

La CJUE n'adopte pas la kafala : l'enfant placé sous la tutelle légale permanente d'un citoyen de l'Union n'est pas un « descendant direct » mais un « autre membre de la famille »

Beata JURIK

[CJUE, grande chambre, 26 mars 2019, SM contre Entry Clearance Officer, UK Visa Section, aff. C-129/19](#)

SM, de nationalité algérienne, avait été abandonnée à la naissance par ses parents. A l'âge de trois mois elle avait été placée sous la tutelle légale de M.M et de Mme M. dans le cadre du régime de « kafala »¹. Souhaitant retourner dans leur pays de résidence, au Royaume Uni, ses tuteurs de nationalité française, avaient demandé aux autorités britanniques un permis d'entrée et de séjour pour SM, âgée alors de deux ans à peine, en qualité d'enfant adoptif d'un ressortissant de l'Espace économique européen (EEE). Les autorités britanniques avaient refusé de délivrer le permis, suite à quoi SM a introduit les recours devant les juridictions nationales.

En substance, la juridiction de renvoi demande à la Cour de justice si l'enfant placé sous la tutelle légale permanente, telle que la kafala algérienne, pouvait être considéré comme un « descendant direct » au sens de [la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres](#)². Si tel était le cas, l'enfant bénéficierait d'un droit quasi-automatique³ à l'entrée et au séjour. La Cour va se montrer assez prudente dans l'analyse d'une possibilité d'assimilation de la kafala à une adoption, en raison des divergences entre les Etats membres quant aux modalités de réception de cette mesure de protection particulière. La Cour de justice va refuser de considérer l'enfant « kafala » comme un descendant direct (I). Toutefois, malgré ce refus elle va opérer une pirouette juridique intéressante : d'abord elle va affirmer que l'enfant placé sous un tel régime relève de la notion d'« autre membre de la famille » de citoyen de l'UE au sens de la directive (II). Il s'agit d'une catégorie de prime abord moins protectrice, pour laquelle les Etats membres bénéficient d'une marge d'appréciation large dans l'examen des demandes d'entrée et de séjour. Toutefois la Cour va rappeler que les Etats ont l'obligation d'octroyer un certain avantage lors de l'examen de ces demandes. Enfin, elle va encadrer la liberté des Etats au point que celle-ci disparaît ou presque. Ainsi, la Cour réussit à exiger des Etats d'octroyer « par principe » le droit d'entrée et de séjour aux enfants tels que SM, conformément au respect de la vie privée et familiale tel que consacré par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ainsi que du principe d'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 24§2 de la Charte.

I. Le refus de considérer l'enfant placé sous un régime de kafala algérienne comme un « descendant direct »

La Cour de justice de l'Union européenne affirme d'abord que la notion de descendant direct doit recevoir une interprétation autonome, uniforme et conforme aux objectifs de la directive 2004/38 (A). Ensuite la Cour relève que la notion de descendant direct renvoie habituellement à un critère : l'existence d'un lien de filiation (B).

A. L'interprétation autonome, uniforme et conforme aux objectifs de la directive 2004/38 de la notion de descendant direct

L'article 2 de la directive 2004/38, intitulé « Définitions » énonce sous son point 2, sous c) ce qu'on entend par « membre de la famille ». Il s'agit des « *descendants directs qui sont âgés de moins vingt et un an ou qui sont à charge, et les descendants directs du conjoint ou du partenaire tel que visé au point b)* ». Ces membres de la famille bénéficient d'un droit à l'entrée et au séjour automatique, conformément à l'objectif de la directive énoncé au considérant 6, qui est de maintenir l'unité de la famille. Néanmoins, la directive reste muette sur le sens et la portée de la notion de descendant direct.

La requérante SM, Coram Children's Legal Centre (CCLC), AIRE Centre et la Commission européenne estiment que la notion de descendant direct doit faire l'objet d'une interprétation large. Par conséquent l'enfant placé sous la tutelle légale telle que la kafala d'un citoyen de l'Union relève de la notion de descendant direct. Une telle interprétation serait selon eux conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'exigence de respect de la vie familiale. La Commission européenne avait d'ailleurs estimé, dans le point 2.1.2 de la [Communication au Parlement et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38](#)⁴ que la notion de descendant direct s'étendait également aux mineurs accompagnés d'un tuteur légal permanent.

La Cour de justice, en suivant [les conclusions de l'avocat général Campos Sanchez-Bordona](#)⁵ ne va pas souscrire à la même interprétation de la notion. Elle va d'abord juger, de manière assez classique, qu'en l'absence de renvoi aux droits des Etats membres, c'est à la Cour de procéder à une interprétation autonome, uniforme et conforme aux objectifs du texte. Une telle interprétation est exigée par l'application uniforme du droit de l'Union et du principe d'égalité (point 50). En effet, cette méthode d'interprétation autonome permet non seulement d'éviter des divergences d'interprétation et d'application au sein des Etats membres, mais encore elle donne une véritable dimension communautaire à certaines notions que la Cour considère comme importantes. Les juridictions internes, ou toute autre autorité nationale, sont ainsi tenues de suivre l'interprétation de la Cour de justice, qui prend en compte le contexte du texte communautaire et les objectifs qu'il poursuit⁶. Cette technique est une illustration classique du principe de subsidiarité juridictionnelle dans le système de l'UE.

En effet si les Etats étaient libres d'interpréter la notion de descendant direct comme incluant ou au contraire excluant les enfants « kafala » en fonction de leur propre conception nationale, la disparité des législations en résultant constituerait une entrave à la liberté de circulation des personnes au sein de l'Union. Cet argument a d'ailleurs été avancé également par la juridiction de renvoi et repris par l'avocat général (point 28 AG). En effet, certains Etats pourraient octroyer aux enfants « kafala » un droit d'entrée automatique alors que d'autres les assujettiraient à des conditions plus ou moins strictes. Les tuteurs légaux de ces derniers,

citoyens de l'UE, seraient par conséquent discriminés par rapport à d'autres citoyens de l'Union, qui auraient demandé le droit d'entrée dans un Etat qualifiant les enfants de descendants directs.

Ensuite la Cour va préciser le sens de la notion de descendant direct mais surtout le critère principal à prendre en considération (B).

B. L'existence d'un lien de filiation : critère indispensable à la reconnaissance de la qualité de descendant direct

La notion de descendant direct inclut inévitablement les enfants et les petits enfants biologiques, c'est-à-dire ayant un lien de sang avec l'un ou les deux citoyens de l'Union (le regroupant ou/et son conjoint). La Cour précise également que cette notion doit être interprétée de manière large et par conséquent intégrer également les enfants adoptifs. En effet, l'adoption crée un lien de filiation entre l'enfant et le citoyen de l'Union (point 46). Cette précision semble toutefois aller de soi car on voit mal comment la Cour pourrait mettre en place une distinction entre les enfants biologiques et adoptifs.

Dans ses conclusions l'avocat général Campos Sanchez-Bordona a procédé à un examen très détaillé de la kafala afin de répondre à la question de savoir si celle-ci pouvait être assimilée à l'adoption. Il s'est d'abord penché sur la kafala telle que mise en place par le droit algérien pour ensuite rechercher une possible équivalence avec l'adoption dans les textes internationaux⁷ et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (points 40-55 AG).

La Cour de justice, contrairement à son avocat général, ne va pas se livrer à une comparaison aussi approfondie. Ce choix de ne pas entrer sur le terrain sensible peut s'expliquer par l'incertitude quant au sens des textes internationaux ainsi que par la diversité des législations nationales. En effet, certains Etats membres pourraient assimiler les effets de la kafala à l'adoption simple, d'autres se contentent de lui accorder des effets d'une tutelle, d'une curatelle ou d'un placement en vue de l'adoption (point 50 AG).

La Cour de justice va simplement pointer de doigt les principales divergences entre les deux institutions protectrices de l'enfant. Selon la Cour, le tuteur légal s'engage à « *prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant* ». Il exerce sur l'enfant une tutelle légale, mais la kafala à la différence de l'adoption « *ne confère pas à l'enfant le statut d'héritier du tuteur* ». Enfin, la Cour de justice constate que la kafala n'a pas de caractère irrévocable et permanent (point 45).

Afin de pouvoir imposer aux Etats une interprétation autonome et uniforme de la notion de descendant direct, la Cour a donc dû trouver un critère univoque : selon la Cour de justice, il y a un critère communément accepté par tous les Etats membres, celui de l'existence d'un lien de filiation, qu'il soit biologique ou adoptif (point 46). Contrairement à l'adoption, le placement d'un enfant sous le régime de la kafala n'a pas d'incidence sur le lien de filiation : la kafala ne crée pas de lien de filiation avec le tuteur, aussi bien qu'elle ne rompt pas non plus le lien de filiation avec le parent de l'enfant.

La conclusion de la Cour est alors simple : puisque la kafala ne crée pas un lien de filiation, l'enfant ne peut pas être considéré comme un descendant direct (point 56). En l'espèce l'enfant avait été abandonnée à sa naissance, ses parents biologiques n'étaient pas revenus sur leur décision pendant le délai de 3 mois que fixe le droit algérien. Par conséquent le lien de filiation avait été rompu. Le seul lien qui existe et qui est autorisé par le droit algérien entre

l'enfant SM et des adultes est actuellement celui créé par le décret du Ministère algérien de la Solidarité Nationale et de la Famille qui avait placé l'enfant sous la tutelle légale des conjoints M. Est-ce que dans les circonstances telles que celles de l'espèce on ne devrait pas considérer que la kafala créée effectivement un lien de filiation ?

Le fait de priver un enfant sans filiation, comme c'est le cas de la requérante SM, de la qualité de descendant direct et plus largement du statut de « membre de la famille d'un citoyen de l'Union » ne porte-t-il pas atteinte à son intérêt supérieur qui doit être pris en considération dans toute décision le concernant ? La Cour reste muette sur ce point⁸. Néanmoins, ce que la Cour va retirer d'une main elle va le rendre de l'autre, en reconnaissant à l'enfant une seconde voie d'octroi d'un permis de séjour, en tant qu'« autre membre de la famille » (II). Un enfant placé sous un régime de kafala ne bénéficie pas, en tant qu'autre membre de la famille, d'un droit d'entrée et de séjour automatique, néanmoins la marge d'appréciation des autorités sera tellement limitée par la Cour, qu'elles n'auront pas d'autre choix que d'accorder à l'enfant un permis de séjour lui permettant de bénéficier d'une protection juridique réelle de la vie familiale et de son intérêt supérieur.

II. La reconnaissance de l'enfant placé sous un régime de kafala algérienne comme un « autre membre de la famille »

La Cour va affirmer de manière assez brève que l'enfant « kafala » relève de la notion d'« autre membre de la famille » sans pour autant se livrer à une quelconque définition de cette notion (point 57). Or l'octroi du droit au séjour à cette catégorie des membres de la famille au sens large est laissé à la libre appréciation des Etats, qui doivent néanmoins favoriser leur entrée et le séjour au côté du citoyen de l'Union (A). Toutefois, la marge de manœuvre dont ils disposent est encadrée de manière tellement stricte par la Cour de justice (B), qu'elle devient pratiquement inexistante et l'Etat doit « par principe » octroyer un tel titre de séjour.

A. L'obligation pour les Etats membres de « favoriser » l'entrée et le séjour d'« autres membres de la famille »

En vertu de l'art. 3 de la directive 2004/38, intitulé « Bénéficiaires », point 2, sous a), les Etats membres sont appelés « à favoriser, conformément à leur législation nationale, l'entrée et le séjour des personnes considérées comme « tout autre membre de la famille » si ceux-ci ne rentrent pas dans la catégorie de l'art. 2 point 2, et si « dans le pays de provenance, il est à la charge ou fait partie du ménage du citoyen de l'Union bénéficiaire du droit de séjour à titre principal. Selon la Cour, cette disposition comprend également les situations des enfants placés sous un régime de tutelle légale telle que la kafala (point 59). La Cour interprète cette disposition en tenant compte de l'objectif de la directive qui est de préserver l'unité de la famille (considérant 6). Ainsi, elle met à la charge des Etats « une obligation d'octroyer un certain avantage aux demandes introduites par des ressortissants d'Etats tiers visés à cet article » (point 61). Cette obligation comporte selon la Cour de justice deux volets : d'abord, la décision suppose un examen approfondi de la situation personnelle du demandeur tenant compte des différents facteurs pertinents. Ensuite, si les autorités décident de refuser la demande, elles doivent motiver la décision de refus (point 62).

Par conséquent, les Etats membres disposent, contrairement à l'hypothèse des descendants directs, d'une marge de manœuvre que la Cour qualifie de large (point 63). Autrement dit, le

choix des facteurs à prendre en compte dépend de chaque législation nationale. Le risque de la disparité des législations (et par conséquent une entrave à la liberté de circulation) va toutefois être minimisé par la Cour qui va donner aux Etats un véritable « mode d'emploi ». Elle va également insister sur la nécessité de respecter le sens du terme « favoriser » de l'article 3 paragraphe 2 de la directive. Les critères très stricts mis en place par les Etats pourraient en effet rendre cet octroi difficile et par conséquent priver la disposition de son effet utile.

La Cour va encadrer l'octroi du droit d'entrée et de séjour au point que malgré une existence prétendue d'une marge d'appréciation des autorités nationales, en réalité celle-ci est quasi-effacée. Ainsi, les enfants recueillis sous le régime de kafala bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour qui leur est accordé par principe et qui est présenté par l'avocat général comme encore davantage protecteur de leur intérêt supérieur (B).

B. L'octroi du droit d'entrée et de séjour accordé « par principe » afin de respecter le droit fondamental au respect de la vie privée et l'intérêt supérieur de l'enfant

La Cour va considérer que les Etats doivent « *procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable de l'ensemble des circonstances actuelles et pertinentes de l'espèce, qui tiennent compte des différents intérêts en jeu et en particulier de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (point 68).

En effet, selon la Cour il faut que les critères choisis respectent les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et notamment son article 7 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale (point 65). Cet article doit⁹ être interprété conformément à l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. C'est pourquoi la Cour de justice va chercher des éléments pertinents dans les deux arrêts récents¹⁰ de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à la kafala ([Harroudj c. France](#) et [Chbihi c. Belgique](#)). Dans ces arrêts la Cour européenne des droits de l'homme a considéré en substance que les relations effectives de l'enfant avec son tuteur pouvaient relever de la notion de vie familiale, « *eu égard au temps vécu ensemble, à la qualité des relations et au rôle assumé par le tuteur envers l'enfant*¹¹ ». La Cour de justice va alors se servir de ces éléments pour les transformer en critères à prendre en compte lors de l'examen de la situation personnelle des demandeurs. De plus, la Cour européenne avait mis à la charge de l'Etat non seulement une obligation négative – de s'abstenir d'une quelconque ingérence dans la vie familiale, mais encore une obligation positive – de « *permettre à ce lien de se développer et d'accorder une protection juridique à l'intégration de l'enfant dans la famille*¹² » (point 66). De plus, l'article 7 ne doit pas s'interpréter uniquement à la lumière de l'article 8 de la Convention. Comme le rappelle la Cour de justice, il convient de le lire en combinaison avec le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'affirmé dans l'article 24§2 de la Charte des droits fondamentaux. Autrement dit, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale lorsque plusieurs intérêts sont en jeu.

En s'inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme précitée et de la Charte, la Cour de justice va continuer dans son œuvre d'architecte de la subsidiarité juridictionnelle. Elle va donner aux Etats des exemples concrets des critères à prendre en considération, tel que l'âge de l'enfant, l'existence d'une vie commune, le degré des relations affectives, le niveau de dépendance de l'enfant (point 69). Ce dernier critère n'est point nouveau, la Cour a déjà précisé sa signification dans sa jurisprudence antérieure [Rahman](#)¹³.

C'est d'ailleurs au moment de l'examen approfondi de la situation que l'Etat peut vérifier si l'enfant n'a pas été victime d'abus, d'exploitation ou de traite. En effet, la juridiction de renvoi avait posé à la Cour de justice une deuxième question préjudicielle qui consistait à savoir si les autorités nationales pouvaient vérifier des éventuels risques liés à la prise en charge de l'enfant au titre de la kafala échappant à l'application de la Convention de la Haye de 1996 relative aux adoptions internationales. La Cour ne va pas répondre à cette question en considérant qu'elle avait été posée dans l'hypothèse où l'enfant était considéré comme « descendant direct » ce qui n'est pas le cas. Pourtant, les éléments de réponse sont bien présents à ce stade (point 70). L'avocat général a d'ailleurs estimé que si l'enfant était considéré comme « descendant direct », un tel examen des risques n'aurait pas été possible, car l'octroi de droit au séjour aurait été automatique. Or en soumettant la demande à un examen approfondi, on peut déceler des éventuels risques, la procédure semble donc plus protectrice de l'intérêt supérieur de l'enfant que la première voie (point 120 et s. AG).

Juste avant de donner une réponse définitive à la première question, la Cour de justice glisse dans son explication une formule désormais connue¹⁴ : les Etats doivent octroyer un permis de séjour à l'enfant ressortissant d'un pays tiers si les tuteurs, citoyens de l'UE, se voient empêchés de mener une vie commune dans cet Etat membre, dès lors que l'un d'eux serait contraint de rester avec l'enfant, dans l'Etat tiers d'origine de l'enfant pour s'en occuper (point 72). Autrement dit, si un citoyen de l'Union assume la charge d'un ressortissant d'un Etat tiers, l'Etat ne peut pas lui refuser un titre de séjour dans la mesure où ce refus le priverait de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union. Or cela est effectivement le cas des conjoints M. puisque Mme M. avait été contrainte de rester en Algérie avec sa fille, alors que M.M était retourné au Royaume Uni. La juridiction britannique va ainsi pouvoir apprécier les éléments pertinents et concrets en sa possession, mais la Cour de justice ne lui laisse pas trop de liberté.

En effet, si les autorités nationales concluent, après un tel examen approfondi, que l'enfant et ses tuteurs mènent une vie familiale effective et que l'enfant dépend de ses tuteurs, elles ont l'obligation d'octroyer, EN PRINCIPE, le droit à l'entrée et au séjour à l'enfant demandeur.

1 La kafala est une institution du droit de la famille de certains pays de tradition islamique qui interdisent l'adoption. En effet dans ces pays, le principe de la préservation des liens du sang empêche la constitution d'une nouvelle filiation, adoptive, entre un enfant et un adulte qui en a la charge. La kafala ne fait pas l'objet de traitement uniforme, elle peut revêtir des formes juridiques différentes et produire des effets variés.

2 Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 158 du 30.4.2004, p. 77–123

3 Aux termes de l'article 10 de la directive 2004/38, « *le droit de séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un Etat membre est constaté par la délivrance d'un document dénommé « Carte de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union ».* Cette délivrance est subordonnée à la présentation, entre autres documents, de celui « attestant l'existence d'un lien de parenté ou d'un partenariat enregistré » et « dans les cas visés à l'article 3, paragraphe 2, point c), et d), des pièces justificatives attestant que les conditions énoncées dans cette disposition sont remplies ».

4 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil concernant les lignes directrices destinées à améliorer la transposition et l'application de la directive 2004/38 (13) (COM(2009) 313 final), du 2 juillet 2009

5 Conclusions de l'avocat général M. M. Campos Sánchez-Bordona, présentées le 26 février 2019, SM contre Entry Clearance Officer, UK Visa Section., Aff. C-129/18, ECLI: ECLI:EU:C:2019:140

6 Voir le raisonnement analogue concernant la notion de « conjoint » au sens de la directive 2004/38 dans l'arrêt CJUE, grande chambre, 5 juin 2018, Relu Adrian Coman e.a. contre Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne, Aff. C-673/16, ECLI: ECLI:EU:C:2018:385

7 Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants

8 L'avocat général a considéré que puisque l'enfant pouvait être considéré comme « un autre membre de la famille » et bénéficiaire d'un droit à l'entrée et au séjour à ce titre, il n'y avait pas de problème de compatibilité entre le refus de considérer l'enfant comme descendant direct et le droit de mener une vie familiale et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (point 93 AG).

9 Conformément à l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

10 Cour EDH, 4 octobre 2012, Harroudj c. France, req. n° 4361/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1004JUD004363109 et Cour EDH, 16 décembre 2014, Chbihi Loudoudi e.a. c. Belgique, req. n°52265/10, ECLI:CE:ECHR:2014:1216JUD005226510

11 Chbihi, §78

12 Harroudji §40-41 et Chbidi §88-89

13 CJUE, grande chambre, 5 septembre 2012, Secretary of State for the Home Department contre Muhammad Sazzadur Rahman, Fazly Rabby Islam, Mohibullah Rahman, Aff. C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519

14 CJUE, grande chambre, 8 mars 2011, Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm), Affaire C-34/09, ECLI: ECLI:EU:C:2011:124 « *L'article 20 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre, d'une part, refuse à un ressortissant d'un État tiers, qui assume la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union, le séjour dans l'État membre de résidence de ces derniers et dont ils ont la nationalité et, d'autre part, refuse audit ressortissant d'un État tiers un permis de travail, dans la mesure où de telles décisions priveraient lesdits enfants de la jouissance effective de l'essentiel des droits attachés au statut de citoyen de l'Union.* »