

Paris, le 6 juillet 2018

---

**Décision du Défenseur des droits n° 2018-172**

---

**Le Défenseur des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

---

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 8 et 14 ainsi que l'article 2-2 du Protocole n° 4 ;

Vu l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié, notamment l'article 10 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, notamment les articles L.312-4 et D.321-16 à D.321-18 ;

---

Après consultation du Collège compétent en matière de défense et promotion des droits de l'enfant ;

---

Saisi par Madame X d'une réclamation relative au refus de document de circulation pour étranger mineur opposé par le préfet de Y à l'enfant W ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Tribunal administratif de Z.  
Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

---

## **Observations devant le tribunal administratif de Z en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011**

---

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, ressortissante française, d'une réclamation relative au refus de document de circulation pour étranger mineur (DCEM) opposé par le préfet de Y à l'enfant W, pour laquelle elle exerce l'autorité parentale en vertu d'un acte de *kafala* judiciaire.

- **Rappel des faits et de la procédure**

Madame X possède la double nationalité franco-algérienne.

Elle exerce l'autorité parentale sur l'enfant W en vertu d'un acte de *kafala* judiciaire établi par la cour d'appel de Laghouat (Algérie) le 29 janvier 2017.

L'enfant, née le 10 octobre 2016, est entrée en France le 13 février 2017 sous couvert d'un visa de long séjour valable trois mois portant la mention « visiteur ».

Elle vit depuis au foyer de Monsieur et Madame X.

En mars 2017, ces derniers se sont rapprochés des services de la sous-préfecture de Mulhouse afin de solliciter, pour l'enfant, la délivrance d'un DCEM.

Par décision du 13 juillet 2017, le préfet de Y a rejeté la demande présentée par les époux X, considérant que W ne relevait d'aucun des cas de délivrance du DCEM prévus par l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968 modifié.

Par courrier du 6 septembre 2017, Monsieur et Madame X ont saisi le tribunal administratif de Z d'un recours en annulation de cette décision.

Parallèlement, ils ont saisi les services du Défenseur des droits.

- **Enquête du Défenseur des droits**

Par courriel du 25 septembre 2017, l'un des délégués du Défenseur des droits dans le Haut-Rhin a saisi les services de la préfecture du département pour demander à ce que l'opportunité de procéder à un nouvel examen de la situation de W puisse être examinée.

Par courriel en réponse du même jour, les services de la préfecture de Y ont confirmé la décision de refus de DCEM opposée à l'enfant.

Le délégué du Défenseur des droits a donc transmis la réclamation de Madame X au siège de l'institution.

Par courrier du 19 avril 2018, les services du Défenseur des droits ont adressé au préfet de Y une note récapitulant les éléments au regard desquels le Défenseur des droits pourrait conclure à l'existence, à l'encontre de W, d'une discrimination fondée sur la nationalité contraire aux articles 8 et 2-2 du protocole n°4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Convention EDH), combinés à l'article 14 de la même Convention, ainsi qu'à une méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par courrier du 28 mai 2018, le préfet de Y a indiqué aux services du Défenseur des droits les raisons pour lesquelles il entendait maintenir la décision de refus de DCEM opposé à W.

Il considère en effet qu'il ne peut être fait droit à la demande de DCEM formulée pour l'enfant dès lors que la situation de cette dernière n'est pas conforme aux stipulations de l'article 10 de l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968. Il précise que Madame X ne saurait mettre en avant une quelconque situation désavantageuse dans la mesure où ledit accord règle les conditions de délivrance des DCEM aux mineurs algériens.

Le préfet relève par ailleurs que l'acte de *kafala* judiciaire en vertu duquel Madame X exerce l'autorité parentale pour l'enfant ne crée pas de lien de filiation ni ne vaut adoption et qu'ainsi, l'enfant se trouve exclue du champ des dispositions de l'article L.321-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), lequel fixe les cas de délivrance de plein droit du DCEM. Le préfet se fonde notamment sur la décision du Conseil d'État du 3 octobre 2012 (n° 351096) ainsi que sur une récente décision du tribunal administratif de Z du 12 janvier 2016 (n° 1302158-2).

S'agissant enfin de l'obligation de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant qui lui incombe en vertu de l'article 3-1 de la Convention des droits de l'enfant, le préfet précise que « *c'est justement l'intérêt supérieur de l'enfant qu'[il a] pris en compte, puisque W n'a pas été adoptée mais seulement recueillie par voie de « kafala », ce qui ne lui offre pas le même niveau de garantie* ». Il rappelle à cet égard que la délivrance d'un DCEM peut constituer tout au plus une facilité d'entrée sur le territoire français mais que son absence n'interdit en rien d'obtenir un visa d'entrée unique ou un visa d'entrées multiples et relève que l'enfant W a justement bénéficié d'un visa de « visiteur » pour venir en France.

- **Discussion juridique**

En vertu des dispositions de l'article L.311-1 du CESEDA, les mineurs étrangers, contrairement aux majeurs, ne sont pas tenus de détenir un titre de séjour pour séjourner en France plus de trois mois.

Il résulte de cette dispense que les mineurs ressortissants d'États tiers à l'Union européenne qui résident habituellement en France devraient en principe demander un nouveau visa chaque fois qu'ils voyagent hors de l'espace Schengen et souhaitent ensuite regagner leur domicile, à la différence des ressortissants majeurs des mêmes États qui, lorsqu'ils sont titulaires d'un titre de séjour délivré par un État membre de l'espace Schengen et d'un passeport en cours de validité, n'ont pas à produire de visa pour revenir sur le territoire de l'espace Schengen (article 5§1 du Règlement CE n° 562/2006 du 15 mars 2006).

Aussi, pour faciliter les déplacements de ces mineurs étrangers, le législateur a prévu qu'ils puissent se voir délivrer des documents de circulation, parmi lesquels le document de circulation pour étrangers mineurs (DCEM).

Pour les ressortissants algériens, des conditions de délivrance spécifiques sont prévues par l'article 10 de l'Accord franco-algérien modifié du 27 décembre 2018, lequel stipule que :

*« Les mineurs algériens de dix-huit ans résidant en France, qui ne sont pas titulaires d'un certificat de résidence reçoivent sur leur demande un document de circulation pour étrangers mineurs qui tient lieu de visa lorsqu'ils relèvent de l'une des catégories mentionnées ci-après :*

- a) *Le mineur algérien dont l'un au moins des parents est titulaire du certificat de résidence de dix ans ou du certificat d'un an et qui a été autorisé à séjourner en France au titre de regroupement familial ;*
- b) *Le mineur qui justifie, par tous moyens, avoir sa résidence habituelle en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de dix ans et pendant une durée d'au moins six ans ;*
- c) *Le mineur algérien entré en France pour y suivre des études sous couvert d'un visa d'une durée supérieure à trois mois ;*
- d) *Le mineur algérien né en France dont l'un au moins des parents réside régulièrement en France. »*

En l'occurrence, c'est au motif que l'enfant W ne relève d'aucune des catégories précitées que le préfet a décidé de rejeter la demande de DCEM formulée pour cette dernière. Il précise, dans sa décision du 13 juillet 2017, que celle-ci :

*« ne prive pas l'enfant du droit de séjourner sur le territoire français au sein de sa famille d'accueil et ne méconnaît pas l'intérêt supérieur de l'enfant puisque W pourra revenir régulièrement avec un visa si elle retournerait en Algérie dans le cadre d'une visite familiale, pour autant que [sa mère en fasse] la demande aux autorités consulaires compétentes ».*

Or, s'il est vrai que la situation de W ne correspond à aucune des hypothèses de délivrance du DCEM prévues par l'article 10 de l'Accord franco-algérien précité, il apparaît en revanche que, contrairement à ce qu'indique le préfet dans son courrier en réponse au Défenseur des droits du 28 mai 2018, l'enfant pourrait prétendre à la délivrance d'un DCEM de plein droit sur le fondement de l'article L.321-4 du CESEDA.

Cet article, qui fixe les conditions générales de délivrance d'un DCEM de plein droit, comporte en effet des dispositions plus favorables que les stipulations de l'Accord franco-algérien. En particulier, il prévoit qu'un DCEM est délivré de plein droit au mineur entré en France avant l'âge de 13 ans, cela sans condition d'antériorité de présence sur le territoire, contrairement à l'accord franco-algérien qui exige que l'enfant soit entré en France avant l'âge de 10 ans et qu'il y ait résidé habituellement pendant au moins 6 ans.

S'agissant de la procédure à suivre pour le dépôt de la demande, les articles D.321-17 et D.321-18 du CESEDA précisent que *« Le document de circulation pour étranger mineur est délivré [...] sur demande de la personne exerçant l'autorité parentale ou de son mandataire »*, le demandeur devant présenter *« Les documents attestant qu'il exerce l'autorité parentale sur le mineur pour lequel la demande est souscrite ou qu'il détient un mandat de la personne titulaire de cette autorité »*.

En l'occurrence, W est entrée en France à l'âge de 4 mois et y réside habituellement depuis. La demande est présentée par Madame X qui, par la production d'un acte de *kafala* judiciaire établi par la cour d'appel de Laghouat (Algérie) le 29 janvier 2017 et dont ni la régularité ni l'authenticité ne sont contestées, justifie exercer l'autorité parentale sur l'enfant.

Ainsi, sans qu'il soit besoin de débattre plus en avant des effets qu'emportent le recueil par *kafala* sur le lien de filiation, il apparaît que W pourrait, en tout état de cause, bénéficier des dispositions plus favorables prévues par le droit commun s'agissant des mineurs entrés en France avant l'âge de 13 ans.

L'existence de stipulations spécifiques aux ressortissants algériens ne s'oppose pas, en effet, à ce que le préfet fasse application des dispositions de droit commun lorsque celles-ci se révèlent plus favorables. Au contraire, le préfet se trouve tenu d'écarter l'application de ces stipulations spécifiques dès lors que celles-ci emportent des conséquences contraires à d'autres normes internationales.

Or, il apparaît en l'espèce que, contrairement à ce qu'a estimé le préfet, le refus de DCEM opposé à W pourrait contrevenir à l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi qu'à plusieurs normes internationales (1).

Dans ces circonstances, l'application exclusive des stipulations de l'Accord franco-algérien, laquelle tend à placer les mineurs algériens, du seul fait de leur nationalité, dans une situation moins favorable que les autres mineurs étrangers, pourrait caractériser une discrimination contraire aux obligations internationales de la France (2).

En tout état de cause, la référence à l'accord franco-algérien apparaît en l'espèce contestable dès lors que Madame X a la nationalité française. A cet égard, le Défenseur des droits souhaite rappeler les recommandations qu'il a formulées dans ses avis n<sup>os</sup> 18-09 et 18-14 des 15 mars et 17 mai 2018, relatifs au projet de loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, et tendant notamment à ce que les modalités de délivrance des DCEM aux enfants recueillis par *kafala* par des ressortissants français puissent être clarifiées (3).

### **1. Sur les droits fondamentaux susceptibles d'être affectés par le refus de DCEM opposé à W**

S'il est de jurisprudence constante que l'Accord franco-algérien « régit de manière complète les conditions dans lesquelles les ressortissants algériens peuvent être admis à séjourner en France et y exercer une activité professionnelle, ainsi que les règles concernant la nature des titres de séjour qui peuvent leur être délivrés et leur durée de validité » (CE, 25 mai 1988, n° 81420), il y a toutefois lieu de préciser que cela ne dispense pas les préfets de vérifier que l'application exclusive des stipulations de ce texte n'aura pas pour effet, dans le cas d'espèce soumis à leur appréciation, de porter atteinte à d'autres normes internationales de valeur supérieure.

En effet, le juge administratif contrôle la conformité des stipulations de l'accord franco-algérien à celles de la Convention EDH : CE, 22 mai 1992, n° 99475 ; CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 303678. Aussi, il convient d'écarter les stipulations de l'accord franco-algérien chaque fois que leur application a pour effet de contrevenir à des droits protégés par ladite convention.

Or, en l'espèce, le refus de DCEM opposé à W pourrait contrevenir à plusieurs dispositions de la convention, ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant.

### **(a) Le droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien**

Ce droit, garanti par l'article 2-2 du Protocole n° 4 de la Convention EDH, est effectivement protégé par la Cour européenne des droits de l'Homme (voir par exemple : *Battista c. Italie*, [Section II], aff. n° 43978/09, 2 décembre 2014).

Par ailleurs, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que « *La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* » (*Airey c. Irlande*, n° 6289/73, 9 octobre 1979, §24).

En l'espèce, et comme le relève d'ailleurs le préfet, le refus de DCEM opposé à W ne l'empêche *a priori* pas de quitter la France. Toutefois, faute d'un tel document, elle ne pourra regagner la France sans visa.

Or, la demande de visa est une procédure lourde et aléatoire. Les autorités consulaires disposant en la matière d'une marge d'appréciation, il est impossible, pour le parent qui déciderait de quitter l'espace Schengen accompagné de son enfant étranger dépourvu de tout document de circulation, d'acquérir la certitude que ce dernier se verra effectivement délivrer, dans des délais raisonnables, un visa pour revenir en France.

Les nombreuses réclamations relatives à des refus de visas dont se trouve saisi le Défenseur des droits confortent cette analyse. En effet, ce dernier a régulièrement à connaître de refus de visas de court séjour soulevant des difficultés au regard du droit au respect de la vie privée et familiale, notamment lorsqu'il s'agit de refus opposés à des membres de familles de Français ou de ressortissants étrangers en situation régulière. S'agissant, ensuite, des visas de long séjour sollicités pour motifs familiaux, le Défenseur constate, outre l'issue incertaine de ces dossiers, des délais de traitement excessivement longs : il est par exemple régulièrement saisi de refus de visas opposés à des conjoints ou enfants d'étrangers dont la demande de regroupement familial a pourtant fait l'objet d'un accord préfectoral.

En 2014, la Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs condamné la France par trois arrêts, constatant des violations de l'article 8 de la Convention dans le cadre de demandes visas présentées au terme de procédures de réunifications ou de regroupements familiaux (CEDH, 10 juillet 2014, req. n° 2260/10, *Tanda-Muzinga c. France* ; req. n° 52701/09, *Mugenzi c. France* ; req. n° 19113/09, *Senigo Longue c. France*).

Enfin, le Défenseur des droits a eu à connaître, à plusieurs reprises, de réclamations relatives à des refus de visas de retour opposés à des étrangers ayant leur résidence habituelle en France. Parmi ces refus, certains concernaient, précisément, des enfants mineurs d'étrangers en situation régulière ayant quitté l'espace Schengen sans document de circulation.

**À cet égard, il y a lieu de noter que les ambassades de France elles-mêmes appellent l'attention des étrangers sur le caractère fortement aléatoire de la délivrance des visas de retour.**

Ainsi l'on peut lire, sur le site du Consulat général de France à Alger, que :

*« Un visa dit « de retour » peut être délivré à titre exceptionnel en cas de force majeure, qui doit être établi par des preuves. La délivrance de ce type de visa est soumise à l'autorisation de la préfecture territorialement compétente. En conséquence, le consulat*

*ne maîtrise pas les délais. L'absence de réponse dans un délai de 2 mois peut être considérée par le demandeur comme un refus implicite.*

*Afin d'éviter les désagréments entraînés par les délais de traitement (retard pour reprendre votre travail, retard pour reprendre la scolarité ou des études), le consulat vous recommande de ne pas quitter la France sans une carte de séjour en cours de validité ou, pour les moins de 18 ans, sans un DCEM ou sans un TIR, documents délivrés par la préfecture du lieu de votre résidence en France. »*

L'on comprend dès lors que, suivant ces recommandations, les époux X préfèrent renoncer à voyager avec leur fille.

Dès lors, le refus de DCEM opposé à W, bien qu'il ne lui interdise pas, en théorie, de quitter de l'espace Schengen, entrave néanmoins dans les faits son droit de quitter la France tel que garanti par l'article 2-2 du Protocole n° 4 de la Convention EDH.

### **(b) Le droit au respect de la vie privée et familiale**

Le refus de DCEM opposé à W soulève en outre, pour les mêmes raisons, des difficultés au regard du droit au respect de la vie privée et familiale tel que garanti par l'article 8 de la Convention EDH.

Le juge européen protège en effet très largement la vie familiale, considérant que relèvent de l'article 8, non seulement les relations parents/enfants, mais également les relations petits-enfants/grands-parents (*Marckx c. Belgique*), les relations frères/sœurs (*Olson c. Suède* ; *Boughanemi c. France*), les relations d'un oncle ou d'une tante avec ses neveux ou nièces (*Boyle c. Royaume-Uni*), des enfants avec leurs parents adoptifs ou leur famille d'accueil (*Jolie et Lebrun c. Belgique*), etc.

Plus généralement, le juge européen protège, au titre de la vie privée et familiale, « *le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur* » (voir par exemple, *Pretty c. Royaume-Uni*, §61).

Aussi, le refus de DCEM opposé à W, dès lors qu'il aboutit dans les faits à la priver de la possibilité de voyager hors de l'espace Schengen, notamment en Algérie où elle possède, avec sa mère, des attaches familiales et culturelles, affecte son droit au respect de la vie privée et familiale.

### **(c) L'intérêt supérieur de l'enfant**

Selon une jurisprudence constante du juge administratif, il appartient à l'autorité administrative saisie d'une demande de délivrance de DCEM formulée par un mineur étranger ne relevant pas d'un cas où cette délivrance est de plein droit :

*« de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que le refus de délivrer ce document ne méconnaît pas les stipulations de l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 garantissant comme une considération primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions le concernant » (CE, 3 octobre 2012, n° 351906).*

Cette obligation prévaut, que la situation du mineur soit envisagée au regard des dispositions de droit commun prévues par le CESEDA ou des stipulations de l'Accord franco-algérien (voir par exemple : CAA Marseille, 24 mars 2016, n° 14MA04277).

Le juge précise que « *l'intérêt supérieur d'un étranger mineur s'apprécie au regard de son intérêt à se rendre hors de France et à pouvoir y retourner sans être soumis à l'obligation de présenter un visa* » (CE, 3 octobre 2012, précité).

Or, s'agissant de l'intérêt à pouvoir retourner en France sans être soumis à l'obligation de présenter un visa, il semble, au vu des difficultés susceptibles de survenir dans le cadre des délivrances de visas exposées ci-dessus, que celui-ci soit évident quelle que soit la situation dans laquelle se trouve le mineur étranger.

Ensuite, il semble que l'intérêt du mineur étranger à se rendre hors de France puisse être caractérisé dans de nombreuses situations, notamment lorsque le mineur a des membres de sa famille qui résident à l'étranger, en cas de voyage scolaire à l'étranger, ou même, tout simplement, lorsqu'il s'agit d'accompagner ses parents en voyage, dès lors que ces derniers se trouvent, eux, non soumis à l'obligation de présenter un visa pour revenir dans l'espace Schengen.

L'intérêt de W à pouvoir quitter la France et y revenir sans être soumise à l'obligation de visa apparaît dès lors établi, non seulement du fait de sa nationalité algérienne mais également en raison du fait que son père son père travaille en Suisse et que ses parents sont ainsi régulièrement conduits à effectuer des déplacements transfrontaliers.

Pour toutes ces raisons, le refus de DCEM opposé à W semble méconnaître son intérêt supérieur.

A cet égard, le Défenseur des droits relève que l'affirmation du préfet selon laquelle c'est justement la prise en compte de l'intérêt supérieur l'enfant qui justifierait qu'un DCEM ne soit pas délivré à W, cette dernière n'ayant pas été adoptée « *mais seulement recueillie par voie de kafala, ce qui ne lui offre pas le même niveau de garantie* », doit s'analyser comme une appréciation susceptible d'emporter des conséquences discriminatoires.

Rappelons que l'article 14 de la Convention EDH prohibe les discriminations dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention et ses Protocoles non seulement au regard de certains critères expressément visés par l'article mais également au regard de toute autre situation. Ainsi la Cour a pu sanctionner, sur ce fondement, des discriminations fondées sur les circonstances de la naissance : voir par exemple sa décision relative à une discrimination alléguée entre les pères d'enfants nés hors mariage et les pères divorcés concernant l'accès au droit de visite (*Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 85, CEDH 2003-VIII) ou encore sur la différence de traitement instaurée entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels en matière de droits successoraux (*Mazurek c. France*, 3<sup>e</sup> section, 1<sup>er</sup> février 2000, n° 34406/97).

En l'occurrence, si la *kafala* – ou recueil légal –, dont il convient de rappeler qu'elle est une mesure de prise en charge de l'enfant admise dans certains pays de droit musulman prohibant l'adoption plénière, ne saurait effectivement être assimilée à une adoption, elle n'en demeure pas moins une mesure de protection de l'enfant expressément reconnue comme telle, au même titre que l'adoption, par plusieurs conventions internationales, et notamment la



convention des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (article 20). Aussi, elle n'est pas dépourvue d'effets juridiques en France et le juge administratif a considéré, à plusieurs reprises, que l'intérêt supérieur de l'enfant pouvait justifier la délivrance de visas à des mineurs recueillis par *kafala* puisque l'intérêt de l'enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui a reçu du juge la délégation de l'autorité parentale (CE, 28 déc.2007, n°304202, CAA Nantes, 1er juillet 2016, n°15NT02350).

Dès lors, et contrairement à ce que suggère le préfet, l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier que les enfants recueillis par *kafala* bénéficient, du seul fait de cette circonstance, d'un moindre « *niveau de garantie* » dans la jouissance des droits fondamentaux qui sont les leurs, et notamment du droit de quitter n'importe quel pays y compris le sien et du droit au respect de la vie privée et familiale. Une telle affirmation apparaît non seulement contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant mais également susceptible de légitimer une discrimination fondée sur les circonstances de la naissance dans la jouissance des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme.

## **2. Sur les conséquences discriminatoires susceptibles de résulter d'une application exclusive des stipulations moins favorables de l'Accord franco-algérien**

Surtout, c'est au regard de sa nationalité que l'enfant W semble, en tout état de cause, subir une discrimination dans la jouissance des droits consacrés par la Convention.

Rappelons que l'article 14 de la Convention stipule que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur [...] l'origine nationale ou sociale* ».

Sur le fondement de cet article, la Cour de Z juge de jurisprudence constante qu'une différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi beaucoup d'autres, *Oršuš et autres c. Croatie* [GC], n° 15766/03, § 156, CEDH 2010).

En l'occurrence, l'application exclusive, aux mineurs algériens, des stipulations moins favorables de l'Accord franco-algérien tend à ce que ces derniers jouissent dans une moindre mesure du droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que de celui de quitter n'importe quel pays y compris le sien, droits respectivement protégés par les article 8 de la Convention EDH et 2-2 du Protocole n° 4 de la même Convention.

Or, si le choix fait par le législateur de réserver la délivrance du DCEM à certaines catégories de mineurs étrangers peut poursuivre des objectifs légitimes d'ordre public lorsqu'il s'agit, par exemple, d'exclure du bénéfice d'un tel document les enfants dont les parents se trouvent en séjour irrégulier sur le territoire, l'exclusion des mineurs algériens du bénéfice de dispositions plus favorables sur le seul motif que leur situation se trouverait exclusivement régie par l'Accord franco-algérien, et cela même lorsqu'ils se trouvent, *mutadis mutandis*, dans la même situation que des mineurs ressortissants d'autres États tiers, ne semble en revanche servir aucun but légitime.

Dès lors, l'application exclusive, aux mineurs algériens, des stipulations moins favorables de l'Accord franco-algérien quand ils pourraient bénéficier des dispositions plus favorables du droit commun (CESEDA) est susceptible de caractériser une discrimination à raison de la nationalité prohibée par la Convention EDH.

En 2007, le Collège de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), dont le Défenseur des droits a aujourd'hui repris les missions, avait ainsi considéré que l'application stricte des stipulations de l'Accord franco-algérien, dès lors qu'elle conduisait à ce que seuls les mineurs algériens entrés en France avant l'âge de 13 ans se voient opposés une condition de résidence préalable de 6 ans pour pouvoir bénéficier d'un DCEM – à la différence des mineurs entrés en France avant l'âge de 13 ans ressortissants d'autres États – revêtait un caractère discriminatoire à raison de la nationalité (Délibération n° 2007-204 du 3 septembre 2007).

Relevons que la HALDE avait été saisie par la Défenseure des enfants – dont le Défenseur des droits a également repris les missions – qui estimait pour sa part que la différence de traitement réservée aux mineurs algériens s'agissant de l'accès au DCEM constituait une discrimination contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant tel que protégé par l'article 3-1 de la Convention des droits de l'enfant.

### **3. Sur les difficultés soulevées par l'application de dispositions réglant le droit des étrangers à des ressortissants français**

En tout état de cause, les dispositions relatives à l'Accord franco-algérien comme celles du droit commun ne semblent pas permettre de prendre pleinement en compte de la situation de l'espèce, à savoir le recueil d'un enfant de nationalité étrangère par des ressortissants français.

Lorsqu'il précise la situation des parents de l'enfant pour lequel est sollicité le DCEM, l'Accord franco-algérien prévoit en effet exclusivement le cas de parents de nationalité algérienne : « titulaire[s] du certificat de résidence de dix ans ou du certificat d'un an et [ayant été autorisé à séjourner en France au titre de regroupement familial] » (art. 10-a) ou résidant « régulièrement » en France (art. 10-d).

Quant au CESEDA, s'il évoque le cas des parents français, c'est seulement dans ses dispositions réglementaires relatives aux possibilités de délivrance discrétionnaire du DCEM (article D.321-16 4°). Et, dans ce cadre, c'est uniquement la situation du parent ayant acquis la nationalité française qui est évoquée.

A cet égard, le Défenseur des droits relève que le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, actuellement débattu au Parlement, devrait permettre de clarifier la situation sur ce point. L'article 24 du projet de loi propose en effet de refondre les dispositifs de délivrance des documents de voyage pour étrangers mineurs. Ainsi, l'article L.321-4 du CESEDA devrait être modifié pour prévoir, notamment, la délivrance d'un DCEM de plein droit à « l'enfant étranger d'un ressortissant français ». Dans son avis n° 18-09, le Défenseur des droits saluait la simplification envisagée.

Toutefois, pour mettre un terme aux discriminations à raison des circonstances de la naissance ou de la nationalité que peuvent subir les mineurs recueillis par *kafala* par des parents français, algériens ou marocains qui, du fait d'une interprétation restrictive de la notion de parent d'une part, et de l'application exclusive des dispositions d'accords bilatéraux moins favorables que

le droit commun d'autre part, tendent à se voir systématiquement refuser la délivrance de DCEM, le Défenseur des droits recommandait que le texte soit précisé pour inclure expressément les enfants « *recueillis* » ou pour lesquels il existe une délégation d'autorité parentale et, dans l'hypothèse où cette recommandation serait suivie, que le ministre de l'Intérieur prenne une instruction pour préciser que les mineurs algériens et tunisiens doivent pouvoir bénéficier des dispositions de droit commun en matière de délivrance des DCEM (cf. circulaire NOR : INTD9900094C).

**Aussi, compte tenu de l'ensemble des éléments développés ci-dessus, le Défenseur des droits considère que le refus de DCEM opposé en l'espèce à W pourrait contrevenir à plusieurs normes internationales et caractériser une discrimination prohibée fondée sur la nationalité.**

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du Tribunal administratif de Z.

Jacques TOUBON