

Civ. Bruxelles (référé) - 13 janvier 2006

Droit des étrangers - Demande de délivrance de documents de séjour - MENA - Référé - Droit subjectif - Compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire - Urgence - provisoire - Articles 2 alinéa 2, 3, 9, 10, 12 et 20 de la CIDE - Articles 3 et 8 de la CEDH - Circulaire du 15 septembre 2005 - Solution durable - Octroi d'un CIRE temporaire et renouvelable dans l'attente d'une solution durable et conforme à l'intérêt du MENA dans le respect de ses droits fondamentaux

La circonstance qu'un recours à l'encontre de la décision d'irrecevabilité (d'une demande de régularisation) est possible devant le Conseil d'État n'est pas évasive de la compétence du juge judiciaire.

Le droit subjectif au respect de l'article 3 CEDH ne constitue pas un droit dérivé qui supposerait que soit acquis au préalable le droit au séjour régulier sur le territoire; qu'il s'agit au contraire d'un droit dont le respect s'impose de manière absolue aux États contractants et qui bénéficie à toute personne se trouvant sous leur juridiction, indépendamment de sa nationalité ou de la régularité de sa situation administrative. Le droit fondamental au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH est également un droit subjectif de tout être humain.

Le retour du MENA dans son pays d'origine ou de résidence risquerait de le mettre dans une situation matérielle, physique et morale très précaire et de lui infliger des conditions de vie peu décentes, dans la mesure où il ne paraît pas établi qu'un adulte pourrait le prendre en charge alors qu'en Belgique, il vit avec sa sœur - dont la qualité de réfugié a été reconnue - qui lui assure un encadrement adapté et propice à son équilibre. Le renvoi du MENA dans son pays d'origine ou de résidence, même à titre temporaire, aurait également pour effet de l'éloigner de sa sœur avec qui il a recréé une cellule familiale. Les relations que le MENA entretient actuellement avec sa sœur constituent l'expression d'une vie familiale. Obliger le MENA à retourner dans son pays d'origine paraît contraire aux articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'aux dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant (l'intérêt supérieur de celui-ci ne paraissant pas être rencontré). Exiger le retour du MENA dans son pays d'origine sans s'être assuré qu'il y ferait l'objet d'une prise en charge effective et durable paraît également contraire à la circulaire du 15 septembre 2005 relative au séjour des mineurs étrangers non accompagnés.

Commentaire de Charlotte Van Zeebroeck

En cause: Mr. K. M. et Mr. R.C. agissant tant en son nom qu'en sa qualité de représentant légal de M. K.M c/. L'État Belge, représenté par le Ministre de l'Intérieur(...)

Objet de la demande

La demande tend, sous le bénéfice de l'urgence à:

À titre principal:

faire interdiction à l'État belge de procéder à l'expulsion du M. K. Sous peine d'une astreinte unique et forfaitaire de 25.000 EUR en cas d'expulsion ou de rapatriement forcé;

enjoindre à l'État belge de donner instruction à l'administration communale de la ville de Bruxelles afin de délivrer à M. K. un CIRE, et ce, dans les huit jours qui suivront la signification de l'ordonnance à intervenir sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour de retard;

À titre subsidiaire :

faire interdiction à l'état belge de procéder à l'expulsion de M. K. sous peine d'une astreinte unique et forfaitaire

de 25.000 EUR en cas d'expulsion ou de rapatriement forcé;

condamner l'État belge à donner les instructions à l'administration communale de la ville de Bruxelles afin de délivrer un CIRE de durée temporaire et renouvelable tant qu'une solution durable conforme à la dignité humaine et à l'intérêt supérieur de l'enfant n'aura pas été trouvée, et ce, dans les huit jours de la signification de l'ordonnance à intervenir sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour de retard;

À titre plus subsidiaire encore:

faire interdiction à l'État belge de procéder à l'expulsion de M. K., sous peine d'une astreinte unique et forfaitaire de 25.000 EUR en cas d'expulsion ou de rapatriement forcé;

condamner l'État belge à donner les instructions à l'administration communale de la ville de Bruxelles afin

de délivrer une déclaration d'arrivée, laquelle sera prorogable trimestriellement tant qu'une solution durable conforme à la dignité humaine et à l'intérêt supérieur de l'enfant n'aura pas été trouvée, et ce dans les huit jours de la signification de l'ordonnance à intervenir sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour de retard;

À titre infiniment subsidiaire:

faire interdiction à l'État belge de procéder à l'expulsion de M. K. sous peine d'une astreinte unique et forfaitaire de 25 000 EUR en cas d'expulsion ou de rapatriement forcé;

condamner l'État belge à donner les instructions à l'administration communale de la ville de Bruxelles afin de proroger l'ordre de reconduire tant qu'une solution durable conforme à la dignité humaine et à l'intérêt supérieur de l'enfant n'aura pas été trouvée, et ce dans les huit jours de la signification de l'ordonnance à intervenir sous peine d'une astreinte de 1.000 EUR par jour de retard;

Les demandeurs sollicitent également que soit accordé à M. K. le bénéfice de l'assistance judiciaire en désignant un huissier de justice qui prêtera gratuitement son ministère en vue de procéder à la signification de l'ordonnance à intervenir ainsi qu'aux voies d'exécution nécessaires;

Les faits

M.K., de nationalité guinéenne est né à Dakar (Sénégal), le (...); ses parents qui vivaient à Conakry (Guinée), sont décédés dans un accident de voiture en 1998;

Il déclare être arrivé en Belgique le 25 juillet 2004; il était dépourvu de tout document d'identité et a rejoint sa sœur, alors demandeuse d'asile; avant son départ pour la Belgique, M. K. vivait avec sa grand-mère au Sénégal ;

Le 27 juillet 2004. il a introduit une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié;

Le 30 novembre 2004, l'Office des étrangers est informé de la désignation du second demandeur, M.R., en sa qualité de tuteur de M. K.;

Le 20 décembre 2004; M.K. a été auditionné en présence de sa sœur et de son tuteur; Le même jour, l'Office des étrangers a pris une décision de refus de séjour avec ordre de reconduire dans les 30 jours notifié à son tuteur (annexes 38);

Un recours urgent a été introduit le 21 décembre 2004;

Le 20 janvier 2005, M. K. a renoncé à sa demande d'asile;

Suite aux démarches effectués par M.R. auprès de la cellule MENA, l'ordre de reconduire (annexe 38) a été prolongé jusqu'au 15 juillet 2005; Des instructions en ce sens ont été données par l'Office des étrangers le 24 janvier 2005;

Le 25 février 2005. M.K. a introduit une demande de régularisation du séjour fondée sur l'article 9 alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980;

Par courrier du 15 juillet 2005. le conseil de M.K. a demandé la prorogation de l'annexe 38; Cette demande a été réitérée par son tuteur le 5 août 2005;

Le 23 septembre 2005. une décision d'irrecevabilité de l'autorisation de séjour a été prise et l'annexe 38 a été prorogée jusqu'au 23 octobre 2005; Ces décisions ont été notifiées le 30 septembre 2005;

Actuellement, M. K. est étudiant à l'institut (...) en 3^{ème} humanités; il vit avec sa sœur qui s'est vu reconnaître la qualité de réfugié par décision du 25 mai 2005;

Discussion

Quant à la juridiction des tribunaux de l'ordre judiciaire

Attendu que l'État belge fait valoir que les tribunaux de l'ordre judiciaire seraient sans juridiction pour connaître de la demande, celle-ci ayant pour objet véritable l'obtention d'une autorisation de séjour sur le territoire belge;

Qu'il souligne que M.K. ne peut en l'espèce prétendre à un droit subjectif au séjour, l'administration exerçant une compétence discrétionnaire lorsqu'elle statue en application de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980; que dans ces conditions, seul le Conseil d'État serait compétent pour statuer sur la demande;

Qu'il considère, par ailleurs que M.K. ne démontre pas qu'il pourrait être soumis à un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la CEDH ou encore à une violation des droits garantis par l'article 8 de ladite Convention, en cas de retour ou Sénégal;

Attendu que M.K. a soutient, quant à lui, que l'objet véritable de son recours est la sauvegarde de ses droits subjectifs garantis par les articles 3 et 8 de la CEDH et 2.3.9,10,12 et 20 de la CIDE et 23 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques;

Attendu que c'est effectivement l'objet véritable du recours qui sert de critère pour déterminer la compétence respective du Conseil d'État et des Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (Lewalle, La place de la justice administrative in Le Conseil d'État cinquante ans après sa création, Bruylant 99, p. 186)

Que la circonstance qu'un recours à l'encontre de la décision d'irrecevabilité est possible devant le Conseil d'État n'est pas évasive de la compétence du juge judiciaire; Qu'en effet, "la loi du 19 juillet 1991 créant le référé administratif et confiant au Conseil d'État la compétence exclusive d'ordonner la suspension d'un acte ou d'un règlement d'une autorité administrative qui est susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14 des lois coordonnées du Conseil d'État n'a pas supprimé le principe constitutionnel attribuant aux Cours et tribunaux la compétence pour connaître d'une contestation relative à des droits subjectifs " (Cass. 25 avril 1990, Pas. 90,I,387);

Attendu que si le critère de la compétence lié permet effectivement de déterminer s'il existe ou non un droit subjectif dans le chef de l'administré, il n'en découle pas pour autant que lorsqu'une contestation met en cause un pouvoir discrétionnaire de l'administration, aucun droit subjectif ne pourrait être invoqué, un droit subjectif pouvant dans cette hypothèse exister de facto, à raison de la nature même du droit en cause (Voir P. I-Levert, L'intervention du juge des référés dans le droit administratif, in Le Référé judiciaire, éd. JB de Bx1 2003, p. 382; voy. également Cass. 4 mars 2004, RG

C.030448.N: “le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour indemniser une atteinte irrégulière portée à un droit subjectif par l'administration dans l'exercice de sa compétence non liée»).

Attendu que tel est le cas du droit à ne pas être soumis à un traitement inhumain et dégradant consacré par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme; Qu'en effet, le droit subjectif au respect de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme “ne constitue pas un droit dérivé qui supposerait que soit acquis au préalable le droit au séjour régulier sur le territoire; qu'il s'agit au contraire d'un droit dont le respect s'impose de manière absolue aux États contractants et qui bénéficie à toute personne se trouvant sous leur juridiction, indépendamment de sa nationalité ou de la régularité de sa situation administrative” (Bx1 4 mai 1999 en cause de Swahla Assam/E.B., 1998/KR/531 inédit dossier des demandeurs, pièce B 1.2):

Que le droit fondamental au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH est également un droit subjectif de tout être humain {Civ. Bruxelles, réf., 26 octobre 1998, RDE, p.583; Civ. Bruxelles, réf., 30 septembre 1998 RDE, 1998, p.597}

Que la contestation portée devant le tribunal constitue dès lors bien une contestation portant sur les droits civils de ceux-ci, contestation qui est de la compétence du juge des référés, l'examen partant sur la réalité des violations même de ces droits relevant de l'examen du fondement même de la demande;

Quant à l'urgence

Attendu que l'État belge estime que l'urgence est due à l'inertie de M.K. qui serait à l'origine de la situation qu'il dénonce dans la mesure où il n'a pas procédé par la voie légale afin d'obtenir au départ de son pays de résidence une autorisation de séjour sur le territoire belge;

Attendu que le séjour de M.K. est irrégulier depuis le 20 décembre 2004, date à laquelle l'Office des étrangers a pris une décision de refus de séjour;

Que toutefois, l'urgence, découlant de la situation précaire de M.K., n'est apparue que lors de la notification de la décision d'irrecevabilité puisqu'avant celle-ci l'ordre de reconduire avait été prorogé dans l'attente de ladite décision;

Que depuis la notification de la décision d'irrecevabilité, M.K. se trouve en situation irrégulière et est tenu de quitter le territoire ;

Que l'allégation selon laquelle un rapatriement de M. K. vers son pays de résidence serait de nature à lui causer un préjudice grave ne paraît pas dépourvue de vraisemblance (voir développements qui vont suivre)

Que le délai mis par les demandeurs pour introduire la présente action, soit 17 jours plus tard, ne paraît pas excessif et de nature à dénier l'urgence;

Que l'urgence alléguée paraît, dès lors, établie.

Quant au provisoire

Attendu que l'État belge estime que la demande excède les limites du provisoire dans la mesure où elle tend à

l'obtention d'un titre de séjour, ce qui aurait pour effet de créer des conséquences irréversibles en droit;

Attendu que la précision légale, contenue à l'article 584 al. 1 du Code judiciaire, selon laquelle le juge des référés statue au provisoire a pour unique portée que sa décision n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'égard du juge du fond qui ne sera pas lié par ce qu'aura décidé le juge des référés (J. Englebert, Le référé judiciaire, Principes et questions de procédure, in. Le référé judiciaire, Ed. Jeunes Barreau de Bruxelles 2003, p. 5)

Que le juge des référés ne peut, dès lors, rendre une ordonnance dont le dispositif serait déclaratif ou constitutif de droit ou qui aurait pour effet de modifier définitivement la situation juridique des parties (Cass. 25 nov. 1996, Pas, 96, I, 454) ou de créer un préjudice définitif et irréparable à une partie (Cass. 9 sept. 82, Pas. 1983, I, 48);

Que tel n'est pas le cas de la demande formulée par M.K., ce dernier sollicitant la délivrance d'un titre provisoire de séjour;

Quant à l'apparence de droit

Attendu que M. K. invoque à l'appui de sa demande, les articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prohibe les traitements inhumains et dégradants et garantit le droit au respect de la vie familiale ainsi que les articles 2, 8, 9, 10 et 16 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui imposent aux autorités de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, les articles 23 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la loi programme du 24 décembre 2002 ainsi que la circulaire du 15 septembre 2005 relative au séjour des mineurs étrangers non accompagnés;

Qu'il estime que s'il devait être contraint de retourner dans son pays, il risquerait de se retrouver seul, sans famille ou adulte pour le prendre en charge; Qu'il ajoute qu'il serait, par ailleurs, séparé de sa sœur avec qui il a recréé une cellule familiale en Belgique;

Attendu qu'il résulte du dossier produit et des informations données par le tuteur à l'audience que la grand-mère de M.K., avec qui il vivait précédemment à Dakar, aurait déménagé vers la Casamance (Sénégal); Que plusieurs messages Tracing de la Croix-Rouge ont été envoyés par les demandeurs sans qu'une réponse n'ait pu être donnée quant à sa localisation exacte; Que M.K. est dès lors sans nouvelle de sa grand-mère depuis son arrivée en Belgique et ignore où cette dernière se trouve effectivement;

Qu'il n'existe, dès lors, aucune assurance que M.K. serait effectivement pris en charge par sa grand-mère s'il était reconduit au Sénégal

Qu'il n'a, par ailleurs, aucune famille connue dans son pays d'origine (la Guinée);

Qu'il semble donc que le retour de M. K., mineur d'âge, dans son pays d'origine ou de résidence risquerait de le mettre dans une situation matérielle, physique et morale très précaire et de lui infliger des conditions de vie peu décentes, dans la mesure où il ne paraît pas établi qu'un adulte pourrait le prendre en charge alors qu'en Belgique, il vit avec sa sœur - dont la qualité de réfugié

a été reconnue - qui lui assure un encadrement adapté et propice à son équilibre;

Que le renvoi de M.K. dans son pays d'origine ou de résidence, même à titre temporaire, aurait également pour effet de l'éloigner de sa sœur avec qui il a recréé une cellule familiale;

Qu'à cet égard, s'il est exact que M.K. vivait précédemment avec sa grand-mère au Sénégal, il est actuellement - comme relevé ci-avant - sans nouvelle de celle-ci et vit depuis près d'un an et demi avec sa sœur en Belgique qui assume sa prise en charge; Que les relations que M. K. entretient actuellement avec sa sœur constituent l'expression d'une vie familiale;

Attendu qu'il ressort des développements qui précèdent qu'obliger M.K. à retourner dans son pays d'origine paraît contraire aux articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'aux dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant (l'intérêt supérieur de celui-ci ne paraissant pas être rencontré);

Qu'exiger le retour de M. K. dans son pays d'origine sans s'être assuré qu'il y ferait l'objet d'une prise en charge effective et durable paraît également contraire à la circulaire du 15 septembre 2005 relative au séjour des mineurs étrangers non accompagnés qui dispose que le Bureau Mineurs de la Direction Accès et Séjour "(.) est habilité à trouver une solution durable (voir point I.b) à tout Mena 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."; Par solution durable, on entend: (...) le retour dans le pays d'origine ou dans le pays dans lequel il est autorisé au admis au séjour moyennant des garanties quant à un accueil et une prise en charge approprié du MENA, 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 (...);

Que la demande de M.K. apparaît dès lors fondée en son principe;

Attendu qu'il résulte de la circulaire du 15 septembre 2005 relative au séjour des mineurs étrangers non accompagné;

Que dans l'attente d'une solution durable, le bureau mineur peut (après 6 mois) notamment délivrer au Mineur étranger non accompagné un titre de séjour temporaire, soit un C.I.R.E. temporaire;

Qu'il convient donc de faire droit à la demande formulée à titre subsidiaire par M.K. en ordonnant à l'État belge de donner instruction à l'administration communale de la Ville de Bruxelles de délivrer un CIRE temporaire et renouvelable sur base des critères définis par la circulaire du 15 septembre 2005 dans l'attente d'une solution durable et conforme à son intérêt dans le respect de ses droits fondamentaux;

Que par ailleurs, le contexte du litige, la situation précaire et l'état de minorité de M.K. justifient de faire droit à la demande d'astreinte dans les limites du présent dispositif;

Assistance judiciaire

Attendu qu'il y a lieu de faire droit à la demande d'assistance judiciaire, M.K. se trouvant dans les conditions légales pour en bénéficier;

Par ces Motifs,

(...)

Statuant ou provisoire, contradictoirement;

(...);

Vu l'urgence;

Déclarons la demande recevable et fondée dans les limites ci-après :

Faisons interdiction à l'État belge de procéder à l'expulsion de M. K.;

Ordonnons à l'État belge de donner les instructions à l'administration communale de La Ville de Bruxelles de délivrer un CIRE temporaire et renouvelable dans l'attente d'une solution durable et conforme à son intérêt dans le respect de ses droits fondamentaux et ce, dans les 8 jours de la signification de la présente ordonnance;

Condamnons l'État belge au paiement d'une astreinte de 250 euros par jour de retard en cas de non exécution de la présente ordonnance;

Accordons le bénéfice de l'assistance judiciaire à M. K. en vue de procéder à la signification de la présente ordonnance et aux actes d'exécution qui s'avèreraient nécessaires;

Désignons à cette fin Me Mues, huissier de justice, (...), qui lui prêtera gratuitement son ministère;

(...)

Sièg.: M. Magerman

Plaid.: Me. P. Hubert et Me. Laheyne loco Me. E Derriks

Commentaire

par Charlotte Van Zeebroeck

Le référé judiciaire est de plus en plus utilisé ces derniers temps dans le contentieux étranger. Dans la majorité des cas, les actions en référé tendent à faire condamner l'État belge à délivrer un document de séjour provisoire, l'Office des étrangers tardant à ou restant en défaut de le faire.

Voici cependant une des premières décisions relatives à un mineur étranger non accompagné (MENA). Un peu étonnant à première vue car les dossiers de séjour des MENA sont traités par un bureau spécifique à l'Office des étrangers, le Bureau Mineurs de la Direction Accès et séjour (ci-après le «*Bureau MENA*») sur la base d'une circulaire récente du 15 septembre 2005 relative au séjour des MENA qui permet à un mineur de se voir octroyer des documents de séjour dans l'attente qu'une solution durable soit trouvée dans son intérêt (une déclaration d'arrivée ou la prolongation d'un ordre de reconduire dans un premier temps pendant six mois, un CIRE provisoire ensuite pendant trois ans et enfin un CIRE définitif).

Avant l'entrée en vigueur de cette circulaire, le mineur, pour qui aucune solution durable n'avait encore été trouvée dans le pays d'origine, se voyait assez facilement délivrer un CIRE provisoire. Il lui suffisait ensuite de prouver son intégration, la connaissance du français ou du néerlandais et ses bons résultats scolaires pour voir son CIRE devenir définitif.

Mais depuis que la circulaire prévoit que l'octroi d'un CIRE provisoire est conditionné au fait de posséder un passeport national (à demander à l'ambassade du pays dont le mineur est ressortissant), l'obtention de ce document de séjour si précieux n'est plus du tout aussi aisée...et c'est peut-être en méconnaissant ce paramètre que de nombreux mineurs (sous les conseils de leur tuteur ou de leur avocat ou sous la pression de l'Office des étrangers) font l'erreur de renoncer à leur procédure d'asile initialement introduite en arrivant en Belgique (voir ci-dessous).

Les ambassades délivrent difficilement un passeport national, surtout à des mineurs, qui de surcroît ont introduit une demande d'asile ! Elles demandent des documents que bien souvent les MENA n'ont pas, tels qu'une carte d'identité nationale, un document attestant de sa nationalité ou un acte de naissance. Le coût d'un passeport dans certaines ambassades (jusqu'à 300 EUR à l'ambassade du Congo) constitue également un frein énorme à son obtention. On ne connaît à ce jour aucun cas exceptionnel reconnu par le Bureau MENA permettant de déroger à l'exigence de la présentation du passeport (cette dérogation étant prévue par la circulaire). Une attestation de refus de délivrer un passeport de l'ambassade même n'a pas suffi !

Cette action en référé afin de faire condamner l'Office des étrangers à délivrer un document de séjour à un MENA qui paraissait à première vue étonnante, vu la procédure spécifique de séjour prévue pour les MENA,

risque de devenir monnaie courante...et ce, dès que le Bureau MENA refusera d'octroyer un CIRE, justifiant son refus par la non possession d'un passeport.

Mais revenons au cas qui nous occupe.

Dans le cas d'espèce, on ignore s'il a été mis fin à la prorogation de l'ordre de reconduire au motif que le mineur ne produisait pas de passeport. Ceci dit, le mineur s'est retrouvé du jour au lendemain sans aucun document de séjour, et donc en séjour illégal sur le territoire... alors que la solution durable consistant en un séjour en Belgique paraissait dans ce cas-ci plutôt évidente. À ce titre, relevons les éléments qui font plutôt pencher la balance vers un droit de séjour en Belgique plutôt que vers un retour au pays d'origine : absence de famille connue dans le pays d'origine, parents décédés, le seul membre de la famille résidant dans un pays voisin restant introuvable, sœur reconnue réfugiée en Belgique, donc ayant un droit de séjour ici, hébergeant le mineur et le prenant en charge. À moins que le Bureau MENA ait pris des contacts avec des membres de la famille du mineur, dont il ignore lui-même l'existence, et que ceux-ci soient prêts à l'accueillir et à le prendre en charge, mais ce Bureau n'a rien invoqué de tout cela, se contentant de ne pas proroger un ordre de reconduire, celui-ci reprenant alors tous ses effets.

Concernant les faits: le mineur, âgé de 16 ans, est originaire de Guinée, et a vécu, après le décès de ses parents, chez sa grand-mère au Sénégal. Il est arrivé seul en Belgique, d'où sa qualité de MENA, venu rejoindre sa sœur, reconnue récemment réfugiée. Il a introduit une demande d'asile, à laquelle il a renoncé un mois après avoir introduit un recours urgent au CGRA. L'ordre de reconduire qui avait été notifiée à son tuteur a été, à la demande de celui-ci, prorogé jusqu'à la fin de l'année scolaire en cours. Une demande de régularisation de séjour basée sur l'article 9 alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 a ensuite été introduite. Celle-ci a été déclarée irrecevable...sept mois après (quelle rapidité !). L'ordre de reconduire a ensuite été prorogé d'un mois supplémentaire. Ensuite, le mineur s'est retrouvé sans documents. Le tuteur et le conseil du mineur ont alors trouvé opportun d'introduire une action en référé, basée sur l'article 584 du Code judiciaire.

Concernant la demande: l'action, qui tend à faire interdiction à l'État belge de procéder à l'expulsion du mineur et à le faire condamner à délivrer un document de séjour provisoire, est basée sur la violation des droits subjectifs garantis par les articles 3 (le droit à ne pas être soumis à un traitement inhumain et dégradant) et 8

(droit au respect de la vie privée) de la CEDH, par les articles 2 (principe de non discrimination), 3 (l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale), 9, 10, 12 et 20 de la CIDE et 23 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que par les dispositions de la loi tutelle et de la circulaire du 15 septembre 2005 relative au séjour des MENA.

Concernant la compétence du juge des référés : le tribunal a considéré qu'il était compétent pour examiner la demande, et ce malgré la possibilité pour le mineur d'introduire un recours au Conseil d'État contre la décision d'irrecevabilité de sa demande de régularisation. Le tribunal base sa compétence sur le fait que le mineur invoque la violation d'un droit subjectif et renvoie ainsi vers un arrêt de la Cour de cassation du 25 avril 1990 (Pas. 90, I, 387). Comme le rappelle Pascal Hubert dans son article paru récemment dans la Revue du droit des étrangers, «*la jurisprudence admet ainsi le cumul entre le référé administratif et le référé civil dont les objets ne se confondent pas. Il ne s'agit pas en effet d'obtenir la suspension d'une décision administrative (en l'occurrence la décisions d'irrecevabilité de la demande de régularisation), ce qui relèverait effectivement de la compétence exclusive du Conseil d'État, en vertu de l'article 17 des lois coordonnées, mais la protection de droits subjectifs qui seraient violés par ladite décision, ce qui, cette fois, relève de la compétence exclusive des juridictions de l'ordre judiciaire (article 144 de la Constitution)*» («*référé judiciaire ou administratif ? la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État vous répond*», R.D.E 2005, n° 134, p. 355).

Concernant l'exigence de l'urgence en référé: l'urgence, qui doit être invoquée en terme de citation, est une condition de fait laissée à l'appréciation du tribunal. Ici, le tribunal a estimé qu'avoir laissé écoulé 17 jours après la non prorogation de l'ordre de reconduire pour introduire l'action en référé ne paraissait pas excessif et a reconnu le caractère urgent de la demande, au sens de l'article 584 alinéa 1 du Code judiciaire («*il y a urgence dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable*» (Cass. 21 mai 1987, Pas. 1987, I, p. 1160; Cass. 13 septembre 1990, Pas. 1991, I, p. 41) en admettant qu'un rapatriement du mineur vers son pays de résidence serait, vu la situation du mineur, de nature à lui causer un préjudice grave.

Concernant l'exigence du provisoire en référé: le tribunal admet cette condition car le mineur ne demande que la condamnation de l'État belge à lui délivrer un document de séjour provisoire (et ce, en vertu de la circulaire du 15 septembre 2005 selon laquelle le mineur peut se voir octroyer ce type de documents). Le mineur ne sollicite donc nullement une régularisation définitive de son séjour (qui serait constitutive de droit) et limite sa demande jusqu'au jour où une solution durable et dans son intérêt est trouvée pour lui. La délivrance d'un CIRE provisoire constitue donc une mesure conservatoire qui aménage équitablement une solution d'attente (dans l'attente d'une solution durable) en vue d'éviter que des droits subjectifs ne soient irrémédiablement compromis.

Concernant la position du tribunal quant à l'apparence de droit: le juge des référés s'est donc déclaré compétent pour ordonner une mesure provisoire car il estimait qu'il y avait atteinte aux droits subjectifs suivants: les droits subjectifs garantis par les articles 3 (le droit à ne pas être soumis à un traitement inhumain et dégradant) et 8 (droit au respect de la vie privée) de la CEDH, ainsi que par les dispositions de la circulaire du 15 septembre 2005 relative au séjour des MENA selon lesquelles «*le Bureau MENA est habilité à trouver une solution durable à tout MENA se trouvant sur le territoire et doit veiller à ce que cette solution soit conforme à son intérêt supérieur et au respect de ses droits fondamentaux*». Le tribunal ne s'est malheureusement pas prononcé sur la violation des droits prévus aux articles 2, 3, 9, 10, 12 et 20 de la CIDE et 23 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi qu'aux dispositions de la loi tutelle.

Le tribunal déclare que les droits garantis par les articles 3 et 8 de la CEDH constituent des «*droits dont le respect s'impose de manière absolue aux États contractants et qui bénéficient à toute personne se trouvant sous leur juridiction, indépendamment de sa nationalité ou de la régularité de sa situation administrative*». Le tribunal considère, en analysant la situation du mineur, que celui-ci courrait un risque de préjudice grave en cas de rapatriement vers son pays de résidence. Risquant de se retrouver seul sans adultes ni famille pour le prendre en charge (absence d'autres membres connus de sa famille en Guinée et il s'est avéré, après une enquête par le service Tracing de la Croix-Rouge, que sa grand-mère résidant au Sénégal n'était pas localisable), le mineur risquerait de se retrouver dans une situation inhumaine et dégradante, contraire à l'article 3 de la CEDH. Le tribunal considère également que le mineur serait en outre, en cas de rapatriement, séparé de sa sœur avec qui il a créé une cellule familiale ici en Belgique et qui assume sa prise en charge. Le tribunal reconnaît ici le droit à la vie familiale consacré par l'article 8 de la CEDH. Un retour dans ces conditions serait par ailleurs contraire à la circulaire du 15 septembre 2005 relative au séjour des MENA qui prévoit que le Bureau MENA de l'Office des étrangers doit trouver une solution durable pour le mineur et veiller à ce que cette solution durable soit conforme à son intérêt supérieur et au respect de ses droits fondamentaux.

Le tribunal a interdit à l'État belge d'expulser le mineur et l'a condamné à délivrer un CIRE temporaire et renouvelable dans l'attente d'une solution durable et conforme à son intérêt, sous peine d'une astreinte de 250 EUR par jour de retard.

Avant de conclure, la question reste posée quant à la raison pour laquelle le mineur a renoncé à sa demande d'asile après avoir introduit un recours urgent au CGRA. Nous avons eu connaissance ces derniers temps de quelques cas pour lesquels le Bureau Mineurs de la Direction Asile de l'Office des étrangers incitait le mineur et/ou son tuteur à renoncer à sa demande d'asile ou refusait d'enregistrer la demande. Le mineur a pourtant le droit d'introduire une demande d'asile, à charge pour l'État belge de l'enregistrer et ensuite de l'examiner. Il a également le droit de poursuivre sa procédure d'asile aussi longtemps qu'il le souhaite, sans

subir la moindre pression externe le poussant à y renoncer. Si le mineur a de bonnes raisons de demander l'asile, il doit pouvoir poursuivre sa demande. Il est utile de rappeler que le statut de réfugié est plus favorable que le statut de régularisé. Il peut être tentant pour le tuteur de proposer au mineur de renoncer à sa demande d'asile et de demander ensuite l'application de la circulaire du 15 septembre 2005 afin de recevoir un document de séjour précaire, ensuite provisoire, enfin définitif (après minimum trois ans sous statut provisoire), mais comme il a été dit ci-dessus, l'octroi du CIRE provisoire étant lié à la condition de posséder un passeport, son obtention devient extrêmement difficile.

Conclusion

Le cas d'espèce est une belle situation dans laquelle le Bureau MENA de l'Office des étrangers, en délivrant un ordre de reconduire au tuteur, n'a clairement pas respecté sa propre circulaire qui prévoit qu'il doit trouver une solution durable pour le mineur qui soit conforme à son intérêt supérieur. En délivrant cet ordre de reconduire, on peut affirmer sans se tromper que le Bureau MENA envisageait la solution durable dans le pays d'origine du mineur, en Guinée, pays dans lequel il ne réside plus depuis plusieurs années, où ses parents sont décédés et où il n'a plus aucun membre de sa famille connu. Or, lorsqu'on lit les différentes solutions durables définies dans la circulaire, à savoir (1) le regroupement familial, (2) 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 MENA, en fonction de ses besoins déterminés par son âge et 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 et (3) l'autorisation de séjour illimité en Belgique, on ne retrouve nullement la délivrance d'un ordre de reconduire le mineur dans son pays d'origine sans garanties d'accueil ni de prise en charge appropriée...Le Bureau MENA, en délivrant un ordre de reconduire, est resté en défaut de motiver cet ordre en justifiant son choix de solution durable et en apportant la preuve que le mineur sera bien accueilli et pris en charge dans son pays par des membres de sa famille ou des institutions.

Le Bureau MENA n'a nullement effectué toutes les démarches pour garantir cet accueil et cette prise en charge approprié et a donc pris une décision illégale. C'est donc à juste titre que le juge des référés a estimé qu'en prenant cette décision, l'Office des étrangers avait violé des droits subjectifs qu'il fallait protéger et l'a condamné à octroyer un titre de séjour provisoire au mineur.

[Publié dans le « Journal du Droit des Jeunes » n° 252, février 2006, p. 32]