

Discriminations à l'encontre des mineur-e-s et jeunes personnes non-accompagné-e-s en Suisse : soumission au Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale



Rapport soumis le 20 mai 2020 par la Law Clinic de la faculté de droit de l'Université de Genève sur les personnes vulnérables, en vue de l'examen de la Suisse lors de la 101^{ème} session du Comité, reportée à la 102^{ème} session.

Table des matières

A propos des auteurs/rices du rapport	3
Liste des abréviations	4
Introduction	5
I. Discriminations en matière de droit à l'éducation (art. 5 let. e, ch. v de la Convention)	7
A. Cadre légal	7
B. Situation actuelle des mineur-e-s non-accompagné-e-s et accès à l'éducation	8
C. Accès à l'éducation des enfants séjournant dans les centres de la Confédération	11
D. Accès à l'éducation des élèves du système ACCESS II	12
1. Le système ACCESS II : brève présentation	12
2. Discriminations rencontrées par les élèves d'ACCESS II	12
II. Discriminations en matière de droit aux services sociaux (art. 5 let. e, ch. iv de la Convention)	13
A. Droit à la non-discrimination et droits de l'enfant : bref rappel	13
B. Aperçu du cadre général relatif à la prise en charge des jeunes à Genève	14
C. Problématiques relatives à la prise en charge des mineur-e-s non-accompagné-e-s à Genève	14
III. Discriminations en matière d'égalité devant la loi (art. 5, 1 ^{er} para. de la Convention)	16
A. Discriminations en matière de regroupement familial	16
1. Cadre légal entourant les tests d'ADN en matière de regroupement familial en Suisse	16
2. Discriminations de fait et de droit en matière de tests ADN	17
B. Discriminations en matière de droit au mariage (art. 5 let. d, ch. iv de la Convention)	18
1. Bref aperçu des conditions légales générales du mariage en Suisse	18
2. Problématiques relatives aux conditions spécifiques imposé-e-s aux étranger-e-s et au droit à la non-discrimination	19
3. Problématiques spécifiques aux jeunes personnes non-accompagnées	22
C. Discriminations en matière d'expertises médicales	22
D. Discriminations en matière de droit à la sûreté de la personne et à la protection de l'Etat contre les voies de fait ou les sévices de la part soit de fonctionnaires du gouvernement, soit de tout individu, groupe ou institution (art. 5 let. b de la Convention) : le cas du profilage racial	23
1. Bref aperçu du cadre légal relatif aux contrôles d'identité en Suisse	23
2. Absence d'interdiction du profilage racial dans la législation fédérale	24
3. Profilage racial envers les mineur-e-s non-accompagné-e-s	25
E. Discriminations en matière de traitement égal devant les tribunaux et tout autre organe administrant la justice (art. 5 let. a de la Convention)	26
1. Voies de droit insuffisantes ou ineffectives en cas d'abus policiers	26
2. Discriminations quant au suivi judiciaire des cas de discrimination	27
IV. Recommandations	28
	2

A propos des auteurs/rices du rapport

Ce rapport est soumis au Comité par la [Law Clinic 2019-2020](#) de la faculté de droit de l'Université de Genève sur les personnes vulnérables. La Law Clinic est un séminaire annuel offert aux étudiant-e-s de Master en droit de l'Université de Genève et qui a pour but d'informer une population spécifique sur ses droits en vulgarisant (par exemple, par le biais d'une brochure d'information) les recherches académiques menées par les étudiant-e-s sous la forme d'avis de droit. Depuis la rentrée académique 2018, la Law Clinic traite des droits des jeunes personnes migrantes non-accompagnées, thème repris pour l'année 2019-2020, et dont la publication sous forme de brochure informative est prévue pour l'automne 2020. Les avis de droit de l'année académique 2019-2020 ont abordé les thématiques suivantes : éducation, famille, questions pénales (notamment violences), vie courante et droits face à la police. Le présent rapport, élaboré sur la base de ces avis de droit, abordera donc la question des discriminations raciales subies par les mineur-e-s non-accompagné-e-s à l'aune des thématiques précitées.

Liste des abréviations

- **ACCESS II** : Accueil de l'Enseignement Secondaire
- **CAP** : Programme d'accueil d'urgence pour les mineurs non-accompagnés en errance, proposé par l'association Païdos à Genève
- **CC** : Code civil
- **CDE** : Convention relative aux droits de l'enfant
- **CEDH** : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
- **CIP** : Commission des institutions politiques du Conseil national
- **Cour EDH** : Cour Européenne des droits de l'Homme
- **CP** : Code pénal
- **CPP** : Code de procédure pénale
- **Cst** : Constitution Suisse
- **Cst./GE** : Constitution du canton de Genève
- **DIP** : Département de l'Instruction Publique
- **ECRI** : Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
- **IGS** : Inspection Générale des Services
- **LAGH** : Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine
- **LAsi** : Loi sur l'Asile
- **LDIP** : Loi fédérale sur le droit international privé
- **LEI** : Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration
- **LIP** : Loi sur l'instruction publique du canton de Genève
- **LPD** : Loi fédérale sur la protection des données
- **LPOL/GE** : Loi sur la police du canton de Genève
- **OASA** : Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative
- **OEC** : Ordonnance sur l'état civil
- **ROPol/GE** : Règlement sur l'organisation de la police du canton de Genève
- **SEM** : Secrétariat d'Etat aux Migrations
- **SPMi** : Service de Protection des Mineur-e-s
- **TF** : Tribunal Fédéral

Introduction

Selon le Secrétariat d'État aux migrations (ci-après « SEM »), « est considéré comme non accompagné le mineur qui est séparé de ses deux parents et qui n'est pas pris en charge par un adulte investi de cette responsabilité de par la loi ou la coutume de son pays d'origine »¹. En Suisse, selon leur pays d'origine, certain-e-s de ces mineur-e-s peuvent prétendre au droit d'asile : ce sont les requérant-e-s mineur-e-s non-accompagné-e-s (aussi parfois connu-e-s sous l'acronyme RMNA). Ceux/Celles ne pouvant prétendre à l'asile sont alors simplement désigné-e-s comme mineur-e-s non-accompagné-e-s (aussi parfois connu-e-s sous l'acronyme MNA). Une fois leur majorité atteinte, ils/elles sont désigné-e-s comme jeunes personnes non-accompagnées, et ce jusqu'à l'âge de 25 ans environ. Du fait de leur demande d'asile, il est plus aisé de recenser le nombre de RMNA qui étaient 441 en 2019, selon le SEM². Cependant, il s'agit du nombre de mineur-e-s ayant déposé une demande d'asile dans l'année, et non pas du nombre total de RMNA (incluant ceux/celles en attente de réponse à leur demande déposée les années précédentes). La tâche est d'autant plus ardue pour les MNA, ces dernier-e-s étant estimé-e-s entre 100 et 200 à Genève l'an passé³.

Tenant compte de certaines critiques⁴ concernant la distinction entre MNA/RMNA qui opèrerait une différenciation discutable au regard la Convention des droits de l'enfant (ci-après « CDE »), le présent rapport ne reprendra pas cette distinction, en-dehors des indications chiffrées précitées qui permettraient simplement d'avoir un aperçu de l'ampleur du phénomène. Nous utiliserons donc uniquement les expressions « mineur-e-s » (cas échéant) ou « jeunes personnes » (si adultes de moins de 25 ans) « non-accompagné-e-s ». En effet, il est important d'inclure une réflexion sur les jeunes personnes non-accompagnées dans notre rapport sur les mineur-e-s non-accompagné-e-s, car nombre de problématiques affectant les droits des personnes non-accompagnées perdurent, voire s'intensifient, une fois qu'elles atteignent la majorité. De plus, en raison de l'absence de papiers d'identité et du fait de pratiques souvent discriminatoires des autorités du pays telles que celles exposées dans le présent rapport, il est souvent difficile, voire impossible pour les mineur-e-s non-accompagné-e-s de prouver leur minorité dans le respect de leurs droits humains, et de jouir des droits conférés à tout-e enfant. Ainsi, considéré-e-s comme ou suspecté-e-s d'être majeur-e-s, nombre de mineur-e-s non-accompagné-e-s font également face aux mêmes problématiques affectant les jeunes personnes non-accompagnées. Or, ainsi que l'ont rappelé plusieurs instruments internationaux⁵ et régionaux⁶ des droits humains, les mineur-e-s non-accompagné-e-s font partie des catégories les plus

¹ Secrétariat d'État aux migrations (SEM), Manuel Asile et retour – Article C9 : Requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA) (état au 1er mars 2019), para. 2.1.1. p. 5. Cette définition est similaire à celle énoncée dans la Recommandation CM/Rec(2007)9 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres du 12 juillet 2007 sur les projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés (cf. Annexe de la Recommandation CM/Rec(2007)9, para. 5.).

² https://www.sem.admin.ch/sem/fr/home/publiservice/statistik/asylstatistik/statistik_uma.html

³ Enfants et jeunes migrants-e-s non accompagné-e-s à Genève, Actes des Assises et résolution, 3 et 4 mai 2019, p. 4.

⁴ Cf notamment: « A notre sens, la catégorisation des jeunes comme RMNA ou MNA s'inscrit en contradiction avec le droit international, en particulier au premier principe général de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CDE) sur la non-discrimination (art. 2)9. Cela concerne tant les aspects procéduraux – où leur caractéristique d'enfant est insuffisamment prise en compte – que les conditions d'existences – les conditions de prise en en charge demeurant inférieures à celles dont bénéficient les autres enfants privés de leur milieu familial », Haute Ecole de Travail Social de Genève, Vers une prise en compte holistique et dynamique des besoins des enfants et des jeunes migrant-e-s à Genève, Analyse des requérant-e-s d'asile mineur-e-s non-accompagné-e-s (RMNA), p.22.

⁵ Cf. notamment: Observation générale n° 6 concernant le traitement des enfants non-accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine, Comité des droits de l'enfant de l'ONU, préambule, para.4, 16, etc.

⁶ Cf. notamment : Cour EDH, affaire Khan c. France, requête n°12267/16, 28 février 2019, para 74.

vulnérables de la population, ayant donc un besoin de protection accrue. Parmi ces besoins et droits spécifiques, rappelons ceux conférés par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après « la Convention »), telle qu'interprétée et précisée par les travaux du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (ci-après « le Comité »). En effet, bien que l'art. 1 para. 2 de la Convention précise que cette dernière ne s'applique pas aux distinctions établies par les Etats parties entre ressortissant-e-s et non-ressortissant-e-s, la Recommandation générale n°XXX du Comité souligne que « *d'autres groupes que les migrants, les réfugiés et les demandeurs d'asile suscitent des préoccupations [en matière de discrimination raciale], notamment les non-ressortissants sans papiers* »⁷. Le Comité a ainsi dévolu diverses responsabilités aux Etats parties, notamment :

- « *Veiller à ce que les protections légales contre la discrimination raciale s'appliquent aux non ressortissants indépendamment de leur statut quant à l'émigration et à ce que la mise en œuvre de la législation n'ait pas d'effet discriminatoire sur les non ressortissants* »⁸ ;
- « *Supprimer les obstacles empêchant ou limitant l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels par les non ressortissants, notamment dans les domaines de l'éducation, du logement, de l'emploi et de la santé* »⁹ ;
- « *Combattre les mauvais traitements et la discrimination contre les non ressortissants du fait de la police, d'autres organes chargés de l'application des lois et des fonctionnaires publics* »¹⁰ ;
- « *Inscrire dans la loi pénale une disposition prévoyant que le fait de commettre une infraction comportant des motivations ou des buts racistes constitue une circonstance aggravante passible d'une peine plus lourde* » ;
- « *Veiller à ce que les plaintes pour discrimination raciale émanant de non ressortissants fassent l'objet d'une enquête approfondie et à ce que les plaintes déposées contre des fonctionnaires, notamment celles concernant un comportement discriminatoire ou raciste, fassent l'objet d'un examen indépendant et sérieux* »¹¹ ;
- « *Veiller à ce que les politiques d'immigration n'aient pas d'effet discriminatoire sur les personnes en raison de leur race, leur couleur, leur ascendance ou origine nationale ou ethnique* »¹² ;
- « *Prendre des mesures énergiques pour combattre toute tendance à viser, stigmatiser, stéréotyper ou caractériser par leur profil les membres de groupes de population « non ressortissants » sur la base de la race, la couleur, l'ascendance et l'origine nationale ou ethnique* »¹³.

Le présent rapport se penchera donc, dans un premier temps, sur quelques problématiques spécifiques identifiées lors de la rédaction d'avis de droit dans le cadre de la Law Clinic ; puis formulera quelques recommandations à cet égard.

⁷ Recommandation générale XXX concernant la discrimination contre les non ressortissants, Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination raciale, préambule, p. 1.

⁸ Idem, para. 7, p. 2

⁹ Idem, para. 29, p. 5

¹⁰ Idem, para. 21, p. 4

¹¹ Idem, paras. 22 et 23, p. 4

¹² Idem, para. 9, p. 2

¹³ Idem, para. 12, p. 3

I. Discriminations en matière de droit à l'éducation (art. 5 let. e, ch. v de la Convention)

A. Cadre légal

L'art. 19 de la Constitution fédérale suisse (Cst) prévoit que « *le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit est garanti* ». Les cantons sont compétents en matière d'instruction publique selon l'art. 62 Cst, qui impose l'obligation de pourvoir « *à un enseignement de base suffisant ouvert à tous les enfants* », de nature obligatoire et « *placé sous la direction ou la surveillance des autorités publiques*», la gratuité de cet enseignement étant garantie¹⁴. En ce qui concerne le champ d'application personnel de l'art. 19 Cst, le droit à l'enseignement de base s'applique à tous/toutes les enfants résidant en suisse, toutes nationalités confondues¹⁵; un-e enfant étranger-e pouvant donc aussi s'en prévaloir, et ce, sans égard à la légalité de sa résidence ou de celle de ses parents en Suisse¹⁶.

La Constitution ne précise pas l'âge minimal ni l'âge maximal requis pour l'enfant afin de bénéficier de ce droit fondamental à une formation de base suffisante, mais la garantie de l'art. 19 Cst ne s'étend pas à l'individu ayant atteint la majorité¹⁷, sauf dans certains cas spécifiques¹⁸. En principe, la scolarité débute à 4 ans révolus et dure entre 9 et 11 ans¹⁹. Néanmoins, on ne peut pas prévoir un âge maximal précis pour la fin de la durée de scolarité obligatoire²⁰, car selon les circonstances (ex : un-e élève qui saute une classe ou au contraire, redouble), l'enfant aura besoin de plus ou moins de temps que d'autres pour finir sa scolarité.

Les cantons ont une large marge de manœuvre pour concrétiser le contenu de ce droit dès lors qu'ils ont la compétence en matière d'instruction publique selon l'art. 62 Cst. Le contenu du droit à l'enseignement de base doit donc être précisé par une loi dans chaque canton²¹. Certaines précisions sont néanmoins apportées par la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), cour suprême de Suisse. Dans un premier temps, en ce qui concerne la notion d'enseignement de base et le degré de formation visé, seuls l'enseignement primaire (école enfantine et cycle élémentaire inclus²²) et l'enseignement secondaire I sont concernés²³; l'enseignement secondaire II, la formation professionnelle et les études en haute école spécialisée ou universitaires sont donc exclus du champ d'application de l'art. 19 Cst²⁴. Dans un second temps, c'est la notion d'enseignement suffisant qui doit être précisée. Selon la jurisprudence du TF, l'enseignement doit en effet « *être approprié et adapté à chacun et doit suffire à préparer les écoliers à une vie responsable dans le monde moderne* »²⁵. Il y a donc violation de ce droit « *lorsque la formation de l'enfant est compromise à un point tel que l'égalité des chances ne serait plus garantie, ou en d'autres termes lorsque la formation ne contient pas un enseignement de matières indispensables au regard des conceptions prévalant dans notre société* »²⁶.

¹⁴ Art. 62 al. 2 Cst

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_657/2007 du 26 mai 2008, consid. 2.4.2.

¹⁶ PETRY, pp. 276-277 ; Arrêt du Tribunal Fédéral 2C_892/2018 du 6 mai 2019, consid. 6.1.

¹⁷ SG BV-KÄGI-DIENER, Cst. 19 N 30 ; BK BV-WYTTEBACH, Cst. 19 N 7 ; MÜLLER/SCHERER, pp. 784-785 ; TF, 2C_892/2018, 6 mai 2019, consid. 5.1.

¹⁸ Cf. Titre IV A 1 *infra*.

¹⁹ Art. 5 al. 1 et art. 6 de l'Accord intercantonal sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire, du 14 juin 2007 (HarmoS ; RS/GE C 1 06).

²⁰ DUBEY, N 4667-4668.

²¹ ATF 129 I 35, JdT 2004 I 711, consid. 7.3.

²² Art. 6 al. 1 HarmoS.

²³ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1137/2018 du 14 mai 2019, consid. 2.2.

²⁴ SG BV-KÄGI-DIENER, Cst. 19 N 1.

²⁵ ATF 141 I 9, JdT 2015 I 71, consid. 3.2.

²⁶ ATF 129 I 35, JdT 2004 I 711, consid. 7.3.

Pour déterminer la notion d'enseignement suffisant, il est également possible de se référer à l'Observation générale n°1359 en lien avec l'art. 13 Pacte ONU I du Comité des droits économiques sociaux et culturels, qui édicte certains critères²⁷. Premièrement, selon le critère des dotations, l'Etat doit assurer un nombre suffisant d'établissements d'enseignements et de programmes éducatifs²⁸. Deuxièmement, le critère d'accessibilité demande à ce que tout un chacun ait accès aux établissements d'enseignements et aux programmes éducatifs à l'intérieur de la juridiction de chaque Etat partie, et ce sans discrimination quelconque²⁹. Ce principe repose ainsi sur trois dimensions, notamment celle reposant sur la non-discrimination : l'éducation doit être accessible à tous/toutes, y compris aux personnes les plus vulnérables³⁰. En effet, le statut juridique d'une personne ne doit pas être utilisé comme motif discriminatoire³¹. En ce qui concerne le critère d'acceptabilité, celui-ci prévoit que la forme et le contenu de l'enseignement, des programmes scolaires et des méthodes pédagogiques doivent être pertinents, de bonne qualité et culturellement appropriés pour les étudiant-e-s et doivent donc être acceptables³². Pour finir, selon le principe de l'adaptabilité, « [l]'enseignement doit être souple de manière à pouvoir être adapté aux besoins de sociétés et de communautés en mutation, tout comme aux besoins des étudiants dans leur propre cadre social et culturel »³³.

- **Les art. 19 et 62 Cst imposent donc aux cantons de mettre en place un système juridique tendant à favoriser l'instruction de base suffisante de tous/toutes les enfants et des adolescent-e-s en âge de scolarité obligatoire.**

Au niveau cantonal, l'art. 24 al. 1 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst/GE) garantit le droit à l'éducation, à la formation et à la formation continue³⁴. En outre, depuis 2018, la formation a un caractère obligatoire jusqu'à l'âge de 18 ans au moins (âge de la majorité en Suisse), comme le prescrit l'art. 194 al. 1 Cst/GE. Ainsi, tout-e enfant vivant à Genève doit être inscrit-e à une formation, dès l'âge de 4 ans³⁵ jusqu'à l'âge de ses 18 ans minimum³⁶. Après l'école primaire et le secondaire I, la formation peut aussi se faire en milieu professionnel³⁷.

- **La législation genevoise élargit doublement le droit prévu par la Constitution fédérale³⁸ en prévoyant aussi un droit à la formation et non uniquement un droit à l'enseignement de base, et en la rendant obligatoire jusqu'à 18 ans.**

B. Situation actuelle des mineur-e-s non-accompagné-e-s et accès à l'éducation

Malgré le fait que tout-e enfant, indépendamment de son statut légal, ait le droit d'aller à l'école en vertu de l'art. 19 Cst. et 24 Cst./GE, et qu'il s'agisse même d'une obligation jusqu'à la majorité dans le canton de Genève selon l'art. 194 al. 1 Cst./GE, les jeunes personnes non-accompagnées (hors système de l'asile) n'ont pas accès au système éducatif.

²⁷ Observation générale n°13 du CESCR, para. 8.

²⁸ Observation générale n°13 du CESCR, para. 6 let. a.

²⁹ Observation générale n°13 du CESCR, para. 6 let. b.

³⁰ idem

³¹ Observation générale n°13 du CESCR, para. 34.

³² Observation générale n°13 du CESCR, para. 6 let. c.

³³ Observation générale n°13 du CESCR, para. 6 let. d.

³⁴ Art. 24 al. 1 Cst./GE.

³⁵ Art. 37 al. 1 et art. 55 al. 1 de la Loi sur l'instruction publique, du 17 septembre 2015 (LIP ; RS/GE C 1 10).

³⁶ Art. 37 al. 3 LIP.

³⁷ Art. 194 al. 2 Cst./GE et art. 1 al. 3 LIP.

³⁸ HOTTELIER, Constitution genevoise, p.190 ; HOTTELIER /TANQUEREL, p. 362 ; et cf. Titre II A 2 infra.

- **Bien qu'elles remplissent les conditions (à savoir : avoir entre 4 et 18 ans, vivre à Genève et rester plus de 3 mois en Suisse, indépendamment du statut de séjour³⁹), elles n'ont systématiquement pas accès à l'école. Il s'agit d'un refus de l'accès à l'éducation qui n'est justifié par aucune base légale et/ou motif justificatif.**

Les employé-e-s du Service de Protection des Mineur-e-s (SPMi) procèdent eux/elles-mêmes à une évaluation du niveau scolaire du/de la jeune, le considèrent insuffisant et partent du principe que ces jeunes migrant-e-s ne sont pas adapté-e-s au cadre scolaire⁴⁰. Il pourrait aussi s'agir d'une politique du Département de l'Instruction Publique (DIP) que de systématiquement refuser l'accès à l'école aux MNA. Des propos de la Conseillère d'Etat en charge du DIP, Anne-Emery Torracinta, vont dans ce sens puisqu'elle affirme qu'il s'agit de jeunes qui ne rentre pas facilement dans le cadre, que personne ne veut et que leur avenir n'est pas à Genève⁴¹. La base de ces propos n'est pas clair et n'est pas justifiée puisque ces jeunes n'ont jamais eu l'opportunité d'aller à l'école en Suisse et de montrer qu'ils/elles peuvent s'adapter au système scolaire – d'autant plus que c'est à l'école de s'adapter aux élèves et non aux élèves d'être adapté-e-s au cadre scolaire existant⁴².

- **Il semblerait ainsi que le refus d'inscription soit basé sur des motifs discriminatoires et plus précisément les origines sociales et culturelles ainsi que le statut légal des jeunes personnes en question.**

En lieu et place de l'école, certaines des jeunes personnes doivent se rendre à un accueil de jour proposé par l'association Païdos. Le projet CAP de cette association s'adresse aux mineur-e-s non-accompagné-e-s. Il s'agit d'un « Programme d'accueil d'urgence pour les mineurs non-accompagnés (MNA) en errance »⁴³ destiné aux jeunes de 15 à 18 ans. Son but est de leur offrir un lieu d'accueil et d'écoute. Le programme propose un accompagnement psychothérapeutique et des ateliers de français, mathématiques, cuisine et dessin notamment⁴⁴. Il est encadré par des éducateurs/rices et des animateurs/rices et a lieu du lundi au vendredi de 9 à 13h. Le CAP a un nombre de places limité⁴⁵. Il faut en outre préciser, que Païdos est aujourd'hui mandaté par le SPMi pour assurer cet accueil de jour⁴⁶. C'est d'ailleurs devenu une pratique du SPMi de diriger les mineur-e-s détecté-e-s vers les ateliers CAP, dont la fréquentation est devenue obligatoire pour les jeunes suivi-e-s par le SPMi, dans la mesure où il y a des places pour les recevoir. Par ailleurs, depuis le 22 janvier 2020, le Conseil d'Etat

³⁹ Art. 19 et 62 al. 2 Cst. ; art. 24 al. 1 et 2, art. 194 al. 1 et art. 195 al. 1 Cst./GE ; art. 37 al. 1 et 3 LIP ; Martenet, p. 5-6 ; Sambuc Bloise, N 2059 ; SG BV-Ehrenzeller, Cst. 62 N 27 ; Plotke, p. 177 ; Gebert, p. 382-383 ; BSK BV-Wyittenbach, Cst. 19 N 6 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2P.101/2004 du 14 octobre 2004, consid. 3.1 ; Tribunal cantonal GE, du 19 juillet 2019, ATA 1162/2019 consid. 6 b) ; Tribunal cantonal GE, du 19 juillet 2019, ATA 1167/2019, consid. 6 b).

⁴⁰ Le mandat du SPMi est la protection des mineurs alors que le DIP est chargé de la formation, l'évaluation du niveau scolaire devrait donc être du ressort du DIP, d'autant plus que des examens d'admission sont prévus par les établissements scolaires.

⁴¹ Anne Emery-Torracinta sur les MNA: « Leur avenir n'est pas en Suisse », in Léman Bleu, du 30 octobre 2019, disponible sous : <http://www.lemobleu.ch/fr/News/Anne-Emery-Torracinta-sur-les-MNA-Leur-avenir-n'est-pas-en-Suisse.html>, (consulté le 20.12.2019).

⁴² Art. 19 Cst. ; ATF 141 I 9, JdT 2015 I 71, consid. 3.2 ; Observation générale n°13 du CESR, para. 6.

⁴³ Informations recueillies sur le site de l'association Païdos, disponible sous : <https://www.paidos.org/nos-actions/cap/>, (consulté le 13.10.2019).

⁴⁴ informations recueillies sur le site de l'association Païdos, disponible sous : <https://www.paidos.org/nos-actions/cap/>, (consulté le 13.10.2019).

⁴⁵ informations recueillies sur le site de l'association Païdos, disponible sous : <https://www.paidos.org/nos-actions/cap/>, (consulté le 13.10.2019).

⁴⁶ informations recueillies sur le site de l'association Païdos, disponible sous : <https://www.paidos.org/nos-actions/cap/>, (consulté le 13.10.2019).

considère que cet accueil de jour fait partie du programme FO18 (formation obligatoire jusqu'à 18 ans)⁴⁷.

Cependant, ce programme ne semble pas répondre aux exigences prévues par la loi afin de pouvoir être considéré comme une formation, ni aux exigences pour être considéré comme un enseignement suffisant⁴⁸. En effet, ce programme ne délivre aucune certification et ne permet l'accès à une autre formation délivrant une certification par la suite⁴⁹. Des mineur-e-s non-accompagné-e-s s'y rendent depuis plusieurs mois de manière régulière, certain-e-s ayant même suivi le programme depuis une année entière, sans jamais avoir l'opportunité d'être transféré-e-s vers une formation du secondaire I ou II. Par ailleurs, le programme propose des ateliers et non des cours, car ceux-ci sont donnés par des éducateurs/rices et des animateurs/rices et non des enseignant-e-s⁵⁰. Le programme ne propose en plus que peu d'heures d'ateliers par jour, soit 4h qui inclut en plus le dessin et la cuisine⁵¹. Il ne peut donc pas s'agir d'un programme répondant aux exigences de formation et d'enseignement suffisant. En outre, ce programme n'est pas équivalent aux formations auxquelles sont inscrit-e-s les autres élèves sur le canton de Genève, puisqu'au niveau secondaire I et II, il s'agit en général de formations à plein temps dispensées par des professeur-e-s⁵².

- **Soumettre les mineur-e-s non-accompagné-e-s à ce programme, qui n'est pas une école, crée ainsi des inégalités de traitement entre eux/elles et les autres enfants du canton de Genève, puisqu'ils/elles doivent se rendre à un accueil de jour ne répondant pas aux critères de l'école alors que les autres bénéficient d'une éducation suffisante. Systématiquement soumettre les mineur-e-s non-accompagné-e-s au programme de Païdos en lieu et place de l'école pourrait même s'apparenter à de la ségrégation puisque cette séparation semble se fonder sur des critères ethniques et sociaux et ne touche qu'un groupe, les mineur-e-s non-accompagné-e-s⁵³.**

Il faut en outre préciser que le refus systématique d'inscrire les mineur-e-s non-accompagné-e-s à l'école pourrait être considéré comme une violation du devoir d'assistance puisque cela contrevient à l'obligation de formation, le programme CAP de l'association Païdos ne pouvant pas être considéré comme une formation. Il est à noter que le simple fait de retirer son enfant de l'école sans motifs constitue déjà une violation du devoir d'assistance⁵⁴. Empêcher des enfants d'y accéder, et ce de

⁴⁷ Communiqué de presse du Conseil d'état : prise en charge des jeunes mineurs non accompagnés à Genève, du 22 janvier 2020, disponible sous : <https://www.ge.ch/document/point-presse-du-conseil-etat-du-22-janvier-2020>, (consulté le 22.01.20).

⁴⁸ art. 37 al. 4 LIP/GE ; art. 2C al. 1 et 2 REST/GE ; TF, 2C_892/2018, 6 mai 2019, consid. 6.3 ; art. 19 Cst. ; ATF 141 I 9, JdT 2015 I 71, consid. 3.2 ; ATF 129 I 35, JdT 2004 I 711, consid. 7.3 ; art. 13 Pacte ONU I ; Observation générale n° 13 du CESR.

⁴⁹ Informations recueillies sur le site de l'association Païdos, disponible sous : <https://www.paidos.org/nos-actions/cap/>, (consulté le 13.10.2019).

⁵⁰ Informations recueillies sur le site de l'association Païdos, disponible sous : <https://www.paidos.org/nos-actions/cap/>, (consulté le 13.10.2019).

⁵¹ Informations recueillies sur le site de l'association Païdos, disponible sous : <https://www.paidos.org/nos-actions/cap/>, (consulté le 13.10.2019).

⁵² Prescriptions cantonales pour le secondaire I

: https://edu.ge.ch/co/sites/default/files/atoms/files/prescriptions_catonales_2019-2020_0.pdf ; Prescriptions scolaires du secondaire II : <https://edu.ge.ch/sefpo/plans-detude-par-domaines>

⁵³ Schabas, p. 1004-1005 ; Cour EDH, *affaire D.H. et autres contre République Tchèque*, requête n° 57325/00, 13 novembre 2007, para. 207 ; Cour EDH, *affaire Sampanis et autres contre Grèce*, requête n° 32526/05, 5 septembre 2008, para. 89 ; Cour EDH, 16 mars 2010, *affaire Oršuš et autres contre Croatie*, requête n° 15766/03, para. 157. Bien que la Suisse n'ait pas ratifié le Protocole n°1 à la CEDH, les principes et son seuil de protection sont similaires à ceux de l'art. 19

⁵⁴ Dupuis/Moreillon/Piguet/Berger/Mazou/Rodigari (édit.), art. 219 N 12 ; Moreillon, p. 434.

manière généralisée, devrait donc également être considéré comme tel. Bien qu'un-e curateur/rice⁵⁵ ne détienne en principe pas l'autorité parentale sur l'enfant, les devoirs prévus à l'art. 302 al. 2 du Code Civil Suisse (CC) et notamment le devoir de pourvoir à la formation de l'enfant en question font en général partie de leur mandat. En outre, si les restrictions à l'accès à l'école sont dues à un dysfonctionnement au sein du SPMi ou du DIP, cela pourrait entraîner une responsabilité des cadres de ces entités.

C. Accès à l'éducation des enfants séjournant dans les centres de la Confédération

Il existe une différence de traitement quant à l'accès à l'éducation selon le statut juridique de l'enfant.

Selon l'art. 24 al. 3 de la Loi sur l'Asile (LAsi), tout-e requérant-e d'asile est hébergé-e dans un centre de la Confédération à partir du dépôt de sa demande d'asile. Dans le cas d'une procédure accélérée, le/la requérant-e reste jusqu'à l'octroi de l'asile ou de l'admission provisoire, ou alors jusqu'à son départ dans le cas où sa demande d'asile a été refusée (let. a). Dans le cas d'une procédure Dublin, il/elle reste jusqu'à son départ (let. b). Finalement, dans le cas d'une procédure étendue, le/la requérant-e reste jusqu'à son attribution à un autre canton (let. c). Le séjour d'un-e requérant-e dans un centre fédéral ne peut pas dépasser les 140 jours⁵⁶; passé ce délai, il/elle est attribué-e à un canton. Il faut noter que ces centres sont gérés par le SEM⁵⁷.

Depuis le 1er octobre 2016, la LAsi prévoit que « *[l]e canton abritant un centre de la Confédération organise l'enseignement de base pour les requérants d'asile en âge de scolarité obligatoire séjournant dans ce centre. Au besoin, l'enseignement est dispensé dans le centre* »⁵⁸. Ainsi, cette disposition permet l'accès à un enseignement de base pour tout-e requérant-e d'asile en âge de scolarité obligatoire. La scolarité obligatoire de manière générale s'étend pour toute la Suisse de 4 à 15 ans.

Selon le Conseil fédéral, l'enseignement de base s'applique pour les enfants séjournant dans les centres de la Confédération directement à leur arrivée puisque leur séjour peut atteindre jusqu'à 100 à 140 jours dans les centres⁵⁹. Ainsi, l'art. 80 al. 4 de la LAsi permet aux enfants arrivant dans les centres de jouir de leur droit à l'enseignement de base. Cependant, cette disposition ne s'applique que pour l'enseignement de base et non à l'enseignement secondaire II puisqu'elle ne concerne que les enfants de 4 à 15 ans, laissant ainsi les jeunes de 16 à 25 ans hors de ce système⁶⁰.

En outre, dans le cadre de l'enseignement prodigué dans les centres fédéraux, un problème important à relever est le niveau de l'éducation fournie. De façon générale, la formation reçue par les enfants dans les centres fédéraux n'est pas conforme aux normes en vigueur dans les écoles obligatoires hors centres⁶¹. Il y a souvent des délais d'attente trop importants avant de débiter la scolarisation, des programmes et des horaires non adaptés aux catégories d'âges des enfants, comme des horaires réduits et des cours lacunaires⁶². **En guise d'exemple, au Centre fédéral de Boudry, les élèves ne**

⁵⁵ Personne ayant reçu comme mandat de s'occuper de certains aspects de la vie d'un-e mineur-e sans représentant-e légal-e ou ayant un besoin de protection particulier.

⁵⁶ Art. 24 al. 4 LAsi.

⁵⁷ Art. 24 al. 1 LAsi.

⁵⁸ Art. 80 al. 4 LAsi.

⁵⁹ FF 2014, p. 7862.

⁶⁰ CORBAZ, N 369.

⁶¹ Conférence nationale « réfugié-e-s ; éducation, intégration et émancipation » du 7 septembre 2019, formation équivalente pour tou-te-s – NON à la discrimination des réfugié-e-s, p. 4.

⁶² *Idem*.

bénéficient que de la moitié des heures d'enseignement hebdomadaires prévues dans les écoles hors centres⁶³. En outre, l'enseignement prodigué dans les centres fédéraux n'est pas conforme à la garantie prévue par l'art. 19 Cst. En effet, les cours prévus ne sont pas conformes à la définition de l'enseignement de base développée par le TF. L'enseignement doit être ouvert à tous/toutes les enfants et il doit également être approprié et adapté à chaque enfant, les préparant ainsi à la vie dans un monde moderne⁶⁴.

- **Ces pratiques créent ainsi une différence de traitement entre les enfants hébergé-e-s dans des centres de la confédération et ceux/celles qui sont placé-e-s hors centres ou dans des centres cantonaux et communaux qui peuvent se rendre à l'école ordinaire. Cette différence de traitement fondée sur le statut juridique ne saurait être justifiée.**

Certes, il existe un intérêt de l'Etat, soit l'intérêt financier de la collectivité publique. En effet, les jeunes requérant-e-s dans les centres n'y restent pas plus de 140 jours ; pourvoir à leur éducation pour une courte durée peut sembler comme un investissement excessif. Cependant, il faut se demander si cette mesure est proportionnelle. Bien que cette mesure soit apte à atteindre le but voulu de l'Etat, à savoir son intérêt financier, elle ne répond ni au critère de la nécessité, ni à celui à la proportionnalité au sens strict. En effet, une mesure moins incisive serait d'inscrire ces jeunes dans les écoles cantonales qui prévoient des classes d'accueil pour les migrant-e-s allophones⁶⁵. Pour ce qui est de la pesée des intérêts, l'intérêt d'un-e enfant à recevoir une éducation prime celui de l'intérêt financier de l'Etat. Il faut aussi tenir compte que dans le cas où ces jeunes sont accepté-e-s en Suisse, leur intégration dès le début de leur séjour relève de l'intérêt public. Ainsi, cette mesure semble disproportionnée. De ce fait, l'enseignement insuffisant prodigué dans les centres est discriminatoire puisqu'il ne répond pas au critère de proportionnalité.

D. Accès à l'éducation des élèves du système ACCESS II

1. Le système ACCESS II : brève présentation

ACCESS II est l'Accueil de l'Enseignement Secondaire II. Ainsi, il a pour but d'accueillir les élèves allophones récemment arrivé-e-s à Genève et d'offrir des cours de renforcement de langues et d'autres disciplines fondamentales afin de leur permettre d'intégrer une classe ordinaire du secondaire II par la suite, qu'il s'agisse d'une formation professionnelle ou générale⁶⁶. Ce service accueille des élèves âgé-e-s de 15 à 19 ans. Il propose des classes de différents niveaux, qui peuvent aller de l'alphabétisation aux classes d'insertion scolaire ou professionnelle⁶⁷. Dans la mesure où certaines des jeunes personnes non accompagnées entrent dans cette tranche d'âge et n'ont pas toujours le niveau nécessaire pour intégrer une classe ordinaire directement, celles-ci peuvent devoir passer par ACCESS II.

2. Discriminations rencontrées par les élèves d'ACCESS II

Les élèves provenant d'ACCESS II doivent passer et réussir les mêmes tests que des élèves finissant le cycle d'orientation et ayant suivi toute leur scolarité ou du moins la majeure partie à Genève⁶⁸. Il faut préciser que les cours donnés par le service d'accueil ne sont pas et ne peuvent pas être équivalents

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_927/2018 du 29 octobre 2018, consid. 5.3.

⁶⁵ Cf. Titre IV B 1 b *infra*.

⁶⁶ Art. 1 RSAES-II.

⁶⁷ Art. 3 à 6 RSAES-II.

⁶⁸ DELAHAYE GARCIA/MABILLARD/PECCOUD/DECROUX/FROSSARD, p. 81 ; COUR DES COMPTES, p. 54.

aux cours dans les établissements ordinaires, puisque l'accent y est mis sur l'apprentissage du français et une remise à niveau dans la mesure où ces personnes n'ont pas pu avoir accès au système d'éducation genevois auparavant⁶⁹.

- **Les élèves provenant d'ACCESS se trouvent donc dans une situation différente, ne bénéficiant pas du même bagage scolaire, mais sont évalué-e-s de la même manière par les mêmes tests. Il s'agit donc d'un traitement similaire dans des situations différentes. Ce traitement ne saurait être justifié.**

En effet, bien qu'il existe un but légitime qui est de garantir un enseignement de qualité et adapté aux besoins particuliers de chaque élève, cela ne respecte toutefois pas le principe de proportionnalité. D'autres solutions semblent moins incisives et ne violant pas l'interdiction des discriminations pourraient être aptes à atteindre les buts visés. Par exemple, il peut être envisagé de prévoir des aménagements pour les enfants issu-e-s du service d'accueil de manière à ce qu'ils/elles puissent intégrer et suivre les cours en classe ordinaire ou de prévoir des tests qui prennent en compte leur contexte différent⁷⁰. Il faut en outre signaler que **soumettre les élèves issu-e-s d'ACCESS II, soit des élèves migrant-e-s, aux mêmes tests que les élèves de classes ordinaires et ce sans quelconque aménagement a pour résultat que les élèves migrant-e-s ont accès à une éducation de moins bonne qualité que les autres élèves ne leur permettant pas d'atteindre la même autonomie par la suite, situation que divers mécanismes internationaux ont déjà soulignée⁷¹.**

II. Discriminations en matière de droit aux services sociaux (art. 5 let. e, ch. iv de la Convention)

A. Droit à la non-discrimination et droits de l'enfant : bref rappel

En matière de services sociaux, au sens de l'art. 20 para. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (ci-après « CDE »), tout-e enfant privé-e de son milieu familial a droit à une protection et une aide spéciale de l'Etat. Et, comme le souligne l'art. 2 para. 1 de la CDE⁷², les droits issus de la CDE s'appliquent à tous/toutes les enfants relevant de la juridiction d'un Etat, indépendamment de leur nationalité, de leur origine, ou autre distinction (p.ex. : statut).

Or, ce principe de non-discrimination « *requiert [...] une différenciation en fonction des besoins spécifiques en matière de protection* »⁷³. En effet, il est à rappeler qu'une assimilation injustifiée entre deux situations distinctes peut également constituer une discrimination, ainsi que le rappellent, *in fine*, les art. 1 para. 4 et 2 para. 2 de la Convention.

La protection et l'aide spéciale accordée par l'Etat à un-e enfant seront donc jugées adéquates si elles répondent aux besoins de la personne concernée et tiennent compte de son vécu. Pour le formuler autrement, l'encadrement socio-éducatif doit être pensé de manière individuelle pour chaque personne. Le TF a ainsi reconnu que, pour les réfugié-e-s mineur-e-s non-accompagné-e-s, « *la prise en charge et l'encadrement social et éducatif doivent être, de manière générale, renforcés (...)* »⁷⁴.

Le TF a également reconnu que les mineur-e-s non-accompagné-e-s « ont un besoin de protection particulier, du fait de leur âge et parce qu'ils se trouvent en Suisse, sans être accompagnés d'une

⁶⁹ Les programmes des cours sont disponibles sous : <https://edu.ge.ch/site/acces/> > Structures.

⁷⁰ Cf. Titre IV B 2 b infra.

⁷¹ EPU 2012 ; Rapport du UNHCR, N 41 ; Observations finales du CDE de 2015, p.15-16 ; RIVA GAPANY, N 237-239.

⁷² Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, para. 12 ; CORBAZ, N 154.

⁷³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 6, para. 18.

⁷⁴ Arrêt du Tribunal Fédéral 2C_494/2018 du 10 janvier 2019, consid. 3.5.1.

personne investie de l'autorité parentale et, pour une partie d'entre eux, engagés dans une procédure d'asile. Pour ces mêmes raisons, ils sont aussi particulièrement exposés à la traite d'êtres humains et à d'autres formes d'exploitation (notamment sexuelle), à la criminalité organisée, ainsi qu'à d'autres activités illégales. Sans compter que les MNA sont souvent traumatisés par leur expérience de la fuite »⁷⁵.

Afin d'être conforme aux exigences de la Convention et de la CDE, la protection et l'aide sociale apportées par l'Etat aux mineur-e-s non-accompagné-e-s devraient donc être au moins égales à celles apportées à des enfants se trouvant dans des situations moins défavorables. Ainsi que l'exposent les parties suivantes du présent rapport, tel n'est pourtant pas le cas à l'heure actuelle à Genève.

B. Aperçu du cadre général relatif à la prise en charge des jeunes à Genève

Les foyers pour mineur-e-s à Genève sont, pour la plupart, mis en place par la [Fondation Officielle de la Jeunesse](#) (FOJ), une fondation liée par un contrat de prestations avec l'Etat de Genève. Une dizaine de foyers pour adolescent-e-s ont ainsi été mis en place, qui ont pour but essentiellement d'accueillir les jeunes ayant des difficultés familiales, relationnelles, personnelles et/ou sociales⁷⁶. Le point commun entre tous ces foyers est qu'ils accueillent tous entre 7 et 11 adolescent-e-s présentant les problèmes susmentionnés. Ce sont donc des petites structures d'accueil, pour un travail plus intime et plus approfondi de la part des éducateurs/rices. Nous n'avons pas d'informations concernant le nombre précis d'éducateurs/rices travaillant dans chaque foyer, mais il est toujours fait mention d'une équipe. Nous pouvons donc affirmer que les jeunes Genevois-e-s en difficulté sont toujours encadré-e-s par plusieurs adultes, la pratique faisant état d'un-e éducateur/rice pour deux ou trois jeunes.

En outre, les différents foyers ont des buts différents concernant la durée de l'engagement avec le/la mineur-e. Certains foyers sont plus dans une logique d'urgence, donc d'accueil à court terme. C'est le cas, par exemple, du Centre le Pont et de la Calanque qui accueillent, respectivement, des jeunes pour une durée moyenne de 46.5 jours et de 80 jours⁷⁷. D'autres foyers sont dans une logique d'accompagnement et de développement, donc d'accueil à moyen et long terme. La Pommière, par exemple, propose un accueil d'une durée moyenne de 586 jours⁷⁸.

Ainsi, concernant l'hébergement des mineur-e-s genevois-e-s, et contrairement à celui des mineur-e-s migrant-e-s, les foyers mis à disposition respectent les exigences de la CDE. Ce sont des petites structures qui permettent le travail socio-éducatif des éducateurs/rices. Ces dernier-e-s sont, en principe, en nombre suffisant pour gérer toutes les situations sans être débordé-e-s. Enfin, chaque foyer a une certaine logique d'encadrement, que ce soit d'urgence, d'accompagnement ou de développement, ce qui permet que, en principe, le/la jeune soit placé-e dans l'endroit le plus adapté à ses besoins.

C. Problématiques relatives à la prise en charge des mineur-e-s non-accompagné-e-s à Genève

Nous l'avons développé précédemment, les mineur-e-s non-accompagné-e-s ont droit à une prise en charge adaptée à leurs besoins, et renforcée si nécessaire, par rapport à d'autres mineur-e-s moins

⁷⁵ Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS), Recommandations relatives aux enfants et aux jeunes mineurs non accompagnés dans le domaine de l'asile, 2016, p. 6.

⁷⁶ <https://www.foj.ch> (12.12.2019).

⁷⁷ <https://www.foj.ch/foyers/centre-le-pont/> (12.12.2019) ; <https://www.foj.ch/foyers/la-calanque/> (12.12.2019).

⁷⁸ <https://www.foj.ch/foyers/la-pommiere/> (12.12.2019).

vulnérables. L'encadrement qui est actuellement accordé aux mineur-e-s genevois-e-s devrait ainsi être le seuil minimal à proposer aux mineur-e-s non-accompagné-e-s. Ils/Elles requièrent souvent une prise en charge accrue par rapport à celle d'autres jeunes pour éviter une assimilation injustifiée de situations distinctes et ainsi violer le droit de ces mineur-e-s à la non-discrimination. L'encadrement socio-éducatif doit tenir compte du vécu des mineur-e-s non-accompagné-e-s, de leurs situations actuelles et des besoins nécessaires à leurs développements.

- **Il n'existe actuellement, et uniquement depuis novembre 2019, qu'un seul centre d'accueil pour mineur-e-s non-accompagné-e-s, le foyer de la Seymnaz⁷⁹. Ce dernier ne peut accueillir que 20 mineurs, et uniquement de sexe masculin. Ce qui est évidemment insuffisant compte tenu des besoins actuels. De nombreux/ses mineur-e-s se retrouvent ainsi forcé-e-s de dormir à la rue⁸⁰, de loger dans des hôtels aux conditions inappropriées⁸¹, une situation qui s'est d'autant plus détériorée lors de la pandémie de covid-19.**

En effet, comme notamment dénoncée par une lettre ouverte envoyée par la permanence juridique MNA au Conseil d'Etat le 27 avril 2020⁸², « *sans surprise, la précarité des MNA a augmenté* » pendant la crise, ceux-ci se retrouvant complètement « *livrés à eux-mêmes* », les rares hébergements encore accessibles « *demeur[ant] en outre précaires et nombre d'entre eux limitent l'accueil à la nuit, laissant les MNA à la rue durant la journée* ».

D'autres ont été placé-e-s dans le Foyer de l'Etoile, foyer originellement prévu pour les mineur-e-s requérant-e-s d'asile et dont la structure et les moyens n'avaient pas été adaptés ni aux besoins spécifiques des mineur-e-s non-accompagné-e-s, ni aux soucis que la cohabitation de ces deux populations aux besoins spécifiques pourraient poser. Problèmes notamment mis en lumière à la suite du suicide, le 27 mars 2019, d'Ali Reza, jeune réfugié afghan qui s'est donné la mort au Foyer de l'Etoile⁸³. Dans une prise de position ouverte publiée le 23 août 2019, les collaborateurs/rices du Foyer de l'Etoile ont également dénoncé un certain nombre de dysfonctionnements comme le « *manque de moyens* » pour mettre en œuvre un projet pédagogique pour les mineur-e-s non-accompagné-e-s; l'absence de « *projet d'intégration individuel* »; l'imposition d'une « *logique d'uniformisation de l'intervention* »; le « *retour vers la logique d'urgence* » dans la prise en charge des mineur-e-s non-accompagné-e-s; la « *taille inhumaine du foyer et la vision institutionnelle inadéquate conçue dans une logique restreinte d'hébergement collectif* »⁸⁴.

⁷⁹ <https://www.letemps.ch/suisse/geneve-visite-premier-foyer-migrants-mineurs>

⁸⁰ <https://www.letemps.ch/suisse/geneve-raslebol-mineurs-non-accompagnes> ;
<https://www.letemps.ch/suisse/lerrance-fin-mineurs-non-accompagnes>

⁸¹ <https://renverse.co/VIDEO-Hotel-Aida-logements-indignes-pour-des-mineur-e-s-2276> ;
<https://www.tdg.ch/lematindimanche/geneve-hotel-aida-seme-trouble/story/30606587>

⁸² Lettre ouverte au Conseil d'Etat de la République et canton de Genève concernant les personnes mineures non accompagnées (MNA), envoyée au Conseil d'Etat le 27 avril 2020 par la permanence juridique MNA et signée par 45 signataires.

⁸³ <https://asile.ch/2019/04/17/solidarite-tattes-foyer-de-letoile-les-amis-dali-liberent-leur-parole/> ;
<https://cigue.ch/solidarite-avec-les-mineur-e-s-non-accompagne-e-s/>

⁸⁴ Prise de position des collaborateurs du Foyer de l'Etoile, 23 août 2019/ <https://asile.ch/2019/09/06/rmna-les-educateurs-du-foyer-de-letoile-interpellent-les-autorites-genevoises/>

III. Discriminations en matière d'égalité devant la loi (art. 5, 1^{er} para. de la Convention)

A. Discriminations en matière de regroupement familial

1. Cadre légal entourant les tests d'ADN en matière de regroupement familial en Suisse

L'art. 102 al. 1 de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (ci-après « LEI ») permet aux autorités de collecter certaines données biométriques à des fins d'identification et de détermination de l'âge. L'art. 102 al. 2 LEI délègue au Conseil fédéral la compétence de déterminer quelles sont les données biométriques à relever et règle l'accès à ces derniers. En vertu de l'art. 87 al. 1 let. c de l'Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative du 24 octobre 2007 (ci-après « OASA »), les autorités compétentes en matière du droit des étrangers et du droit d'asile peuvent se fonder sur l'art. 33 de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (ci-après « LAGH ») pour relever des profils ADN. Cette norme trouve notamment application pour clarifier des liens familiaux dans des procédures de regroupement familial⁸⁵. En effet, même si, en vertu de l'art. 73 al. 1 de la Loi fédérale sur le droit international privé (ci-après « LDIP »), dans le cadre d'une demande de regroupement familial, la Suisse reconnaît la reconnaissance d'un-e enfant intervenue à l'étranger lorsqu'elle est valable dans l'État national, de résidence habituelle ou du domicile de l'enfant, afin de préserver la sécurité du droit, les autorités de l'état civil doivent néanmoins vérifier l'authenticité de ces actes⁸⁶. C'est pourquoi, l'art. 33 LAGH permet à l'autorité compétente de subordonner l'octroi du regroupement familial à l'établissement d'un profil d'ADN, si la filiation ou l'identité d'une personne font l'objet de doutes fondés et que ces doutes ne peuvent être levés d'une autre manière.

Une telle analyse ne peut cependant pas être imposée par l'autorité ; elle peut uniquement être proposée et effectuée « *qu'avec le consentement écrit de la personne concernée* » (art. 33 al. 2 LAGH)⁸⁷, ou en vertu d'un intérêt prépondérant public ou privé, ou encore si elle est prévue par la loi (art. 5 al. 1 et art. 33 al. 2 LAGH, art. 28 al. 2 CC, cf. *infra* ch. 2.8).

Selon le SEM, la notion de « **doutes fondés** » doit s'interpréter en fonction du cas d'espèce et du pays en question⁸⁸. En droit des étrangers, la notion vise plus précisément des situations où les documents présentés pour prouver l'existence de liens familiaux paraissent douteux⁸⁹. Ces doutes peuvent notamment surgir si les documents proviennent d'un pays qui dispose d'un système d'état civil peu fiable, en raison du risque de corruption⁹⁰. Il peut également se référer à l'absence ou l'existence très peu développé d'un tel système⁹¹. Cependant, même si rien n'empêche l'autorité de proposer un test d'ADN dans tous les cas douteux, il n'est pas possible d'y soumettre toutes les personnes venant d'un pays à risque - le test d'ADN ne peut alors pas être proposé pour un pays déterminé de manière systématique et obligatoire⁹². A ce propos, une initiative parlementaire visant à établir une liste de pays pour lesquels l'établissement d'un test d'ADN serait obligatoire a d'ailleurs été refusée par la

⁸⁵ SHK AuG – MUND, AuG 102 N22.

⁸⁶ Arrêt de la Cour de justice de Genève, ATA/1045/2016 du 13 décembre 2016, consid. 5.

⁸⁷ SEM, F3, p. 10.

⁸⁸ SEM, F3, p. 10.

⁸⁹ SEM, Profil d'ADN, p. 2.

⁹⁰ SEM, Profil d'ADN, p. 2.

⁹¹ SEM, Profil d'ADN, p. 2.

⁹² SEM, Profil d'ADN, p. 2.

Commission des institutions politiques du Conseil National (CIP) en 2008, pour le motif de son anticonstitutionnalité ainsi que de sa difficulté d'application du point de vue pratique⁹³.

L'art. 33 al. 1 LAGH prévoit qu'un test d'ADN ne peut être ordonné que si les doutes ne peuvent être levés d'une autre manière. Cette disposition répond au **principe de proportionnalité** prévu par l'art. 4 al. 2 de la Loi fédérale sur la protection des données (ci-après « LPD »), qui exige qu'un test d'ADN ne soit proposé qu'en tout dernier recours⁹⁴. Ce principe exige que les analyses d'ADN soient strictement limitées au cercle de personnes nécessaire à l'établissement des liens de filiation.

De plus, l'art. 33 al. 2 LAGH exige que la personne concernée **consente par écrit** à l'établissement du test. En vertu de l'art. 5 al. 1 LAGH, qui reprend le principe de l'art. 119 al. 2 let. f Cst, toute personne soumise à une analyse génétique doit donner son consentement libre et éclairé. Pour être considéré comme libre, le consentement ne doit pas être entaché de tromperie et ne pas résulter de pressions illicites⁹⁵. En outre, le consentement est qualifié d'éclairé si la personne concernée le donne en toute connaissance de cause, « *après avoir reçu toute l'information pertinente* »⁹⁶. Outre le consentement écrit, le laboratoire qui procède à l'analyse de l'ADN doit être en mesure de démontrer que la personne concernée a été informée de l'importance et de la portée du test génétique (principe du *informed consent*)⁹⁷.

2. Discriminations de fait et de droit en matière de tests ADN

Il ne faut pas négliger les éventuelles **conséquences émotionnelles** que les résultats d'un test d'ADN peuvent avoir: il est tout à fait possible qu'une personne découvre, à travers les résultats du test, qu'elle n'a pas de lien de filiation biologique avec son père⁹⁸. Pour cette raison, les personnes soumises à un test d'ADN doivent, avant de donner leur consentement, être rendues attentives au fait que ces tests **pourraient** avoir des implications à long-terme et potentiellement aboutir à des résultats inattendus concernant leurs relations familiales établies et reconnues⁹⁹. La volonté d'éviter des situations extrêmement douloureuses est un élément supplémentaire en faveur de l'application stricte du principe de la proportionnalité susmentionné¹⁰⁰.

- **Or, plusieurs observatoires et permanences juridiques en matière du droit d'asile et droit des étrangers ont confirmé qu'elles étaient de plus en plus mise au courant de situations dans lesquelles les autorités cantonales de migration demandaient systématiquement l'établissement de tests d'ADN en matière de regroupement familial¹⁰¹. Ces tests seraient demandés à des personnes d'origine Erythréenne, ainsi qu'aux pères de manière générale¹⁰².**

⁹³ CIP-N 07.495, Communiqué de presse du 27 juin 2008: Regroupement familial. Pas de test obligatoire pour les ressortissants des pays "à problèmes", <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2008/mm-spk-n-2008-06-27-a.aspx?lang=1036> (consulté le 10.12.19); CIP-N 07.495, Rapport, p. 2.

⁹⁴ DUBEY, art. 102 LEtr, p. 1169.

⁹⁵ FF 2017 5312, LAGH ; FF 2002 6877, LAGH.

⁹⁶ FF 2002 6877, LAGH.

⁹⁷ TEICHMANN/CAMPRUBI, p. 529.

⁹⁸ Arrêt du TF 5A_590/2016 du 12 octobre 2017, consid. 3.4.4

⁹⁹ UNHCR, Note on DNA, p. 3.

¹⁰⁰ ROHMER, Analyses génétiques en matière d'asile, p. 350 et 351; FF 2002 6927, LAGH.

¹⁰¹ ODAE, DNA-Tests, p. 1.

¹⁰² ODAE, DNA-Tests, p. 2; Aargauerzeitung, Familiennachzug: Flüchtlinge müssen vermehrt zum DNA-Test, 23.7.17, <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/familiennachzug-fluechtlinge-muessen-vermehrt-zum-dna-test-131548275> (consulté le 14.12.19).

Sur la liste, qui avait été proposée par l'initiative parlementaire susmentionnée¹⁰³, figuraient 33 pays, dont 22 africains, mais aussi le Brésil, la Colombie, l'Irak entre autres¹⁰⁴. La classification en pays dits «à problèmes» permettant d'obliger les ressortissant-e-s de ceux-ci à se soumettre systématiquement à des tests d'ADN a été qualifiée de démarche anticonstitutionnelle par la Commission des institutions politiques du Conseil national¹⁰⁵.

La personne qui refuse de faire un test ADN doit elle-même supporter l'échec de la preuve et les conséquences procédurales¹⁰⁶. Il n'y donc pas d'obligation légale, mais une contrainte factuelle de consentir aux tests d'ADN, étant donné qu'en cas de refus, les personnes concernées risquent de se voir nier l'existence de tout lien familial¹⁰⁷. Pour ces raisons, une partie de la doctrine juridique suisse considère que l'art. 33 LAGH lui-même n'est pas adapté à la procédure d'asile, puisque le consentement donné par une personne demandant le regroupement familial ne peut pas être considéré comme libre dans ces circonstances¹⁰⁸.

B. Discriminations en matière de droit au mariage (art. 5 let. d, ch. iv de la Convention)

1. Bref aperçu des conditions légales générales du mariage en Suisse

L'art. 94 CC prévoit que « pour pouvoir contracter un mariage, l'homme et la femme doivent être âgés de 18 ans révolus et capables de discernement ». L'art. 99 al. 1 ch. 3 CC prévoit que l'officier-e de l'état civil doit examiner si les conditions du mariage sont remplies. Il/Elle doit notamment vérifier que la capacité matrimoniale des deux fiancé-e-s soit établie (art. 66 al. 2 let. c de l'Ordonnance sur l'état civil - OEC). La capacité matrimoniale est composée de la majorité matrimoniale (18 ans), la capacité de discernement (en principe présumée) et une différence de sexe entre les deux fiancé-e-s au moment de la célébration. L'officier-e de l'état civil vérifie également l'absence d'empêchements légaux au mariage tel qu'un lien de parenté entre les deux fiancé-e-s ou l'existence d'un mariage antérieur encore en cours.

Avant la célébration du mariage (art. 101 à 103 CC), l'officier-e de l'état civil mène **la procédure préparatoire** (art. 97 al. 1 CC). Cette dernière est régie par les arts. 98 à 100 CC. Elle commence par le dépôt d'une demande en exécution de la procédure préparatoire, qui se fait auprès de l'Office de l'état civil du domicile de l'un-e des fiancé-e-s (art. 98 al. 1 CC). La demande doit être accompagnée de plusieurs documents qui varient en fonction du pays d'origine des fiancé-e-s et qui sont soumis à une

¹⁰³ CIP-N 07.495, Communiqué de presse du 27 juin 2008: Regroupement familial. Pas de test obligatoire pour les ressortissants des pays "à problèmes", <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2008/mm-spkn-2008-06-27-a.aspx?lang=1036> (consulté le 10.12.19); CIP-N 07.495, Rapport, p. 2.

¹⁰⁴ Humanrights.ch, plateforme d'information, Regroupement familial et tests ADN: pas de généralisation (CN 3/08), 17.10.08, <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/asile/loi/regroupement-familial-tests-adn-flou-juridique> (consulté le 19.02.20); Swissinfo.ch (SWI), Migration: La Suisse pratique déjà des tests ADN, 26.09.07, <https://www.swissinfo.ch/fr/migration--la-suisse-pratique-déjà-des-tests-adn/6165460> (consulté le 19.02.20).

¹⁰⁵ Humanrights.ch, plateforme d'information, Regroupement familial et tests ADN: pas de généralisation (CN 3/08), 17.10.08, <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/asile/loi/regroupement-familial-tests-adn-flou-juridique> (consulté le 19.02.20).

¹⁰⁶ DUBEY, art. 102 LEtr, p. 1169; arrêt du TF 2C_60/2008 du 9 juin 2008, consid. 3.2 et 3.3.

¹⁰⁷ SHK AuG – MUND, AuG 102 N24.

¹⁰⁸ DUBEY, art. 102 LEtr, p. 1169; ROHMER, Analyses génétiques en matière d'asile, p. 349.

procédure d'authentification¹⁰⁹. Sauf circonstances exceptionnelles, les fiancé-e-s doivent comparaître personnellement (art. 98 al. 2 CC). Ils/Elles doivent établir leur identité et déclarer leur consentement au mariage (art. 98 al. 3 CC). L'officier-e de l'état civil examine que les différentes conditions sont remplies (art. 99 al. 1 CC) et communique aux fiancé-e-s la clôture de la procédure préparatoire (art. 99 al. 2 CC). Ensemble avec les fiancé-e-s, il/elle fixe la date et l'heure de la célébration du mariage (art. 99 al. 3 CC).

2. Problématiques relatives aux conditions spécifiques imposé-e-s aux étranger-e-s et au droit à la non-discrimination

Lorsqu'au moins un-e des fiancé-e-s est étranger-e, l'officier-e d'état civil examine aussi si la volonté de se marier est bel et bien présente chez les deux fiancé-e-s, et ce, en vertu de l'art. 97a CC qui a pour but de prévenir les mariages conclus exclusivement dans le but de contourner les règles sur le droit des étranger-e-s. Dans un tel cas, dit de mariage fictif ou mariage blanc¹¹⁰, l'officier-e de l'état civil peut, depuis le 1er janvier 2008, refuser la célébration du mariage (art. 97a al. 1 CC)¹¹¹.

Un mariage est considéré comme fictif lorsque les époux/ses (ou seulement l'un-e des deux) n'ont jamais eu la volonté de former une véritable communauté conjugale¹¹². Il est difficile d'établir l'existence de cette volonté car il s'agit ici d'un élément intime¹¹³. Étant donné l'absence de preuve directe, l'officier-e de l'état civil doit prendre en compte un faisceau d'indices comme p.ex. une différence d'âge non négligeable entre les époux/ses, une méconnaissance réciproque, l'impossibilité de communiquer entre eux/elles, le paiement d'une somme d'argent, la courte période de fréquentation ou de cohabitation avant le mariage ou le fait que l'un-e des époux est menacé-e d'un renvoi de la Suisse¹¹⁴.

Néanmoins, l'officier-e de l'état civil peut envisager un refus uniquement dans la situation où l'abus est manifeste¹¹⁵. Il/Elle ne peut simplement se baser sur son intuition ou une impression, mais doit avoir des doutes fondés quant à l'intention matrimoniale des fiancé-e-s¹¹⁶. En vertu de l'art. 97a al. 2 CC, il/elle doit par ailleurs, entendre les fiancé-e-s à ce sujet. L'art. 97a CC présuppose ainsi que l'officier-e est capable de « *regarder dans les cœurs et les esprits* » des personnes souhaitant se marier et qu'il/elle peut déceler les intentions véritables de ces dernières¹¹⁷. **Il est cependant préoccupant que les officier-e-s d'état civil aient le pouvoir d'interroger les futur-e-s époux et de récolter des informations supplémentaires auprès d'autre autorités ou de tierces personnes**¹¹⁸. De plus, il n'existe pas de processus qui permet d'établir si un doute est fondé ou non - dans ce contexte, ce sont souvent

¹⁰⁹ Ville de Genève, Office de l'état civil, Formulaire: Demande en vue du mariage, https://www.ville-geneve.ch/fileadmin/public/Departement_5/Etat_civil/mariage-demande-execution-procedure-preparatoire-formulaire-ville-geneve.pdf (consulté le 26.10.19).

¹¹⁰ On entend par *mariage blanc* une union organisée et voulue par deux personnes dans le but de contourner les lois sur le séjour et l'établissement, souvent moyennant une transaction financière. Dans ce cas, les personnes prétendent avoir une relation, qui en réalité est factice. Ces mariages sont illégaux mais ne sont pas nécessairement contraire aux droits humains. Tel est en revanche le cas s'il l'une des deux personnes est contrainte de former une union pour procurer un permis de séjour à l'autre (on parle alors de *mariage blanc forcé*) (SEM, Mariages forcés, p. 2 et 3).

¹¹¹ FF 2002 3469, Étrangers.

¹¹² Arrêt du TF 2C_1055/2015 du 16 juin 2016, consid. 2.2.

¹¹³ PAPAUX VAN DELDEN, p. 925.

¹¹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 128 II 145 du 3 avril 2002, cons. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1055/2015 du 16 juin 2016, consid. 2.2 ; FF 2002 3591, Étrangers ; arrêt du TF 5A_347/2013 du 22 août 2013, consid. 3.2.1.2.

¹¹⁵ FF 2002 3591, Étrangers.

¹¹⁶ FF 2002 3591, Étrangers.

¹¹⁷ LAVANCHY, p. 100.

¹¹⁸ LAVANCHY, p. 100.

les émotions qui deviennent l'élément central du débat, d'un côté sur la question de savoir quel est le vrai amour romantique et quel est le degré d'authenticité des émotions du couple, de l'autre côté ce sont les ressentiments personnels des fonctionnaires qui s'y mélangent¹¹⁹. Les doutes surgissent surtout pour les couples qui semblent trop différents, soit sur la base de leurs origines ou de leurs statuts juridiques; ceux-ci devront apporter publiquement la preuve de leur amour réciproque¹²⁰.

Depuis le 1er janvier 2011, l'art. 98 al. 4 CC oblige les fiancé-e-s qui ne sont pas citoyen-e-s suisses à établir la légalité de leur séjour en Suisse pendant la procédure préparatoire au mariage, afin d'éviter des mariages de complaisance. Les personnes étrangères souhaitant se marier doivent joindre à leur demande de mariage un document établissant la légalité de leur séjour pour pouvoir entamer la procédure préparatoire du mariage (art. 64 al. 2 OEC).

L'adoption de l'art. 98 al. 4 CC est le fruit d'une initiative parlementaire du Conseiller national Toni Brunner du 16 décembre 2005 (*lex Toni Brunner*), visant à offrir aux employé-e-s de l'état civil une base légale pour empêcher les mariages fictifs¹²¹. Toni Brunner estimait que l'art. 97a CC ne permettait pas de manière certaine d'écarter les mariages fictifs, vu qu'il laissait aux officier-e-s de l'état civil une marge d'appréciation¹²². Avec l'introduction de l'art. 98 al. 4 CC, ces dernier-e-s doivent systématiquement vérifier le statut des fiancé-e-s et n'ont plus aucune marge de manœuvre concernant une demande de mariage émanant d'une personne qui n'a pas pu établir la légalité de son séjour sur le territoire suisse et sont contraint-e-s de refuser la célébration du mariage¹²³. Au surplus, ils/elles doivent communiquer aux autorités compétentes en matière d'étranger-e-s l'identité des fiancé-e-s qui n'ont pas pu établir la légalité de leur séjour en Suisse¹²⁴. **Les officier-e-s de l'état civil sont donc ici utilisé-e-s comme des auxiliaires des autorités de la police des étrangers¹²⁵, situation qui n'est pas sans soulever un nombre considérable de préoccupations.**

Toute personne de nationalité étrangère qui ne réside pas en Suisse, mais qui souhaite s'y marier, a le droit de déposer une demande de visa qui lui permettrait de séjourner en Suisse pendant la durée de la procédure préparatoire au mariage¹²⁶. Or, il n'existe pas de droit à l'obtention d'un tel visa¹²⁷. Ainsi, la personne étrangère qui séjourne déjà en Suisse de manière illégale et qui souhaite se marier doit préalablement régulariser son statut¹²⁸.

Le TF a dû se prononcer sur la portée de cette interdiction, à savoir s'il s'agissait d'une interdiction générale, automatique et indifférenciée pour les personnes en situation irrégulière et si cela était compatible avec le droit au mariage¹²⁹.

- **La Cour Européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a jugé qu'une telle restriction à un droit consacré par la CEDH outrepassait la marge d'appréciation acceptable¹³⁰. Basée sur le**

¹¹⁹ LAVANCHY, p. 101.

¹²⁰ LAVANCHY, p. 104 et 105.

¹²¹ FF 2008, Rapport CIP, p. 2249.

¹²² ATF 137 I 351 du 23 novembre 2011, consid. 3.6.

¹²³ ATF 137 I 351 du 23 novembre 2011, consid. 3.7.

¹²⁴ cf. obligation de collaborer des autorités étatiques, art. 99 al. 4 CC, art. 97 al. 3 let. c LEI et art. 67 al. 5 OEC

¹²⁵ PAPAUX VAN DELDEN, p. 935.

¹²⁶ FF 2008, Rapport CIP, p. 2254.

¹²⁷ FF 2008, Rapport CIP, p. 2254.

¹²⁸ FF 2008, Rapport CIP, p. 2254 ; «N'est pas en séjour illégal la personne requérante d'asile déboutée qui a fait recours contre sa décision de renvoi: Pendant la procédure de recours, cette dernière peut légalement séjourner en Suisse pour autant que l'effet suspensif du recours ne lui a pas été retiré par l'autorité judiciaire. S'il a été déposé auprès du Tribunal fédéral, le recours n'a en principe pas d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF) et doit par conséquent être requis par la partie recourante (art. 103 al. 3 LTF)» (SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, p. 242).

¹²⁹ KIENER/KÄLIN, p.187.

¹³⁰ Cour EDH, *affaire O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, du 14 décembre 2010, para. 89.

fait qu'elle vise toute personne en séjour illégal sans aucune distinction, la Cour EDH a retenu qu'elle porte atteinte à la substance même du droit au mariage et qu'elle n'est donc nullement justifiée¹³¹.

L'art. 98 al. 4 CC introduit donc une formalité supplémentaire à l'accès au mariage pour les personnes étrangères¹³². Il fait naître un empêchement définitif au mariage en Suisse sur la base d'une présomption irréfragable de mariage fictif liée uniquement à l'absence d'un titre de séjour valable et visant uniquement une catégorie particulière de fiancé-e-s¹³³. Ces moyens mis en œuvre pour éviter le détournement de l'institution du mariage de sa nature paraissent disproportionnés¹³⁴. Pour assurer le respect du principe de la proportionnalité et éviter tout formalisme excessif, la CIP a toutefois retenu que des exceptions sont possibles¹³⁵. Tout d'abord, l'officier-e de l'état civil doit fixer un délai suffisant à la personne étrangère qui n'arrive pas à établir la légalité de son séjour, afin de permettre à cette dernière de saisir l'autorité compétente¹³⁶. En l'absence d'indices en faveur d'un mariage de complaisance, les personnes souhaitant se marier doivent se voir accorder au moins un droit de séjour temporaire pour que le mariage puisse être célébré¹³⁷. Selon le TF, « dans la perspective d'une application de la loi conforme à la Constitution (art. 14 Cst.) et au droit conventionnel (art. 12 CEDH), les autorités de police des étrangers sont tenues de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que l'étranger entend, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union [...]»¹³⁸.

Exiger de la personne étrangère de rentrer dans son pays pour s'y marier ou pour entamer une procédure en vue d'obtenir un visa à distance serait, selon le TF, disproportionné (cf. art. 17 al. 2 LEI)¹³⁹. Cependant, il n'y a pas de droit à l'obtention d'une autorisation de séjour de courte durée ou d'un visa¹⁴⁰. Dans le cas où il apparaît que la personne étrangère ne pourrait pas être admise à séjourner sur le territoire suisse après son mariage en raison des circonstances ou de sa situation personnelle, le TF a retenu qu'il n'y a pas de raison de lui permettre de prolonger son séjour¹⁴¹.

- **L'art. 98 al. 4 CC pose ainsi une présomption qui reste très difficilement réfragable et qui revient à créer deux catégories d'étrangers face au mariage¹⁴². Tout d'abord, les ressortissant-e-s étranger-e-s non assujetti-e-s à l'obligation du visa peuvent légalement séjourner en Suisse pour une durée allant jusqu'à trois mois sans exercer une activité lucrative (art. 10 al. 1 LEI)¹⁴³. Il s'agit ici principalement des ressortissant-e-s de l'UE et de l'AELE sans obligation de visa. Le séjour est également légal dès lors que la personne étrangère est en possession du visa nécessaire, ne dépasse pas la durée du visa (normalement 90 jours, valable pour tout l'espace Schengen) et n'exerce pas d'activité lucrative¹⁴⁴.**

¹³¹ Cour EDH, *affaire O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, du 14 décembre 2010, par. 89.

¹³² PAPAUX VAN DELDEN, p. 932.

¹³³ PAPAUX VAN DELDEN, p. 933.

¹³⁴ MEIER/CARANDO, N19.

¹³⁵ FF 2008, Rapport CIP, p. 2254.

¹³⁶ ATF 138 I 41 du 17 janvier 2012, consid. 5 ; FF 2008, Rapport CIP, p. 2254.

¹³⁷ KIENER/KÄLIN, p. 187 ; FF 2008, Rapport CIP, p. 2254.

¹³⁸ ATF 137 I 351 du 23 novembre 2011, consid. 3.7.

¹³⁹ ATF 137 I 351 du 23 novembre 2011, consid. 3.7.

¹⁴⁰ FF 2008, Rapport CIP, p. 2254.

¹⁴¹ ATF 137 I 351 du 23 novembre 2011, consid. 3.7.

¹⁴² MEIER/CARANDO, N 45 ; PAPAUX VAN DELDEN, p. 933.

¹⁴³ FF 2008, Rapport CIP, p. 2253.

¹⁴⁴ FF 2008, Rapport CIP, p. 2253.

De plus, la Suisse connaît trois types de **titres de séjour** permettant à une personne étrangère de séjourner sur son territoire (art. 41 al. 1 LEI et l'art. 71 al. 1 OASA) : l'autorisation de séjour de courte durée (permis L), l'autorisation de séjour ordinaire (permis B) et l'autorisation d'établissement (permis C). Toute personne qui fait l'objet d'une demande d'asile (permis N) et toute personne admise provisoirement (permis F) se trouve en séjour légal en Suisse. Au final, le séjour d'une personne requérante d'asile déboutée qui se trouve encore dans le délai de départ fixé par sa décision de renvoi est également en séjour légal.

Concernant les personnes en situation irrégulière, c'est-à-dire toute personne étrangère entrée en Suisse sans visa ou restée en Suisse après échéance de son visa ou son autorisation de séjour, elles doivent préalablement demander la régularisation de leur séjour avant de pouvoir se marier¹⁴⁵.

3. Problématiques spécifiques aux jeunes personnes non-accompagnées

Les jeunes personnes migrantes non accompagnées sont donc confrontées à plusieurs obstacles. D'un côté, il y a la composante de l'âge de la majorité qui joue un rôle déterminant, de l'autre côté, il y a tout un enjeu en lien avec leur statut légal en Suisse et l'analyse de leur réelle et sérieuse volonté de se marier.

Les jeunes personnes non accompagnées ayant atteint l'âge de la majorité et requérantes d'asile ou admises provisoirement sont en possession d'un permis N ou F. Celles qui ont obtenu l'asile sont au bénéfice d'un permis B. Elles peuvent alors toutes prouver la légalité de leur séjour et entamer les étapes nécessaires menant au mariage. Toutefois, elles risquent d'être sujettes à des vérifications approfondies de la part des autorités, basées sur le fait que ces dernières vont avec une plus haute probabilité craindre que le mariage n'ait été choisi par simple complaisance et serait donc détourné de son but véritable. Cependant, les jeunes personnes non accompagnées ayant atteint l'âge de la majorité mais sans papiers d'identité vont se voir opposer leur séjour illégal en Suisse. Elles vont se voir octroyer un délai suffisant pour leur permettre de régulariser leur situation par l'office de l'état civil et elles vont être soumises à un examen approfondi de leurs intentions en lien avec le mariage.

Si les autorités craignent qu'il y ait un abus ou que la personne étrangère ne pourrait de toute manière pas obtenir une autorisation de séjour après le mariage du aux circonstances ou à sa situation personnelle, elles ne vont pas lui octroyer un tel droit de séjour temporaire. Comme abordé ci-dessus, l'effet disproportionné d'une application stricte de l'art. 98 al. 4 CC a été légèrement tempéré par le TF. Malgré cela, le droit au mariage est atteint de manière insoutenable et a un effet discriminatoire envers les personnes étrangères, qui se voient opposer plusieurs obstacles rendant l'accès au mariage très difficile. Cela est d'autant plus le cas pour des jeunes personnes sans statut légal qui, si elles souhaitent se marier entre elles en Suisse, seront dans l'impossibilité de le faire du fait de leur absence de statut de séjour, étant donné qu'il leur sera souvent impossible de régulariser leur situation. Il y a donc une réelle atteinte au droit du mariage.

C. Discriminations en matière d'expertises médicales

Les jeunes personnes migrantes non accompagnées se retrouvent en Suisse démunies de tout document pouvant témoigner de leur identité. A l'inexistence de papiers d'identité, s'ajoute la difficulté de leur attribuer un âge sur la base de leur apparence physique.

¹⁴⁵ FF 2008, Rapport CIP, p. 2254.

- **Faute de pouvoir prouver leur minorité, les mineur-e-s non-accompagné-e-s se trouvent souvent soumis-e-s à des tests invasifs tels que les tests osseux ou l'examen des parties intimes.**

Or, comme le relève la Société suisse de pédiatrie (SSP) au sujet des méthodes de détermination de l'âge « *que cela soit pour l'âge osseux, l'examen physique ou dentaire, ces outils sont trop approximatifs et présentent des écarts-types larges, ils se fondent sur des tables de référence souvent non adaptées car ne tenant compte ni de l'origine ethnique ou socio-économique du jeune, ni d'éventuelles pathologies endocriniennes pouvant influencer les résultats (...) [et] [a]ujourd'hui, aucune méthode scientifique ne permet d'établir précisément l'âge d'un jeune qui se situerait entre 15 et 20 ans afin de définir avec certitude s'il est majeur ou mineur* »¹⁴⁶. En effet, ces analyses ne peuvent fournir qu'une tranche d'âge et sont incapables de déterminer l'âge précis. A ce manque de fiabilité s'ajoute encore l'atteinte non-négligeable à la dignité, à l'intégrité physique et psychique que ces analyses médicales causent à ces jeunes¹⁴⁷.

D. Discriminations en matière de droit à la sûreté de la personne et à la protection de l'Etat contre les voies de fait ou les sévices de la part soit de fonctionnaires du gouvernement, soit de tout individu, groupe ou institution (art. 5 let. b de la Convention) : le cas du profilage racial

1. Bref aperçu du cadre légal relatif aux contrôles d'identité en Suisse

Bien qu'il puisse viser « *toute personne* », un contrôle d'identité ne peut pas être effectué sans but. Le TF a en effet formulé l'interdiction suivante : « *Les organes de police ne sont pas habilités à interpellier sans raison aucune et dans quelque circonstance que ce soit n'importe quel quidam déambulant sur la voie publique* »¹⁴⁸. Il s'agit de la première limitation apportée au pouvoir général de contrôle de la police. La poursuite abstraite d'un des buts prévus par la loi n'est pas suffisante pour justifier un contrôle d'identité¹⁴⁹. Les motifs d'un contrôle d'identité, propres au cas d'espèce, jouent un rôle tout aussi important pour déterminer si ce contrôle est conforme au droit. La jurisprudence du TF a ainsi consacré le principe des « *raisons objectives minimales* »¹⁵⁰. Il faut par exemple l'« *existence d'une situation troublée* », ou que la personne interpellée se trouve à proximité du lieu de commission d'une infraction, ou qu'elle ressemble à une personne recherchée, ou encore qu'elle fasse partie d'un « *groupe d'individus dont il y a lieu de penser, à partir d'indices si faibles soient-ils, que l'un ou l'autre se trouverait dans une situation illégale impliquant une intervention policière* »¹⁵¹.

¹⁴⁶ Société suisse de pédiatrie, Détermination de l'âge des jeunes migrants : position de la Société suisse de pédiatrie, PAEDIATRICA, Vol. 28 No. 2, 2017 [https://www.swiss-paediatrics.org/sites/default/files/3_2.pdf].

¹⁴⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°24 (2019) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour enfant (CRC/C/GC/24) 18 septembre 2019, para. 33s, 43 et 58ss.

¹⁴⁸ ATF 109 Ia 146, consid. 4b; Arrêt du TF 1P.585/2002 du 2 juillet 2003, consid. 3.5.

¹⁴⁹ Cf. notamment : « *même lorsqu'un but légitime existe in abstracto (par exemple la défense de l'ordre et la prévention du crime), l'utilisation par la police de ces motifs dans des activités de surveillance, de contrôle ou d'investigation ne peut quasiment jamais se justifier en dehors du cas où la police intervient sur la base d'une description d'un suspect avec des effets limités dans le temps.* », Recommandation de politique générale de la Commission de l'Union Européenne sur le racisme et l'intolérance, para. 29, p. 8.

¹⁵⁰ ATF 109 Ia 146, consid. 4b; TF 1P.585/2002/, consid. 3.5.

¹⁵¹ *Idem*.

La notion d'appartenance à un groupe doit s'entendre au sens strict et objectif : il s'agit d'une adhésion volontaire à un groupe déterminé et déterminable. Elle ne vise donc pas l'appartenance, réelle ou supposée, à un groupe ethnique par exemple, ainsi que l'a consacré la Cour EDH dans l'arrêt *Timichev c. Russie* où il est établi qu' « aucune différence de traitement fondée exclusivement ou de manière déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut passer pour objectivement justifiée »¹⁵². Il en est de même de la couleur de peau, comme l'a précisé la pratique onusienne qui souligne que celle-ci « ne peut être considérée comme un critère fiable permettant de présumer de la nationalité d'une personne »¹⁵³.

Seulement s'il n'est toujours pas possible d'établir l'identité de la personne contrôlée lors de la phase initiale du contrôle (c'est-à-dire lorsque la personne ne peut ni décliner son identité, ni produire de papiers, et que la police n'a pu obtenir réponse à ses questions, ni pu obtenir d'information après recherches élémentaires) et/ou si cette identité demeure douteuse, la police est en droit de conduire la personne dans ses locaux en vue de procéder à des mesures d'identification plus poussées¹⁵⁴. Les mesures d'identification incluent la prise d'empreintes et la prise de photographies¹⁵⁵, ou encore la fouille de personnes¹⁵⁶ ou la fouille d'objets¹⁵⁷. Dans certains cas, elles incluent également l'analyse ADN, au sens de l'art. 1 de la Loi fédérale sur l'utilisation de profils d'ADN dans les procédures pénales et sur l'identification de personnes inconnues ou disparues du 20 juin 2003 (Loi sur les profils d'ADN) et des art. 255 ss. du Code de procédure pénale (CPP). Enfin, ce contrôle ne doit à aucun moment « avoir un caractère vexatoire ou tracassier, ni obéir à un sentiment de curiosité gratuite »¹⁵⁸. Ceci découle du principe de la proportionnalité qui « exige des fonctionnaires de police qu'ils fassent preuve d'égards et de courtoisie à l'endroit des personnes interpellées, provoquent chez elles le moins de gêne possible vis-à-vis du public environnant, ne leur posent pas des questions indiscrettes superflues et ne les soumettent pas à des vexations »¹⁵⁹.

2. Absence d'interdiction du profilage racial dans la législation fédérale

Ainsi que l'ont déjà souligné nombre d'instruments internationaux et régionaux des droits humains¹⁶⁰, le Comité, dans son projet Recommandation générale sur le profilage racial, rappelle que « le profilage racial est une violation de l'interdiction de la discrimination »¹⁶¹.

¹⁵² Cour EDH, *affaire Timichev c. Russie*, requêtes n° 55762/00 et 55974/00, 13 mars 2006, para. 58.

¹⁵³ Constatation du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies relative à la communication 1493/2006 *Williams Lecraft c. Espagne*, 11 septembre 2006, CCPR/C/96/D/1493/2006.

¹⁵⁴ art. 47 al. 2 et 48 al.1 de la Loi sur la police du canton de Genève (LPol/GE) cum art. 12 al. 1 du Règlement sur l'organisation de la police du canton de Genève (ROPol/GE)

¹⁵⁵ art. 48 al.1 LPol/GE

¹⁵⁶ art. 49 al. 1 let. a LPol/GE

¹⁵⁷ art. 50 let. a LPol/GE.

¹⁵⁸ ATF 109 la 146, consid. 4b; TF 1P.585/2002/, consid. 3.5.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ Cf. notamment : « Le profilage racial viole un certain nombre de grands principes et de droits inscrits dans le droit international des droits de l'homme. Il s'agit notamment des principes d'égalité et de non-discrimination énoncés à l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, aux articles premier, 2 et 5 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et à l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant. » (Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur le Programme d'activités relatives à la Décennie internationale des personnes d'ascendance africaine (A/73/354), para. 11 p. 4) ; ECRI, recommandation de politique générale n°11, p. 8 ; Cour EDH, *affaire Lingurar c. Roumanie*, requête n° 48474/14, 16 avril 2019, para. 76, etc.

¹⁶¹ Draft General recommendation N°36 «Preventing and Combating Racial Profiling», para. 12, traduction libre. Disponible sur: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/GC36.aspx>.

Au niveau régional, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), a également lancé des appels répétés pour une définition juridique et une interdiction formelle du profilage racial, appel lancé tant aux pays membres du Conseil de l'Europe en général¹⁶², qu'à la Suisse en particulier¹⁶³. En l'absence d'interdiction, il est à noter que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe estime néanmoins qu'«*il est du devoir du fonctionnaire de police de refuser de participer à la recherche, à l'arrestation, à la garde ou au transport de personnes recherchées, détenues ou poursuivies sans être soupçonnées d'avoir commis un acte illégal, en raison de leur race ou de leurs convictions religieuses ou politiques*»¹⁶⁴.

- **Or, à l'heure actuelle, la Suisse ne dispose ni d'une définition juridique, ni d'une interdiction formelle du profilage racial.**

Dans un arrêt de 2018¹⁶⁵, le TF a même confirmé la condamnation pour non-respect des mesures policières, de Mohamed Wa Baile, ressortissant suisse ayant refusé de décliner son identité lors d'un contrôle qu'il estimait discriminatoire. Dans cette affaire, ce ressortissant suisse qui empruntait quotidiennement le même trajet passant par la gare de Zurich, déclare y avoir fait l'objet de contrôles répétés, parfois par les mêmes agent-e-s. Le 5 février 2015, lors d'un énième contrôle, il refusa de décliner son identité, ce qui conduit à des condamnations successives et différents recours de la victime. Or, alors que les policiers en question ont souligné la couleur de peau «*sombre*» de l'individu dans leur rapport¹⁶⁶ et ont reconnu s'être basés sur le fait qu'il avait simplement évité leur regard au moment de son passage en gare, le TF a déclaré qu'un tel contrôle n'avait rien de discriminatoire, le motif invoqué par les policiers (avoir évité leur regard) ayant été jugé comme motif objectif suffisant pour justifier un contrôle pour potentielle infraction à la LEI.

3. Profilage racial envers les mineur-e-s non-accompagné-e-s

Un tel vide juridique sur le profilage racial a un impact considérable sur les mineur-e-s non-accompagné-e-s, notamment d'origine Nord-Africaine et masculins, nombre d'entre eux ayant déclaré¹⁶⁷ être l'objets de contrôles d'identité par la police jusqu'à plusieurs fois par semaine.

- **En outre, toujours selon les témoignages de certains mineurs, en plus d'être fréquents, ces contrôles s'accompagnent souvent de brimades, et dans certains cas, de violences, et se terminent quasiment systématiquement au poste de police, prises d'empreintes digitales à la clé, sans qu'il ne soit possible de déterminer ce que police et éventuelles autres autorités font de ces empreintes.**

Par ailleurs, même au plus fort de la crise liée à la pandémie de covid-19 qui, comme exposé précédemment¹⁶⁸, fragilise d'autant plus les mineur-e-s non-accompagné-e-s en forçant nombre d'entre eux/elles à se retrouver à la rue, bien que les condamnations pour infractions à la législation sur les étranger-e-s ont tendance à diminuer, «*les contrôles d'identité continuent d'intervenir*

¹⁶² ECRI, recommandation de politique générale n°11, p. 4.

¹⁶³ Rapport sur la Suisse, 2009 : «*L'ECRI exhorte les autorités suisses à prendre des mesures pour lutter contre le profilage racial par la police tel que défini ci-dessus, notamment en définissant et interdisant clairement ce profilage racial dans la loi, en lançant des recherches sur le profilage racial et en assurant un suivi des activités de police afin d'identifier des pratiques de profilage racial* » (para. 187).

¹⁶⁴ Résolution 690/1979, relative à la déclaration sur la police, adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

¹⁶⁵ Arrêt du TF, 6B_1174/2017, 7 mars 2018.

¹⁶⁶ https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/161101_Polizeilicher_Rapport_Nichtbefolgen_polizeilicher_A_nordnung.pdf, p. 1.

¹⁶⁷ Rencontre de la Law Clinic avec le Collectif Lutte des MNA, le 17 septembre 2019.

¹⁶⁸ Cf. p.15.

systématiquement, et des arrestations s'ensuivent fréquemment »¹⁶⁹. Comme dénoncé dans la lettre ouverte envoyée par la permanence juridique MNA au Conseil d'Etat le 27 avril 2020, **ces contrôles s'accompagnent fréquemment de propos inadéquats, de « la saisie des sommes d'argent détenues par les MNA», ou encore de « la saisie des téléphones portables détenus par les MNA», alors que ces téléphones constituent leur seul moyen de contacter le Service de Protection des Mineurs.**

E. Discriminations en matière de traitement égal devant les tribunaux et tout autre organe administrant la justice (art. 5 let. a de la Convention)

1. Voies de droit insuffisantes ou ineffectives en cas d'abus policiers

Différentes voies de droit sont ouvertes à une personne victime de discrimination, humiliations, violences et/ou mauvais traitements par la police. Par exemple, au niveau administratif, une personne s'estimant lésée par un acte de la police peut saisir l'organe de médiation de la police, tel que prévu par l'art. 62 al. 2 let. a LPol/GE. Au niveau pénal, plusieurs options sont envisageables. L'art. 63 al. 1 LPol/GE indique que **l'Inspection Générale des Services (IGS) est chargée des tâches de police judiciaire à l'encontre des membres de la police, sans qu'il ne soit vraiment possible, ni dans cette loi, ni ailleurs, de déterminer comment l'IGS peut être saisie. Or, il est également à noter que, même si elle ne lui est pas subordonnée, l'IGS reste « administrativement rattachée au commandant de la police » (art. 63 al. 2 LPol/GE), qui lui, est le chef de la police (art. 4 al. 2 LPol/GE).**

L'art. 312 du Code Pénal (ci-après « CP ») réprime les abus d'autorité, menaçant les fonctionnaires s'en rendant coupables d'une peine privative de liberté de cinq ans maximum ou d'une peine pécuniaire. Toutefois, il convient de noter que dans le **cas de deux Guinéens soumis à une fouille corporelle en public**¹⁷⁰, bien qu'une procédure pénale avait été ouverte par l'avocat des deux victimes contre les deux policiers en cause, que deux témoins avaient affirmé avoir vu les parties intimes des deux victimes, et que les victimes avaient déclaré avoir reçu ordre des policiers de se déshabiller, l'affaire avait finalement été classée par le juge d'instruction, au motif que les deux hommes se seraient volontairement déshabillés devant les policiers¹⁷¹. Alors que l'avocat avait formé opposition contre cette ordonnance de classement, *« un des deux plaignants a été expulsé de Suisse sans que sa procédure pénale ait abouti »*¹⁷².

- **A ce titre, il semble particulièrement important de noter les nombreuses critiques faites à la Suisse au sujet des lacunes relatives aux mécanismes de contrôle des plaintes déposées contre les agent-e-s de police.**

En 2001, le Comité des droits de l'Homme se déclarait « profondément préoccupé par le fait que des informations font état de brutalités policières à l'égard de personnes mises en état d'arrestation et détenues, notant que souvent ces personnes sont des étrangers. Il est également préoccupé de ce que de nombreux cantons ne possèdent pas de mécanismes indépendants d'enquête sur les plaintes concernant les violences et autres agissements répréhensibles que commettrait la police. La possibilité d'intenter une action en justice ne saurait se substituer à de tels mécanismes »¹⁷³. Cette préoccupation

¹⁶⁹ Lettre ouverte au Conseil d'Etat de la République et canton de Genève concernant les personnes mineures non accompagnées (MNA), envoyée au Conseil d'Etat le 27 avril 2020 par la permanence juridique MNA et signée par 45 signataires.

¹⁷⁰ *Police, justice et droits humains, Pratiques policières et droits humains en Suisse, Préoccupations et recommandations d'Amnesty International, Rapport Amnesty International section Suisse, 2007, p.36.*

¹⁷¹ *Police, justice et droits humains, Pratiques policières et droits humains en Suisse, Préoccupations et recommandations d'Amnesty International, Rapport Amnesty International section Suisse, 2007, p.36.*

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ Comité des droits de l'Homme, Observations finales sur la Suisse, 2001, ch. 11.

a été réitérée en 2009, lorsque ce Comité a exigé de la Suisse la mise en place de mécanismes indépendants dans tous les cantons en ce qui concerne l'usage excessif de la force, les mauvais traitements ou abus d'autorité commis par la police ainsi que la création d'une banque de données nationales sur les recours déposés contre la police¹⁷⁴.

Le Comité contre la torture relève également qu'en Suisse, de nombreuses affaires concernant l'usage abusif de la contrainte et de comportements racistes des policier-e-s ne sont pas portées à la connaissance des autorités¹⁷⁵. Il relève ensuite le caractère insuffisant des données statistiques concernant les cas de violences policières, les nombreux cas de classements sans suite de procédures ouvertes contre des policier-e-s ou encore le fait que les sanctions effectivement appliquées n'étaient que des sanctions disciplinaires¹⁷⁶. Les cas de profilage racial ainsi que les comportements racistes des policier-e-s en Suisse ont été plusieurs fois mentionnés comme inquiétants par le Comité contre la torture et le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale¹⁷⁷.

Dans l'Affaire *Dembele c. Suisse*, en plus de la violation du volet matériel de l'art. 3 CEDH, la Cour EDH conclut également à la violation du volet procédural de cette même disposition. En effet, de nombreuses défaillances de l'instruction avaient été relevées et la procédure connaissait des retards que la Cour EDH a jugé injustifiés. La Cour EDH a effectivement considéré qu'il s'agissait dans ce cas d'accusations graves dirigées envers les deux gendarmes ayant interpellé le requérant et que l'instruction se résumait à l'audition de quelques témoins et à la production d'un nombre limité de preuves matérielles, circonstances rendant l'affaire relativement simple et pour laquelle de tels retards n'étaient pas justifiés¹⁷⁸.

- **Il semble donc incontestable qu'au regard des différentes recommandations faites à la Suisse sur la mise en place de mécanismes juridiques effectifs et indépendants de contrôle des violences et mauvais traitements commis par des policier-e-s, recommandations que le pays n'a toujours pas prises en compte ou fait suivre de mesures concrètes, le système existant est largement insuffisant. Ces lacunes soulèvent de grandes préoccupations en ce qui concerne l'accès à la justice des personnes victimes de discrimination, humiliations et violences de la part des fonctionnaires de l'État en Suisse.**

2. Discriminations quant au suivi judiciaire des cas de discrimination

Le Comité avait déjà relevé que, dans la pratique, les autorités judiciaires suisses « classent fréquemment des affaires concernant des propos ou des actes discriminatoires dirigés contre des personnes de certaines régions ou origines ethniques, au motif qu'ils ne visaient pas une nationalité ou une origine ethnique particulière »¹⁷⁹. Néanmoins, lorsqu'elle est retenue, cette infraction est poursuivie d'office et est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

¹⁷⁴ Comité des droits de l'Homme, Observations finales sur la Suisse, 2009, ch. 14.

¹⁷⁵ Comité contre la torture, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse du 7 septembre 2015, para.10.

¹⁷⁶ *Idem*.

¹⁷⁷ *Idem*; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observations on the combined seventh to ninth periodic reports of Switzerland, 13 March 2014 (CERD/C/CHE/CO/7-9).

¹⁷⁸ Cour EDH, affaire *Dembele. c Suisse*, requête n°74010/11, 17 février 2014, para. 66.

¹⁷⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Observation finales concernant les septième à neuvième rapports périodiques de la Suisse (CERD/C/CHE/CO/7-9) 13 mars 2014.

IV. Recommandations

Au vu de ce qui précède, nous souhaiterions adresser, et inviter le Comité à adresser, les recommandations suivantes à la Suisse :

EDUCATION

- Garantir l'accès à l'éducation pour les jeunes personnes migrantes non accompagnées
- Garantir un enseignement suffisant conforme aux critères cantonaux, ainsi qu'un enseignement secondaire dans les centres de la Confédération
- Assurer une procédure d'admission plus égalitaire pour les classes ordinaires du secondaire II (collège, apprentissage, etc.)

SERVICES SOCIAUX

- Adoption et mise en pratique d'une réglementation claire et conforme aux droits de l'enfant en termes de prise en charge des mineur-e-s non-accompagné-e-s

DROIT AU MARIAGE ET REGROUPEMENT FAMILIAL

- Suppression des clauses discriminatoires des articles 97a et 98 al. 4 du Code Civil qui constituent une atteinte discriminatoire au mariage
- Levée des restrictions au droit au mariage pour les ressortissants non UE/AELE
- Octroi systématique d'une autorisation temporaire de séjour aux personnes étrangères souhaitant se marier en Suisse, indépendamment de leurs origines ou statut légal
- Arrêt des tests systématiques ADN dans le cadre des demandes de regroupement familial, surtout demandés aux pères venant du continent africain
- Élargissement de la notion de famille au-delà des seuls liens biologiques pour permettre le regroupement familial de membres de famille liés par des liens juridiques et sociaux

EXPERTISES MEDICALES

- Interdiction d'expertises médicales invasives systématiques et non fiables appliquées aux mineur-e-s non-accompagné-e-s

DROIT A LA SURETE

- Inscription de l'interdiction du profilage racial dans la législation fédérale
- Mise en place d'un organisme de surveillance de la police et de gestion des plaintes contre la police qui n'ait aucun lien administratif avec cette dernière
- Garantir un accès à la justice égal, effectif et simplifié pour toutes les victimes d'abus policiers
- Création de données statistiques accessibles au public qui recensent les cas de violences policières