



La revue juridique de
l'action sociale et éducative

Jeunesse et Droit asbl

12, rue Charles Steenebruggen,
4020 Liège - Tél. 04/ 342.61.01
Fax 04/ 342.99.87

Rédacteur en chef
Benoît Van Keirsbilek

Secrétaire de rédaction
Benoît Lambart - Tél. 04/ 342.61.01

Comité de rédaction

Jean-Pierre Bartholomé,
Georges-Henri Beauthier,
Michel Born, Geert Cappelaere,
Patrick Charlier, Jean-Pierre Cocco,
Nadia De Vroede, Luisa Di Felice,
Jacques Fierens, Dominique De Fraene,
Jean Jacquain, Jean-Yves Hayez, Georges
Kellens, Raymond Loop, Paul Martens,
Thierry Moreau, Christian Noiret,
Marc Preumont, Christian Radermecker,
Isabelle Ravier-Delens, Jacques Sambon,
Jean-François Servais, Marianne Thomas,
Françoise Tulkens, Georges Vallée,
Benoît Van der Meerschen,
Christian Wettinck.

Collaborateurs

«Protection de la jeunesse»

Amaury de Terwangne,
Jean-Luc Denis,
Véronique Elias,
Vincent Macq.

Relecture

Aline Niessen

Insertions publicitaires

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

Secrétariat administratif,
abonnements

Abonnement :
60 € (2.420 Frs) / l'an (10 n°)
spécimen sur simple demande

Isabelle Beskens
Tél. 04/342.61.01 - Fax 04/342.99.87
e-mail : jdj@easynet.be

«Intérêt supérieur»; oui mais de qui ?

Le ministre de l'intérieur vient de prendre une circulaire relative au séjour des mineurs étrangers non accompagnés⁽¹⁾. Il n'est pas dans l'habitude de ce département de se concerter avec les acteurs de terrain; rien d'étonnant donc, au fait que la «société civile» n'ait été associée à aucune discussion préalable. Il semble qu'il n'y ait pas plus eu de concertation avec d'autres acteurs publics (Fedasil, Service des tutelles,...) ce qui est regrettable mais conforme également à la culture de travail de l'Office des étrangers, pilote de la rédaction de ce document.

Cette circulaire amène un certain nombre de commentaires⁽²⁾ mais nous nous attarderons ici uniquement sur l'utilisation qui est faite de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant.

Certes, il y a lieu de se réjouir qu'un texte officiel fasse référence à cette notion, qui plus est en considérant qu'il s'agit d'un principe général de droit⁽³⁾. Bien sûr, la référence à cette notion dans un tel texte est surabondante (puisque la Convention le prévoit déjà) mais ne peut, en soi, faire de tort.

On ne se départira cependant pas d'un sentiment de malaise quant à cette référence. Il s'agit déjà trop souvent d'un concept creux que chacun habille comme il l'entend. Ici, les choses vont plus loin puisqu'il s'agit de justifier des pratiques⁽⁴⁾ dont certaines sont pour le moins critiquables.

Si l'Office des étrangers se souciait vraiment de l'intérêt de l'enfant (laissons tomber supérieur, qui n'ajoute rien), pourquoi persiste-t-il dans sa pratique d'enfermement de ces mineurs⁽⁵⁾ (pratique qui est non seulement illégale, pensons notamment au fait que les mineurs ne sont pas séparés des adultes, mais objectivement contraire à l'intérêt des enfants privés de liberté) ? Pourquoi ne prévoit-il pas la délivrance d'un document de séjour, à tout le moins provisoire, à tous les mineurs non accompagnés (il s'agit de la première protection permettant à ces jeunes d'exister légalement) ? Pourquoi maintenir un tel arbitraire dans les décisions en matière d'entrée, de séjour et d'éloignement de ces jeunes (on n'est pas dans le domaine du droit mais d'une faveur octroyée aux plus «méritants») ? Pourquoi maintenir la pratique de la délivrance d'un ordre de reconduire avant même que le tuteur n'ait pu remplir sa mission et formuler des propositions durables ? Pourquoi continuer à exiger la production d'un passeport quand on connaît les difficultés pour s'en procurer un ? Et surtout, pourquoi continuer à soutenir que les décisions que l'Office prend sont fondées sur l'intérêt supérieur des enfants ? Si tel était vraiment le cas, il confierait à une instance indépendante et plus qualifiée (dont la mission relèverait de la protection de l'enfance et non de la gestion de l'immigration⁽⁶⁾) le soin de décider de la solution durable qui convient le mieux à chaque jeune.

Nous dénonçons la compétence de l'Office des étrangers pour évaluer la notion d'intérêt de l'enfant en vue de justifier les décisions qu'il prend. N'oublions quand même pas que l'expulsion, il n'y a pas si longtemps de cela, de la jeune Tabita, cinq ans, vers le Congo, sans le moindre accompagnement, après l'avoir maintenue en détention pendant deux mois, a aussi été justifiée par son intérêt !

Benoit Van Keirsbilek

(1) Circulaire du 15 septembre 2005, Mon. b. du 7/10/05, publiée dans ce numéro, p. 20.

(2) Voyez ce numéro, p. 22.

(3) Ça permet d'éviter toute discussion sur l'application directe ou l'effet de «stand still» de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant; ça ne résout cependant pas la question du contenu réel de cette notion.

(4) Le but premier de cette circulaire est bien de confirmer les pratiques existantes et non de garantir un véritable statut de séjour aux mineurs non accompagnés.

(5) Non sans une certaine ironie, l'Office déclare par ailleurs que l'enfermement des mineurs non accompagnés est une solution qui leur permet de se relaxer (le «leur» vise ici le mineur et non l'Office) !

(6) On pourrait imaginer que ce soit une instance qui relève de l'aide à la jeunesse qui, après enquête sociale, consultation du jeune (ainsi que d'autres instances) et sous réserve de recours, décide de l'avenir de ces jeunes. Cette tâche pourrait de même être confiée au juge de la jeunesse qui a déjà pour mission, dans nombre de circonstances, de déterminer quel est l'intérêt de l'enfant, notamment dans le contentieux familial.

L'intérêt à agir au moment de la décision du Conseil d'État

10. Le principe d'égalité peut être invoqué : saisi d'une demande d'annulation d'une décision de rejet par le Conseil de recours de l'enseignement non confessionnel d'une décision de refus du conseil de classe, le Conseil d'État, dans un arrêt du 2 mars 2005, retient qu'il y a *méconnaissance de la règle de l'égalité de traitement* lorsque le conseil de recours n'a pas cherché les raisons pour lesquelles un élève se trouvant dans une situation analogue à celle du requérant avait obtenu quant à lui un certificat de réussite ⁽⁵⁵⁾.

11. Le Conseil d'État examine si l'intérêt à agir subsiste au moment de sa décision : le Conseil d'État a décidé que, si, postérieurement à l'introduction du recours, l'étudiant a réussi la 6^{ème} année de l'enseignement secondaire général et a

poursuivi des études supérieures, l'annulation de la décision qui lui refusait son certificat d'enseignement secondaire supérieur est dépourvue de toute portée concrète de sorte que le requérant n'a plus d'intérêt au recours qui, de ce fait, devient irrecevable ⁽⁵⁶⁾.

12. L'établissement scolaire peut contester la décision du Conseil de recours : dans un arrêt du 25 septembre 2003, le Conseil d'État a estimé que la Province de Namur avait intérêt à la *sauvegarde de*

la bonne réputation des établissements d'enseignement dont elle est le Pouvoir organisateur de sorte qu'elle pouvait demander – et a d'ailleurs obtenu – l'annulation de la décision du Conseil de recours délivrant un certificat de réussite d'une 6^{ème} année professionnelle à une élève qui s'était vue refuser ce certificat par le conseil de classe ⁽⁵⁷⁾.

(55) C.E. Arrêt Guislain, n°141502, du 2 mars 2005. À noter que le moyen n'avait pas été jugé sérieux dans le cadre de l'examen de la demande de suspension de la même décision : Arrêt 131045 du 5 mai 2004.

(56) C.E., Arrêt Beguin, n°138.795, du 22 décembre 2004 ; Voy aussi Arrêt Guerra, n°143542, du 22 avril 2005.

(57) C.E., Arrêt Province de Namur, n°123433 du 25 septembre 2003. À noter que le même arrêt estime que le conseil de classe lui-même, partie requérante également, n'avait pas la personnalité juridique et ne pouvait agir en annulation.

CIRCULAIRE RELATIVE AU SÉJOUR DES MINEURS ÉTRANGERS NON ACCOMPAGNÉS DU 15 SEPTEMBRE 2005

Publié le : 2005-10-07

La présente circulaire remplace les dispositions suivantes :

- le point II.D. de la circulaire du 17 juillet 2001 concernant les précisions relatives au rôle de l'administration communale dans le cadre de l'application de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, ainsi qu'aux tâches de certains bureaux de l'Office des étrangers (Moniteur belge 28 août 2001);
- la note de service du 1^{er} mars 2002 de l'Office des Étrangers relative au traitement des dossiers relatifs au séjour des mineurs étrangers non accompagnés.

Cette circulaire détermine les compétences des deux services Mineurs de l'Office des Étrangers et explicite la procédure d'examen qui a été instaurée pour régler le séjour des mineurs étrangers non accompagnés (ci-après M.E.N.A.).

I. Définitions

a) Par «mineur étranger non accompagné» (M.E.N.A.), on entend :

Toute personne qui paraît être âgée ou qui déclare être âgée de moins de 18 ans, et qui :

- n'est pas accompagnée par une personne exerçant l'autorité parentale ou la tutelle en vertu de la loi applicable conformément à l'article 35 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé;
- est ressortissante d'un pays non membre de l'Espace Economique Européen (E.E.E.);

et qui se trouve dans une des situations suivantes :

- soit, a demandé la reconnaissance de la qualité de réfugié;
- soit, ne satisfait pas aux conditions d'accès au territoire et de séjour déterminées par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

b) Par «solution durable», on entend :

- le regroupement familial ⁽¹⁾;
- le retour dans le pays d'origine ou dans le pays dans lequel il est autorisé ou admis au séjour, moyennant des garanties quant à un accueil et une prise en charge appropriés du M.E.N.A., en fonction de ses besoins déterminés par son âge et de son degré d'autonomie, soit, par ses parents ou par d'autres adultes qui s'occuperont de lui, soit, par des instances gouvernementales ou non gouvernementales ⁽²⁾;
- l'autorisation de séjour illimité en Belgique, dans le respect des dispositions contenues dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Cette solution durable est déterminée après examen par l'Office des étrangers de l'ensemble des éléments du dossier du M.E.N.A..

c) Par «Service des Tutelles», on entend :

Le service qui a été créé au sein du Service public fédéral justice et qui est chargé de mettre en place une tutelle spécifique sur les mineurs non accompagnés, conformément à l'article 3, § 1^{er} du Titre XIII, Chapitre 6 «Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés» de la loi-programme du 24 décembre 2002.

d) Par «loi sur la Tutelle», on entend :

Le Titre XIII, Chapitre 6 «Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés» de la loi-programme du 24 décembre 2002, modifié par les lois-pro-

(1) Le regroupement familial conformément aux articles 9 et 10 de la Convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (C.I.D.E.);

(2) Conformément à l'article 5 de la Résolution du Conseil de l'Union européenne du 26 juin 1997 (97/C221/03) concernant les mineurs non accompagnés ressortissants de pays tiers;

grammes du 22 décembre 2003 et du 27 décembre 2004.

II. Champs d'application

A. Ratione personae

La présente circulaire a pour objet d'explicitier la procédure instaurée pour les M.E.N.A. qui n'ont pas revendiqué la qualité de réfugié et qui se trouvent illégalement sur le territoire ou qui ont été autorisés à entrer sur le territoire lors de leur arrivée à une frontière extérieure Schengen alors même qu'ils ne remplissaient pas les conditions d'entrée énumérées aux articles 2 et 3 de la loi du 15 décembre 1980 précitée.

La présente circulaire ne s'applique donc pas :

1) À la personne âgée de 18 ans ou plus :

Lorsque les autorités compétentes en matière d'asile, d'accès au territoire, de séjour et d'éloignement, ou le service des Tutelles, ont des doutes concernant l'âge du M.E.N.A., le service des Tutelles fait procéder immédiatement à un test médical afin de vérifier si la personne est âgée ou non de moins de dix-huit ans.

Lorsque le test médical établit que la personne est âgée de plus de dix-huit ans, la présente circulaire ne s'applique pas, conformément à l'article 7, § 2, deuxième alinéa de la loi sur la Tutelle.

De même, la présente circulaire ne s'applique plus lorsque le mineur atteint l'âge de dix-huit ans, conformément à l'article 24, § 1^{er}, 2^o, de la loi sur la Tutelle (voir point V).

2) À la personne qui fait l'objet d'une procédure de tutelle ou d'adoption.

Le mineur qui arrive sur le territoire muni d'un passeport revêtu d'un visa de long séjour de type D portant la mention «ASP- adoption» ou «ASP- tutelle» ne tombe pas sous l'application de la présente circulaire, puisque le séjour de ce mineur est déterminé par la loi du 15 décembre 1980.

Ce n'est que lorsque la procédure d'adoption ou de tutelle est clôturée négativement et que le mineur devient de ce fait un M.E.N.A. que le tuteur, désigné dans le cadre

de la loi sur la Tutelle, peut demander le bénéfice des dispositions de la présente circulaire pour son pupille.

3) Au M.E.N.A. qui a introduit une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié.

Le M.E.N.A. qui a introduit une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié sur le territoire, ne peut revendiquer le bénéfice des dispositions de la présente circulaire et ce, pendant la durée de l'examen de la demande d'asile par les instances compétentes concernées, à savoir, l'Office des Étrangers, le Commissariat général aux Réfugiés et aux Apatrides et, le cas échéant, la Commission permanente de Recours des Réfugiés.

Ce n'est que lorsque la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié est clôturée négativement que le tuteur du M.E.N.A. peut demander le bénéfice des dispositions de la présente circulaire pour son pupille.

4) Au M.E.N.A. qui a introduit une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 :

Le tuteur qui introduit au nom du M.E.N.A. une demande d'autorisation de séjour sur la base de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980, ne peut demander le bénéfice des dispositions de la présente circulaire pour son pupille aussi longtemps que cette demande n'a pas été rejetée.

5) Au M.E.N.A., victime de la traite des êtres humains.

Le M.E.N.A. victime de la traite des êtres humains, peut bénéficier des dispositions de la circulaire du 1 juillet 1994 concernant la délivrance de titres de séjour et des autorisations d'occupation à des étrangers victimes de la traite des êtres humains et de la modification du 17 avril 2003 des directives du 13 janvier 1997 à l'Office des étrangers, aux Parquets, aux services de police, aux services de l'inspection des lois sociales et de l'inspection sociale relative à l'assistance aux victimes de la traite des êtres humains.

Ce n'est que s'il ne bénéficie pas ou plus du statut de victime de la traite des êtres humains que le tuteur du M.E.N.A. peut demander que son pupille bénéficie des dispositions de la présente circulaire.

B. Ratione materiae

La présente circulaire ne s'applique pas lorsque le M.E.N.A. a introduit une procédure prévue par la loi du 15 décembre 1980 et que cette procédure est toujours pendante (voir point A, 2) 3) et 4)).

Il appartient au tuteur et à l'avocat qui l'assistent conformément à l'article 9, § 3, de la loi sur la Tutelle, d'une part, d'examiner avec le mineur, la procédure qu'il y a lieu d'introduire en tenant compte des motifs de l'immigration et de la situation spécifique du M.E.N.A., d'autre part, de veiller à n'introduire qu'une seule procédure à la fois et que celle-ci corresponde effectivement à l'intérêt supérieur de l'enfant.

III. Compétences des services «mineurs» de l'Office des étrangers

Au sein de la Direction générale de l'Office des Étrangers, deux services traitent les dossiers des M.E.N.A. se trouvant sur le territoire en ce qui concerne leur séjour. Il s'agit de :

1. Le Bureau Mineurs de la Direction Asile

Lorsque l'Office des Étrangers est la première autorité à avoir connaissance de la présence du M.E.N.A. sur le territoire, le Bureau Mineurs de la Direction Asile remplit la fiche «mineur étranger non accompagné» instaurée par la circulaire du 23 avril 2004 relative à la fiche «mineur étranger non accompagné». En cas de doute sur l'âge déclaré, le Bureau Mineurs coche la case de la rubrique 8 de la fiche «M.E.N.A.» afin de demander au service des Tutelles de faire procéder à un test médical.

Lorsque le M.E.N.A. manifeste le souhait d'introduire une demande d'asile, l'inscription de la demande d'asile est effectuée par le Bureau

Mineurs de la Direction Asile⁽³⁾. Le mineur peut en effet introduire seul une demande d'asile, sans être représenté par son tuteur. Par contre, le tuteur assiste à l'audition de son pupille.

Ce bureau examine également en première instance la recevabilité des demandes d'asile introduites par les mineurs non accompagnés qui se trouvent sur le territoire.

2. Le Bureau Mineurs de la Direction Accès et Séjour.

Le Bureau Mineurs de la Direction Accès et Séjour est chargé de l'application de la procédure d'examen décrite ci-dessous.

Ce bureau est habilité à trouver une solution durable (voir le point I.b.) à tout M.E.N.A. se trouvant sur le territoire et doit veiller à ce que cette solution soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de ses droits fondamentaux.

IV. La procédure d'examen relative au séjour du M.E.N.A.

Le principe fondamental de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux Droits de l'enfant (C.I.D.E.), est que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, quelle que soit l'instance dont elles émanent «l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale».

Même si ce principe n'est pas défini dans la C.I.D.E., il y a lieu de l'interpréter comme un principe général de droit qui trouve à s'appliquer dans toute décision prise à l'égard des M.E.N.A.

A. Conditions d'application

Deux conditions de base doivent être remplies pour que le M.E.N.A. puisse bénéficier des dispositions explicitées ci-après :

1. La personne doit être identifiée par le service des Tutelles comme M.E.N.A., au sens de l'article 5 de la loi sur la Tutelle.

En cas de doute sur l'âge déclaré par le M.E.N.A., le Bureau Mineurs demande au service des

(3) Conformément à l'article 9, § 1^{er}, du Titre XIII, Chapitre 6, «tutelle des mineurs étrangers non accompagnés» de la loi-programme du 24 décembre 2002.

Tutelles d'une part, de faire procéder à un test médical conformément à l'article 7, § 1^{er}, de la loi sur la Tutelle, d'autre part, de procéder à son identification.

Ceci implique que le Bureau Mineurs ne prendra en considération la demande introduite par le tuteur qu'après avoir reçu notification de la décision du service des Tutelles attestant que la personne a été identifiée comme un mineur non accompagné au sens de l'article 5 de la loi sur la Tutelle.

Il en résulte qu'un tuteur provisoire désigné conformément à l'article 6, § 3 de la loi sur la Tutelle, ne peut pas demander le bénéfice des dispositions de la présente circulaire pour son pupille puisque le service des Tutelles n'a pas terminé l'identification de la personne qui s'est déclarée M.E.N.A., lorsqu'il est désigné.

2. La demande doit être introduite par le tuteur par écrit auprès du Bureau Mineurs.

Lors de cette demande, le tuteur communique l'identité du M.E.N.A. Cette identité ne pourra plus être modifiée ultérieurement que sur présentation d'un passeport national. Il est dès lors utile que le tuteur attire l'attention de son pupille sur l'importance de donner sa véritable identité.

B. La procédure d'examen du séjour

Afin de trouver une solution durable, le Bureau Mineurs cherche à connaître la situation familiale du M.E.N.A. tant à l'étranger qu'en Belgique. Les principes re-

latifs à l'unité familiale développés au sein des articles 9 et 10 de la C.I.D.E sont appliqués.

En vertu de l'article 11, § 1 de la loi sur la Tutelle, le tuteur prend toutes les mesures utiles afin de rechercher les membres de la famille du mineur.

Il est recommandé au tuteur d'entamer également, le cas échéant, les démarches nécessaires en vue de l'obtention d'un passeport national pour son pupille.

Dans le cadre de la recherche d'une solution durable dans l'intérêt de son pupille, le tuteur fera par écrit les propositions qu'il juge opportunes au Bureau Mineurs et il lui transmettra les documents étayant ces propositions.

Lorsque la solution durable est le retour du M.E.N.A. dans son pays d'origine ou dans un pays où il est autorisé ou admis au séjour, le Bureau Mineurs délivre un ordre de reconduire (annexe 38) au tuteur.

Dans l'attente d'une solution durable pour le M.E.N.A., le Bureau Mineurs peut :

- soit, délivrer une déclaration d'arrivée valable 3 mois;
- soit, proroger l'ordre de reconduire (annexe 38) qui a été délivré à son tuteur lors d'une décision négative prise dans le cadre d'une autre procédure.

Ces documents seront prorogés, de trois mois pour la déclaration d'arrivée et mensuellement pour l'ordre de reconduire, lorsqu'une solution durable n'a pas encore été trouvée.

Toutefois, la prorogation de ces documents ne se fait pas systématiquement mais bien au cas par cas, après analyse de l'ensemble des éléments contenus dans le dossier du M.E.N.A.

Après six mois, le Bureau Mineurs peut en principe faire délivrer au M.E.N.A. un titre de séjour temporaire, à savoir, un Certificat d'Inscription au Registre des Étrangers (C.I.R.E.), portant la mention séjour temporaire, sur présentation du passeport national du M.E.N.A.

Il sera uniquement dérogé à l'exigence de la présentation du passeport national dans des cas exceptionnels où l'impossibilité de présenter le passeport du M.E.N.A. peut être clairement démontrée et pour autant qu'une autre solution durable n'a pas encore été trouvée.

Il convient de savoir que la présentation du passeport du M.E.N.A. au Bureau Mineurs a l'avantage d'une part, de préserver l'identité du M.E.N.A. ou de la rétablir, conformément à l'article 8 de la C.I.D.E. et d'autre part, de permettre au M.E.N.A. de voyager au sein des frontières de l'Espace Schengen, si le passeport est accompagné d'un C.I.R.E. en cours de validité.

Le Bureau Mineurs peut décider à l'issue de la validité du titre de séjour temporaire, de le proroger, notamment sur la base des critères suivants :

- la connaissance d'une des trois langues nationales;

- la preuve d'une scolarité régulière;
- la situation familiale du M.E.N.A.;
- tout autre élément spécifique lié à la situation du M.E.N.A..

À l'issue de trois ans de séjour sous le couvert d'un C.I.R.E temporaire, le M.E.N.A. peut être autorisé à séjourner sur le territoire pour une durée illimitée, pour autant qu'une autre solution durable n'a pas été trouvée.

V. Cas particulier : le M.E.N.A. qui atteint l'âge de 18 ans

Le M.E.N.A. qui atteint sa majorité en droit belge, tombe sous l'application de la loi du 15 décembre 1980 précitée.

Afin de permettre au M.E.N.A. devenu majeur en droit belge et qui a donc atteint l'âge de dix-huit ans, de se conformer aux dispositions de la loi du 15 décembre 1980, le Bureau Mineurs l'informerá par écrit lors de la délivrance ou de la prorogation du dernier document des différentes procédures qu'il peut introduire.

VI. Dispositions pratiques

Toute information concernant le traitement des dossiers de M.E.N.A. peut être demandée au Bureau Mineurs de la Direction Accès et séjour :

Tél. : 02/205.55.22;

Fax : 02/274.66.57.

PREMIERS COMMENTAIRES DE LA CIRCULAIRE DU 15 SEPTEMBRE 2005 RELATIVE AU SÉJOUR DES MINEURS ÉTRANGERS NON ACCOMPAGNÉS

par Benoît Van Keirsbilck et Charlotte Van Zeebroeck

Il y a toujours matière à se demander pourquoi un texte législatif ou réglementaire voit le jour à un moment donné. En l'espèce, des règles plus claires et officielles en matière de séjour des mineurs non accompagnés, demandeurs d'asile déboutés ou non demandeurs d'asile, étaient réclamées depuis des années, notamment par la plate-forme «mineurs en exi». Nul doute que, pour l'auteur de cette réglementation, il ne s'agisse pas d'un incitant suffisant. L'entrée en vigueur de la loi sur la tutelle, qui exigeait l'adaptation des règles appliquées par le bureau MENA de l'Office, date du 1^{er} mai 2004. Cela fait donc plus d'un an qu'il convenait d'adapter ces règles qui avaient été adaptées de facto par le bureau MENA. Il est peu probable qu'il ait fallu tout ce temps pour rédiger ce texte. En plus, cela n'explique pas la transformation de la note interne en circulaire publique. Alors quoi ? S'agit-il d'une prise de conscience de la nécessité de travailler avec des règles plus claires, connues de tous ? Mystère !

En tout état de cause, l'existence de cette circulaire est un pas dans la bonne direction.

1. But de la circulaire

Cette circulaire a donc pour but d'une part, de déterminer les compétences des deux services Mineurs de l'Office des Étrangers et d'autre part, d'explicitier la procédure d'examen qui a été instaurée pour régler le séjour des mineurs étrangers non accompagnés.

Elle abroge une circulaire ministérielle datant de 2001 (qui était d'ailleurs peu utilisée par les autorités) qui donnait des instructions aux communes dans la gestion des dossiers des mineurs non accompagnés et la fameuse note interne, censée le rester mais connue de tous, du 1^{er} mars 2002.

De manière générale, il s'agit essentiellement de confirmer les pratiques actuelles du Bureau MENA ; il n'y a donc aucune révolution en la matière.

2. Les avancées

L'existence de cette circulaire est une avancée en soi. En effet, pour la première fois, un texte réglementaire public traite du séjour des MENA (avant, il n'était question que du traitement des dossiers des MENA dans l'intitulé). Cette circulaire étant publiée au Moniteur belge, elle revêt donc un caractère contraignant : chacun y a accès, peut en avoir connaissance et, les cas échéant, en demander l'application. L'administration n'aura plus la possibilité de se réfugier derrière un texte connu d'elle seule (officiellement). Il s'agit donc d'une excellente chose.

Ce texte supprime une distinction existant auparavant mais qui n'était plus utilisée ces derniers temps : la différence de traitement qui existait entre les moins de 16 ans et le 16-18 a disparu. Cela n'est que normal mais également positif. Un mineur est donc enfin considéré mineur jusqu'à ses 18 ans !

La circulaire s'applique aux «M.E.N.A. qui n'ont pas revendiqué la qualité de réfugié et qui se trouvent illégalement sur le territoire ou qui ont été autorisés à entrer sur le territoire lors de

leur arrivée à une frontière extérieure Schengen alors même qu'ils ne remplissaient pas les conditions d'entrée énumérées aux articles 2 et 3 de la loi du 15 décembre 1980 précitée».

Pour les MENA demandeurs d'asile, cette circulaire ne s'applique pas tant que la procédure est en cours devant l'Office, le CGRA ou la CPRR, ce qui ne comprend donc pas le recours au Conseil d'État. Par contre, il est clair que les MENA déboutés de leur demande d'asile mais en recours au Conseil d'État (mais on maintient la notion d'ordre de reconduire, voir ci-après) peuvent bien en revendiquer l'application ; une clarification bien utile puisque la pratique a varié par le passé.

Pour les MENA n'ayant pas introduit de demande d'asile, elle s'applique systématiquement, sauf les exclusions (limitativement énumérées), à savoir :

- les victimes de la traite des êtres humains donc la procédure est encore pendante et qui sont visées par une autre circulaire) ;
- ceux qui sont en procédure de tutelle civile ou d'adoption ; eu égard au fait qu'il est précisé qu'il s'agit de mineurs disposant d'une ASP (autorisation de séjour provisoire) en vue d'une tutelle ou d'une adoption, ceci n'est que logique ; il ne s'agit d'ailleurs pas de MENA au sens strict puisqu'ils ont un document de séjour temporaire ; ces personnes deviennent MENA si la procédure en question n'a pas abouti et que leur ASP n'a pas été prolongée. Cependant, un MENA, arrivé ici sans visa ni ASP, sera concerné par cette procédure même si, en cours de route, une procédure d'adoption ou de tutelle est entamée, pour peu qu'il ne se soit pas vu délivrer un titre de séjour provisoire sur cette base là.

3. Quelques regrets

Outre l'absence de concertation, force est de constater qu'il n'y a pas eu de consultation du Con-

seil d'État. Ce n'est sans doute pas obligatoire mais la qualité du texte y aurait certainement gagné.

Alors que la note du 1^{er} mars 2002 voulait établir, selon ses propres termes, un système de protection, la circulaire ne fait plus allusion à cette notion. Elle n'a pas de visée de protection en tant que telle (même si ça devrait être sous-jacent à la notion d'intérêt de l'enfant – voir l'éditorial de ce numéro).

Il s'agit seulement d'une circulaire, dont la valeur réglementaire risque de se poser, et pas d'une loi.

Le texte maintient un très large pouvoir d'appréciation, par définition discrétionnaire (arbitraire ?) à l'Office des étrangers ainsi que la distinction entre le séjour accordé sur la base de cette circulaire et le séjour sur la base de l'article 9 al. 3 de la loi de 1980. Cette distinction n'a pas beaucoup de sens. La circulaire doit nécessairement avoir une base légale. Celle-ci apparaît justement être l'article 9 de la loi qui permet au Ministre de l'Intérieur (ou son délégué) d'autoriser à séjourner quiconque se trouve sur le territoire, alors même qu'il n'aurait pas de droit au séjour.

Il est regrettable que la circulaire ne prévoise pas de modifications par rapport à la note interne en ce qui concerne la notion de «*solution durable*» et que l'octroi d'une autorisation de séjour illimité en Belgique n'intervienne qu'en troisième point, après le regroupement familial et le retour au pays d'origine ou dans un pays dans lequel il est autorisé à séjourner. Il est juste précisé que cette solution durable est déterminée après examen par l'OE de l'ensemble des éléments du dossier du MENA, ce qui signifie que la question de la solution durable fera l'objet d'une évaluation au cas par cas. Il est à espérer que le Bureau MENA fera adéquatement la balance des droits et des intérêts du mineur.

4. Principales critiques

4.1. Il n'est pas mis fin à la détentio

Les MENA détenus à la frontière ne sont pas visés par cette circulaire dont le but n'est sans doute pas de régler cette question. Cependant, la circulaire affirme clairement que des MENA qui ne réunissent pas les conditions d'entrée peuvent y être autorisés. Il n'est pas clair à quelles conditions cette autorisation sera donnée ni si ça peut viser tant les demandeurs que les non demandeurs d'asile.

C'est bien la preuve que la détention est une faculté mais pas une obligation (donc, pourquoi la maintenir en invoquant par ailleurs l'intérêt supérieur de l'enfant ?) et que les autorités peuvent décider que certains MENA sont autorisés à rentrer alors que d'autres ne le seraient pas. Nul ne sait quels critères sont utilisés pour accepter ou refuser l'entrée sans tomber dans des mesures de discrimination, ni si la distinction repose sur le fait d'avoir ou non introduit une demande d'asile (on peut douter que le motif soit considéré comme suffisant pour justifier une telle différence de traitement).

4.2. La longueur de la procédure est bien trop importante

La circulaire maintient la procédure en deux phases qui au total prend au moins trois ans et demi. C'est beaucoup trop long. Un mineur de plus de 14 ans et demi qui arrive sur le territoire n'aura donc pratiquement pas de chance d'arriver à ses 18 ans avec un titre de séjour définitif. Dans bien des cas, on sait beaucoup plus tôt que la solution durable doit passer par l'octroi d'une autorisation de séjour en Belgique. Il ne faut pas oublier que pendant tout ce temps, le mineur est dans l'incertitude ce qui cause du stress et du découragement.

4.3. L'absence de critères clairs

L'octroi d'une déclaration d'arrivée ou d'un CIRE (certificat d'inscription au registre des étrangers) et le renouvellement de ces documents, font l'objet de décisions discrétionnaires de la part de l'Office. Faute de prévoir un droit au séjour temporaire, il tombe facilement dans l'arbitraire

ou dans la subjectivité du fonctionnaire qui traite le dossier. Le Bureau MENA décide en effet au cas par cas, selon certains critères définis de manière non limitative dans la circulaire («*notamment*»), à savoir la connaissance d'une des trois langues nationales, la preuve d'une scolarité régulière, la situation familiale du MENA, tout autre élément spécifique lié à la situation du MENA. La «bonne collaboration» du jeune avec le Bureau MENA prévue dans la note interne a heureusement été supprimée dans la circulaire.

Il eut fallu prévoir qu'un titre de séjour temporaire (et pas une déclaration d'arrivée qui n'est pas un document de séjour) est octroyé à tous les MENA tant qu'aucune solution durable n'a pu être mise en œuvre. C'est la seule option si on veut éviter l'arbitraire et dans une perspective de protection. La délivrance d'un titre de séjour est d'ailleurs un élément qui participe à la protection du mineur. On sait que ceux qui ne possèdent pas un tel document sont beaucoup plus vulnérables.

4.4. l'interdiction d'introduire deux procédures à la fois

Selon la nouvelle circulaire, un MENA qui fait une demande de régularisation de séjour sur la base de l'article 9 alinéa 3 et séjournant illégalement sur le territoire (pendant cette demande de régularisation, l'intéressé ne reçoit aucun titre de séjour) ne peut donc pas demander l'application de la nouvelle circulaire ! Il ne pourra demander le bénéfice des dispositions de cette circulaire qu'après qu'une décision négative à sa demande de 9 alinéa 3 a été prise.

En bref, la circulaire ne s'applique qu'aux MENA qui séjournent illégalement sur le territoire ET qui n'ont pas introduit une autre procédure.

La circulaire prévoit ensuite que le tuteur et/ou l'avocat du mineur ne pourront introduire au nom de celui-ci qu'une seule procédure à la fois... Or, il est parfois dans l'intérêt du mineur d'introduire

deux procédures en même temps, par exemple:

- lors d'une demande d'asile qui dure (le mineur est en Belgique depuis plusieurs années, il y est parfaitement intégré, il n'a plus aucun contact avec sa famille d'origine, il suit une scolarité exemplaire, motifs médicaux, situation de guerre nouvelle dans son pays...), il est parfois justifié d'introduire une demande d'autorisation de séjour sur base de l'article 9 alinéa 3 de la loi du 15/12/1980, et ce, avant la fin de la procédure d'asile;
- Lors de la procédure d'asile (qui n'est pas encore clôturée), il apparaît que le mineur remplit les conditions pour bénéficier du regroupement familial;
- Une demande d'application de la nouvelle circulaire a été introduite et il apparaît un peu plus tard que le mineur remplit différents critères qui justifierait qu'il introduise une demande d'autorisation de séjour sur base de l'article 9 alinéa 3 de la loi du 15/12/1980.

4.4. La délivrance d'un ordre de reconduire

La circulaire maintient la possibilité de délivrer un ordre de reconduire alors même que le tuteur n'a pas encore eu l'occasion de formuler des propositions en matière de solution durable. Il s'agit donc pour l'Office de préjuger de la solution puisqu'il demande déjà au tuteur de procéder au rapatriement du mineur. Il faut absolument qu'il soit mis fin à ces pratiques administratives inutilement inquiétantes pour les jeunes.

4.5. La production d'un passeport

Si on peut comprendre qu'il est préférable que les MENA disposent d'un passeport, en faire une condition très stricte (les dérogations sont présentées comme exceptionnelles) va rendre la situation extrêmement difficile pour la plupart des MENA. D'expérience, l'obtention d'un passeport pose de nombreux problèmes. Certaines ambassades refusent purement et simplement de le

délivrer (notamment en considérant que la personne qui a quitté le pays sans respecter les formalités requises porte atteinte à l'image du pays); d'autres vont exiger la production d'un acte de naissance impossible à produire; le coût et la durée de la procédure d'obtention constituent autant d'obstacles. Bien sûr, il est demandé au tuteur de faire les démarches en vue de solliciter un tel passeport mais toutes les ambassades ne sont pas disposées à formuler une preuve du refus. À moins de considérer cette condition de manière très souple, cette disposition, met à mal, à elle seule, l'ensemble du dispositif.

4.6. La situation des MENA quand ils atteignent 18 ans

Si pour le reste, la circulaire est grandement conforme à la pratique qui prévalait au bureau MENA de la direction Accès et séjour, cela ne semble pas être le cas pour les mineurs qui atteignent 18 ans.

La pratique veut qu'aujourd'hui, si le MENA bénéficie d'un séjour provisoire au moment où il atteint 18 ans, le bureau long séjour applique les conditions de renouvellement du document de séjour précisées par le bureau MENA. On peut espérer que cette pratique se poursuive à l'avenir mais la circulaire n'offre aucune garantie à cet égard. Vu la longueur de la procédure (dénoncée ci-dessus), nombre de MENA résidant pourtant depuis un certain temps sur le territoire risquent de perdre tout droit au séjour quand ils atteignent 18 ans. Ici aussi, cela crée une incertitude préjudiciable à leur intégration.

5. Remarques complémentaires

Pour la définition du MENA, il eut été préférable de faire référence à la loi tutelle. En effet, la circulaire mentionne les personnes qui déclarent être mineures ou qui paraissent mineures. On lit plus loin dans la circulaire qu'elle ne sera pas applicable aux jeunes dont la minorité déclarée est contestée par un test médical; cependant, il est précisé par ailleurs que l'intervention de l'Of-

fice ne débute qu'une fois qu'il a reçu la notification du Service des tutelles qui atteste que le jeune est bien mineur

Alors qu'auparavant les choses semblaient claires, la circulaire ne précise pas qui traite les demandes introduites sur pied de l'article 9.3 de la loi du 15 décembre 1980. Il serait regrettable que ce ne soit pas le bureau MENA qui, par définition, est plus sensibilisé à la situation de ces jeunes que tout autre bureau de l'Office.

Enfin, notons que toute la procédure ne se met en route qu'à la demande écrite du tuteur. Or, certains MENA n'ont pas de tuteur ou ne se sont vus désigner un tuteur que très tardivement. Il s'agissait sans doute d'un problème lié à la nouveauté de la loi et la nécessité de recruter des tuteurs. Rien ne garantit cependant que ce problème ne se reproduise en cas de pénurie des tuteurs. En pareille hypothèse, le mineur est sanctionné (et le retard de la mise en œuvre de cette procédure peu être extrêmement préjudiciable pour ses perspectives d'avenir) pour un élément sur lequel il n'a aucune prise et dont il n'est aucunement responsable. La circulaire aurait du prévoir que la procédure peut être introduite par l'avocat du mineur, en tant que représentant de son client.

6. Conclusions

Cette circulaire était attendue, c'est peu dire. Elle clarifie certaines choses et c'est bien. Il faut essentiellement regretter que l'ensemble du dispositif n'ait pas été remis sur le tapis et qu'un véritable statut du MENA ait été adopté. C'est donc une occasion manquée. Mais cette circulaire constitue peut être un pas vers ce statut qui devra alors être coulé dans un texte ayant une valeur juridique plus importante: une loi.

En attendant, il conviendra surtout d'être vigilants quant à son application.