

Paris, le 26 mai 2020

---

## Décision du Défenseur des droits n°2020-106

---

### 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 internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ;

Vu la Convention franco-algérienne relative à l'exequatur et à l'extradition du 27 août 1964 ;

Vu le code algérien de la famille, notamment ses articles 116 et 117 ;

---

Saisi d'une réclamation de Madame X relative aux refus de délivrance des visas de long séjour « visiteur » opposés par les autorités consulaires françaises à Oran (Algérie) le 29 mai 2019 aux enfants, A et B qu'elle a recueillis par Kafala.

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z, ainsi que l'y autorise l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

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 d'une réclamation de Madame X relative aux refus de délivrance des visas de long séjour « visiteur » opposés à ses neveu et nièce, A et B, par les autorités consulaires françaises à Oran (Algérie) le 29 mai 2019.

### **Rappel des faits et procédure**

Madame X, née Y, est la tante de A, née le 7 juillet 2007 et de B, né le 16 juillet 2015 à Oran (Algérie) qu'elle et son époux ont recueillis par *Kafala* conformément au jugement du tribunal d'Oran prononcé le 13 mai 2019.

Le 15 mai 2019, Madame X a sollicité la délivrance de visas de long séjour aux bénéfices des deux enfants.

Le 29 mai suivant, leur demande a été rejetée par les autorités consulaires françaises à Oran au motif que « *les informations communiquées pour justifier les conditions du séjour sont incomplètes et/ou ne sont pas fiables* ».

Ces refus ont été contestés devant la Commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France (CRRV) les 3 et 27 juillet 2019, laquelle a procédé aux rejets implicites de leurs requêtes.

C'est dans ce contexte que le Défenseur des droits a été saisi.

### **Instruction menée par le Défenseur des droits**

Par courriel du 30 octobre 2019, le Défenseur des droits a sollicité auprès de la sous-direction des visas du ministère de l'Intérieur la communication de l'intégralité des éléments de fait et de droit de nature à justifier les refus susvisés. Aucune réponse ne lui est parvenue.

En parallèle, Madame X a présenté une demande de communication de motifs auprès de la CRRV afin de connaître les éléments sur lesquels se sont fondées les autorités consulaires pour refuser les visas de ses neveu et nièce.

En réponse du 15 novembre dernier, celle-ci indiquait que les refus étaient motivés par les considérations suivantes :

- « *Les dossiers sont incomplets en l'absence d'une assurance maladie couvrant la durée du séjour ;*
- *Par ailleurs, les conditions de ressources de M. X et son épouse Mme Y épouse X, au vu de leur avis d'imposition 2018 et compte-tenu de leur composition familiale, leur foyer étant composé de 5 personnes, ne leur permettent pas de prendre en charge les enfants B et A dans des conditions adéquates ; ils ne justifient au demeurant d'aucune contribution à leur éducation et leur entretien depuis le jugement de Kafala, le 05 mai 2019 ;*
- *En conséquence, l'intérêt supérieur des demandeurs âgés de 3 et 11 ans, est dans le cas d'espèce, de demeurer dans leur pays de résidence compte tenu de la présence dans ce pays de leurs parents, et de l'absence de circonstances graves et avérées justifiant la séparation des enfants de leur environnement familial, social et culturel, les kafils pouvant contribuer à leur entretien dans ce cadre ».*

Or, la réclamante indique au Défenseur des droits que les dossiers de demande de visas de long séjour étaient complets au moment de leur dépôt auprès du prestataire VLS Contact et que les enfants étaient couverts par une assurance maladie valable durant l'intégralité de leur séjour en France.

L'intéressée a introduit un recours contentieux tendant à l'annulation de la décision de la CRRV précitée devant le tribunal administratif de Z. La date d'audience a été fixée au 5 juin 2020.

Par courrier du 3 mars 2020, le Défenseur des droits a adressé à la sous-direction des visas une note récapitulative indiquant que ces refus de visas paraissaient contraires à l'intérêt supérieur des enfants.

La sous-direction des visas n'y a pas apporté de réponse.

Par courriel du 29 avril 2020, le Défenseur des droits a alors sollicité de la sous-direction des visas la communication de ses observations dans ce dossier ou, à tout le moins, le mémoire produit dans le cadre de la procédure contentieuse afin qu'il puisse prendre une décision dans ce dossier avant la date d'audience.

Cette demande est restée sans réponse et c'est dans ces circonstances que le Défenseur des droits a décidé de présenter des observations dans le cadre de la présente procédure, au vu d'un argumentaire soumis à trois reprises à la sous-direction des visas.

### **Analyse juridique**

La *Kafala* judiciaire algérienne emporte automatiquement délégation de l'autorité parentale, conformément aux dispositions des articles 116 et 117 du code algérien de la famille. Or, selon la jurisprudence administrative, il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de vivre auprès de la personne qui bénéficie de cette délégation. Dans la mesure où les refus de visas des enfants B impliquent qu'ils ne pourront vivre auprès des personnes bénéficiant d'une délégation de l'autorité parentale et ce, alors même que leurs conditions d'accueil et de séjour sont conformes à leur intérêt supérieur (I), les décisions contestées manquent de base légale et entrent en contradiction avec plusieurs textes internationaux (II).

#### **I. Sur le droit des enfants de vivre auprès du Kafil dans de bonnes conditions affectives et matérielles**

##### **a) L'intérêt de Aet B de vivre auprès de Madame X**

En Algérie, la *Kafala* également appelée « recueil légal », est définie par l'article 116 du code algérien de la famille comme étant :

*« (...) 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 ressort de l'article 117 du code précité que l'acte de *Kafala* peut-être soit notarial soit judiciaire. L'article 121 de ce même code prévoit quant à lui que :

*« Le recueil légal confère à son bénéficiaire la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime. »*

La *Kafala* judiciaire algérienne emporte automatiquement délégation de l'autorité parentale. En application de la convention franco-algérienne relative à l'*exequatur* et à l'extradition du 27 août 1964, il n'est en effet pas nécessaire, en principe, de solliciter l'*exequatur* de la décision judiciaire algérienne prononçant le recueil légal.

Ces précisions ont d'ailleurs été rappelées dans une circulaire du 22 octobre 2014 du ministre de la Justice relative aux effets juridiques du recueil légal en France (NOR : JUSC1416688C) aux termes de laquelle « *dans tous les cas, le juge ou le notaire doit vérifier que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

Cette exigence traduit une forte considération pour l'intérêt supérieur de l'enfant et figure également au sein du Titre II du protocole annexé à l'accord franco-algérien modifié relatif au départ des familles dans le cadre de la procédure de regroupement familial lequel souligne que :

*« Les membres de la famille s'entendent du conjoint d'un ressortissant algérien, de ses enfants mineurs ainsi que des enfants de moins de dix-huit ans dont il a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne **dans l'intérêt supérieur de l'enfant** ».*

La CIDE précitée, stipule dans son article 3-1, d'effet direct, que :

*« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »*

Si la *Kafala* ne peut être assimilée à une adoption, elle constitue toutefois une mesure de protection pour l'enfant, reconnue expressément au même titre que l'adoption par l'article 20 de la CIDE :

*« Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, **ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu**, a droit à une protection et une aide spéciale de l'État.*

*Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.*

*Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la « Kafalah » de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. »*

La Convention de La Haye 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 du 19 octobre 1996 reconnaît également cette mesure de protection.

En droit interne, le juge administratif considère que 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 décembre 2007, n°304202, CAA Nantes, 1<sup>er</sup> juillet 2016, n°15NT02350, TA Nantes, 23 octobre 2018, n°1806141).

En l'espèce, Madame X et son époux, ressortissants français ont, par l'acte de *Kafala* du 13 mai 2019, été désignés tuteurs légaux de A et B. Ils sont ainsi délégataires de l'autorité parentale sur ces enfants et sont à ce titre fondés à demander à ce que ces derniers puissent venir vivre auprès d'eux en France, afin qu'ils puissent pourvoir à leur entretien, leur éducation et leur protection au même titre que le feraient des parents envers leurs enfants.

**b) Des conditions d'accueil matérielles et familiales conformes à leur intérêt supérieur**

Pour rejeter la demande de visa, les autorités consulaires sont néanmoins en mesure de se fonder sur l'insuffisance des ressources et des conditions de logement des titulaires de l'autorité parentale, si celles-ci apparaissent contraires à son intérêt.

S'agissant de l'appréciation des ressources des personnes délégataires de l'autorité parentale, la jurisprudence administrative a pu considérer comme suffisantes, selon les circonstances d'espèce, les ressources d'un couple alors inférieures à 2 500 euros par mois :

*« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. X est locataire d'un appartement de type 3 de 80 m<sup>2</sup>; qu'il justifie travailler en tant que chauffeur sous contrat à durée indéterminée depuis 2012 ; que son épouse travaille à temps partiel pour un salaire d'environ 500 euros par mois ; que les ressources du couple s'élèvent à la date de la décision attaquée à 2468 euros par mois et non 3300 euros comme le soutient le requérant ; que les charges de M. et Mme X, qui par ailleurs ont également recueilli par kafala une fillette âgée de 7 ans à la date de la décision attaquée, s'élèvent à 752 euros selon l'enquête sociale réalisée par le conseil départemental des Bouches-du-Rhône ; que si le ministre fait valoir en défense que le requérant ne démontre pas la stabilité de ces revenus dès lors que les époux X avaient déclaré 21 720 euros en 2014 soit 1 810 euros en moyenne par mois et 13 923 euros en 2013 soit 1 160 euros en moyenne par mois, **les ressources des époux X sont suffisantes sur les deux années précédant la décision attaquée ; que, dans ces conditions, le requérant doit être regardé comme étant en mesure d'accueillir la jeune Y dans des conditions conformes à l'intérêt de cette enfant** » (TA de Nantes, 16 février 2018, n°1600684).*

Or, Madame X est employée à temps plein en tant qu'adjoint administratif de la Ville de G et perçoit un salaire mensuel net d'environ 2 000 euros. Son époux, employé en tant que conducteur qualifié au sein d'une société de services, perçoit un revenu mensuel net compris entre 2100 et 2900 euros. Les époux cumulent ainsi un revenu mensuel compris entre 4 000 et 5 000 euros, ce qui semble suffisant pour subvenir aux besoins de leur foyer incluant les enfants A et B. Il ressort par ailleurs de l'avis d'imposition 2019 que le fils aîné des époux X a travaillé durant l'année 2018, et a perçu un revenu annuel de 11 082 €.

Par ailleurs, Madame X et son époux sont propriétaires depuis 2008 d'une maison à étage comprenant notamment quatre chambres, un salon, deux cuisines et un grenier, sur la commune de V). La stabilité ainsi que la surface de leur habitation apparaissent satisfaire aux exigences posées par la jurisprudence en la matière.

Si l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant à vivre auprès des personnes qui ont reçu délégation de l'autorité parentale se fait au regard des conditions matérielles d'accueil de ce dernier sur le territoire national, il en va de même des conditions familiales de son séjour en France.

Dans un arrêt du 2 mai 2018, la cour administrative d'appel de Nantes a en effet estimé que l'intérêt de l'enfant pouvait également s'apprécier au regard de l'intensité et de l'effectivité des relations entretenues entre le *kafil* et l'enfant (CAA Nantes, 2 mai 2018, n° 17NT01633).

En l'espèce, des liens particulièrement forts semblent déjà exister entre les intéressés : Madame X indique en effet entretenir financièrement les enfants en donnant régulièrement de l'argent à ses proches pour qu'ils le leur transmettent lorsqu'ils se rendent en Algérie ou en leur envoyant régulièrement des colis, par exemple des fournitures scolaires à l'occasion de la rentrée.

De plus, les trois enfants biologiques du couple et S et B sont cousins et entretiennent de bonnes relations à travers les réseaux sociaux notamment sur l'application Messenger. Madame X et sa famille échangent ainsi plusieurs fois par semaine, partageant également des photographies.

Les conditions d'accueil et de séjour dans lesquelles Madame X et sa famille préparent l'arrivée de A et B répondent ainsi à leurs besoins.

Dans ces circonstances, le Défenseur des droits considère que pour toutes ces raisons, il apparaît qu'il est dans l'intérêt de A et B de vivre aux côtés de Madame X en France.

## II. Sur les conséquences des refus de visas au regard du respect des droits fondamentaux

### a) L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de ne pas être séparés de ses « parents »

L'article 9-1 de la CIDE énonce qu'un enfant ne peut, en principe, demeurer séparé de ses parents. Toutefois, cet article encadre les circonstances spécifiques dans lesquelles il peut être dérogé à ce principe, afin de veiller au respect de la protection de l'enfant :

*« Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans **certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.** »*

Si le juge administratif considère que l'intérêt de l'enfant est de vivre auprès des personnes qui bénéficient d'une délégation d'autorité parentale, il lui revient tout de même le soin d'apprécier la situation psychologique, familiale et matérielle dans laquelle se trouve l'enfant dans son pays d'origine et de déterminer ainsi s'il est justifié qu'il soit séparé de ses parents biologiques.

La cour administrative d'appel de Nantes a ainsi rejeté la requête d'une personne délégataire de l'autorité parentale sur un enfant en raison notamment de « l'absence de circonstances graves et avérées justifiant la séparation de l'enfant de son environnement familial, social et culturel » et du fait que « il n'est pas allégué que le jeune A. se trouverait dans une situation psychologique, familiale et matérielle de nature à justifier qu'il soit retiré à ses parents » (CAA Nantes, 27 décembre 2013, n° 12NT03202).

En l'espèce, l'acte de *Kafala* comporte une autorisation de sortie du territoire algérien ainsi que le consentement de Monsieur Y et de Madame Y, les parents biologiques des deux enfants, à leur recueil légal par leur tante maternelle et son époux.

Cet acte indique également que les conditions psychologiques et familiales actuelles dans lesquelles vivent A et B en Algérie n'apparaissent pas conformes à leur intérêt supérieur. Leurs parents biologiques ayant divorcé au mois de janvier 2019, les enfants vivent principalement chez leur mère, leur père étant décédé le 20 décembre 2019.

Plusieurs témoignages transmis au Défenseur des droits indiquent que leur mère vit sans ressources. Cette dernière reconnaît confier régulièrement ses enfants à des proches, notamment sa sœur et sa nièce, pendant plusieurs jours. Elle fait part de son état dépressif et reconnaît présenter des troubles comportementaux.

Parmi les témoignages portés à la connaissance du Défenseur des droits, une voisine fait part de « *plusieurs incidents, tapages nocturnes dus à une bagarre* » auxquels elle a assisté, et évoque par ailleurs un épisode particulièrement violent entre la mère des enfants et son nouveau compagnon, à la suite duquel les enfants ont été hébergés chez elle. Un certificat médical établi par un médecin ainsi que des photographies attestant de la réalité des violences dont fait preuve le nouveau compagnon de la mère des enfants envers elle.

Ces événements ont un impact psychologique sur A qui, alors que bonne élève, aurait redoublé son année scolaire et, témoin direct des violences commises envers sa mère, a été entendue dans le cadre du dépôt de plainte pour coups et blessures effectué par celle-ci au commissariat le 6 novembre 2019.

Madame Y, la mère des enfants, a par ailleurs été condamnée à une peine de 6 mois d'emprisonnement ferme par jugement correctionnel du 10 novembre 2019. Non comparante lors de son jugement, elle pourrait être incarcérée à l'issue d'un éventuel contrôle de police.

Dès lors, au vu de l'ensemble des pièces du dossier, les parents biologiques de A et B ne sont plus en mesure de pourvoir à leur entretien et à leur éducation dans des conditions psychologiques, familiales et matérielles adéquates.

Pour toutes ces raisons, il est davantage dans leur intérêt de vivre aux côtés de leur tante, Madame X, de son époux et de leurs enfants en France.

#### **b) Sur le droit de mener une vie familiale normale tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme**

Pour rejeter la demande de visa, les autorités consulaires sont également en mesure de se fonder sur l'atteinte à l'ordre public qui résulterait de la venue de l'enfant en France, sous réserve de ne pas porter atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale des intéressés tel que garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH).

En l'espèce, aucun motif afférant à l'ordre public n'a été évoqué concernant les neveu et nièce de Madame X, âgés de 12 et 4 ans.

Dès lors dans la mesure où les conditions d'accueil offertes par le recueillant sont conformes à l'intérêt des enfants, le juge pourra également considérer que les refus de visas qui leur sont opposés portent atteinte au droit à la vie privée et familiale des intéressés garanti par l'article 8 de la CEDH (CAA de NANTES, 16 octobre 2017, n°16NT01456) et sont constitutifs d'une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale.

Il n'est en effet pas démontré par l'administration que cette ingérence soit nécessaire à la sauvegarde d'un ou plusieurs des intérêts supérieurs énoncés par le texte à savoir, la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et de la morale, la protection des droits et libertés d'autrui.

Ces décisions de refus de délivrance de visas apparaissent contraires aux stipulations des articles 3-1, 9 et 20 de la Convention des droits de l'enfant en ce qu'elles portent une atteinte grave et disproportionnée à l'intérêt supérieur des enfants ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation du tribunal administratif.

Jacques TOUBON