

Sylvie SAROLEA et Laura MERLA

MIGRANTES OU SÉDENTAIRES : DES FAMILLES ONTOLOGIQUEMENT DIFFÉRENTES ?

Marie et Jean, qui vivent en Belgique, sont à deux les parents de cinq enfants issus de trois unions différentes. Ils étaient, en effet, chacun père et mère deux fois lorsqu'ils se sont rencontrés et ils ont eu ensemble un enfant. Jean n'est pas le père biologique de son aîné, mais l'a reconnu quand il était tout bébé. Les enfants vivent chez eux une semaine sur deux, sauf l'aîné de Marie qui est en pension la semaine et ne vient qu'un week-end sur deux. Jean et Marie accueillent en plus depuis cinq ans Léa, la nièce de Jean dont la sœur est décédée ; le papa travaille dans une ville lointaine. Les grands-parents paternels de Léa l'hébergent un week-end sur deux. Ils se sont arrangés pour que cet hébergement se passe le même week-end que les hébergements des quatre aînés chez leur autre parent respectif. Marie perd son emploi et la famille doit quitter la maison qu'ils louaient. Ils habitent provisoirement pendant six mois dans la maison du père de Léa. De tels parcours de vie sont désormais communs. Personne ne viendrait contester que ces onze personnes (Marie et Jean, leurs cinq enfants, Léa, son père, les grands-parents) ont tissé entre eux des liens familiaux. La société reconnaît ces liens. Le droit aussi puisque les liens avec les beaux-parents et les grands-parents peuvent faire l'objet d'une protection et de décisions juridictionnelles en cas de désaccord. En cas de difficulté, telle la mort d'un parent, les services sociaux et le cas échéant le tribunal de la jeunesse interviennent pour seconder la famille et éviter une séparation de ses membres. Une aide sociale, y compris financière, peut leur être octroyée.

Une famille migrante dans la même situation éprouverait de multiples difficultés à entrer dans le champ des normes applicables. Si Jean avait vécu dans un pays tiers au moment où il a rencontré Marie, il aurait dû solliciter un visa de regroupement familial. La procédure peut durer de longs mois et nécessite la réunion de nombreux documents. Le lien juridique et non biologique de Jean avec son aîné pourrait aujourd'hui faire l'objet de suspicion dans le cadre de la lutte contre les reconnaissances frauduleuses. Un test ADN pourrait être imposé au terme duquel l'obtention du visa serait refusée, exposant Jean à des

procédures longues et complexes de validation de l'acte de reconnaissance dressé à l'étranger. L'obtention d'un titre de séjour pour Léa serait quasiment impossible à défaut de lien juridique et biologique en ligne directe. La perte d'emploi et donc de revenus et d'un logement enregistré à leur nom pourrait entraîner la perte du titre de séjour de Jean et des enfants.

Ce texte vise à démontrer l'existence d'une différence de statut entre les familles migrantes et les familles sédentaires. Il questionne sa justification. Le droit belge est ici un cas d'étude. Les constats posés dépassent cependant les frontières de la Belgique. Ils sont communs à de nombreux pays de l'Union européenne et, plus largement, d'autres pays du Nord. La définition de la famille migrante qui préside à l'examen des demandes de regroupement familial en Belgique découle des normes européennes en droit migratoire et de leur transposition en droit belge¹. Le niveau national reste important en raison de la marge d'appréciation que le droit de l'Union laisse aux États. Les différences entre les régimes harmonisés peuvent être significatives quant à la définition de la famille ou quant aux conditions à respecter. Les principaux textes régissant le regroupement familial sont la directive européenne applicable aux membres de la famille des citoyens européens² et la directive régissant le regroupement familial auprès de ressortissants d'États tiers à l'Union³. Ces deux régimes juridiques sont diffé-

-
1. Plusieurs textes de droit de l'Union régissent le regroupement familial et ont été intégrés dans la loi belge du 135 décembre 1980 relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers. Les dispositions légales applicables varient en fonction du statut de celui que l'on appelle le « regroupant », soit la personne résidant légalement dans un pays de l'Union et souhaitant soit y être rejointe par des membres de la famille vivant à l'étranger, soit obtenir un titre de séjour par un nouveau membre de sa famille qui résidait déjà dans l'Union de manière précaire ou sous un autre statut. Cf. CARLIER Jean-Yves et SAROLEA Sylvie, *Précis de droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 431 et suiv.
 2. Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens européens et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.
 3. Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial. Une directive est un texte imposant aux États un objectif à atteindre en fixant des règles minimales. Elle ne remplace pas les lois nationales qui peuvent présenter des différences d'un pays à l'autre. Les « citoyens » sont les nationaux d'un pays de l'Union résidant dans un autre État de l'Union – par exemple un Portugais vivant en France – ainsi que les nationaux d'un État de l'Union qui rentrent dans l'État de leur nationalité après avoir séjourné de manière significative dans un autre État européen – un Belge qui revient en Belgique après avoir travaillé en Allemagne. En revanche, le national sédentaire qui sollicite le regroupement familial pour les membres de sa famille qui sont de nationalité étrangère et installés en dehors du territoire de l'Union est traité comme un ressortissant d'État tiers. Le régime applicable à la famille du ressortissant d'un État tiers ou d'un national sédentaire est bien plus strict que celui qui s'applique aux « citoyens », tant du point de vue de la définition de la famille que des conditions matérielles et procédurales qui y sont appliquées. La « discrimination à rebours* » qui touche particulièrement les nationaux sédentaires – souvent dénoncée – a été corrigée dans certains États membres, dont la Belgique. Cette dernière est toutefois revenue sur cette correction lors de la dernière réforme majeure du droit interne en 2011.

rents, le premier étant plus favorable. Dans le cadre de cette contribution, nous avons fait le choix de nous centrer sur le second.

Notre analyse porte spécifiquement sur trois éléments de ce régime légal : la définition de la famille qui est essentiellement nucléaire et fondée sur des liens de sang, les conditions socio-économiques imposées et l'exigence de continuité et de stabilité de la vie familiale. Après avoir examiné ces conditions et la définition de la famille qui s'en dégage, ainsi que les difficultés que celle-ci crée pour le chef des **regroupants*** et de leurs proches, nous mettrons en exergue le décalage qui existe aujourd'hui en Belgique entre cette vision normative très restrictive de la famille migrante et les transformations de la famille contemporaine, documentées de longue date par les sociologues⁴. Ces évolutions ont trouvé écho dans le droit qui régit la famille sédentaire. La famille sédentaire ou sédentarisée est celle dont la migration est terminée, en ce que leur situation de séjour est sans difficulté. Elle est soit composée de nationaux, soit d'étrangers dont le passage d'un pays à un autre est terminé sur le plan administratif. Leur droit de séjour est sécurisé. Le droit applicable à la famille sédentaire s'est adapté tant au caractère indéfini de la famille qu'à ses limites incertaines et évolutives. Le droit positif a progressivement reconnu, intégré et protégé ces évolutions, notamment en reconnaissant la **parenté sociale*** ou les relations grands-parents-descendants.

Dans cette contribution, nous nous centrons, en croisant les regards du droit et de la sociologie, sur le traitement que le droit belge et le droit européen réservent à la famille migrante, et qui est largement en inadéquation avec les évolutions contemporaines de la famille telles qu'elles sont reconnues actuellement en Belgique dans le cadre des familles « sédentaires ». Ce travail s'inscrit dans le cadre du projet LIMA, *Personal Aspirations and Processes of Adaptation: How the Legal framework Impacts on Migrants' Agency*⁵ qui a pour objectif d'examiner la corrélation existante entre, d'une part, les cadres juridiques belge et européen et, d'autre part, l'*agency* des ressortissants de pays tiers. Il s'agit, donc, d'étudier dans quelle mesure les trajectoires migratoires de ces personnes, que ce soit sur le plan professionnel ou familial, sont impactées par le cadre normatif existant et la manière dont celui-ci permet aux migrants de mener leur vie et de faire des choix en fonction de leurs aspirations. Le projet combine l'examen des régimes juridiques belge et européen, l'analyse de bases de données existantes et des entretiens semi-directifs avec des migrants congolais, indiens et américains en Belgique.

4. Cf. THÉRY Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Paris, Odile Jacob, 1998.

5. Ce projet est financé par la Fédération Wallonie-Bruxelles au travers d'une Action de recherche concertée, dirigé par Sylvie Sarolea (coordinatrice, Équipe droits européens et migrations – EDEM, UCLouvain), Jacques Marquet et Laura Merla (Centre interdisciplinaire de recherche sur les familles et les sexualités – CIRFASE, UCLouvain) et Bruno Schoumaker (Centre de recherche en démographie – DEMO, UCLouvain).

Le cœur de cette contribution est consacré à la définition des contours de la famille migrante tels qu'ils sont dessinés par les règles régissant le regroupement familial demandé en Belgique par un ressortissant de pays tiers ou par un national sédentaire, et ce à partir de l'examen de trois conditions qui sont imposées aux requérants, à savoir : faire partie d'une famille nucléaire fondée sur des liens biologiques, disposer de ressources matérielles et financières suffisantes et faire état d'une continuité des liens au travers du temps. Nous discutons ensuite ces conditions au regard des évolutions de la famille contemporaine en Europe, et plus spécifiquement en Belgique, en abordant en particulier la question de la filiation, pour mettre ensuite en exergue la non-reconnaissance par le droit migratoire de la réalité des dynamiques familiales mises en avant par la littérature sur les familles transnationales.

UNE FAMILLE MIGRANTE BIOLOGIQUE ET NUCLÉAIRE

Le cadre juridique est brièvement exposé. Suit un éventail de difficultés auxquelles les normes confrontent les familles.

Droit de l'Union

La famille autorisée à se regrouper est essentiellement la famille nucléaire composée du conjoint et des enfants mineurs du regroupant ou du regroupé⁶, le mariage pouvant être antérieur ou postérieur à l'installation du regroupant dans son pays de résidence⁷. Notons que la directive ne précise pas si le regroupement familial est réservé aux couples hétérosexuels⁸.

6. Directive 2003/86/CE, « regroupement familial », art. 4.

7. Dans l'affaire *Hode et Abdi*, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) condamne le Royaume-Uni pour violation des articles 8 (droit au respect de la vie familiale) et 14 (interdiction des discriminations) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) combinés dès lors que la législation traitait de manière plus stricte les conjoints de réfugiés reconnus, mariés après la fuite du pays que ceux qui étaient déjà mariés avant ou que ceux des étudiants et des travailleurs. Certains groupes de migrants peuvent être favorisés, mais il n'existe pas de motif justifiant la position désavantageuse des réfugiés (pt 53). Selon cette jurisprudence, le moment auquel l'union conjugale intervient, avant ou après la migration, serait indifférent, à tout le moins pour les réfugiés comme elle l'est pour les membres de la famille du citoyen européen (Cour EDH, 6 novembre 2012, *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*).

8. La Cour EDH, dans l'affaire *Pajic c. Croatie* (23 février 2016) a condamné la Croatie pour violation des articles 8 et 14 combinés. L'affaire concerne une ressortissante de Bosnie-Herzégovine qui est en couple de manière stable avec une femme résidant en Croatie et qui se plaint d'avoir subi une discrimination fondée sur son orientation sexuelle lorsqu'elle a sollicité un permis de séjour dans ce pays. La Cour relève que, ces dernières années, un nombre considérable d'États membres du Conseil de l'Europe ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels. Compte tenu de cette évolution, il serait artificiel de soutenir que, contrairement à un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne peut avoir de « vie familiale ».

Les États membres peuvent étendre la famille aux ascendants en ligne directe à charge et privés du soutien familial nécessaire dans le pays d'origine ainsi qu'aux enfants majeurs célibataires du regroupant ou de son conjoint qui sont objectivement dans l'incapacité de subvenir à leurs propres besoins en raison de leur état de santé. Des conditions d'âge peuvent également être imposées. En ce qui concerne le couple, il peut être exigé que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal, qui ne peut être inférieur à 21 ans, avant que le regroupement ne puisse être octroyé. Quant aux descendants, les États peuvent exiger que le regroupement familial soit sollicité avant qu'ils n'aient atteint l'âge de 15 ans. De même, les États peuvent imposer à l'enfant de plus de 12 ans qui arrive séparément de satisfaire à des conditions d'intégration.

Droit belge

En droit belge, le couple intègre tant les relations homosexuelles qu'hétérosexuelles, fondées sur le mariage ou non⁹. Les conjoints ou partenaires doivent être tous deux âgés de plus de 21 ans, et cet âge minimum est ramené à 18 ans lorsque le mariage ou le partenariat préexiste à l'arrivée de l'étranger rejoint en Belgique. Du côté du couple, le regroupement familial bénéficie au conjoint marié ou au partenaire s'il s'agit d'un partenariat enregistré, considéré comme équivalent à un mariage en Belgique. La notion de « partenaire équivalent au conjoint » est cependant plus complexe. Les hypothèses incluses sont listées de manière exhaustive et comprennent les partenariats de droit danois, allemand, finlandais, islandais, norvégien, britannique et suédois¹⁰ qui créent un lien équivalent au mariage. Les autres cohabitants peuvent aussi jouir du regroupement familial, mais ils sont soumis à des conditions supplémentaires. Ils doivent être non mariés, vivre ensemble, être tous deux célibataires et ne pas entretenir de relation durable avec un tiers. Ils doivent surtout démontrer une relation durable et stable dûment établie. Cette preuve peut être rapportée par divers moyens : soit les partenaires ont cohabité en Belgique ou dans un autre pays de manière légale et ininterrompue pendant au moins un an avant la demande ; soit ils se connaissent depuis au moins un an et fournissent la preuve qu'ils ont entretenu des contacts réguliers par téléphone, par courrier ordinaire ou électronique, qu'ils se sont rencontrés trois fois avant l'introduction de la demande et que ces rencontres comportent au total quarante-cinq jours ou davantage ; soit ils ont un enfant commun.

9. Loi du 15 décembre 1980, art. 10, § 1^{er}, 4^o, 1^{er} tiret.

10. Art. 12 de l'arrêté royal du 17 mai 2007 fixant les modalités d'exécution de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980.

La loi belge dispose expressément qu'il est dûment tenu compte de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'examen de la demande de regroupement familial¹¹. Les enfants mineurs doivent être célibataires et sont soumis à l'obligation de cohabitation. Si les enfants concernés sont nés d'une précédente union/relation, le regroupant ou son conjoint ou partenaire doivent avoir la charge de leurs enfants non communs et disposer de l'autorité parentale. En cas d'autorité parentale commune (qui est la règle en Belgique), l'autre parent doit avoir donné son accord. La loi n'opère pas ici de distinction entre la filiation biologique et la filiation adoptive qui produisent les mêmes effets en droit belge.

Le droit belge a utilisé la possibilité d'ouvrir le droit au regroupement familial aux descendants majeurs à charge et dépendants. Est visé l'enfant majeur handicapé du regroupant ou de son conjoint ou partenaire de droit ou de fait¹². Il s'agit de l'un des deux seuls cas de reconnaissance du droit de séjour sur la base du regroupement familial en faveur du descendant majeur. Un autre élargissement vise les ascendants du mineur réfugié. Le père et la mère de l'étranger mineur reconnu réfugié ou bénéficiaire de la **protection subsidiaire*** sont visés¹³, l'objectif spécifique étant la protection du mineur étranger non accompagné (MENA) arrivé seul en Belgique et ensuite reconnu réfugié ou bénéficiaire de la protection subsidiaire. Pour que ce mineur puisse être rejoint par son père et sa mère, il doit être âgé de moins de 18 ans et être lui-même entré dans le royaume sans être accompagné d'un étranger majeur responsable de lui en vertu de la loi.

Il faut encore mentionner une règle spécifique lorsque le regroupant est un Belge. Les membres de la famille du Belge sont soumis à un régime intermédiaire se situant entre celui des membres de la famille du citoyen européen auxquels ils étaient antérieurement assimilés, et les membres de la famille du ressortissant d'État tiers. La famille du Belge est à la fois plus large que celle du regroupant ressortissant d'un État tiers et plus restreinte que la famille du citoyen européen. Par rapport au premier, on y ajoute le parent du mineur belge même s'il n'est pas sous protection internationale et le descendant âgé de plus de 18 ans puisque

11. Loi du 15 décembre 1980, art. 10 *ter*, § 2, dernier al., et 12 *bis*, § 7. S'agissant de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour constitutionnelle chargée d'analyser la conformité de la réforme de 2011 à la Constitution et aux droits fondamentaux a annulé ses dispositions restrictives relatives aux enfants issus d'une union polygame. L'enfant que le mari polygame avait eu avec l'épouse non autorisée au séjour en Belgique était exclu du droit subjectif au regroupement familial. Il pouvait uniquement demander un séjour humanitaire pour lequel le ministre jouit d'un pouvoir discrétionnaire. La Cour constitutionnelle a considéré que « l'octroi d'un droit de séjour sur cette base dépend d'une décision discrétionnaire du ministre et ne saurait compenser l'exclusion des enfants concernés du droit, accordé à tous les autres enfants, au regroupement familial avec leurs parents ou l'un d'eux » (B.23). Elle a jugé cette disposition contraire au principe d'égalité entre les enfants, considérant que la sévérité manifestée à l'encontre des parents polygames ne peut rejaillir sur les enfants, dès lors que le regroupement familial n'est pas un effet du mariage de leurs parents, mais bien un effet du lien de filiation (B.21) (C.C., 26 juin 2008, n° 95/2008).

12. Loi du 15 décembre 1980, art. 10, § 1^{er}, 6°.

13. *Ibid.*, 7°.

le descendant est pris en compte jusqu'à l'âge de 21 ans ou même au-delà s'il est à charge. En revanche, contrairement à la famille du regroupant citoyen de l'Union, le Belge majeur n'ouvre pas le droit au regroupement pour un ascendant, fût-il à charge¹⁴.

TROIS ILLUSTRATIONS DES DIFFICULTÉS AUXQUELLES CE RÉGIME CONFRONTE LES FAMILLES

Difficultés liées à la nature des liens admissibles

Pour espérer jouir du droit à vivre ensemble ou de ne pas être séparé, la famille migrante doit être restreinte et classique dans sa composition. Une telle conception est très éloignée de la réalité vécue par de nombreuses familles migrantes. En effet, pour des motifs culturels ou tout simplement liés à l'exil et à ses causes, la famille migrante est composée de collatéraux, d'enfants recueillis, de neveux et nièces orphelins. Sans généraliser, elle transporte avec elle un modèle culturel où la cellule familiale est à la fois plus large et plus souple que la famille « occidentale ». Alors que les causes ou les routes de l'exil l'ont dispersée et l'ont conduite à reconstruire d'autres formes de liens, il est exigé d'elle qu'elle soit un modèle simple et triangulaire : papa, maman et enfants mineurs. La condition de minorité des enfants et l'impossibilité d'accueillir les enfants majeurs à charge auprès du regroupant d'État tiers sont particulièrement difficiles pour des jeunes dont l'insécurité, la guerre, les difficultés économiques, l'absence des parents ont pu ralentir la scolarité.

Ces difficultés affectent tout particulièrement les enfants orphelins, abandonnés ou dont les parents ont disparu et ne peuvent pas être localisés. De telles situations sont fréquentes dans les pays en guerre ou lorsque les familles ont été séparées sur la route de l'exil ou une fois arrivées dans le ou les pays convoités. La confrontation aux difficultés administratives conduit parfois les parents à confier l'enfant à un tiers, membre de la famille, de la communauté ou non, qui est, lui, en règle en matière de droit au séjour. Dans le meilleur des cas, une tutelle civile ou un placement peuvent être mis en œuvre. Cela ne permet toutefois pas le regroupement familial. Le mineur doit alors être réorienté vers la procédure relative aux mineurs étrangers non accompagnés, même s'il continue à vivre au sein de sa famille de substitution. Il ne peut cependant pas y être intégré légalement par le regroupement familial. Il ne pourra demeurer dans sa famille de substitution que si les autorités administratives estiment qu'il s'agit pour lui de la « solution durable ».

La jurisprudence relative à la *kafala* illustre bien cette réalité. Traditionnellement, le droit familial des pays musulmans n'autorise pas

14. C.C., 26 septembre 2013, n° 121/2013. La Cour accepte cette différence de traitement entre le Belge et le citoyen européen.

l'adoption*. Ces pays connaissent une institution similaire, la *kafala* ou recueil légal. Il s'agit d'une forme de tutelle ou de délégation d'autorité parentale qui cesse à la majorité de l'enfant. L'institution la plus proche dans les droits européens est la tutelle. Par exemple, le droit belge connaît la tutelle officielle¹⁵. En droit marocain, la *kafala* est « l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant¹⁶ ». Elle ne crée pas de lien de filiation et ne confère pas de droit de succession. La personne assurant la *kafala* est « chargée de l'exécution des obligations relatives à l'entretien, à la garde et à la protection de l'enfant pris en charge et veille à ce qu'il soit élevé dans une ambiance saine, tout en subvenant à ses besoins essentiels jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la majorité légale, conformément aux dispositions légales prévues dans le Code du statut personnel relatives à la garde et à l'entretien des enfants¹⁷ ». La *kafala* figure parmi les institutions visées par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. L'article 20 garantit à « 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 [...] une protection et une aide spéciales de l'État¹⁸ ». L'alinéa 3 précise que « cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la *kafala* 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 linguistique¹⁹ ».

La *kafala* n'est pas visée par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Elle l'est cependant par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Cette dernière contient des règles déterminant la compétence internationale, le droit applicable et fixant les conditions de la reconnaissance des décisions rendues dans un État étranger. L'article 3, e), vise expressément la *kafala*. La Convention organise la coopération entre les États membres, notamment en cas de placement transfrontière, par exemple dans le cadre d'une *kafala*.

15. Code civil, art. 475 bis et suiv. : « Lorsqu'une personne âgée d'au moins 25 ans s'engage à entretenir un enfant mineur non émancipé, à l'élever et à le mettre en état de gagner sa vie, elle peut devenir son tuteur officieux, moyennant l'accord de ceux dont le consentement est requis pour l'adoption des mineurs. »

16. La *kafala* est régie par un *Dahir* n° 1-02-172 du 1 *rabii* II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés. Il abroge et remplace le *Dahir* du 10 septembre 1993 relatif à la *kafala*.

17. *Ibid.*

18. Convention internationale aux droits de l'enfant. Adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989. Entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

19. *Ibid.*

La *kafala* ne crée pas de liens de filiation et n'ouvre dès lors pas le droit au regroupement familial. La directive européenne ne l'envisage pas. Certains États européens, comme la France, l'ont intégrée parmi les liens familiaux pris en compte dans le cadre du regroupement familial, mais ce n'est pas le cas de la Belgique. Il s'ensuit qu'en Belgique, dans une telle hypothèse, les familles doivent introduire une demande dite humanitaire. Le ministre dispose alors d'un pouvoir discrétionnaire. Cette possibilité est utilisée par les collatéraux, par les ascendants présentant un lien de dépendance particulier en raison de leur âge ou de leur état de santé, mais qui disposent de ressources suffisantes, et par des enfants accueillis dans le cadre d'une tutelle ou d'une *kafala*. Elle n'offre cependant aucune garantie de succès et la procédure ne prévoit aucun délai de réponse. Dans les faits, de telles procédures peuvent durer plus de six mois ou d'un an et le taux de réussite, qui est extrêmement faible²⁰, est souvent fonction des capacités financières du regroupant. Certes, le juge contrôle les décisions de l'administration, mais ce contrôle s'exerce *a posteriori*, au terme de longs mois, et sa compétence se limite à pouvoir annuler une décision mal motivée sans pouvoir y substituer une autre décision, de sorte que l'administration conserve un pouvoir quasiment souverain.

Deux arrêts ont été prononcés par la Cour EDH, l'un contre la France, l'autre contre la Belgique. Le premier, l'affaire *Harroudj*²¹, se prononce quant à la possibilité pour la requérante qui a recueilli une jeune fille dans le cadre d'une *kafala* d'ensuite l'adopter. Le second, l'arrêt *Chbihi c. Belgique*²² pose exactement la même question dans un contexte juridique et factuel différent puisque le droit belge ne garantit pas un droit de séjour automatique aux enfants recueillis dans le cadre d'une *kafala*. Dans ces deux arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme juge que l'impossibilité de convertir une *kafala* en adoption ne viole pas l'article 8, tout en soulignant que le droit au respect de la vie familiale est suffisamment protégé par le droit de séjour octroyé et la possibilité *de facto* de mener une vie familiale. Dans la première affaire, si la France n'autorise pas davantage l'adoption, elle octroie un titre de séjour sur la base du regroupement familial et facilite l'accès à la nationalité. Dans la seconde affaire, si le droit belge ne reconnaît pas le regroupement familial dans cette hypothèse et n'admet pas l'adoption, la jeune fille a pu obtenir un titre de séjour illimité, après plusieurs titres de séjour limités, et n'est demeurée que quelques mois en situation irrégulière.

Une jurisprudence récente du Comité des droits de l'enfant adopte une approche différente. Par une communication du 27 septembre 2018²³, le

20. Office des étrangers, *Statistiques mensuelles sur les demandes d'autorisation de séjour exceptionnel*, Bruxelles, 2017, [https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/FR/Documents/Statistiques/Stat_M_SRH_Fr_201711.pdf], consulté le 7 mai 2018.

21. Cour EDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*.

22. Cour EDH, 16 décembre 2014, *Chbihi c. Belgique*.

23. Comité des droits de l'enfant, *Y.B. et N.S. c. Belgique*, CRC/C/79/DR/12/2017.

Comité a estimé que si l'article 10 de la Convention n'oblige pas à reconnaître de manière générale le droit de réunification familiale aux enfants pris en charge en régime de *kafala*, l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant doivent intégrer les liens *de facto* existants. Le Comité rappelle que « le terme "famille" doit s'interpréter au sens large en englobant les **parents biologiques*** et les parents adoptifs ou les parents nourriciers, ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale²⁴ (art. 5) ». Le Comité a conclu que :

« Tenant compte du fait que les liens familiaux établis *de facto* dans le cas d'espèce n'ont pas été pris en considération, et du fait que le laps de temps écoulé dès la présentation de la demande de visa par les auteurs a dépassé les 7 ans [...] l'État partie n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe de traiter la demande des auteurs, qui équivaut à une demande de réunification familiale, dans un esprit positif, avec humanité et diligence, en veillant à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs et les membres de leur famille²⁵. »

Difficultés liées à la preuve de la dépendance

La directive 2003/86/CE relative au regroupement familial de ressortissants de pays tiers laisse aux États le soin de décider s'ils incluent ou non des descendants majeurs et les ascendants parmi les regroupés. Comme nous l'avons souligné plus haut, la Belgique l'a fait pour l'enfant handicapé majeur et le descendant âgé de plus de 21 ans, si le regroupant est Belge. Au sein des familles migrantes, il peut en effet arriver que les descendants majeurs restent autant dépendants de leurs parents que les mineurs, notamment lorsque la scolarité est retardée par le parcours migratoire.

Lorsque le descendant majeur est pris en compte, la preuve du lien de dépendance est difficile à rapporter, puisque la condition d'être « à charge » est double, en ceci qu'elle porte à la fois sur le regroupant et sur le regroupé. Il faut, d'une part, que le regroupant subvienne aux besoins du regroupé et en ait la capacité. Il faut, d'autre part, que le regroupé démontre qu'il était à charge dans son pays d'origine à défaut pour lui d'y disposer d'autres ressources. Cette situation de dépendance doit préexister au regroupement dans le pays d'accueil. Mais même lorsqu'elle existe, cette dépendance antérieure à l'arrivée peut être extrêmement difficile à démontrer. Le critère retenu ici est principalement de l'ordre d'une dépendance financière (envoi de fonds), mais, au-delà du fait que ce critère restrictif ne rend pas justice à la variété des types de soutien que les parents fournissent à distance à leurs enfants, il est courant au sein de certains

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*

groupes que les parents opèrent des transferts financiers de manière informelle pour éviter les frais ou fassent transiter les fonds par d'autres membres de la famille qui s'occuperont ensuite de les redistribuer aux enfants et/ou à ceux qui s'occupent d'eux au quotidien²⁶.

Difficultés liées à la preuve des liens familiaux

Les exigences en matière de preuve s'ajoutent aux contraintes liées à la définition étroite de la famille. Elles les accroissent puisqu'en exigeant, comme on le verra, bien souvent une preuve biologique, la **possession d'état*** est exclue. Le recours de plus en plus fréquent aux tests ADN signifie que la réalité sociale et affective doit plus que de coutume être strictement conforme à la réalité biologique. Le lien familial est prouvé par des actes de l'état civil ou par des jugements établis en Belgique ou à l'étranger. S'ils ne sont pas établis en Belgique, ces documents doivent être reconnus en Belgique selon les règles du **droit international privé***. Le cas échéant, ils doivent faire l'objet d'une **légalisation***, être revêtus d'une **apostille*** et être traduits. Les procédures de légalisation sont extrêmement longues et très coûteuses. Elles peuvent prendre plusieurs mois, obliger les membres de la famille à se rendre à des centaines voire des milliers de kilomètres lorsqu'il n'y a pas de consulat belge dans leur pays de résidence (par exemple, Moscou pour Bichkek et Addis-Abeba pour Mogadiscio). Un régime plus souple est prévu pour les membres de la famille du réfugié ou du bénéficiaire de la protection subsidiaire dont les liens de parenté ou d'alliance sont antérieurs à l'entrée de celui-ci en Belgique. D'une part, des documents d'état civil leur sont délivrés par les autorités d'asile. D'autre part, l'absence de document ne peut être le seul motif de refus du regroupement²⁷.

Dans l'affaire *Mugenzi* qui concernait le regroupement familial auprès d'un père reconnu réfugié, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'outre l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit guider toute procédure de regroupement familial, il y a lieu de prendre en compte la situation particulière des demandeurs d'asile et l'obligation de traiter leurs demandes « rapidement, attentivement, et avec une diligence particulière, eu égard aux événements qui ont perturbé et

26. Cf. BONIZZONI Paola et BOCCAGNI Paola, « Care (and) Circulation Revisited: a Conceptual Map of Diversity in Transnational Parenting », in BALDASSAR Loretta et MERLA Laura (dir.), *Transnational families, migration and the circulation of care: understanding mobility and absence in family life*, Londres/New York, Routledge, 2014, p. 78-93 ; CARLING Jørgen, MENJÍVAR Cecilia et SCHMALZBAUER Leah, « Central Themes in the Study of Transnational Parenthood », *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 38, n° 2, 2012, p. 191-217.

27. Art. 11 LE : « Dans le cas des membres de la famille d'un réfugié reconnu ou d'un étranger bénéficiant de la protection subsidiaire dont les liens de parenté ou d'alliance sont antérieurs à l'entrée de celui-ci dans le royaume, la décision [de refus] ne peut pas être fondée uniquement sur le défaut de documents officiels prouvant le lien de parenté ou d'alliance conformes à l'article 30 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé ou aux conventions internationales portant sur la même matière. »

désorganisé la vie familiale du requérant et ont conduit à lui reconnaître le statut de réfugié²⁸ ». La Cour rappelle que l'unité de la famille est un droit essentiel du réfugié et que le regroupement familial est un élément fondamental pour permettre à des personnes qui ont fui des persécutions de reprendre une vie normale. La nécessité pour les réfugiés de bénéficier d'une procédure de regroupement familial plus favorable que celle réservée aux autres étrangers fait l'objet d'un consensus à l'échelle internationale et européenne. En particulier, s'agissant des moyens de preuve, les autorités nationales sont incitées à prendre en considération « d'autres preuves » de l'existence des liens familiaux si le réfugié n'est pas en mesure de fournir des pièces justificatives officielles. Pourtant, le requérant avait déclaré ses enfants dès sa demande d'asile, sans faire l'objet de contestation. La Cour juge qu'il a été confronté à une accumulation de difficultés dans le temps, et ce, après avoir vécu des expériences traumatiques. Enfin, il aura fallu presque cinq ans pour que M. Mugenzi soit fixé sur le sort réservé à ses demandes, des délais excessifs selon la Cour compte tenu de la situation particulière du requérant et de l'enjeu de la procédure.

Outre la souplesse imposée quant aux membres de la famille du réfugié, la loi belge réserve au ministre un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la nécessité de recourir à d'autres modes de preuve que la délivrance de documents officiels²⁹. La jurisprudence estime cependant que la possibilité de procéder à des enquêtes en lieu et place d'un acte de l'état civil ne s'impose pas à l'État belge. Il ne s'agit que d'une possibilité lorsqu'aucun document officiel ne peut être produit³⁰. Par contre, lorsque l'administration entend remettre en cause l'authenticité d'un acte de naissance, elle doit solliciter d'autres preuves³¹. Celles-ci peuvent également prendre la forme d'entretiens, d'enquêtes, de tests ADN. Ces questions sont précisées par voie de circulaire et débattues en doctrine et en jurisprudence. La question principale est de voir dans quelle mesure la « vérité » légale doit nécessairement correspondre à la « vérité » biologique, de sorte qu'un test ADN pourrait remettre en question une filiation établie par acte authentique³².

28. Cour EDH, 10 juillet 2014, *Mugenzi c. France*, pt 52; voir aussi Cour EDH, 10 juillet 2014, *Tanda-Muzinga*.

29. Loi du 15 décembre 1980, art. 12 bis; arrêté royal du 8 octobre 1981, art. 44.

30. Conseil du contentieux des étrangers (CCE), 20 janvier 2011, n° 54.612.

31. CCE, 24 octobre 2013, n° 112.748.

32. Voir la circulaire du 17 juin 2009 portant certaines précisions ainsi que des dispositions modificatives et abrogatoires en matière de regroupement familial (*Moniteur Belge*, 2 juillet 2009, p. 45382) et CE, 10 mars 2006, n° 156.186, *Revue des droits des étrangers*, 2006, p. 34 (l'acte de naissance de l'enfant a été remis en question par un test ADN). En doctrine, cf. ENGLERT Hélène et LEGROS Thomas, « Le recours aux tests ADN pratiqués dans le cadre des procédures de regroupement familial », *Revue des droits des étrangers*, n° 147, 2008, p. 3 et le numéro spécial de la *Revue des droits des étrangers*, n° 160, 2010 : HAYOIS Amélie, « Aperçu des difficultés rencontrées en pratique », p. 480-483; BLANMAILLAND France, « Les tests ADN et le regroupement familial en Belgique », p. 461-468 et LEJEUNE Julie, « Le recours aux tests ADN à l'épreuve des droits fondamentaux », p. 477-479.

Les exigences légales et leur application aboutissent à ce que deux exigences fortes soient posées en matière de filiation dans un dossier qui est également un dossier d'immigration, c'est-à-dire un dossier où le séjour de l'un des parents ou de l'enfant est fonction de l'établissement du lien. Il est à la fois exigé que le lien corrèle avec le lien biologique, mais aussi qu'il se double d'un lien socio-affectif.

La corrélation avec le lien biologique est la conséquence directe du recours très fréquent – et quasi généralisé vis-à-vis de certains pays – au test ADN. Ces tests aboutissent à des situations dramatiques où un parent légal dans le pays d'origine ayant élevé un enfant est privé du droit d'être rejoint par cet enfant parce que le test révèle qu'il n'est pas son parent biologique. Deux cas de figure se présentent à cet égard. D'une part, l'auteur était informé et avait soit reconnu l'enfant d'une épouse ou compagne, soit une femme qui n'est pas la mère a été inscrite sur l'acte de naissance. Cela arrive dans certains pays (comme la Guinée, le Cameroun et de manière générale en Afrique subsaharienne) lorsque la mère meurt en accouchant, ou en tout cas avant que l'acte de naissance ne soit dressé, ou abandonne l'enfant. L'acte de naissance est alors établi au nom de la femme qui va prendre en charge l'enfant. Il s'agit parfois d'une sœur de la défunte ou d'une femme qui a recueilli l'enfant. D'autre part, il arrive qu'un homme apprenne qu'il n'est pas le père biologique d'un enfant au travers de ces tests. Lorsqu'il n'y a pas corrélation, le regroupement familial est refusé alors même que l'authenticité de l'acte de naissance n'est pas remise en cause. Il est alors possible de demander au tribunal de première instance de reconnaître l'acte. Lorsqu'il est possible de prouver l'existence d'un lien réel entre l'enfant et le parent inscrit sur l'acte, il arrive alors que les tribunaux le reconnaissent. De telles procédures sont toutefois longues et leur réussite est fonction de la qualité des preuves pouvant être apportées, alors que la situation administrative et sécuritaire dans certains pays rend pourtant le recueil de ces preuves très laborieux.

D'un autre côté, même lorsqu'il y a vérité biologique, une législation récemment adoptée met plutôt l'accent sur la réalité socio-affective. La nouvelle loi permet en effet aux officiers de l'état civil de suspendre pour avis au Parquet, voire de refuser d'acter des reconnaissances de paternité dont on estime qu'elles ont été voulues pour faciliter l'accès au séjour. Il s'agit d'étendre le dispositif applicable en matière de cohabitation légale et de mariage à la reconnaissance d'enfant : la loi incrimine les reconnaissances frauduleuses au même titre que les mariages et les cohabitations de complaisance. Une reconnaissance est considérée comme frauduleuse lorsqu'« il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'auteur de la reconnaissance vise manifestement uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour lié à l'établissement d'un lien de filiation, pour lui-même, pour l'enfant ou pour la personne qui doit donner son consentement préalable à la reconnaissance³³ ». Le Parquet peut également

33. Art. 330/1 Code civil belge, modifié par la loi du 19 septembre 2019.

poursuivre l'annulation d'une telle reconnaissance, et des peines de prison et amendes peuvent être imposées. L'officier de l'état civil peut surseoir à acter une reconnaissance et le cas échéant refuser de l'acter. La durée potentielle requise pour qu'un homme puisse reconnaître un enfant est ainsi portée à huit mois, et ce sans compter le temps nécessaire au rassemblement des documents requis.

Les travaux préparatoires indiquent que les auteurs du projet n'ont pas comme intention de sanctionner d'emblée les pères socio-affectifs. La nouvelle réglementation a plutôt pour objet de sanctionner les conceptions d'enfants faites dans le seul but d'obtenir un avantage en matière de séjour. Ainsi, un homme peut se voir refuser la reconnaissance de son enfant alors que pourtant, le lien repose sur une réalité biologique. Le Conseil d'État a dénoncé cette possibilité de refuser la reconnaissance au père biologique, considérant qu'elle entrave « le droit de chaque enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux dans la mesure du possible³⁴ » et qu'elle « porte atteinte de manière disproportionnée à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant ainsi qu'à son droit à la protection de la vie privée et familiale³⁵ ». Il a indiqué que :

« Le seul souci de lutter contre l'obtention d'un avantage indu en matière de séjour sur le territoire belge ne peut, en soi, abstraction faite de toute considération fondée sur l'intérêt de l'enfant, justifier qu'il soit fait obstacle à l'établissement d'une filiation correspondant à la filiation biologique³⁶. »

Le Conseil d'État a critiqué le fait que l'officier de l'état civil n'est pas tenu d'examiner l'intérêt de l'enfant lorsqu'il refuse la reconnaissance de paternité. Pourtant, les engagements internationaux de la Belgique le lui imposent, de même que la Constitution belge. Or, il pourrait y avoir un intérêt pour l'enfant et l'établissement d'une reconnaissance même présumée frauduleuse lorsque l'auteur de la reconnaissance est son père biologique. On comprend toutefois qu'il ne s'agit pas ici de permettre à des personnes qui n'ont pas de lien biologique avec un enfant, mais peuvent faire état de l'établissement de liens socio-affectifs forts, de bénéficier du regroupement familial, mais plutôt d'ajouter à la condition biologique une condition socio-affective.

UNE FAMILLE « MIGRANTE » AISÉE ET BIEN LOGÉE

Le regroupant doit, sauf dérogations, prouver qu'il dispose d'un logement suffisant, de ressources stables, régulières et suffisantes et d'une couverture des soins de santé.

La directive portant sur le regroupement familial énonce en son article 7 que les États peuvent imposer au regroupant qu'il prouve qu'il dispose d'un

34. Avis du CE, Chambre des représentants, doc. 54 2529/001, p. 67.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

logement de taille correcte et salubre, d'une assurance maladie pour lui-même et les membres de sa famille et

« de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné. Les États membres évaluent ces ressources par rapport à leur nature et leur régularité et peuvent tenir compte du niveau des rémunérations et des pensions minimales nationales ainsi que du nombre de membres que compte la famille³⁷ ».

Le pays de résidence peut donc conditionner le regroupement familial à la situation socio-économique du regroupant.

Le logement suffisant doit répondre « pour l'étranger et pour les membres de sa famille qui demandent à le rejoindre aux exigences élémentaires de sécurité, salubrité et habitabilité » prévues par le Code civil. Il doit exister à la date de la demande de regroupement familial, alors même que les membres de la famille résidant à l'étranger n'arriveront que plusieurs mois plus tard. Cela fait peser une charge financière énorme pour le regroupant qui aura souvent déjà supporté de lourdes dépenses pour les frais administratifs (par exemple, de légalisations, de tests ADN).

La condition de ressources suffisantes doit être appréciée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'affaire *Chakroun* (2010), c'est-à-dire de manière individualisée et *in concreto*³⁸. La Cour de justice y rappelle que l'objectif est de favoriser le regroupement familial, de sorte que les exceptions doivent être entendues de manière stricte. Un État ne peut se fonder sur le montant du salaire minimum garanti sans prendre en compte les situations particulières et les besoins qui peuvent être variables d'une personne à l'autre. Il s'ensuit que la fixation d'un seuil établi sur la base du montant du salaire minimum garanti en

37. Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, art. 7.

38. L'affaire concernait un ressortissant marocain résidant aux Pays-Bas et titulaire d'un permis de séjour ordinaire qui souhaitait être rejoint par son épouse. Le visa regroupement familial est refusé au motif que les allocations de chômage de M. Chakroun sont inférieures, d'environ 100 euros, au montant de ressources mensuelles fixé par la loi néerlandaise à 120 % du salaire minimum (soit, à l'époque, 1 441 euros nets par mois). La Cour de justice (CJEU) va rejeter une application purement mécanique et chiffrée de la notion de « ressources stables, régulières et suffisantes ». Dans ses motifs, la Cour souligne que : « utiliser comme montant de référence un niveau de revenu équivalent à 120 % du revenu minimum d'un travailleur âgé de 23 ans, montant au-delà duquel tout recours à une aide spéciale serait en principe exclu, n'apparaît pas répondre à l'objectif consistant à déterminer si un individu dispose de ressources régulières pour faire face à ses besoins. En effet, la notion d'"aide sociale" figurant à l'article 7, paragraphe 1, sous c), de la directive doit être interprétée comme visant l'aide qui supplée à un manque de ressources stables, régulières et suffisantes et non comme l'aide qui permettrait de faire face à des besoins extraordinaires ou imprévus » (arrêt de la CJEU n° C-578/08, 4 mars 2010, *Chakroun vs Minister van Buitenlandse Zaken*, pt 49).

deçà duquel le ressortissant d'un pays tiers serait présumé irréfragablement ne pas bénéficier de ressources suffisantes n'est pas satisfaisante. Il s'ensuit que :

« L'article 7, paragraphe 1, *initio* et sous c), de la directive 2003/86 doit être interprété en ce sens qu'elle ne permet pas à un État membre d'adopter une réglementation relative au regroupement familial refusant celui-ci à un regroupant qui a prouvé qu'il dispose de ressources stables, régulières et suffisantes lui permettant de subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille, mais qui, eu égard au niveau de ses revenus, pourra néanmoins faire appel à une assistance spéciale en cas de dépenses particulières et individuellement déterminées nécessaires à sa subsistance, à des remises d'impôt accordées par des collectivités locales en fonction des revenus ou à des mesures de soutien aux revenus³⁹. »

Comme dans d'autres pays, le législateur belge a fait le choix d'un seuil chiffré, fixé à 120 % du revenu d'intégration sociale⁴⁰. Toutefois, le législateur tempère cette référence chiffrée en stipulant, par ailleurs, que « si la condition relative aux moyens de subsistance n'est pas remplie, le ministre ou son délégué devra déterminer, en fonction des besoins propres du regroupant et des membres de sa famille, les moyens de subsistance nécessaires pour permettre de subvenir à leurs besoins sans devenir une charge pour les pouvoirs publics⁴¹ ». La jurisprudence belge exige que la prise en compte des besoins concrets de la famille apparaisse dans la motivation de la décision, ou à tout le moins dans le dossier administratif⁴². Les revenus pris en compte pour l'évaluation des moyens de subsistance suffisants ne peuvent provenir de régimes d'assistance complémentaires ni d'allocations d'attente ou d'allocations de transition. Sont ainsi exclus le revenu d'intégration, le revenu garanti aux personnes âgées, les contrats de travail temporaire signés avec les centres publics d'action sociale, même s'il s'agit d'un véritable emploi. S'il s'agit d'allocations de chômage, le conjoint ou le partenaire concerné doit prouver qu'il cherche activement du travail, à moins qu'il soit dispensé de cette obligation. Les revenus doivent être non seulement suffisants, mais également stables et réguliers. La Cour de justice admet que l'État se projette dans le temps pour procéder à une évaluation prospective du caractère stable, suffisant et régulier des ressources. Une durée d'un an dans le futur est jugée raisonnable⁴³. Selon les termes de la loi belge relative aux étrangers, les

39. *Ibid.*

40. Loi du 15 décembre 1980, art. 10, § 5, et art. 40 *ter*, al. 1^{er}, 2^e tiret.

41. Loi du 15 décembre 1980, art. 10 *ter*, § 2, al. 2.

42. CE, 19 décembre 2013, n° 225.915 : « Le montant de 120 % du revenu d'intégration constitue clairement un montant de référence et non un montant de revenu minimal [...] il revient à l'autorité de procéder à un examen concret de la situation et [...] de déterminer, en fonction des besoins propres du demandeur et des membres de sa famille, les moyens nécessaires pour subvenir à leurs besoins sans devenir une charge pour les pouvoirs publics » (pt 1.3).

43. CJUE, 21 avril 2016, *Khachab*, EU:C:2016:285.

ressources prises en considération sont celles du regroupant. En conséquence, l'administration prend en compte les seuls revenus propres de celui-ci, à l'exclusion des revenus existants ou potentiels du conjoint. Ceci peut poser question au regard du devoir de secours et d'assistance entre époux ou entre cohabitants légaux. Cela pose surtout question eu égard à l'évolution de l'équilibre qu'un couple peut choisir ou juste trouver. L'objectif du législateur étant d'éviter une charge pour les pouvoirs publics, l'on ne comprend pas pourquoi se préoccuper de savoir qui touche un salaire ou non.

La condition de ressources suffisantes n'est pas applicable si l'étranger ou le national sédentaire n'est rejoint que par son ou ses enfants mineurs ou ceux de son conjoint ou partenaire assimilé au conjoint. Il s'agit d'une faveur pour les familles monoparentales. Elle peut conduire des familles à procéder en deux temps, les enfants rejoignant le regroupant, avant le conjoint ou le cohabitant. De tels stratagèmes sacrifient des moments précieux de vie en famille après des séparations qui ont parfois pu être longues. Une autre exception vise les géniteurs d'un enfant belge mineur d'âge, ceux-ci échappant à la condition de bénéficier de ressources suffisantes.

La loi prévoit également une exception aux conditions de logement suffisant, d'assurance maladie et de revenus suffisants au profit des membres de la famille de l'étranger reconnu réfugié ou bénéficiant de la protection subsidiaire. Cette exception ne vaut toutefois que lors de la demande de regroupement familial et au cours de la période de séjour limité, mais n'est pas applicable lors de la demande d'obtention d'un titre de séjour à durée illimitée. À ce moment, les père et mère doivent prouver qu'ils bénéficient de moyens de subsistance stables, réguliers et suffisants⁴⁴. Il reste toutefois loisible au ministre d'écarter ce régime favorable si le regroupement familial est possible dans un autre pays avec lequel l'étranger rejoint ou le membre de sa famille a un lien particulier. Il doit alors prendre en considération les circonstances de fait, les conditions qui y sont applicables au regroupement familial et la possibilité effective pour cette famille de s'y réunir. En revanche, le mineur reconnu réfugié ou bénéficiaire de la protection subsidiaire bénéficie d'une exemption totale de toute condition. Les mineurs réfugiés ne peuvent se voir imposer des conditions qui ne leur permettent pas de jouir du droit à être rejoints par les membres de leur famille⁴⁵.

44. Ce régime de faveur est nuancé comme suit. Deux conditions préalables sont requises, une exception et un tempérament sont prévus. Il faut que les liens de parenté ou d'alliance ou le partenariat enregistré soient antérieurs à l'entrée du regroupant dans le royaume et que la demande de séjour sur la base de cet article ait été introduite dans l'année suivant la décision octroyant une protection internationale. Ce régime ne vaut pas en ce qui concerne l'enfant handicapé majeur.

45. CC, 26 juin 2008, n° 95/2008. La loi requerrait que le mineur dispose d'un logement suffisant et d'une assurance maladie, à moins que le regroupement familial ne s'exerce dans l'année consécutive à la reconnaissance de la qualité de réfugié. De telles conditions étaient décrites comme une entrave insurmontable à l'exercice du droit au regroupement familial. « Bien que [le délai d'un an] repose sur un critère objectif, il faut admettre que les

Il se déduit de ce qui précède que, sauf exception, la famille migrante, alors qu'elle doit parfois tout reconstruire, sans patrimoine, sans sécurité matérielle d'ordre familial, doit donner des gages de solidité financière, patrimoniale, en termes de logement. Par ailleurs, à chaque demande de renouvellement (soit une fois par an au cours des cinq années qui suivent le regroupement), la situation matérielle du regroupant sera examinée et le droit au regroupement pourra être perdu si celle-ci ne remplit plus les conditions de solidité requises.

Une famille migrante soudée et sans histoires

Enfin, la famille doit être soudée. Si elle a été séparée par le passé ou se sépare après le regroupement, cela porte à conséquence sur le droit au regroupement familial. Il en va de même lorsque l'un de ses membres démérite par son comportement. La séparation liée à l'immigration différée de certains membres de la famille, même mineurs, peut disqualifier leur demande de rejoindre leur parent. Si l'on observe une prise en compte de l'intérêt supérieur des enfants présents sur le territoire et dont l'un des parents est menacé d'éloignement, une jurisprudence récente laisse penser que lorsque les enfants sont toujours à l'étranger, le dossier est moins solide. Deux cas de figure peuvent être comparés : l'arrêt *Jeunesse* et la décision IAA de la Cour européenne des droits de l'homme.

Dans l'arrêt *Jeunesse*, arrêt de principe rendu par la grande chambre de la Cour, celle-ci souligne que :

« Lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur *intérêt supérieur* [...]. Sur ce point particulier, la Cour rappelle que l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international [...]. Cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important. Pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissant d'un pays tiers » (*Jeunesse*, pt 109).

Cette approche plus souple combine la prise en compte de la présence d'enfants intégrés dans le tissu social du pays de résidence et la difficulté d'une vie familiale dans un pays tiers, plutôt que son impossibilité.

L'affaire concernait le refus des autorités d'octroyer à une ressortissante surinamaïse, sur la base de sa vie familiale aux Pays-Bas, un permis de séjour dans ce pays. La requérante est mariée à un ressortissant néerlandais avec

étrangers mineurs, du seul fait de leur incapacité civile, ne sont pas en mesure de satisfaire à cette condition. »

lequel elle a trois enfants. La Cour tient compte des éléments suivants : tous les membres de la famille de M^{me} Jeunesse, à part elle, sont des ressortissants néerlandais qui ont le droit d'exercer ensemble leur vie familiale aux Pays-Bas, la requérante réside aux Pays-Bas depuis plus de seize ans (période durant laquelle les autorités néerlandaises ont toujours eu connaissance de sa présence), elle n'a pas d'antécédents pénaux, et une réinstallation au Surinam poserait des difficultés à la famille. La Cour considère que les autorités néerlandaises n'ont pas tenu suffisamment compte des conséquences que pouvait avoir sur les enfants de M^{me} Jeunesse le rejet de sa demande de permis de séjour : elles n'ont pas pris en compte et évalué les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité du refus en cause de manière à attacher un poids suffisant à l'intérêt supérieur des enfants. Cependant, dans une décision moins significative comme précédent, la Cour déclare irrecevable le recours introduit contre le refus opposé par les autorités britanniques à l'entrée de cinq enfants sur le territoire du Royaume-Uni pour y être regroupés avec leur mère. La mère avait rejoint son second époux au Royaume-Uni en 2004, laissant les enfants auprès de sa sœur en Somalie. Les enfants déménagèrent ensuite en Éthiopie. Quant à l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour souligne que s'il s'agit d'une considération primordiale, elle ne surpasse pas tout autre élément⁴⁶. Il ne s'agit pas d'un « passe-partout » permettant d'exiger l'admission d'enfants parce qu'ils vivraient mieux dans un État membre. Si la situation des enfants concernés n'est pas enviable, il ne s'agit pas de tout jeunes enfants qui ont besoin de soins et d'une prise en charge. Ils sont âgés de 21, 20, 19, 14 et 13 ans.

L'incidence de l'éloignement des membres de la famille sur leur mérite à bénéficier du droit au regroupement familial se marque également dans l'agencement des conditions socio-économiques imposées au regroupant. Le réfugié reconnu en est dispensé lorsque la demande de regroupement familial est introduite dans un délai d'un an à compter de l'obtention de la protection internationale. Or, il faut parfois de longs mois pour localiser la famille, d'autres mois pour obtenir les pièces de l'état civil, un délai d'attente de plusieurs semaines pour un rendez-vous au consulat. De plus, dans les zones de conflits comme la Syrie, les consulats sont fermés de sorte qu'il faut parvenir à accéder à un consulat dans un pays tiers. Par contre, la Cour de justice vient de juger qu'un mineur non accompagné qui devient majeur au cours de la procédure d'asile conserve son droit au regroupement familial. Retenir la date d'introduction de la demande de protection internationale permet de garantir un traitement identique et prévisible à tous les demandeurs se trouvant chronologiquement dans la même situation, en assurant que le succès de la demande de regroupement familial dépendra principalement de circonstances imputables au demandeur et non pas à l'administration. La Cour précise néanmoins que, dans une telle situation, la

46. Cour EDH, n° 25960/13, 8 mars 2016, *IAA et autres c. Royaume-Uni*.

demande de regroupement familial doit intervenir dans un délai raisonnable, à savoir en principe trois mois à dater du jour où le mineur concerné s'est vu reconnaître la qualité de réfugié⁴⁷.

Enfin, même quand tous ces obstacles ont été franchis, la famille étrangère est scrutée dans sa solidité. Toute séparation intervenant au cours des cinq premières années peut conduire à la perte du titre de séjour pour le regroupé. Pourtant, ces séparations sont parfois temporaires, liées à des difficultés passagères que peut connaître tout couple et qui sont accrues par la pression, les épreuves traversées, l'acclimatation. L'exigence de cohabitation est interprétée de manière stricte : il s'agit ici de vie commune et permanente sous le même toit. Le conjoint ou le partenaire et les enfants doivent venir vivre avec le regroupant. Cette obligation s'impose dès l'octroi du visa pour regroupement familial et se prolonge pendant toute la durée de la procédure d'admission. Par exemple, « l'incarcération d'un des membres du couple exclut toute possibilité de cohabitation effective et durable⁴⁸ ».

Familles migrantes, familles sédentaires, deux univers normatifs distincts

L'examen des trois conditions qui sont imposées aux familles qui souhaitent bénéficier d'un regroupement familial a fait ressortir l'image sous-jacente d'une famille nucléaire unie et sans accroches, régie par des liens de filiation biologique et capable d'offrir un certain niveau de confort à ses membres. Cette image, relativement conforme à celle de la famille traditionnelle telle qu'elle a pu être pensée en Belgique jusqu'à une certaine époque, est largement en porte-à-faux avec les évolutions majeures que la famille contemporaine a connu au cours des trente dernières années, et qui se sont traduites par une reconnaissance sociale de la multiplicité des formes conjugales et parentales, qui se reflète en grande partie dans le droit belge.

Comme Jacques Marquet⁴⁹ le souligne, la notion de filiation a connu d'importantes évolutions en Europe et en Belgique, impulsées par la difficile articulation entre deux réalités *a priori* contradictoires : d'une part, la fragilisation des liens conjugaux liée à l'émergence d'une nouvelle culture qui voit dans le couple un lieu de réalisation de soi et où la qualité des relations prime sur le maintien à tout prix de l'unité familiale⁵⁰ et, d'autre part, la pérennité quasi indéfectible des liens parents-enfants⁵¹. En d'autres termes, le couple conjugal basé sur un principe d'électivité apparaît désormais comme un élément relati-

47. CJUE, 12 avril 2018, *A et S*, EU:C:2018:248.

48. CCE, 17 décembre 2010, n° 53.327.

49. MARQUET Jacques, « Couple parental – couple conjugal, multiparenté – multiparentalité », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, vol. 41, n° 2, 2010, p. 51-74.

50. SINGLY François de, *Le soi, le couple et la famille*, Paris, Armand Colin, 2016 (2^e édition).

51. THÉRY Irène, *op. cit.*

vement fragile, temporaire et révocable, alors que le couple parental est appelé, lui, à perdurer au-delà des ruptures conjugales. Dans le même temps, on assiste, comme le rappelle l'auteur, à une remise en question du système de filiation occidentale *via* la reconnaissance progressive de liens parentaux qui vont au-delà du « deux » et qui s'articulent autour de la **pluriparenté*** et de la **pluriparentalité***, la première notion renvoyant à « un lien de filiation unissant un enfant à plus de deux parents », alors que la seconde recouvre « un ensemble diversifié de familles qui “mettent en scène des parentés parallèles”, “additionnelles”, “plurielles⁵²” : les familles recomposées, mais aussi les familles d'accueil, les familles adoptives, les familles recourant à la procréation médicalement assistée avec don de gamètes, les familles homoparentales ».

La famille nucléaire occidentale laisse ainsi la place en Belgique, comme ailleurs en Europe, à une multitude de formes familiales à géométrie variable et dans lesquelles des « personnes qui assument la fonction domestique sans avoir le statut de parent⁵³ », comme les beaux-parents notamment, acquièrent également une reconnaissance progressive au travers de la notion de parenté sociale. Une constante traverse pourtant cette variété : l'injonction normative au maintien des liens « à tout prix » entre parents (ici principalement biologiques) et enfants, même si ceux-ci ont pu être coupés à un moment de l'histoire familiale. Ceci se reflète notamment dans l'évolution des mesures de placement d'enfants délinquants et/ou en danger dans le secteur de la protection de la jeunesse en Belgique où, comme le signalent Aurore François, Jacinthe Mazzocchetti et Noëmi Willemen⁵⁴, le lien parents-enfants est aujourd'hui rarement remis en cause et les mesures d'éloignement physique assorties d'une déchéance totale de l'autorité parentale sont extrêmement peu fréquentes.

Dans le même temps, le regard que les sciences sociales portent aujourd'hui sur les dynamiques familiales en contexte migratoire a lui aussi fortement évolué. L'on est passé au cours des trente dernières années d'une vision de la migration comme un processus unidirectionnel créant presque inmanquablement une rupture des liens familiaux entre migrants et membres de la famille restés au pays, à la mise au jour d'un ensemble de pratiques qui participent au maintien des liens familiaux par-delà les frontières nationales. La notion de familles migrantes a ainsi progressivement cédé la place à la notion de familles transnationales, définies comme des « familles qui vivent tout ou la plupart du temps séparées, mais qui tiennent ensemble et créent ce qui pourrait être considéré comme un sentiment de bien-être collectif et d'unité, autrement dit un

52. LE GALL Didier et BETTAHAR Yamina (dir.), *La pluriparentalité*, Paris, PUF, 2001.

53. MARQUET Jacques, *op. cit.*

54. FRANÇOIS Aurore, MAZZOCCHETTI Jacinthe et WILLEMEN Noémie, « L'évaluation des familles par les acteurs de la protection de l'enfance en Belgique (fin XIX^e-début XXI^e siècles) : pratiques et discours experts », in MERLA Laura et FRANÇOIS Aurore (dir.), *Distances et liens*, Louvain-la-Neuve, Academia, 2014, p. 105-123.

«sens de la famille», même au travers des frontières nationales⁵⁵ ». Le concept de « circulation du *care* » proposé par Loretta Baldassar et Laura Merla⁵⁶ met en particulier en avant le fait que les membres de familles transnationales entretiennent ce sentiment d'appartenance *via* l'échange réciproque, multidirectionnel et asymétrique d'un ensemble de soutiens (notamment financier, pratique et émotionnel), par-delà la distance et les frontières géographiques, *via* deux canaux majeurs : l'usage des technologies de l'information et de la communication (TIC) et la mobilité des personnes à l'occasion de visites, d'une réinstallation au pays d'origine et/ou d'un regroupement familial dans le pays d'accueil⁵⁷. Plusieurs chercheurs ont ainsi montré qu'il est aujourd'hui possible, moyennant certaines conditions, d'investir un rôle parental à distance et donc de maintenir les liens parents-enfants par-delà les frontières géographiques⁵⁸. Le terme « certaines conditions » est important : de larges inégalités subsistent à la fois entre membres d'une même famille transnationale et entre familles transnationales notamment suivant le genre, l'ethnicité, la catégorie socio-professionnelle ou le niveau d'éducation. L'étendue de la participation individuelle aux flux de *care* repose sur la possibilité d'accéder et de mobiliser un ensemble de ressources, notamment financières et temporelles, possibilité qui est elle-même largement influencée par la conjonction des facteurs que nous venons d'évoquer, et des politiques migratoires⁵⁹. L'exemple de réfugiés en attente de régularisation qui font le choix de couper les liens avec leur famille d'origine parce que leur situation incertaine et précaire ne leur permet pas de remplir les obligations qui les lient aux membres de leur famille qui dépendent en partie de leur soutien (que ce soit leurs enfants, leurs aînés ou des membres de leur famille élargie) est particulièrement éclairant. Malgré le poids parfois très lourd que les attentes de ces derniers peuvent faire peser sur les migrants, plusieurs

55. BRYCESON Deborah Fay et VUORELA Ulla, « Transnational Families in the Twenty First Century », in Fahy BRYCESON Deborah et VUORELA Ulla (dir.), *The Transnational Family: New European Frontiers and Global Networks*, New York, Berg, 2002, p. 3-30.

56. BALDASSAR Loretta et MERLA Laura, *Transnational Families, Migration and the Circulation of Care: Understanding Mobility and Absence in Family Life*, New York/Abingdon, Routledge, 2014.

57. Cf. MERLA Laura, « Les solidarités familiales transnationales au travers du prisme de la circulation du *care* », in BOUSETTA Hassan, GSIR Sonia, JACQUEMAIN Marc, MARTINIELLO Marco et PONCELET Marc (dir.), *Villes connectées. Pratiques transnationales, dynamiques identitaires et diversité culturelle*, Liège, Presses universitaires de Liège, 2015, p. 15-36.

58. MADIANOU Mirca et MILLER Daniel, « Mobile Phone Parenting: Reconfiguring Relationships between Filipina Migrant Mothers and their Left-behind Children », *New Media & Society*, vol. 13, 2011, p. 457-470 ; BALDASSAR Loretta, KILKEY Majella, MERLA Laura et WILDING Raelene, « Transnational families, care and wellbeing », in THOMAS Felicity (dir.), *Handbook of Migration and Health*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 477-497.

59. KILKEY Majella et MERLA Laura, « Situating Transnational Families' Care-Giving Arrangements: the Role of Institutional Contexts », *Global Networks*, n° 14, 2014, p. 210-229 ; MERLA Laura, *op. cit.*, 2015.

auteurs ont en effet montré que les coupures de liens sont souvent temporaires, et liées aux difficultés rencontrées pendant le parcours migratoire, que ce soit au moment du trajet vers le pays de destination, pendant la (longue) procédure de demande d'asile ou de régularisation, ou dans la difficile période d'installation⁶⁰.

Pendant, comme cette contribution l'a montré, le droit migratoire reconnaît insuffisamment les dynamiques familiales mises au jour par le champ d'études des familles transnationales, que ce soit au regard de la parentalité ou des solidarités intergénérationnelles. Ainsi, le fait que la famille étendue continue à jouer un rôle majeur dans de nombreuses sociétés du « Sud » n'est absolument pas pris en compte par les pouvoirs publics, comme en témoigne l'exclusion du regroupement familial des ascendants de Belges d'origine étrangère ou de migrants de pays tiers. Ces barrières à la migration des ascendants participent d'une vision selon laquelle les personnes âgées représentent un coût potentiel pour les systèmes de sécurité sociale déjà mise en danger par le vieillissement de la population. Cette représentation fait l'impasse sur la contribution que ces mêmes personnes peuvent apporter directement à leurs proches en jouant un rôle, notamment de soutien au soin et à l'éducation des enfants que les aînés autochtones rendent déjà à leurs propres familles, *via* par exemple la prise en charge des enfants non scolarisés ou en dehors des heures d'école ou la garde d'enfants malades. Cette absence de reconnaissance interpelle d'autant plus que les politiques européennes en matière de vieillissement soulignent au contraire la contribution des personnes âgées à la société, notamment *via* la notion de « **vieillessement actif**^{*61} ». Le droit familial belge reconnaît, par ailleurs, l'importance des relations entre grands-parents et petits-enfants, notamment *via* l'octroi d'un droit aux relations personnelles avec les petits-enfants en cas de divorce (et qui se traduit par un droit de visite). Force est de constater que l'idée que des personnes âgées de 60 ans et plus puissent non seulement être autonomes, mais également contribuer au bien-être des membres de leur famille et, par-delà, au bon fonctionnement de l'ensemble de la société ne semble pas s'étendre aux candidats migrants âgés désireux de rejoindre leur famille en Belgique.

CONCLUSIONS

Ces appréhensions différentes des réalités familiales nous amènent pour conclure à poser la question de l'objectivité des critères de distinction au regard du droit en cause de la légitimité des motifs la justifiant et enfin de

60. Cf. BALDASSAR Loretta, « L'aide transnationale au sein des familles d'immigrés qualifiés établis en Australie : une comparaison entre les immigrés italiens et les réfugiés afghans », *Enfances, familles, générations*, n° 6, 2007, [<https://www.erudit.org/fr/revues/efg/2007-n6-efg1781/016485ar/>]; MULLER Paulien, « Connections and Disconnections », *Gender, Technology and Development*, n° 12, 2008, p. 389-411.

61. Council of the European Union, 2012: *Year for Active Ageing and Solidarity between Generations*, communiqué de presse 11601/11, 17 juin 2011.

leur proportionnalité. Même si l'on peut admettre que le contrôle de l'immigration exige une définition plus prévisible, plus stricte de la famille, la différence entre la protection de la famille migrante et de la famille sédentaire est abyssale. L'argument selon lequel le migrant fait le choix de son déplacement et donc de ces difficultés n'est pas généralisable à toutes les situations. Le réfugié, le migrant installé de longue date, le national ayant noué une relation avec un étranger ne disposent pas d'un réel choix, à moins que l'on admette qu'il faille faire le choix entre la sécurité et la famille, entre l'ancrage dans une société et le droit d'y vivre avec les siens ou entre rester dans son pays ou vivre avec une personne étrangère. Ce questionnement est d'autant plus important qu'en dehors du contexte migratoire, la Cour européenne des droits de l'homme juge qu'il faut des raisons « très fortes » pour discriminer sur la base de la nationalité⁶² et qu'il faut « des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre personnes possédant une carte de séjour et des personnes n'en possédant pas⁶³ ».

Malgré les exigences drastiques imposées à la famille migrante, elle continue à être perçue comme une menace, sans que l'on voie en elle un atout du point de vue de l'intégration, de la stabilisation ou simplement de l'épanouissement qui va souvent de pair avec les deux premiers et les encourage. Elle est enfermée dans un culte de méfiance qui affecte un des droits les plus fondamentaux de la personne, celui de vivre auprès des siens.

Lorsque l'on aborde le droit au regroupement familial du point de vue de la famille migrante dans son ensemble et non uniquement au départ de l'étranger souhaitant être autorisé au séjour, d'autres droits se profilent. Il ne s'agit plus seulement de se poser une question de migration en contexte de vie familiale, mais surtout d'envisager le droit à vivre en famille, quand bien même il implique un passage de frontière.

62. Cour EDH, n° 1737/190, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*.

63. Cour EDH, n° 454 13/07, 10 mars 2009, *Anakomba Yula c. Belgique*.