

# ●●● Parentalité et droit migratoire, un couple discordant

Zouhair  
Aboudahab

Docteur en Droit,  
Avocat au Barreau de  
Grenoble

**Elle apparaît évanescence aujourd'hui cette figure de l'ancien travailleur migrant dit « célibatérisé », dont la famille, demeurée au pays, attend son retour que d'aucuns qualifieront plus tard de mythique. L'actualité regorge en revanche de situations de migration où la parentalité/déparentalité est en question - qu'il s'agisse de « sans-papiers » interpellés à la sortie d'école de leurs enfants aux fins d'éloignement du territoire, ou des remous provoqués par le projet de loi sur les tests ADN en matière de regroupement familial, en passant par la problématique des étrangers mineurs isolés ou encore des difficultés de l'adoption internationale d'enfants étrangers...**

**P**ar-delà l'actualité, le droit de vivre en famille de l'étranger fut proclamé paradoxalement dans un contexte où, sous l'effet de la crise économique consécutive au choc pétrolier de 1973, les pouvoirs publics déclarèrent l'arrêt de toute nouvelle immigration de travail et incitèrent les travailleurs étrangers résidant en France à retourner dans leurs pays. Surtout, par décret du 10 novembre 1977, le Gouvernement envisagea de suspendre l'immigration familiale pour 3 ans en n'autorisant que la venue des seuls membres de famille qui s'engageaient à ne pas travailler en France.

Saisi par une association de défense des droits des étrangers (le GISTI) et plusieurs syndicats, le Conseil d'Etat annula ce décret par son célèbre arrêt dit « GISTI » du 8 décembre 1978, en se référant à un Principe Général du Droit qu'il dégagait du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 - en vertu duquel les étrangers comme les Français ont « le droit de mener une vie familiale normale ».

Selon le Conseil d'Etat, « S'il appartient au gouvernement, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, et sous réserve des engagements internationaux de la France, de définir les conditions d'exercice de ce droit pour en concilier le principe avec les nécessités tenant à l'ordre public et à la protection sociale des étrangers et de leur famille, ledit gouvernement ne peut interdire par voie de mesure générale l'occupation d'un emploi par les membres des familles des ressortissants étrangers »<sup>1</sup>.

La voie de la reconnaissance juridique du migrant dans sa famille, en tant que parent et en tant que conjoint, était ainsi profilée.

Toute une évolution aura lieu, ensuite, consacrant en droit des étrangers un statut relativement protégé du migrant et du réfugié dans leur qualité de parent, que ce soit en matière de séjour, de rapprochement familial, d'accès à la nationalité française ou encore au regard des questions d'éloignement du territoire français.

Cependant, en dehors de la circonstance qu'il a toujours subordonné l'exercice et le déploiement de cette parentalité en France à nombre de conditions et de limites, le droit des étrangers paraît aujourd'hui aller jusqu'à la « malmener » et la restreindre. C'est que, à l'immigration familiale – qualifiée d'immigration « subie »-, la politique migratoire actuelle oppose une immigration dite « choisie », qu'on voudrait composée de travailleurs et de cadres utiles à la France et à son rayonnement dans le monde – ce que traduit de manière paroxystique la création d'une carte de séjour « compétences et talents »<sup>2</sup>. Dès lors, la « catégorie juridique » de l'étranger parent et du parent d'étrangers apparaît marquée du sceau de la précarité et de la suspicion - de fraude à la filiation, au droit du séjour et au droit de la nationalité française...

A d'autres égards, on observera que la parentalité dans un contexte de migration peut même être méconnue ou non reconnue par le droit migratoire.

## **La parentalité reconnue et consacrée**

Dans sa décision du 13 août 1993, rendue à l'occasion du contrôle du projet de loi « Pasqua » sur l'immigration, c'est au rang de principe à valeur consti-

1. CE, 8 déc. 1978, no 10097, Gisti et a.; Rec. CE, p. 493.

2. Articles L. 315-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

tionnelle que le Conseil constitutionnel élèvera le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale. Le droit positif en la matière se stabilise aujourd'hui pour inclure dans la famille bénéficiaire du droit de rejoindre le migrant - sous réserve du respect, notamment, de conditions de logement et de ressources - son conjoint, ses enfants mineurs de 18 ans, légitimes ou naturels. Les enfants adoptés y sont également admis - sous réserve toutefois de la vérification de la régularité internationale de l'adoption. Les enfants issus d'une précédente union du migrant ou de son conjoint à regrouper sont également bénéficiaires du droit au regroupement familial si leur filiation n'est établie qu'à l'égard d'un de ces derniers ou lorsque l'autre parent est décédé ou a été déchu de ses droits parentaux, ou encore lorsque l'enfant a été confié selon les cas à l'un ou à l'autre au titre de l'exercice de l'autorité parentale<sup>3</sup>.

En parallèle filigrane, on observera, s'agissant du réfugié, une plus large protection accordée à ses enfants suivant le Principe de « l'unité de la famille du réfugié » - dégagé par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 2 décembre 1995<sup>4</sup> : il implique que la qualité de réfugié soit reconnue ipso facto aux enfants de la même nationalité que celui-ci, qui, à la date de leur entrée en France, étaient mineurs. On signalera encore, dans ce même esprit, que l'enfant placé sous tutelle du réfugié est également bénéficiaire de cette même protection, ainsi que la Commission des Recours des Réfugiés l'a reconnu en 2005<sup>5</sup>.

De manière assez audacieuse, celle-ci a consacré ces mêmes principes également au profit des étrangers bénéficiaires de la protection subsidiaire<sup>6</sup>.

Observons, enfin, que dans un même souci de plus grande protection au titre de l'asile, les enfants et le conjoint du réfugié statutaire ou du bénéficiaire de la protection subsidiaire, lorsqu'ils ne sont pas entrés avec lui en France, ne sont pas soumis à la procédure du regroupement familial pour le rejoindre : à condition que le mariage des parents soit antérieur à l'obtention du statut ou s'il a été célébré depuis au moins un an à la date de la demande de statut, ils bénéficient, en effet, de plein droit, de la carte de résident<sup>7</sup>.

*L'étendue de la protection juridique du fait de la parentalité apparaît encore plus grande lorsqu'elle a un lien de rattachement avec la nationalité française.* Il en est ainsi lorsqu'un français est parent d'enfants étrangers résidant à l'étranger : outre qu'aucune procédure de regroupement familial ne vient subordonner son droit à la réunification familiale, l'âge des enfants bénéficiaires de ce droit d'entrée et d'établissement peut aller jusqu'à 21 ans et même au-delà, s'ils justifient être encore à la charge de leur(s) parent(s) français<sup>8</sup>.

Dans ce même ordre d'idées, on observera qu'un droit d'établissement en France, sous couvert d'une carte de résident d'une durée de validité de 10 ans renouvelable de plein droit, est reconnu *aux étrangers ascendants de français majeurs* à la condition, toutefois, comme dans le cas précédent, qu'ils prouvent être à la charge de ces derniers<sup>9</sup>. Aucun équivalent d'un tel droit n'existe dans l'hypothèse d'étrangers ascendants d'étrangers.



On évoquera également ici, brièvement, le statut traditionnellement protégé de *l'étranger parent d'un enfant français* en tant qu'il bénéficie de plein droit d'un titre de séjour en France, même en cas d'entrée et de séjour irréguliers<sup>10</sup>. Sa paternité à l'égard d'un enfant français lui vaut également une protection contre les mesures d'éloignement du territoire, même si les conditions de cette protection et de ce droit au séjour en France ont été considérablement restreintes par les dernières réformes législatives (voir *infra*).

3. Articles L. 411-1 à L. 411-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

4. CE, ass. 2 déc. 1994, req. N° 112842, Agvepong.

5. CRR, 3 juin 2005, req. N° 511149, Mlle W.

6. CRR, sect. réunies, 27 mai 2005, req. N° 487613, Mme A.

7. Article L. 314-11, 8° et 9° du CESEDA.

8. Article L. 314-11, 2° du CESEDA.

9. Il s'agit le plus souvent, en pratique, de parents vieillissants d'étrangers devenus Français par mariage ou par naturalisation.

10. Sous réserve, toutefois, des conditions restrictives apportées par la loi du 26 novembre 2003 : voir *infra*.

Poursuivons ces brèves réflexions sur la parentalité dans ses liens avec la nationalité française en signalant que le Code civil consacre un droit à cette nationalité au profit de l'enfant étranger adopté de manière simple ou plénière, de même qu'au profit de l'étranger mineur recueilli par un Français - même si les conditions de mise en œuvre de cette disposition ont été, là encore, durcies par la loi du 26 novembre 2003<sup>11</sup>.

11. Article 21-12 du Code civil.

Au-delà de l'ensemble des situations qu'on vient d'évoquer, il importe de signaler que depuis la loi du 11 mai 1998, le Droit des étrangers comporte une disposition générale protectrice de la vie familiale et parentale en termes de droit au séjour et au travail et de non éloignement du territoire. Actuellement transposée dans l'article L. 313, 11, 7° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), elle est directement inspirée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui prohibe, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme, les atteintes disproportionnées au droit au respect de la vie privée et familiale - dont celle des étrangers. Même si, là encore, le contenu actuel de l'article L. 313-11, 7° est rendu beaucoup plus restrictif par les récentes réformes législatives, il demeure néanmoins significatif de la protection juridique de source européenne conférée à la famille et aux liens de parenté, dans des situations où cette protection n'est pas expressément prévue par la loi. Ainsi en est-il par exemple dans le cas de couple non marié ayant des enfants - situation ne relevant pas du regroupement familial. Citons l'article L. 313-11, 7°, en dépit de son style rébarbatif : la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit, sauf si sa présence constitue une menace à l'ordre public « *A l'étranger ne vivant pas en état de polygamie, qui n'entre pas dans les catégories précédentes ou dans celles qui ouvrent droit au regroupement familial, dont les liens personnels et familiaux en France, appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la*

*société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine, sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus... ».*



### **La parentalité suspectée et précarisée**

Les réformes législatives dites « Sarkozy » du 26 novembre 2003 et « Hortefeux » des 24 juillet 2006 et 20 novembre 2007 ont mis en place tout un arsenal de techniques juridiques restreignant sous divers aspects les droits attachés à la parentalité en situation migratoire, précarisant le statut des parents ou des enfants, dotant l'Administration de pouvoirs discrétionnaires à leur égard.

Sans être exhaustif, indiquons que s'agissant du regroupement familial tout d'abord depuis la loi Hortefeux du 20 novembre 2007, il peut être exigé du parent demandeur des ressources supérieures au SMIC (avec un plafond toutefois égal à 1, 2 fois le SMIC) compte tenu du nombre d'enfants ! Par

ailleurs, alors que jusqu'à la loi du 26 novembre 2003, l'ancienne ordonnance du 2 novembre 1945 (article 15, 5°) prévoyait la délivrance de plein droit d'une carte de résident de 10 ans aux enfants mineurs d'un étranger titulaire de la carte de résident, désormais ces mêmes enfants bénéficiaires du regroupement familial n'ont plus accès, à leur majorité, qu'à une carte de séjour temporaire d'une durée de validité d'un an portant la mention « vie privée et familiale ». L'obtention par eux d'une carte de résident n'est plus de plein droit, mais relève du pouvoir discrétionnaire du Préfet à la condition qu'ils justifient avoir séjourné en France au moins 3 ans conformément aux lois et règlements en vigueur.

Observons, cela étant, que, bien avant la réforme du 26 novembre 2003, les textes législatifs prévoyaient que le titre de séjour de l'étranger peut faire l'objet d'un retrait lorsque son titulaire a fait venir ses enfants (ou son conjoint) en dehors de la procédure de regroupement familial<sup>12</sup>. Un tel regroupement de fait expose donc la famille tout entière à l'éloignement du territoire français.

Dans ce même sens on observera que la séparation du couple (ré)unifié peut, dans les 3 années suivant l'admission au séjour du conjoint regroupé, entraîner le retrait ou le refus de renouvellement de son titre de séjour et, par suite, son éloignement du territoire alors même que des enfants sont nés du couple. L'article L. 431-2 du CESEDA ne prévoit une protection contre l'éloignement d'un tel conjoint que s'il est titulaire de la carte de résident de 10 ans – hypothèse de moins en moins fréquente – et s'il établit contribuer effectivement, depuis la naissance, à l'entretien et l'éducation des enfants. Notons que la séparation dont il s'agit n'est pas nécessairement judiciaire ; elle peut être simplement de fait. Dans un tel cas, avec quel parent les enfants résideront ? Le parent éloigné du territoire ? Le parent titulaire du droit de séjourner en France ? Dans tous les cas la séparation du couple est susceptible d'entraîner une séparation transfrontière d'un des parents avec les enfants, ce qui soulève par ailleurs des questions de droit international de la famille, notamment de mise en place d'un droit de visite transfrontière.

Signalons également dans ce chapitre relatif au regroupement familial que la loi de financement de sécurité sociale pour 2006 a introduit dans le Code de la sécurité sociale un article L. 512-2 subordonnant le versement des prestations familiales au titre des enfants étrangers nés hors de France à la condition qu'ils y soient rentrés dans le cadre de la procédure de regroupement familial. Le Conseil constitutionnel n'a pas jugé cette exigence contraire au droit de mener une vie familiale normale<sup>13</sup>.

S'agissant des étrangers parents d'enfants français, mû par une volonté quasi-obsessionnelle de lutter contre les reconnaissances de paternité de complaisance, la loi du 26 novembre 2003 a exigé que l'admission au séjour du parent étranger soit subordonnée à une condition sine qua non - sa contribution effective à l'entretien et l'éducation de l'enfant depuis sa naissance ou depuis au moins un an. Quant à la protection du même parent contre les mesures d'éloignement du territoire, la loi du 24 juillet 2006 en a abaissé le niveau en la soumettant à la même condition de contribution effective à l'entretien et l'éducation de l'enfant : ainsi, sous l'égide du droit en vigueur, un enfant français peut voir son père, par exemple, éloigné du territoire français pour défaut ou insuffisance de contribution à son entretien et à son éducation, peu importe qu'il soit titulaire de l'autorité parentale à son égard et qu'il entretienne des liens réguliers avec lui.

De même, on soulignera que la loi du 26 novembre 2003 (article 2) a privé les parents étrangers d'enfants français du droit à une carte de résident que leur reconnaissait l'ancien article 15, 3° de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée. Désormais, l'article L. 314-9 du CESEDA prévoit une simple faculté pour l'Administration de leur délivrer cette carte lorsqu'ils ont séjourné régulièrement en France depuis au moins deux ans. La dimension économique de la parentalité apparaît ainsi majeure ; une sorte de gage contre les reconnaissances de paternité de complaisance ?

*Enfin on ne saurait ne pas évoquer ici le statut juridique extrêmement précaire des étrangers parents d'enfants soignés en France pour une pathologie grave ne pouvant être traitée dans leur pays d'origine ou de provenance.*

<sup>12</sup>. Art. L. 431-3 du CESEDA

<sup>13</sup>. Cons. Const., décision n° 2005-528 DC, 15 déc. 2005.

L'article L. 311-12 du CESEDA, introduit par la loi du 24 juillet 2006, semble à première vue être une avancée, en reconnaissant expressément un droit de séjour au parent de l'enfant malade. La loi constitue en réalité un recul important par rapport à la jurisprudence administrative en ce domaine. En dehors de la circonstance que ce droit de séjour relève du pouvoir discrétionnaire du Préfet, il est en effet particulièrement précaire puisqu'il prend la forme d'une autorisation provisoire de séjour d'une durée de 6 mois ne permettant pas à son titulaire de travailler, alors même que la loi exige de lui qu'il justifie contribuer effectivement aux besoins de l'enfant : la jurisprudence reconnaissait cependant au parent, dans la même situation, une carte de séjour « vie privée et familiale » d'une durée de validité d'un an autorisant son titulaire à travailler. Surtout, on observera que la loi actuelle, contrairement à la jurisprudence administrative<sup>14</sup>, limite ce droit de séjour à un seul parent : il en découle nombre de situations où l'un des deux parents, pourtant titulaire d'une promesse d'embauche susceptible de lui permettre de subvenir aux besoins de l'enfant, se voit notifier par l'Administration préfectorale une obligation de quitter le territoire français. Le Conseil d'Etat avait pourtant jugé en 2006 que le refus de séjour et l'obligation de quitter le territoire opposée au père qui subvenait aux besoins de l'enfant et qui exerce l'autorité parentale est incompatible avec « l'intérêt de l'enfant » au sens de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant car il aboutit à une séparation du couple<sup>15</sup>.

### La parentalité méconnue ou non reconnue

Enfin le droit des étrangers et la jurisprudence y afférente donne à voir plusieurs situations où la parentalité n'a pas droit de cité en France.

Ainsi en est-il par exemple de nombreux étrangers « sans-papiers », parents d'enfants scolarisés en France depuis plusieurs années : les deux parents peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement forcé dès lors qu'ils peuvent partir avec leurs enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la

convention internationale des droits de l'enfant n'étant pas, en principe, considéré par la jurisprudence administrative comme méconnu en de tels cas ; même si, *de facto*, la mesure d'éloignement frappant les parents entraîne la « déscolarisation » immédiate des enfants. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé légal un arrêté de reconduite à la frontière visant les parents dont trois enfants sont scolarisés en France et dont le quatrième est né en France<sup>16</sup>. On indiquera dans le même sens que, bien que la directive européenne du 22 septembre 2003 sur le droit au regroupement familial<sup>17</sup> prévoit la possibilité d'étendre le regroupement familial aux étrangers ascendants d'étrangers, ce que nombre d'Etats membres de l'Union admettent dans leurs législations, le droit migratoire français continue à ignorer cette forme de parentalité qui concerne, en pratique, des parents vieillissants et leurs enfants majeurs.

En cas de familles polygames, en dehors de la circonstance – compréhensible – que seule une des conjointes de l'étranger résidant en France peut être admise au regroupement familial, relevons que seuls les enfants de cette dernière sont admissibles à ce droit - à l'exclusion des enfants de l'autre conjointe, quel que soit leur âge. La seule exception à cette exclusion est celle où la mère est décédée ou déchue de ses droits parentaux<sup>18</sup>.

A d'autres égards, on évoquera enfin ici une autre forme de parentalité non reconnue en France au titre du rapprochement familial : la « kafala ».

Il s'agit d'une institution usitée dans la plupart des pays de droit musulman, qui consiste en un recueil légal d'un enfant, le plus souvent orphelin ou issu d'une famille pauvre, assorti de l'obligation, sans contrepartie matérielle, de l'élever, de l'entretenir et de l'éduquer jusqu'à sa majorité. La « kafala » transfère également l'autorité parentale au tiers « recueillant », qui devient également tuteur légal. Elle est aujourd'hui, du moins dans les pays du Maghreb, prononcée suivant une décision de justice après enquête sociale ou suivant acte notarié homologué par le tribunal.

14. Voir, par exemple, Conseil d'Etat, 28 juin 2006, Préfet de police, requête N° 263463.

15. Arrêt cité.

16. CE, 10 janvier 2005, req. N° 257137, Préfet de Haute-Saône et CE, 8 juill. 1998, req. N° 165388, Sanches Lopez.

17. Directive du Conseil de l'Union N° 2003/86/CE.

18. Article L. 411-7 du Code des étrangers et du droit d'asile

Non assimilée par le Droit français à une adoption simple car ne créant pas de lien de filiation<sup>19</sup>, cette forme de parentalité n'est dès lors pas reconnue par les autorités françaises comme permettant un rapprochement familial, à l'exception du cas des enfants algériens compte tenu d'une convention bilatérale conclue entre la France et l'Algérie<sup>20</sup>. Les pays de droit musulman prohibant l'adoption (à l'exception notable de la Tunisie), des enfants recueillis au titre de la « kafala » se retrouvent parfois dans des situations ubuesques, notamment lorsque leur « recueillant » se voit accorder le droit de rejoindre son époux en France sans possibilité pour eux de l'y accompagner.

La jurisprudence administrative vient heureusement tempérer la sévérité de la règle en annulant des mesures administratives de refus de regroupement familial ou de refus de visa d'entrée en France lorsqu'elles sont de nature à porter une atteinte disproportionnée au droit des intéressés au respect de leur vie privée et familiale (article 8 de la

Convention européenne des droits de l'Homme), ou encore lorsque lesdites mesures de refus méconnaissent l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention internationale des droits de l'enfant (article 3-1) : tel aurait été le cas pour un enfant confié à sa tante dans le cadre d'une « kafala », alors que son père est décédé et que sa mère, soumise en raison de son âge aux coutumes de la société traditionnelle marocaine, ne pouvait pas ne pas se remarier et ne pouvait le faire sans exposer son enfant à un risque d'exclusion<sup>21</sup>.

Si la parentalité en situation migratoire bénéficie en France d'un socle minimum de droits fondamentaux, le droit positif y afférent, sous-tendu par des objectifs politiques de maîtrise, voire de réduction des flux migratoires relevant des liens familiaux<sup>22</sup>, en trace des contours restreints, excluant, est, dans nombre de cas, précarisant. Assurément, plus que jamais, le couple « parentalité et droit migratoire » n'est pas de cohabitation harmonieuse.

**19.** Cour de cassation, 1ère civ. 10 oct. 2006, n° 06-15.265, n° 1486 FS-P+B+R+I, Ministère public c/ Assanelli.

**20.** Voir le protocole annexé à l'avenant du 22 décembre 1985 à l'Accord franco-algérien du 27 décembre 1968, lequel prévoit, parmi les membres de famille admissibles au regroupement familial « les enfants de moins de dix-huit ans dont le demandeur a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité algérienne ».

**21.** Cour Administrative d'Appel de Lyon, 4e ch., 28 juin 2007, n° 04LY00621.

**22.** Ainsi, le nombre de personnes admises en France au titre du regroupement familial ne cesse de diminuer. De 27 267 en 2002, le nombre total de personnes entrées en France à ce titre était passé à 26 768 en 2003 pour diminuer quasiment de moitié en 3 ans : 25 420 en 2004, 22 978 en 2005, 14 371 en 2006. Les enfants représentent environ la moitié des personnes admises et les épouses plus de 80% des conjoints bénéficiaires.