

Le JdJ



bpost
PB-PP
BELGIE(N) - BELGIQUE

n°394 - AVRIL 2020 Le Journal du droit des Jeunes

Périodique mensuel.
Ne paraît ni en juillet ni en août.
8 euros
Éditeur responsable:
Jeunesse et droit
12 rue Charles Steenebruggen
à 4020 Liège
N° d'agrément P202361
Bureau de dépôt Liège X



Crédit photo : Chloé Fersing – Facebook @ChloeFersing - Instagram @Closing_Art

Enfance et migration :

Notions de *Kafala* et de membre de la famille

Droits de l'enfant et protection internationale

Rapport 2019 du médiateur fédéral

La gratuité dans l'enseignement secondaire



Cachez ce saint que l'on ne saurait voir

Journal du droit des Jeunes,
la revue juridique de l'action so-
ciale et éducative.

Jeunesse et Droit asbl

12, rue Charles Steenebruggen
à 4020 Liège
Tél. 04/ 342.61.01 - Fax. 04/342.99.87
Courriel : jdj@skynet.be
Site internet : www.jeunesseetdroit.be

Rédacteur en chef

Benoît Van Keirsbilck

Secrétaire de rédaction

Benoît Lambart, tél. 04/ 342.61.01

Journaliste

Florence Bourton, tél. 02/ 201.24.28
florence.bourton@droitdesjeunes.com

Comité de rédaction

Georges-Henri Beauthier, Michel Born,
Geert Cappelaere, Aurore Dachy, Christian
Defays, Amaury de Terwangne, Patrick
Charlier, Jacques Fierens, Dominique De
Fraene, Fabienne Druant, Isabelle Detry,
Jean Jacqmain, Alexia Jonckheere, Jean-
Yves Hayez, Georges Kellens, Solayman
Laqdim, Raymond Loop, Vincent Macq,
Valentine Mahieu, Paul Martens, Thierry
Moreau, Christian Noiret, Florence Pon-
deville, Valérie Provost, Marc Preumont,
Isabelle Ravier-Delens, Véronique Richard,
Jean-François Servais, Marianne Thomas,
Christelle Trifaux, Françoise Tulkens,
Benoît Van der Meerschen, Karen Van Laethem,

Maquette graphique

Areti Gontras, aretigontras@gmail.com

Insertions publicitaires

Tél. 04/342.61.01 - Fax 04/342.99.87
e-mail : jdj@skynet.be

Secrétariat administratif

Anne Billen
Tél. 04/342.61.01 - Fax 04/342.99.87
e-mail : jdj@skynet.be
Abonnement : 70 euros l'an (10 n^{os})
Spécimen sur simple demande.

Les arguties autour de la pertinence de la manifestation du 7 juin 2020 au regard de l'épidémie, et les critiques à n'en plus finir sur les quelques dizaines de casseurs pour qui toute occasion est bonne pour en découdre et s'injecter une dose d'adrénaline en se confrontant à l'autorité, ne peuvent pas nous faire perdre de vue l'essentiel, le message central de la manifestation : l'incompatibilité du racisme, de la discrimination, de la violence policière, de la violence étatique avec les valeurs de la démocratie, du vivre ensemble, d'une société ouverte et tolérante.

L'assassinat de Georges Floyd et le tsunami qu'il a provoqué, mondialement, nous obligent à regarder la réalité en face : le racisme, la xénophobie, la discrimination, la haine de l'autre, sont profondément ancrés dans notre société, au cœur même de l'appareil d'État.

La volonté de déboulonner les statues, quoiqu'on en pense, a l'immense mérite de donner de la voix et visibilité à un débat déjà bien ancien, mais qui se cantonnait à certains cercles de personnes sensibilisées, notamment parce que la présence de ces statues les renvoie à leur histoire douloureuse.

On pourrait effacer de l'espace public toutes les traces de notre passé honteux, mais ça ne réglerait rien des exactions commises et de leurs conséquences toujours réelles aujourd'hui. Et surtout, ça ne suffit pas pour répondre à la persistance de la haine tellement ancrée dans notre quotidien qu'on est incapables de l'identifier, de la nommer, de l'extirper.

Actuellement dans notre pays, des jeunes comparaissent devant un juge de la jeunesse avec des traces de violences encore visibles sans nécessairement susciter de réaction ou questionnement de la part de l'autorité judiciaire qui va pourtant leur faire un «*rappel à la loi*». Une loi qui n'est pas égale selon que l'on porte ou pas un uniforme. La parole haineuse s'est libérée, sans plus aucune retenue, encouragée même par des personnages publics.

Au-delà de cette prise de conscience et de la nécessité de réagir fermement face aux nombreux dérapages, il nous faut des politiques publiques déterminées qui apportent des réponses concrètes non seulement à l'expression haineuse, mais tout autant à ses racines profondes. Et pour ça, il faut autre chose que des calicots sur une façade ou un «*contrat citoyen*» artificiel.

Et là seulement on pourra exaucer le vœu de Nelson, 9 ans : «*Quand je serai grand, comme Nelson Mandela, j'espère vivre dans un monde où le racisme n'existe plus. Est-ce que vous pensez que c'est possible ? Moi je crois que chacun doit faire un effort, surtout ceux qui ont du pouvoir et qui font les lois. Sophie, qu'est-ce que tu en penses ?*»⁽¹⁾

Benoît Van Keirsbilck

(1) Les grenades - Je m'appelle Nelson, RTBF le 9/06/2020



ARTICLES

- 1 **Éditorial** : Cachez ce saint que l'on ne saurait voir,
Benoit Van Keirsbilck
- 3 Kafala, «*descendant direct*» et «*autre membre de la famille*» : commentaire de l'arrêt *S.M. contre Entry Clearance Officer, UK, Visa Section* de la Cour de justice de l'Union européenne du 26 mars 2019,
Laura Cools
- 11 Renforcer les droits de l'enfant en famille dans les procédures de protection internationale,
Éva Gangneux et Floriane de Stexhe
- 21 Rapport 2019 du médiateur fédéral : *focus* sur l'asile, la migration et la détention
- 28 La gratuité de l'enseignement secondaire : monnaie de singe ou lente mise en œuvre ?
Laurent Fastrez

JEUNES À DROIT

- 39 Renqu'art, ou l'art des mots en couleurs,
Plateforme francophone du Volontariat

JURISPRUDENCE

- 41 **J.P. Namur (2^e canton) – 29 octobre 2019 – rôle 19A562**
Droit scolaire – Gratuité – Frais autorisés – Communication préalable d'une estimation - Prise en compte des facultés contributives dues aux origines sociales et culturelles des élèves – Jugement par défaut – Demande non fondée.
- 42 **Cour de justice de l'Union européenne – SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section – Affaire c-129/18 – 26 mars 2019**
Renvoi préjudiciel – Citoyenneté de l'Union européenne – Droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres – Direc-

tive 2004/38/CE – Membres de la famille du citoyen de l'Union – Article 2, point 2, sous c) – Notion de «*descendant direct*» – Enfant sous tutelle légale permanente au titre du régime de la *kafala* (recueil légal) algérienne – Article 3, paragraphe 2, sous a) – Autres membres de la famille – Article 7 et article 24, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Vie familiale – Intérêt supérieur de l'enfant

- 43 **Cour de justice de l'Union européenne – Affaires jointes C-715/17, C-718/17 et C-719/17, Commission européenne contre Pologne, Hongrie et République tchèque – 2 avril 2020**

Manquement d'État – Décisions (UE) 2015/1523 et (UE) 2015/1601 – Article 5, paragraphes 2 et 4 à 11, de chacune de ces décisions – Mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de la République hellénique et de la République italienne – Situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers sur le territoire de certains États membres – Relocalisation de ces ressortissants sur le territoire des autres États membres – Procédure de relocalisation – Obligation pour les États membres d'indiquer à intervalles réguliers, et au moins tous les trois mois, le nombre de demandeurs de protection internationale pouvant faire rapidement l'objet d'une relocalisation sur leur territoire – Obligations consécutives conduisant à la relocalisation effective – Intérêts des États membres liés à la sécurité nationale et à l'ordre public – Possibilité pour un État membre d'invoquer l'article 72 TFUE pour ne pas appliquer des actes du droit de l'Union ayant un caractère obligatoire

- 45 **Civ. Anvers (ch. AB10), 5 novembre 2018**

Code de droit économique – Champ d'application – Société de logements sociaux – Pratiques de marché – Clauses onéreuses – Logement social – Clause pénale – Contrôle de proportionnalité.

Kafala, «descendant direct» et «autre membre de la famille» :

Commentaire de l'arrêt *S.M. c. Entry Clearance Officer, UK, Visa Section* de la Cour de justice de l'Union européenne du 26 mars 2019

Laura Cools⁽¹⁾

1. Résumé

Dans son arrêt *S.M. c. Entry Clearance Officer, UK, Visa Section* de 26 mars 2019, la Cour de justice de l'Union européenne a été interpellée sur l'interprétation de la notion de «descendant direct» au sens de l'article 2, point 2, sous c) de la 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 (ci-après également appelée : «la directive 2004/38/CE»), et en particulier, sur la question de savoir si cette notion de «descendant direct» s'applique également à un enfant placé sous la tutelle légale permanente d'un citoyen européen au titre de la *kafala* algérienne.

La question préjudicielle a été posée dans le cadre d'un litige entre S.M., ressortissante algérienne, d'une part, l'agent chargé d'examiner les demandes de permis d'entrée de la section des visas du Royaume-Uni, d'autre part. *In casu*, ce dernier avait refusé d'octroyer à S.M. un permis d'entrée sur le territoire du Royaume-Uni en qualité d'enfant adoptif d'un ressortissant de l'Espace économique européen. Cette affaire illustre la précarité de la situation juridique d'un enfant ressortissant d'un pays tiers confié

à un citoyen européen en vertu d'une *kafala* souhaitant rejoindre son tuteur dans l'Union européenne (UE).

En résumé, la Cour a tranché qu'un enfant placé sous une *kafala* ne relève pas du champ d'application de la notion de «descendant direct» au sens de l'article 2(2)(c) de la directive 2004/38/CE, ce qui lui donnerait un droit d'entrée et de séjour automatique. Cet enfant peut toutefois être considéré comme «autre membre de la famille» au sens de l'article 3(2) de ladite directive, impliquant une obligation pour l'État membre d'accueil de favoriser son entrée et son séjour dans cet État. Dans l'hypothèse où l'enfant dépend de ses tuteurs et est appelé à mener avec eux une vie familiale effective, il résulte de l'application des articles 7 (droit à la vie familiale) et 24(2) (intérêt supérieur de l'enfant) de la Charte des droits fondamentaux que les États membres doivent non seulement favoriser, mais, en principe, effectivement octroyer l'entrée et le séjour d'un tel enfant. Bien que cette décision restreigne considérablement l'appréciation des États membres, avant tout, elle représente un important pas en avant pour les enfants non européens placés sous la *kafala* d'un citoyen européen et souhaitant rejoindre ce dernier dans l'UE.

(1) Laura Cools est chercheuse et doctorante en sciences juridiques à l'UCLouvain. Elle fait partie du Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen (CeDIEM) et de l'Equipe droits européens et migrations (EDEM).

Le commentaire que nous proposons aborde d'abord l'institution de la *kafala* en droit islamique et les défis sur le plan de l'acquisition du droit de séjour pour l'enfant concerné. Ensuite, une description détaillée de l'arrêt sera présentée. Enfin, nous concluons par une réflexion sur la signification de cette décision au niveau du pouvoir d'appréciation des États membres ainsi qu'au niveau de l'acquisition d'un droit de séjour pour les enfants concernés.

2. Préalable : l'institution de la *kafala* et la migration

2.1. La *kafala* comme institution de droit islamique

Dans les pays musulmans, l'adoption est interdite par la loi et la *charia*⁽²⁾. Néanmoins, une forme de recueil légal propre au droit islamique, la *kafala*, y est prévue afin de protéger les enfants abandonnés. Sans créer un lien de filiation, la *kafala* permet à une personne ou un couple (*kafil*) de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné (*makful*). En outre, le *kafil* est obligé d'éduquer l'enfant selon les convictions musulmanes⁽³⁾.

En Algérie, le pays d'origine de la requérante, la *kafala* est réglementée par la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 et les articles 116 et suivants du Code de la famille algérien (CFA). L'article 116 CFA définit «la *kafala*» ou le «recueil légal» comme «l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal⁽⁴⁾».

Au niveau international, l'institution de la *kafala* est reconnue comme une mesure de protection de l'enfant, notamment par la Convention de la Haye de 1996 sur la protection des enfants, ainsi que par la Convention Internationale relative aux droits de l'enfant⁽⁵⁾.

Au niveau national par contre, le concept de la *kafala* n'est généralement pas connu dans le droit civil des pays non musulmans. Toutefois, cela n'empêche pas la reconnaissance civile en vertu du droit international privé d'un acte concernant une *kafala* créée à l'étranger. Une autre possibilité réside dans l'assimilation d'une *kafala* avec une tutelle similaire prévue par le droit civil du pays d'accueil (non musulman). En Belgique, par exemple, malgré le fait que l'institution de la *kafala* ne soit pas prévue par la loi, on peut avancer qu'elle se rapproche de la tutelle officieuse, régie par les articles 475bis et suivants du Code civil belge⁽⁶⁾. En tout cas, afin de produire des effets, l'acte concernant la *kafala* doit être entériné par le tribunal de la famille⁽⁷⁾. En Belgique, une tutelle officieuse est souvent établie dans la pratique après qu'une décision de *kafala* a été rendue à l'étranger⁽⁸⁾. Toutefois, ni la reconnaissance civile d'un acte de *kafala*, ni l'établissement d'une tutelle officieuse n'a pour conséquence l'octroi d'un droit de séjour à l'enfant dans le cadre du regroupement familial.

2.2. La *kafala* et l'acquisition par l'enfant d'un droit de séjour dans l'Union européenne

En effet, la reconnaissance civile d'une *kafala* n'entraîne pas automatiquement une obligation dans le chef des autorités nationales de délivrer un droit de séjour et de donner accès à leur territoire à l'enfant concerné. À cet égard, la problématique au cœur de l'affaire de *S.M.* révèle une tension entre le droit international privé et le droit de la migration. En réalité, les enfants qui ont été placés sous une *kafala* rencontrent des difficultés majeures à obtenir un titre de séjour en Europe afin de pouvoir mener une vie familiale effective avec leur tuteur, citoyen de l'Union.

Puisque la plupart des États membres ne prévoit pas de procédure efficace en vue de l'accueil d'un enfant sur la base d'une *kafala*, il conviendrait de s'appuyer sur les procédures de droit de séjour existantes⁽⁹⁾. En raison de l'absence d'un lien de filiation, la *kafala* n'ouvre pas le droit au regroupement familial en vertu de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, ni à un autre droit de séjour. La question se posait de savoir si une forme

(2) Voir, par exemple, l'article 46 du Code de la famille algérien.

(3) J. VERHELLEN et Y. EL KADDOURI, «La *kefala* dans l'ordre juridique belge», in S. SAROLEA (dir.), Statut familial de l'enfant et migrations, Louvain-la-Neuve, UCLouvain, 2018, pp. 162-163; Voir également S. SAROLEA et C. HENRICOT, «Droit international privé et droit de la famille», recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 145 et suiv.

(4) Art. 116 Code de la famille algérien.

(5) Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, M.B., 17 janvier 1992, art. 20(3); Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, adoptée à La Haye le 29 mai 1993, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1995, art. 3(e).

(6) Art. 475bis et s. Code civil belge.

(7) Art. 475ter Code civil belge.

(8) J. VERHELLEN et Y. EL KADDOURI, op. cit., p. 163.

(9) Ibid., p. 175.

de regroupement familial peut être déduite de la directive 2004/38/CE, qui confère à tout citoyen européen qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille, un droit d'entrée et de séjour automatique sur le territoire des États membres pour une période allant jusqu'à trois mois⁽¹⁰⁾. C'est le sens de la question que pose la juridiction de renvoi à la Cour. Par ailleurs, l'article 3(2) de la directive 2004/38/CE prévoit une possibilité de regroupement familial (voir *infra*) pour les autres membres de la famille élargie, en dehors d'un lien de filiation, qui ne sont pas considérés comme «membres de la famille». Au-delà de ces possibilités, la seule option qui demeure reste souvent une demande de séjour pour raisons exceptionnelles, laissée à l'appréciation et au pouvoir discrétionnaire du gouvernement, ce qui implique peu de chances d'aboutir à une décision positive⁽¹¹⁾.

3. L'arrêt S.M. c. Entry Clearance Officer, UK, Visa Section

3.1. Les faits

L'affaire S.M. porte sur le refus d'entrée au Royaume-Uni d'une petite fille algérienne qui avait été confiée au couple M, citoyens de l'Union, en vertu d'une *kafala* algérienne. Les faits peuvent être résumés comme suit.

S.M., née en Algérie le 27 juin 2010, a été abandonnée par ses parents biologiques à sa naissance. Les époux M. et Mme M., deux ressortissants français, résidents au Royaume-Uni dans le cadre d'un séjour permanent, ont demandé à devenir tuteurs de S.M. conformément au régime algérien de la *kafala*. Le 22 mars 2011, par décision judiciaire, S.M. a été placée sous la tutelle des époux M., leur déléguant l'exercice de l'autorité parentale en vertu du droit algérien. Aux termes de cet acte, les époux M se sont engagés à lui donner «une éducation islamique, la maintenir en bonne santé physique et morale, en répondant à ses besoins, en s'occupant de son instruction, en la traitant de la même manière que le feraient des parents biologiques, à la protéger, la défendre devant les instances

judiciaires, et à assumer la responsabilité civile au titre des actes dommageables⁽¹²⁾»,⁽¹³⁾.

Au mois d'octobre 2011, M. est retourné au Royaume-Uni pour des raisons professionnelles, alors que Mme M. est restée en Algérie avec S.M. Ensuite, au mois de mai 2012, S.M. a introduit une demande de permis d'entrée au Royaume-Uni en tant qu'enfant adoptif d'un ressortissant de l'Espace économique européen⁽¹⁴⁾. Sa demande a été rejetée par l'agent compétent en matière de permis de séjour, *in casu* également l'opposant, en soutenant que la tutelle sous le régime de la *kafala* algérienne n'était pas reconnue comme une adoption au sens du droit du Royaume-Uni. Ensuite, S.M. a formé un recours contre cette décision, et après plusieurs procédures, l'affaire est finalement portée à la Cour suprême du Royaume-Uni, qui a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour trois⁽¹⁵⁾ questions préjudicielles. La juridiction de renvoi s'interroge notamment sur le point de savoir si un enfant placé sous un régime de tutelle, *in casu* celui de la *kafala*, relève de la notion de «descendant direct», au sens de l'article 2(2)(c) de la directive 2004/38/CE⁽¹⁶⁾.

Le 26 février 2019, l'avocat général Sánchez-Bordona a présenté ses conclusions, suggérant à la Cour de répondre à cette question par la négative pour les raisons qu'il a discutées en profondeur. Il a souligné plutôt les possibilités offertes par l'article 3(2) de la Directive 2004/38/CE⁽¹⁷⁾.

3.2. Le raisonnement de la Cour

La Cour commence son raisonnement par une description de la *kafala* en vertu du droit algérien, qui est constituée de deux engagements d'un adulte (ou d'un couple) envers un enfant. D'une part, l'adulte s'engage à prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant, au même titre que le ferait un parent pour son enfant, d'autre part, d'exercer la tutelle légale sur cet enfant. La

(10) Directive (UE) 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, J.O.U.E., L 158, pp. 77-123.

(11) C. FLAMAND, «L'enfant comme acteur du processus décisionnel migratoire», Cahiers de l'EDEM, février 2019.

(12) C.J.U.E. (gde ch.), arrêt S.M. c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section, 26 mars 2019, C-129/18, EU:C:2019:248, § 23.

(13) Ibid., §§ 23 – 27.

(14) Malgré le fait que l'institution de la *kafala* n'ait délibérément pas classifié le tuteur (le *kafil*) comme parent adoptif, on peut bien comprendre pourquoi la tentative des époux M. de faire entrer S.M. dans le champ d'application de la notion de «descendant direct». Autrement, ils craignaient que le Royaume-Uni conserverait le pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser sa demande d'entrée en qualité d'«autre membre de la famille». (S. PEERS, «Guardianship, free movement and the rights of the child: the SM judgment», disponible sur <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/03/guardianship-free-movement-and-rights.html>, 26 mars 2019).

(15) Comme la Cour a considéré qu'il était nécessaire de ne répondre qu'à la première question préjudicielle, les deux autres questions ne sont pas traitées dans ce commentaire-ci.

(16) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., §§ 29-43.

(17) Av. gén. C. Sánchez-Bordona, concl. préc., C.J.U.E. (gde ch.), arrêt S.M. c. Entry Clearance Officer, UK Visa Section, 26 mars 2019, C-129/18, EU:C:2019:140.

Cour souligne également les différences entre la *kafala* et l'adoption, laquelle est interdite par le droit algérien. Une première différence principale réside dans le fait que, contrairement à l'adoption, la *kafala* ne confère pas le statut d'héritier du tuteur à l'enfant. En outre, la *kafala* cesse à la majorité⁽¹⁸⁾ de l'enfant et est révocable à la demande des parents biologiques ou du tuteur⁽¹⁹⁾. Il s'ensuit que l'institution de la *kafala* a des répercussions juridiques moins profondes que l'institution de l'adoption.

Ensuite, la Cour rappelle que la directive 2004/38/CE s'applique à tout citoyen de l'Union qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille au sens de l'article 2(2) de la directive, qui l'accompagnent ou le rejoignent⁽²⁰⁾. Selon cet article, ces membres de la famille incluent notamment ses «*descendants directs*» qui sont âgés de moins de vingt et un ans ou qui sont à charge⁽²¹⁾. Cependant, la directive ne contient pas de définition de la notion de «*descendants directs*», ni une référence explicite à la législation des États membres pour déterminer son sens et sa portée. Pour cette raison, la Cour estime qu'une interprétation autonome et uniforme de cette notion s'impose⁽²²⁾. En outre, selon une jurisprudence constante de la Cour, cette interprétation «*autonome et uniforme*» peut tenir compte non seulement des termes de la directive, mais également de son contexte et de ses objectifs⁽²³⁾.

À cet égard, la Cour stipule d'abord que la notion de «*descendant direct*» implique, en principe, l'existence d'un lien de filiation, en ligne directe, entre le citoyen de l'Union et l'enfant concerné⁽²⁴⁾. Ensuite, se référant aux objectifs de la directive 2004/38/CE, qui visent à faciliter l'exercice du droit fondamental et individuel de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres⁽²⁵⁾, la Cour conclut que les notions de l'article 2(2) de cette directive doivent être interprétées largement⁽²⁶⁾.

Ainsi, la Cour stipule qu'une telle interprétation large de la notion de «*lien de filiation*» recouvre des liens de filiation de nature biologique aussi que juridique. Il s'ensuit que la notion de «*descendant direct*» d'un citoyen de l'Union couvre tant l'enfant biologique que l'enfant adoptif d'un citoyen de l'Union, à condition que l'adoption crée un lien de filiation juridique entre l'enfant et le citoyen de l'Union concernés⁽²⁷⁾. Il en découle également que, *a contrario*, à défaut d'un lien de filiation de nature biologique ou juridique entre un enfant et un citoyen de l'Union, cet enfant ne relève pas de la notion de «*descendant direct*» au sens de l'article 2(2)(c) de la directive 2004/38/CE⁽²⁸⁾. Étant donné que le placement d'un enfant sous le régime de la *kafala* algérienne ne crée pas un tel lien de filiation, la Cour conclut que S.M. ne peut pas être considérée comme «*descendante directe*» des époux M., visée à l'article 2(2)(c) de la directive 2004/38/CE⁽²⁹⁾.

Toutefois, la Cour continue son raisonnement par stipuler qu'un enfant placé sous le régime de la *kafala* peut relever de la notion d'«*autre membre de la famille*» au sens de l'article 3(2)(a) de la directive 2004/38/CE, au titre duquel les États membres doivent «*favoriser, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour*» de «*tout autre membre de la famille [...] si, dans le pays de provenance, il est à charge ou fait partie du ménage du citoyen de l'Union [...]*»⁽³⁰⁾,⁽³¹⁾. Il est évident qu'un enfant placé sous un régime de tutelle légale tel que la *kafala* algérienne est «*à charge et fait partie du ménage*» du citoyen de l'Union qui s'est engagé à l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant en Algérie⁽³²⁾.

Ensuite, la Cour rappelle l'objectif de cette dernière disposition de maintenir l'unité de la famille au sens large du terme en favorisant l'entrée et le séjour des personnes qui sont exclues de la définition de «*membre de la famille*» au sens de l'article 2 de la directive 2004/38/CE⁽³³⁾. À cet égard, la Cour renvoie à sa jurisprudence selon laquelle l'article 3(2) de ladite directive impose aux États membres une obligation d'octroyer un certain avantage aux demandes d'entrée et de séjour introduites par ces «*autres membres de la famille*» par rapport aux demandes d'autres ressortissants

(18) En Algérie, la majorité est atteinte à l'âge de 19 ans.

(19) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 45.

(20) Ibid., § 48.

(21) Directive 2004/38/CE, op. cit., art. 2(2)(c).

(22) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 50.

(23) Ibid., § 51 (en référence de : C.J.U.E., arrêt Secretary of State for Work and Pensions c. Taous Lassal, 7 octobre 2010, C-162/09, EU:C:2010:592, § 490).

(24) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 52.

(25) Ibid., § 53 (en référence de : C.J.U.E., arrêt O. c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel et Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. B., 12 mars 2014, C-456/12, EU:C:2014:135, § 35; C.J.U.E., arrêt Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne, 5 juin 2018, C-673/16, EU:C:2018:385, § 18).

(26) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 53 (en référence de : C.J.U.E., arrêt Flora May Reyes c. Migrationsverket, 16 janvier 2014, C-423/12, EU:C:2014:16, § 23; C.J.U.E., arrêt Ewaen Fred Ogierakhi c. Minister for Justice and Equality e.a., 10 juillet 2014, C-244/13, EU:C:2014:2068, § 40).

(27) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 54.

(28) Ibid., § 55.

(29) Ibid., § 55.

(30) Directive 2004/38/CE, op. cit., art. 3(2)(a).

(31) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., §§ 57 - 58.

(32) Ibid., § 59.

(33) Ibid., § 60.

d'États tiers⁽³⁴⁾. Ainsi, les États membres sont obligés de fonder leur décision d'une telle demande sur un examen approfondi de leur situation personnelle, et de motiver la décision en cas de refus⁽³⁵⁾. Dans ce contexte, la Cour affirme que les États membres disposent d'une large marge d'appréciation en ce qui concerne les facteurs à prendre en compte, à condition que l'effet utile de l'obligation de «favoriser» les demandes concernées soit assuré⁽³⁶⁾.

Néanmoins, en vertu du considérant 31 de la directive 2004/38/CE, les États membres sont tenus d'exercer cette marge d'appréciation à la lumière et dans le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après : «la Charte»)⁽³⁷⁾, *in casu* en particulier de l'article 7 de la Charte prévoyant le droit au respect de la vie privée et familiale. Conformément à l'article 52(3) de la Charte, les droits garantis par l'article 7 de celle-ci ont le même sens et la même portée que ceux garantis par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : «la CEDH»)⁽³⁸⁾. Dès lors, la Cour fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : «la Cour eur. D.H.») portant sur l'application de l'article 8 CEDH dans le contexte d'une *kafala*.

Il y a jusqu'à présent deux arrêts de la Cour eur. D.H., contre la France⁽³⁹⁾ et contre la Belgique⁽⁴⁰⁾, qui ont interprété l'article 8 de la Convention concernant le refus des autorités nationales de mettre sur le même plan les liens nés de la *kafala* et ceux afférents à l'adoption. Dans ces deux cas, malgré le fait que la Cour ait jugé qu'il y avait des liens familiaux *de facto*, elle a estimé que le refus d'adoption ne constituait pas une ingérence disproportionnée dans leur vie familiale.

Dans l'affaire *Chbihi Loudoudi e.a. c. la Belgique*⁽⁴¹⁾, la Cour eur. D.H. a confirmé que la notion de vie familiale couvre également les «liens familiaux *de facto*». Ainsi, la

notion peut s'appliquer aussi à la relation effective entre un enfant placé sous un régime de *kafala* et son tuteur, en tenant compte du temps vécu ensemble, de la qualité des relations ainsi que du rôle assumé par l'adulte envers l'enfant⁽⁴²⁾. Encore selon la jurisprudence de la Cour eur. D.H., malgré le fait que l'article 8 de la CEDH ne garantit ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter, dans certaines circonstances les États membres peuvent se trouver dans l'obligation positive de permettre la formation et le développement de liens familiaux⁽⁴³⁾. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour eur. D.H., que, là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille⁽⁴⁴⁾.

Nota bene : Le Comité des droits de l'enfant a également été interpellé sur cette problématique dans le cadre de l'article 10 de la CIDE prévoyant le droit à la protection de la vie familiale. Dans sa communication concernant l'affaire de *Y.B. et N.S. c. la Belgique*⁽⁴⁵⁾, le Comité a souligné qu'une obligation positive d'octroyer un droit de réunification familiale aux enfants sous tutelle ne peut pas être déduite de l'article 10 de la CIDE. Toutefois, l'État est obligé de tenir compte des relations familiales établies *de facto*, et, lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'État doit tenir compte de la préservation de ce milieu familial⁽⁴⁶⁾. *In casu*, le Comité a reconnu l'existence d'une vie familiale effective, l'exercice de laquelle ayant été empêché par le traitement de la demande de séjour par l'État. Ainsi, le Comité a conclu à une violation de l'article 10 de la CIDE parce que l'État «n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe, de traiter la demande des auteurs avec humanité et diligence»⁽⁴⁷⁾. Comme les éléments qui ont conduit le Comité à cette conclusion (la longueur des procédures, la séparation des parents nécessaire à la prise en charge de l'enfant au pays d'origine en l'absence d'un droit de séjour dans le pays d'accueil, et la relation effective

(34) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 61 (en référence de : CJUE (gde ch.), arrêt Secretary of State for the Home Department c. Muhammad Sazzadur Rahman e.a., 5 septembre 2012, C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519, §§ 22 – 23; C.J.U.E., arrêt Secretary of State for the Home Department c. Rozanne Banger, 12 juillet 2018, C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570, § 31).

(35) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 62.

(36) Ibid., § 63.

(37) Ibid., § 64 (en référence de : C.J.U.E., arrêts O. en S. c. Maahanmuuttovirasto et Maahanmuuttovirasto c. L., 6 décembre 2012, C-356/11 et C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, §§ 79 – 80).

(38) Ibid., § 65 (en référence de : C.J.U.E., arrêt J. McB. c. L. E., 5 octobre 2010, C-400/10, ECLI:EU:C:2010:582, § 53; C.J.U.E., arrêt Coman, op. cit., § 49).

(39) Cour eur. D.H., arrêt Harroudj c. France, 4 octobre 2012.

(40) Cour eur. D.H., arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique, 16 décembre 2014.

(41) Ibid.

(42) Ibid., § 78.

(43) Ibid., § 89; Cour eur. D.H., arrêt Harroudj, op. cit., § 41; Cour eur. D.H., arrêt Keegan c. Royaume-Uni, 18 juillet 2006, § 50; Cour eur. D.H., arrêt Pini et autres c. Roumanie, 22 juin 2004, §§ 150 et seq.

(44) Cour eur. D.H., arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, 28 juin 2007, § 119; Cour eur. D.H., arrêt Chbihi Loudoudi, op. cit., § 89.

(45) Comité des droits de l'enfant, Communication n° 12/2017, adoption de vues Y.B. et N.S. c. Belgique, 27 septembre 2018.

(46) Comité des droits de l'enfant, Y.B. et N.S., op. cit., point 8.11. (Voir également : C. FLAMAND, «L'enfant comme acteur du processus décisionnel migratoire», Cahiers de l'EDEM, février 2019).

(47) Comité des droits de l'enfant, Y.B. et N.S., op. cit., point 8.12.

nouée entre l'enfant et les tuteurs, qui correspond à une vie familiale *de facto*) sont également présents dans le cas de S.M., l'on pourrait également présumer l'existence d'une violation de l'article 10 de la CIDE dans la situation de S.M.

Ensuite, la Cour stipule que l'article 7 de la Charte doit être lu en combinaison avec l'article 24(2) de celle-ci, contenant l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant⁽⁴⁸⁾.

Par conséquent, il résulte de ceci que, dans l'exercice de leur marge d'appréciation, lors de la mise en œuvre de l'obligation de favoriser l'entrée et le séjour des «*autres membres de la famille*», les États membres sont tenus à une appréciation équilibrée et raisonnable de l'ensemble des circonstances actuelles et pertinentes, en tenant compte de l'ensemble des intérêts en jeu et, en particulier, de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné⁽⁴⁹⁾. Ensuite, la Cour spécifie que cette appréciation doit prendre en considération, notamment, l'âge de l'enfant au moment du placement sous le régime de la *kafala*, l'existence d'une vie commune que l'enfant mène avec ses tuteurs, le degré des relations affectives entre l'enfant et ses tuteurs ainsi que le niveau de dépendance de l'enfant à l'égard de ses tuteurs⁽⁵⁰⁾.

Enfin, la Cour affirme que, lors de cette appréciation, les autorités nationales peuvent également tenir compte des éventuels risques concrets et individualisés que l'enfant concerné soit victime d'abus, d'exploitation ou de traite. De telles circonstances doivent être mises en balance avec les éléments ci-dessus⁽⁵¹⁾.

La Cour finit son raisonnement en concluant que, dans l'hypothèse où l'appréciation de tous les éléments mentionnés conduit à la conclusion que l'enfant placé sous le régime de la *kafala* et ses tuteurs mènent (ou visent à mener) une vie familiale effective, et que cet enfant dépend de ses tuteurs, le droit fondamental au respect de la vie familiale lu en combinaison avec l'obligation de

tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, impose, en principe, l'octroi d'un droit d'entrée et de séjour à l'enfant concerné en tant qu'autre membre de la famille de citoyens de l'Union, au sens de l'article 3(2)(a) de la directive 2004/38/CE⁽⁵²⁾. Toute autre conclusion résultant au refus d'accorder à un tel enfant un droit d'entrer et de séjourner dans l'État membre d'accueil de ses tuteurs, citoyens de l'Union, empêcherait les tuteurs de mener une vie commune dans cet État membre⁽⁵³⁾.

3.3. La décision

Ces différents éléments ont conduit la Cour à la réponse suivante à la question préjudicielle posée.

Premièrement, la Cour a conclu que la notion de «*descendant direct*» d'un citoyen de l'Union au sens de l'article 2(2)(c) de la directive 2004/38/CE doit être comprise en ce sens qu'elle n'inclut pas un enfant qui a été placé sous la tutelle légale permanente d'un citoyen de l'Union au titre de la *kafala* algérienne.

Deuxièmement, la Cour a jugé qu'un tel enfant peut toutefois relever de la notion d'«*autre membre de la famille*» au sens de l'article 3(2)(a) de ladite directive, impliquant l'obligation de favoriser l'entrée et le séjour de l'enfant. Ainsi, les articles 7 et 24(2) de la Charte imposent aux autorités nationales de procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable de l'ensemble des circonstances, tenant compte des différents intérêts en jeu et, en particulier, de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné. En outre, dans l'hypothèse où cette appréciation montre que l'enfant et son tuteur sont appelés à mener une vie familiale effective et que cet enfant dépend de son tuteur, la Cour stipule que le droit fondamental au respect de la vie familiale, combiné à l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, en principe, oblige les États membres non seulement à favoriser l'entrée et le séjour à l'enfant concerné, mais en plus à octroyer à l'enfant un droit d'entrée et de séjour afin de lui permettre de vivre avec son tuteur dans l'État membre d'accueil de ce dernier⁽⁵⁴⁾.

(48) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 67 (en référence de : C.J.U.E. (gde ch.), arrêt Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne, 27 juin 2006, C-540/03, EU:C:2006:429, § 58; C.J.U.E., arrêt Jasna Detiček c. Maurizio Sgueglia, 23 décembre 2009, C-403/09, EU:C:2009:810, § 54; C.J.U.E. (gde ch.), arrêt H.C. Chavez-Vilchez e.a. c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank e.a., 10 mai 2017, C-133/15, EU:C:2017:354, § 70).

(49) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 68 (en référence de : C.J.U.E., arrêts O. en S. c. Maahanmuuttovirasto en Maahanmuuttovirasto c. L., 6 décembre 2012, C-356/11 et C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, § 81; C.J.U.E. (gde ch.), arrêt Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado, 13 septembre 2016, C-165/14, EU:C:2016:675, § 85; C.J.U.E. (gde ch.), arrêt Secretary of State for the Home Department c. CS, 13 septembre 2016, C-304/14, EU:C:2016:674, § 41).

(50) C.J.U.E., arrêt S.M., op. cit., § 69.

(51) Ibid., § 70.

(52) Ibid., § 71.

(53) Ibid., § 72.

(54) Ibid., § 73.

4. Commentaire

4.1. Restriction du pouvoir d'appréciation des États membres

L'on peut dire que cette décision est souhaitable, en ce sens qu'il était depuis longtemps devenu indispensable de trouver une solution pour les enfants vivant la même situation que S.M., sans pour autant trop empiéter sur la souveraineté des États membres et leur compétence en matière d'entrée et de séjour sur leur territoire. En effet, Il semble qu'en plaçant les enfants confiés à un citoyen européen en vertu d'une *kafala* dans la catégorie d' «*autres membres de la famille*» plutôt que celle des «*descendants directs*», la Cour a trouvé un bon équilibre.

Ce faisant, la Cour a restreint considérablement la marge d'appréciation des États membres en jugeant que cette obligation de «*favoriser*» l'entrée d'un enfant comme S.M. en tant qu' «*autre membre de la famille*» peut, dans l'hypothèse où cette appréciation montre que l'enfant et son tuteur sont appelés à mener une vie familiale effective et que cet enfant dépend de son tuteur, entraîner une obligation d' «*octroyer*» un droit d'entrée et de séjour à cet enfant. Certains auteurs considèrent que cela restreint complètement le pouvoir d'appréciation des États membres⁽⁵⁵⁾, alors que d'autres soulignent que la Cour aurait pu aller encore plus loin en assimilant la relation établie sur la base de la *kafala* à la filiation adoptive, ce qui aurait pour conséquence de supprimer effectivement toute marge d'appréciation dans le chef des États⁽⁵⁶⁾. À titre d'exemple, dans ce cas, S.M., en tant que «*descendante directe*» au sens de l'article 2(2) (c) de la directive 2004/38/CE, aurait automatiquement bénéficié d'un droit de séjour de plus de trois mois en vertu de ladite directive⁽⁵⁷⁾.

Toutefois, comme l'avocat général Sánchez-Bordona l'a démontré de façon convaincante dans son opinion, les différences majeures entre l'adoption et la *kafala* empêchent une telle assimilation. Notamment la création d'un lien de filiation et la nature permanente de l'adoption (ce qui n'est pas le cas de la *kafala*) justifient une différence de traitement sur le plan de séjour entre un enfant adopté et un enfant

confié en vertu d'une *kafala*⁽⁵⁸⁾. Un autre argument en ce sens découle du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme exposé par Sánchez-Bordona, les mécanismes rigoureux de contrôle des adoptions internationales⁽⁵⁹⁾ prévus par la Convention de La Haye de 1993 pour garantir l'intérêt supérieur de l'enfant pourraient être facilement contournés si l'on reconnaissait comme une adoption un type de tutelle pour ce qui concerne l'acquisition d'un droit séjour. En effet, la procédure nationale sur la création d'une tutelle *kafala* n'est pas soumise aux mêmes conditions et garanties que l'adoption, justement parce qu'elle ne produit pas les mêmes effets que celle-ci⁽⁶⁰⁾.

Certes, la Cour a considérablement restreint le pouvoir d'appréciation des États membres, mais on doit tout d'abord l'interpréter de façon positive en ce sens que cette décision a considérablement limité le degré d'arbitraire et en même temps augmenté les possibilités pour un enfant comme S.M. de mener une vie familiale avec ses tuteurs européens sur le territoire de l'Union.

4.2. Le séjour pour les enfants comme S.M. : évolution d'une faveur vers un quasi-droit

L'obligation de favoriser l'entrée et le séjour d'un enfant placé sous une *kafala* se traduira par une amélioration importante de la situation des enfants comme S.M. En effet, à l'heure actuelle, il n'existe pas, dans la plupart des États membres, de canal légal permettant aux enfants comme S.M. de rejoindre leurs tuteurs européens dans l'État membre concerné, même si leur relation de *kafala* est reconnue par le droit civil du pays d'origine. En Belgique, par exemple, avant l'arrêt S.M., les enfants confiés à un citoyen belge dans le cadre d'une *kafala* devaient recourir à la procédure de régularisation pour des raisons humanitaires⁽⁶¹⁾, ce qui exposait les enfants concernés à la discrétion du ministre de l'Intérieur qui peut décider – ou non – d'octroyer un permis de séjour. En effet, contrairement au regroupement familial, qui ouvre un droit de séjour dès que les conditions prévues sont remplies, le séjour humanitaire reste une faveur

(55) Voir p.e.: S. PEERS, «Guardianship, free movement and the rights of the child: the SM judgment», disponible sur <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/03/guardianship-free-movement-and-rights.html>, 26 mars 2019.

(56) L. BRULINEN, «Europese rechtspraak in kort bestek. Noot bij Hof van Justitie – 26 maart 2019», R.W., n° 30, 2020, p. 1198.

(57) Av. gén. C. Sánchez-Bordona, concl. préc., C.J.U.E. (gde ch.), arrêt S.M., op. cit., §§ 67 et 69; L. BRULINEN, op. cit., p. 1198.

(58) Av. gén. C. Sánchez-Bordona, ibid., §§ 78 – 88.

(59) En réglementant l'adoption internationale, la Convention de La Haye de 1993 prévoit une procédure de contrôle double, dans laquelle interviennent les autorités de l'État d'origine ainsi que de l'État d'accueil (Av. gén. C. Sánchez-Bordona, ibid., § 103).

(60) Av. gén. C. Sánchez-Bordona, ibid., §§ 84 – 85 et §§ 102 – 108.

(61) J. VERHELLEN et Y. EL KADDOURI, op. cit., p. 177 C.C.E., 10 septembre 2012, arrêt n° 87159).

que le ministre peut accorder sur une base discrétionnaire. Gageons que la Belgique fasse une application rapide de cette interprétation dans le futur.

4.3. Conclusion

Avec cet arrêt, la Cour a fermement confirmé l'obligation des autorités nationales de faciliter leur entrée en tant qu' «*autre membre de la famille*» au sens de l'article 3(2)(a) de la directive 2004/38/CE, autant que l'obligation, pour les États membres, d'exercer leur marge d'appréciation à la lumière du considérant 31 de la directive et conformément aux dispositions de la Charte, ce qui se traduira dans certaines circonstances par une obligation d'octroyer l'entrée et le séjour à l'enfant concerné. Ainsi, la décision dans l'affaire *S.M.* apporte une forme de sécurité juridique

pour les enfants comme *S.M.*, qui ne dépendront plus de la bonne volonté du ministre (ou de l'agent chargé d'examiner les demandes de permis d'entrée).

Finalement, cette décision est susceptible d'avoir des incidences sur d'autres affaires concernant des personnes qui font partie de la famille élargie d'un citoyen de l'Union et à qui le droit d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un État membre a été refusé⁽⁶²⁾. En tout cas, la question se pose de savoir si le pouvoir d'appréciation des États est également restreint s'agissant des demandes d'entrées d'autres membres de la famille élargie. On pense notamment à la situation d'un partenaire, où le refus peut également avoir un impact sur l'exercice des droits de libre circulation du citoyen de l'Union⁽⁶³⁾.

(62) A. ALI KHAN, «Free Movement and Kafala: CJEU Judgment in SM (Algeria)», disponible sur <https://www.ein.org.uk/blog/free-movement-and-kafala-cjeu-judgment-sm-algeria>, 8 avril 2019.

(63) S. PEERS, «Guardianship, free movement and the rights of the child: the SM judgments», disponible sur <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/03/guardianship-free-movement-and-rights.html>, 26 mars 2019.

