgat/Hotz/Lévy (2022), p. 9, 47 et les réf. cit. ; voir not. ATF 139 I 257, ATF 136 I 290.

163 ATF 118 IA 426 consid. 6b.

En interaction avec ces dispositions, l'article 12 Cst. féd. comprend dans l'aide d'urgence les *soins médicaux de base*. En principe, la Confédération indique que « les ayants droit à l'aide d'urgence sont obligatoirement assurés pour les soins en cas de maladie jusqu'à leur départ de Suisse et ont donc accès à toutes les prestations médicales prévues dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) »[164]. Depuis 2011, l'obligation de conclure une assurance-maladie reste valide pour les personnes à l'aide d'urgence si elles la demandent conformément aux articles 82 al. 2 et 82*a* LAsi ainsi que 92*d* OAMal et n'est pas dépendante du statut de séjour[165]. Le cadre de prise en charge médicale minimale, « soins médicaux d'urgence » et/ou « soins médicaux de base » prévoit un droit à la couverture de besoins vitaux[166]. Toutefois, la notion de *soins médicaux de base*[167] reste floue dans la pratique qui est souvent orientée vers des solutions peu coûteuses, fait l'objet de controverses et n'est pas tranchée par le Tribunal fédéral. Ces soins peuvent donc correspondre soit au catalogue de l'assurance obligatoire de soins prévu par la LAMal, soit à ce catalogue incluant aussi les soins dentaires, soit au contraire à un véritable seuil minimal en-deçà des prestations de l'assurance obligatoire de soins LAMal, car le catalogue LAMal va bien au-delà d'un minimum absolu[168]. La jurisprudence utilise la définition de *soins essentiels* qui est rattachée à un droit fondamental mais ne lie pas explicitement ces soins au droit fondamental prévu à l'article 12 Cst. féd. Il s'agit d'un *seuil minimal*[169]. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) applique ce seuil sans toujours user d'une systématique constante[170]. Si l'étendue des prestations garanties n'est pas clairement définie, il apparaît qu'au regard des droits de l'enfant consacrés par les articles 23 à 27 CDE, l'article 12 Cst. féd. doit s'interpréter de manière à faire réellement bénéficier l'enfant de la protection et des soins nécessaires à son bien-être. L'étendue de l'aide d'urgence à octroyer aux enfants doit être déterminée en tenant compte de leurs besoins particuliers en matière de développement et de protection garantie par la CDE.

Les soins médicaux de base ne doivent pas être interprétés de manière limitative pour les enfants et les jeunes. Compte tenu de leurs besoins spécifiques, les soins psychothérapeutiques et les soins dentaires doivent notamment faire partie des soins médicaux de base. Concernant les *soins dentaires*, on relève que selon la jurisprudence, une hygiène dentaire complète, commencée dès l'âge scolaire, s'avère importante et même d'intérêt public[171]. L'intérêt de l'enfant doit ici être considéré comme un intérêt public[172].

S'agissant de savoir si la *psychothérapie* est un soin essentiel, les réponses jurisprudentielles sont nuancées, sans véritable rejet de principe mais ne laissant pas entrevoir de systématique particulière. Si la notion de *soins essentiels* est interprétée de manière stricte, les juges considèrent souvent qu'il ne s'agit pas d'un soin essentiel dans la mesure où ce n'est pas un soin d'urgence et que, a priori, on ne fait pas courir de danger à la vie de la personne si le soin n'est pas dispensé[173]. Toutefois, il faut relever que la jurisprudence ne manque pas de souligner que pour des cas de PTSD, la psychothérapie est un élément fondamental du traitement et que, en fonction de l'intensité du trouble psychique, les personnes ont un besoin impératif de traitement de longue durée[174]. Par ailleurs en ce qui concerne les enfants et les jeunes, leur santé mentale est un véritable enjeu de santé publique. Une limitation des soins médicaux de base comprend clairement des risques sur le développement de l'enfant tant physique que psychique et on voit mal comment cette limitation pourrait être compatible avec les droits de l'enfant, en particulier avec le droit à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement tant physique que psychique tel que prévu par l'article 27 CDE[175]. Des considérations similaires peuvent aussi se poser en cas de risques de suicide ou de handicap physique. Ce sont les circonstances individuelles de chaque cas qui semblent déterminantes[176].

164 https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/asyl/sozialhilfe subventionen/nothilfe.html.
165 ATF 125 V 77.
166 ATF 138 V 310.
167 En allemand : « *medizinische Grundversorgung* ». Le Message mentionne plutôt le terme de « assistance médicale », cf. FF 1997 I 1, p. 153. La jurisprudence mentionne également les « *soins essentiels* ».
168 Steffen (2015), p. 10 ss.
169 Steffen (2015), p. 97.
170 TAF E-3161/2014 consid. 6.2 ; E-3787/2015 consid. 6.2.
171 ATF 118 IA 426 consid. 6d.
172 ATF 115 Ia 253.
173 TAF E-4762/2012, p. 8 ; D-8031/2009 consid. 5.6 ; E-1374/2014 consid. 4.3.2 ; E-3372/2015 consid. 8.5 ; D-2325/2015 consid. 6.4.
174 TAF E-3161/2014 consid. 6.5.2 ; E-5725/2006 consid. 4.4.
175 ATF 131 I 166 consid. 3.1 ; ATF 142 I 16 consid. 7.2.1 ; ATF 139 I 218 consid. 3.1 ; ATF 130 I 16, consid. 5.2.
176 ATF 131 I 166 consid. 8.2.

5. Appréciation et enjeux

Depuis plusieurs années, la Suisse est critiquée pour sa mise en œuvre timide des garanties octroyées par la CDE dans le domaine de l'asile et de l'immigration[177]. Ni le législateur dans le cadre des occasions offertes par les multiples révisions de la LAsi et de la LEI ni la jurisprudence du Tribunal fédéral ne prennent pleinement en compte la portée de certaines de ces dispositions, en particulier les exigences de la CDE, dont les principes fondamentaux sont le droit de l'enfant à la vie et au développement, à la garantie de son intérêt supérieur, à la participation à toutes les décisions qui le concernent, et à ne pas subir de discriminations en raison – entre autres – de son statut de séjour. Cette non-prise en compte couplée avec une interprétation très retenue de l'article 12 Cst. féd. par le Tribunal fédéral concernant le droit à l'aide d'urgence accentue les incompatibilités.

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

Concernant l'*aide d'urgence* et comme nous l'avons évoqué, il importe de tenir compte dans les prestations offertes du degré de vulnérabilité des personnes concernées. Un « *principe d'individualisation* » entre les ayants droit est indispensable pour réellement prendre en compte les besoins spécifiques des enfants et des jeunes[178]. Par ailleurs, plus l'aide d'urgence perdure, plus il doit être envisagé d'augmenter les prestations[179]. Les circonstances et les besoins concrets sont déterminants. L'intérêt public à l'exécution des décisions de renvoi par la mise en place d'incitations au départ dans ce contexte ne saurait l'emporter dans ce cadre[180]. Concernant les enfants et les jeunes, les articles 3 CDE et 11 Cst. féd. rendent impérative la mise en place de moyens de vie suffisants pour permettre leur développement physique mais aussi mental, moral et social tel que spécifié à l'article 27 CDE[181]. Ainsi, il importe d'intégrer concrètement une dimension sociale et culturelle pour les jeunes. Une harmonisation des prestations à leur intention en matière de contacts sociaux est indispensable. La possibilité de communiquer avec des personnes de leur âge, la possibilité d'accéder aux différents médias de manière autonome (Internet) et de se socialiser (argent de poche) est indispensable pour les adolescents[182]. D'autres prestations complémentaires en vue de la participation sociale et culturelle des jeunes peuvent être envisagées (« pass culture », camps sportifs, stages). Ces prestations doivent être fixées en tenant compte du contexte social dans son ensemble, du coût de la vie et de ce dont jouissent en général les enfants et les jeunes dans notre société[183].

Par ailleurs, en cas de difficultés psychiques, l'aide d'urgence doit pouvoir offrir une *aide immatérielle* qui est expressément prévue à l'article 12 Cst. féd. Ceci suppose la prise en charge psychologique ou sociale[184]. Des soutiens psychologiques, spirituels ou pédagogiques doivent entrer en ligne de compte. Dans le domaine des soins médicaux de base, il importe de relever des défaillances importantes pour les soins en matière de santé mentale. La couverture des *soins médicaux spécifiques* notamment en soins dentaires, en psychothérapie ou en santé sexuelle doit être assurée. Dans le domaine de la formation, l'accès au système éducatif ordinaire est crucial et doit, entre autres, permettre un suivi socio-éducatif des enfants. S'agissant de l'hébergement, il doit être adapté aux besoins spécifiques des enfants, notamment par l'aménagement d'espaces, d'installations et d'activités adaptés à leur âge et à leur développement.

177 Affolter (2023).
178 ATF 131 I 166 consid. 8.2.
179 TF 8C_641/2023 consid. 4.2.
180 Belser/Waldmann, Grundrechte I, p. 51.
181 Müller (2023), n° 31, p. 691–692.
182 Gordzielik (2020), p. 338 s.
183 Malinverni (2007), p. 432.
184 Dubey, CR-art. 12 Cst. féd., n° 52.

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

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

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

Actuellement, le cadre légal est inadapté pour certaines situations de requérants d'asile déboutés où il n'y a quasiment pas d'éléments constitutifs pour un cas de rigueur (art. 14 al. 2 LAsi) mais qui sont sur le long terme en Suisse, dont la présence sur le territoire est de fait tolérée depuis de nombreuses années, dont le renvoi n'est pas envisagé par les autorités cantonales et qui constituent des risques de désaffiliation sévère en cas de statu quo. C'est la raison pour laquelle plusieurs cantons ont mis en place des projets pilotes pour les requérants d'asile déboutés permettant d'une part, l'ouverture de demandes d'autorisations exceptionnelles de recherche d'emploi et, d'autre part, des demandes d'autorisation pour cas de rigueur[185]. La Confédération devrait examiner la possibilité de porter un projet pilote similaire pour les jeunes à l'aide d'urgence depuis plus de deux ans et qui correspondent aux critères susmentionnés.

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

6. Recommandations

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

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

6.1 Intérêt supérieur de l'enfant

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

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

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

6.2 Mise en capacité et développement de l'enfant

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

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

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

Afin de donner de réelles perspectives d'avenir et sur la base des projets pilotes susmentionnés[186], il est recommandé de mettre en œuvre un accès à l'autorisation de travail puis, par ce biais, à la voie de la régularisation après deux ans à l'aide d'urgence. Ces projets pourraient conduire à assouplir la pratique pour cas de rigueur et permettre une *régularisation par l'intégration professionnelle*. De la même manière il est recommandé d'octroyer un droit d'accès à l'apprentissage sur la base du nouvel article 30*a* OASA, entré en vigueur au 1er mai 2024 et qui assouplit les conditions de régularisation en cas d'apprentissage (octroi d'une autorisation de séjour en vue de l'apprentissage si le requérant a suivi l'école obligatoire de manière ininterrompue durant deux ans au moins en Suisse).

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

186 Cf. *supra,* note 180.

6.3 Protection de l'enfant

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

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

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

6.4 Gouvernance

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

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

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

Bibliographie

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

Büchler Andrea/Krummen David/Mullis Annina/Weber Florian/djb-Autor*innenkollektiv (2019), Anwesenheitspflicht in Kollektivunterkünften ist unzulässig. Zur Asylsozialhilfe-, Nothilfe- und Gesundheitsweisung für Personen des Asylbereichs im Kanton Bern.

Biggler-Eggenberger Margrith (2008), art. 12 Cst. féd., in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Valtender Klaus A. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich, pp. 289 – 305.

Brazelton Berry/Greenspan Stanley (2002), Die sieben Grundbedürfnisse von Kindern: Was jedes Kind braucht, um gesund aufzuwachsen, gut zu lernen und glücklich zu sein, Weinheim/Basel.

Chapman Audrey/Carbonetti Benjamin (2011), Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups. The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly, vol. 33/3, pp. 682 – 732.

Chatton Gregor (2013), Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genève.

Coullery Pascal (2019), Der Verfassunganspruch auf existenzsichernde Leistungen, in : Jusletter du 25 mars.

Coullery Pascal/Mewes Nathalie (2021), Sozialhilferecht, in : Müller Markus/Feller Reto (éd.), Bernisches Verwaltungsrecht, Berne, pp. 743 – 759.

Dubey Jacques (2021), art. 12 Cst. féd., in : Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Constitution fédérale, Commentaire romand, Bâle.

Dubey Jacques (2018), Droits fondamentaux, Vol. II, Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle.

Dupont Anne-Sylvie (2020), La Constitution sociale, in : Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich/ Bâle/Genève, pp. 2091 – 2119.

Dupont Anne-Sylvie/Burgat Sabrina/Hotz Sandra/Lévy Mélanie (2022), Le droit à la santé, une perspective de droit comparé : la Suisse, Service de Recherche du Parlement européen, Bruxelles.

Gächter Thomas/Werder Gregory (2015), art. 12 Cst. féd., in : Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle.

Gordzielik Teresia (2020), Sozialhilfe im Asylbereich, Zurich.

Gordzielik Teresia (2016), Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz, in : Jusletter du 14 mars.

Grasdorf-Meyer Tobias/Ott Lisa/Vetterli Luzia (2021), Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Berne.

Guy-Ecabert Christine (2016), La parole de l'enfant dans la procédure, un défi pour le juge contemporain, in : Schwenzer Ingeborg/Büchler Andrea/Cottier Michelle (éd.), La pratique du droit de la famille, pp. 369 – 383.

Heri Corina (2021), Responsive Human Rights Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR, Oxford.

Hertig Randall Maya (2019), Comment determiner le minimum pour une vie décente ? Inspirations de la jurisprudence allemande, in : Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre, Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel, Genève, pp. 145 – 158.

Hertig Randall Maya/Chatton Gregor (2016), Les droits sociaux en Suisse, in : Wojtyczek Krzysztof (éd.), Social Rights as Fundamental Rights. Le XIXe Congrès international de droit comparé, La Haye, pp. 383 ss.

Hruschka Constantin, art. 82 AsylG, in : Spescha Marc/Zünd Andreas/Bolzli Peter/de Weck Fanny/Priuli Valerio (éd.), Migrationsrecht Kommentar, 2019, pp. 803 – 808.

Kaempfer Constance (2023), Les mécanismes de mise en œuvre du droit international par les cantons suisses, s.l.

Kälin Walter/Achermann Alberto/Künzli Jörg (2012), Vereinbarkeit von Nothilfe für Asylsuchende mit Völker- und Verfassungsrecht? Gutachten zur nationalrätlichen Fassung von Art. 82 Abs. 1 Asylgesetz.

Künzli Jörg/Eugster Anja/Spring Alexander (2014), Die Anerkennung justiziabler Rechte im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte durch das Bundes- und das kantonale Recht. Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Berne.

Lansdown Gerison/Vaghri Ziba (2022), Article 28 : The Right to Education, in : Vaghri Ziba/Zermatten Jean/Lansdown Gerison/ Ruggiero Roberta (éds), Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child, Cham, p. 247 – 256.

Lehnert Matthias, art. 3 CEDH (2023), in : Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (éds), Europäische MenschenrechtsMkonvention. Handkommentar, Baden-Baden.

Leibholz Gerhard/Rinck Hans-Justus (2013), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Cologne.

Mader Luzius (1999), Die Sozial und Umweltungverfassung, PJA, pp. 698 ss.

Mahon Pascal (2015), Droit constitutionnel, vol. II, Bâle.

Mahon Pascal (2003), art. 11 Cst. féd., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (éd.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève.

Mahon Pascal (2003), art. 12 Cst. féd., in : Aubert Jean-François/Mahon Pascal (éd.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève.

Malinverni Giorgio (2007), L'interprétation jurisprudentielle du droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse. Droits de l'homme, démocratie, État de droit, Zurich/Saint Gall, pp. 427 – 436.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel/Hertig Randall Maya/Flückiger Alexandre (2021), Droit constitutionnel suisse, Volume I : L'État, 4ème éd., Berne.

Malinverni Giorgio/Hottelier Michel (2004), La réglementation des décisions de non-entrée en matière dans le domaine du droit d'asile – Aspects constitutionnels, PJA, pp. 1348 – 1354.

Miaz Jonathan/Schmid Evelyne/Niederhauser Matthieu/Kaempfer Constance/Maggetti Martino (2024), Engaging with Human Rights. How Subnational Actors use Human Rights Treaties in Policy Processes, Cham.

Moeckli Daniel/Kiener Regina (2018), Hilfe in Notlagen nur bei Anwesenheit in der Notunterkunft? Zum Recht auf Nothilfe von weggewiesenen Asylsuchenden, ZBl 119/2018, pp. 507 – 533.

Motz Stephanie/Nufer Seraina (2013), Die Rechte von Kindern in Nothilfe, in : Jusletter du 18 mars.

Müller Lucien (2023), art. 12, in : Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4ème éd., Zurich, pp. 676 – 698.

Müller Jörg Paul (1982), Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Berne.

Schefer Markus (2001), Die Kerngehalte von Grundrechten, Berne.

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

Schmahl Stefanie (2013), Kinderrechtskonvention, mit Zusatzprotokollen: Handkommentar. Baden-Baden.

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

Stalder Martin/Spadarotto Claudio (2019), Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus-)Wege, Perspektiven, Studie, Eidgenössische Migrationskommission, Berne.

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

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

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

Vaghri Ziba/Zermatten Jean/Lansdown Gerison/Ruggiero Roberta (éds) (2022), Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child, Cham.

Vandenhole Wouter/Türkelli Gamze Erdem/Lembrechts Sara (2019), Children's rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols, Cheltenham.

Wizent Guido (2014), Die Sozialhilfrechtliche Bedürftigkeit – Ein Handbuch, Zurich/St. Gall.

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

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

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

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

Rapports et documents

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale nº 20, Non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2 juillet 2009, E/C.12/GC/20.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale nº 14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (art. 12), 11 août 2000, CESCR/GC/14.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale nº 7, Le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1, du Pacte) : expulsions forcées, 16 mai 1997, E/1998/22, annexe IV.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale nº 3, Nature des obligations des États parties, 14 décembre 1990, E/1991/23.

Comité des droits de l'enfant, Observations finales relatives au cinquième et sixième rapports périodiques de la Suisse, 27 octobre 2021, CRC/C/CHE/CO/5-6.

Comité des droits de l'enfant (2019), Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document, 26 février 2015, CRC/CHE/CO/2-4.

Comité des droits de l'enfant, Observation générale nº 20, La mise en œuvre des droits de l'enfant pendant l'adolescence, 6 décembre 2016, CRC/C/GC/20.

Comité des droits de l'enfant, Observation générale nº 17, Le droit de l'enfant au repos et aux loisirs, de se livrer au jeu et à des activités récréatives et de participer à la vie culturelle et artistique, 17 avril 2013, CRC/C/GC/17.

Comité des droits de l'enfant, Observation générale nº 14, Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 29 mai 2013, CRC/C/GC/14.

Comité des droits de l'enfant, Observation générale nº 6, Traitement des enfants non-accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, 1er septembre 2005, CRC/GC/2005/6.

Comité des droits de l'enfant, Observation générale nº 1, Les buts de l'éducation, 17 avril 2001, CRC/GC/2001/1.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale nº 35 portant actualisation de la Recommandation générale nº 19, La violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, 26 juillet 2017, CEDAW/C/GC/35.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale nº 24, Article 12 de la Convention (Les femmes et la santé), 1999, CEDAW/GR/24, A/54/38/Rev. 1.

Commission nationale pour la prévention de la torture (CNPT) (2022). Überprüfung der Rückkehrzentren des Kantons Bern durch die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) Mai – August 2021, 30 novembre 2021, état en mars 2022.