

Conseil d'Etat – 18 décembre 2014

(Arrêt n° 229.606 - A. 208.707/XI-19.657)

Mineur étranger non-accompagné (MENA) – Protocole d'accord entre le Service des tutelles et l'Office des étrangers – Ajouts à la loi sur la tutelle des mineurs non-accompagnés – Rôle du Service des tutelles des MENA – Rôle de la police pour réaliser le test d'âge, enregistrer le MENA, le convoquer – Présomption de majorité en cas d'absence à deux convocations.

Droit administratif – Circulaires réglementaires – Ajout à la réglementation existante – Règles nouvelles obligatoires – Obligation de consultation du Conseil d'Etat et de publication au Moniteur belge.

Association sans but lucratif – Intérêt à agir au Conseil d'Etat – Exigence d'un exposé formel sur l'intérêt à agir (non) – Conformité aux statuts.

Ont un caractère réglementaire les circulaires, instructions ou prescriptions générales qui ajoutent à la réglementation existante des règles nouvelles, présentant un certain degré de généralité, dès lors que leur auteur a l'intention de les rendre obligatoires et qu'il dispose des moyens pour forcer au respect de ces directives

Le protocole attaqué contient incontestablement des dispositions qui ajoutent à la réglementation existante. Le service des Tutelles des MENA doit procéder à l'identification des personnes étrangères se déclarant mineures, faire vérifier leur âge, coordonner les contacts avec les autorités compétentes et les prendre en charge dès qu'il est informé de leur présence. En cas de doute sur l'âge de l'intéressé, le service des Tutelles procède à un test médical.

Le protocole prévoit une augmentation des compétences de la police en la matière, lors de l'interception d'une personne étrangère se déclarant mineure (il permet au policier de ne plus prendre systématiquement contact téléphonique avec le service des tutelles ou de réaliser le test d'âge directement sur place, prévoir une convocation destinée à enregistrer les jeunes, fixe une limite dans le nombre de convocations lancées pour être enregistré et, surtout, prévoit qu'après 2 convocations auxquelles le jeune n'a pas donné suite, le service des tutelles prend immédiatement une décision de majorité). De telles modalités ajoutent clairement à la réglementation existante qui ne prévoit nullement une telle présomption de majorité.

Le protocole a le caractère obligatoire, impersonnel et général d'un acte réglementaire susceptible de régir un nombre indéterminé de situations concernant directement une certaine catégorie de citoyens, à savoir les «personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés non demandeurs d'asile signalés sur le territoire belge». Il est donc susceptible de recours puisqu'il aurait dû faire l'objet d'une publication. La consultation de la section de législation constitue une formalité qui, touchant à l'ordre public, revêt un caractère substantiel. Toute irrégularité commise à cet égard peut être invoquée et doit même, au besoin, être soulevée d'office.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne rend la recevabilité d'un recours tributaire d'un exposé formel qui, dans la requête en annulation, serait consacré à la démonstration de l'intérêt à agir. Les ASBL peuvent agir devant le Conseil d'Etat pour autant qu'elles justifient d'un intérêt direct, personnel et légitime, ainsi que de la qualité requise. Tel est le cas lorsqu'elles agissent dans

le but qu'elles se sont fixé dans leurs statuts et que ce but ne coïncide pas avec la défense de l'intérêt général ni avec l'intérêt personnel de leurs membres. Cette vérification se fait par l'analyse des statuts de l'association, les termes dans lesquels l'objet social est défini devant être suffisamment précis et spécifiques. Tel est le cas d'une association qui défend les droits fondamentaux d'un individu ou d'une collectivité, combat toute atteinte arbitraire à ceux-ci.

En cause : l'a.s.b.l. Ligue des Droits de l'Homme c./1. L'Etat belge, représenté par le Ministre de la Justice, 2. L'Etat belge, représenté par le Ministre de l'Intérieur

Vu la requête introduite le 30 avril 2013 par l'association sans but lucratif LIGUE DES DROITS DE L'HOMME qui poursuit l'annulation du «"protocole de collaboration relatif à l'enregistrement des personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés (MENA) non demandeurs d'asile signalés sur le territoire belge" [...] conclu entre le Directeur-général de l'Office des étrangers, le Directeur-général de Fedasil et le Directeur-général [...] de la Législation et des Libertés et des Droits Fondamentaux et aussi Président par intérim du SPF Justice»;

(...)

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Par un courrier du 4 avril 2012, le Délégué général aux droits de l'enfant a fait part à la ministre de la Justice de ses préoccupations quant à la situation des mineurs étrangers non accompagnés. Dans ce courrier, il précise entre autres que lorsqu'un mineur étranger non accompagné est signalé au service des Tutelles, celui-ci procède à son identification et à la désignation d'un tuteur mais que ces deux étapes prennent énormément de temps aboutissant à des conséquences négatives quant à la prise en charge de ces mineurs. Par un courrier du 20 avril 2012, il a transmis ses recommandations sur le sujet.
2. Le 4 mai 2012, le service d'Aide à la jeunesse de Bruxelles, le Délégué général aux droits de l'enfant et le service Droits des jeunes ont sollicité auprès de la ministre une entrevue afin d'examiner la problématique des mineurs étrangers non accompagnés.
3. Par un courrier du 9 mai 2012, la ministre de la Justice et la secrétaire d'État à l'Asile et la Migration, à l'Intégration sociale et à la Lutte contre la pauvreté ont réagi au premier courrier du 4 avril 2012.
4. L'acte attaqué est le «*protocole de collaboration relatif à l'enregistrement des personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés (MENA) non demandeurs d'asile signalés sur le territoire belge*», signé le 28 janvier 2013, à l'issue de la concertation entre les représentants de l'Office des étrangers, de Fedasil, du service des Tutelles, de la police fédérale, de la police de la zone d'Ostende et du cabinet de la secrétaire d'État à l'Asile et la Migration et à l'Intégration sociale. Il précise prendre effet le même jour.
5. Le 30 janvier 2013, le Conseiller chef de service du service des Tutelles auprès du Service Public fédéral Justice a informé la directrice générale de l'Aide à la jeunesse de la Communauté française que «*le mode de coopération des autorités fédérales dans la prise en charge des mineurs étrangers non accompagnés a[vait] été adapté*» et que ces adaptations concernaient «*la première phase, soit l'enregistrement, l'identification et le premier hébergement*». «*En vue de faciliter la coordination avec*

les services institutionnels ou privés de l'Aide à la jeunesse susceptibles d'intervenir au cours de cette première phrase», il l'a priée de transmettre aux services compétents de sa direction générale «et plus largement dans le secteur privé concerné», le message suivant :

« En application de l'article 6 du Chapitre VI "Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés" du Titre XIII de la loi-programme du 24/12/2002, le signalement communiqué au service des Tutelle[s] de jeunes paraissant ou déclarant relever du champ d'application de ladite loi-programme est simultanément communiqué aux autorités compétentes en matière d'asile, d'accès, de séjour et d'éloignement du territoire.

À partir du 1er février 2013, les autorités précitées convoqueront l'intéressé à se présenter dans les 48 heures à dater de son signalement afin de l'enregistrer (empreintes digitales et photo) et de l'identifier. Un test de détection de la tuberculose sera également réalisé. Si un doute est émis quant à son âge, il sera procédé le jour même au test prévu par l'article 7 de la loi-programme précitée, sinon endéans les 48 heures.

En cas de nécessité, un hébergement sera attribué le jour même.

En cas d'absence persistante après 2 convocations et, en cas de doute quant à son âge, le jeune sera considéré comme majeur et il sera mis fin à la prise en charge par le service des Tutelles.

En vertu des dispositions légales précitées et de la circulaire d'application, les fiches de signalement ne reprenant pas les informations prévues ne pourront être prises en considération.»;

Considérant que la partie adverse soulève une première fin de non-recevoir tirée de la tardiveté du recours; qu'en substance, elle rappelle que pour les actes qui, comme en l'espèce, ne doivent être ni publiés, ni notifiés, le délai de recours auprès du Conseil d'État est de soixante jours à dater de la prise de connaissance de l'acte attaqué ou à dater du moment où la partie requérante a raisonnablement dû en prendre connaissance, conteste que la partie requérante, active dans «le secteur des mineurs étrangers non accompagnés», ait pu ne prendre connaissance de l'acte attaqué, de manière informelle, qu'au début du mois de mars 2013, et détaille «les circonstances de fait» qui permettent, selon elle, d'établir que l'association requérante a eu une connaissance suffisante de l'acte attaqué «dès le début du mois de février», et en tout cas «depuis le 12 février 2013», ce qui a pour effet «de rendre irrémédiablement tardif le recours introduit par la requête du 30 avril 2013»; qu'elle précise que l'acte attaqué n'a pas fait l'objet d'une publication puisqu'elle estime qu'il est dépourvu de portée réglementaire dans la mesure où ce protocole vise «à améliorer la collaboration entre les différents services intervenant dans le cadre des mécanismes d'identification et de protection des mineurs étrangers identifiés comme MENA»;

Considérant qu'en vertu de l'article 4, § 1er, alinéa 3, du règlement général de procédure, les recours en annulation d'actes, de règlements ou de décisions administratives «sont prescrits soixante jours après [qu'ils] ont été publiés ou notifiés», lorsqu'ils doivent faire l'objet d'une telle publication ou notification; qu'en l'espèce, les parties qualifient différemment le protocole attaqué, la requérante y voyant un acte réglementaire qui devait être publié, la partie adverse y voyant une simple mise en oeuvre d'une collaboration et d'une coordination efficaces «entre les administrations qui sont concernées par la problématique des personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés non demandeurs d'asile», qui ne devait être ni publiée, ni notifiée, hypothèse dans laquelle, en vertu

de la disposition précitée, «le délai court à dater du jour où le requérant en aura eu connaissance»; que l'exception est ainsi liée à l'examen de la deuxième exception soulevée par la partie adverse;

Considérant que la partie adverse soulève une deuxième fin de non-recevoir en ce qu'en substance, l'acte attaqué est assimilable à une circulaire non réglementaire qui ne contient pas de règle de droit et n'ajoute rien ni ne modifie rien à l'ordonnement juridique, de sorte qu'il n'est pas susceptible de recours en annulation au Conseil d'État; qu'elle expose que le protocole de collaboration attaqué a pour but la mise en place d'«une collaboration optimale entre les signataires» et que celle-ci a pour objectif de «mettre en place des mécanismes qui permettent d'apporter toutes les garanties et protections prévues aux personnes étrangères identifiées comme MENA, mais aussi en corollaire, d'éviter les abus de personnes étrangères se déclarant mineurs afin d'échapper aux mesures prévues pour les adultes» et que cet objectif est donc de mettre en place «une collaboration et une coordination efficaces entre les administrations concernées par la problématique des personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés non demandeurs d'asile», par le biais d'un protocole à vocation interne; qu'elle dit admettre qu'une telle conclusion, à savoir le caractère non réglementaire du protocole de collaboration attaqué, est liée à l'examen des deuxième, sixième et septième moyens;

Considérant qu'ont un caractère réglementaire les circulaires, instructions ou prescriptions générales qui ajoutent à la réglementation existante des règles nouvelles, présentant un certain degré de généralité, dès lors que leur auteur a l'intention de les rendre obligatoires et qu'il dispose des moyens pour forcer au respect de ces directives;

Considérant que le Titre XIII, Chapitre 6 «Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés» de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002, tel qu'en vigueur au moment de la signature du protocole attaqué, contient notamment les dispositions suivantes :

« [...]

Section 2.- Du service des Tutelles.

Art. 3. § 1er. Il est institué auprès du Service public fédéral Justice un service, dénommé "service des Tutelles", chargé de mettre en place une tutelle spécifique sur les mineurs non accompagnés.

[...]

§ 2. Le service des Tutelles coordonne et surveille l'organisation matérielle du travail des tuteurs. Il a pour mission :

[...]

2° de procéder à l'identification des mineurs non accompagnés et, en cas de contestations quant à leur âge, de faire vérifier cet âge au moyen d'un test médical, dans les conditions prévues à l'article 7;

3° de coordonner les contacts avec les autorités compétentes en matière d'asile, d'accès au territoire, de séjour et d'éloignement, avec les autorités compétentes en matière d'accueil et d'hébergement, ainsi qu'avec les autorités des pays d'origine des mineurs, notamment en vue de rechercher leur famille ou toute autre structure d'accueil;

[...]

Art. 4. Le service des Tutelles met en place une permanence afin de pouvoir être contacté et de pouvoir exercer sa mission vingt-quatre heures sur vingt-quatre.

Section 3. - Champ d'application

Art. 5. La tutelle prévue à l'article 3, § 1er, alinéa 1er, s'applique à toute personne :

- de moins de dix-huit ans,

- non 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,

- ressortissante d'un pays non membre de l'Espace économique européen,

- et étant dans une des situations suivantes : soit, avoir demandé la reconnaissance de la qualité de réfugié; soit, ne pas satisfaire aux conditions d'accès au territoire et de séjour déterminées par les lois sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

Section 4. - De la prise en charge par le service des Tutelles et de la désignation du tuteur

Art. 6. § 1er. Toute autorité qui a connaissance de la présence, à la frontière ou sur le territoire, d'une personne

- qui paraît être âgée, ou qui déclare être âgée, de moins de 18 ans, et

- qui paraît se trouver dans les autres conditions prévues à l'article 5, en informe immédiatement le service des Tutelles ainsi que les autorités compétentes en matière d'asile, d'accès au territoire, de séjour et d'éloignement, et leur communique toute information en sa possession sur la situation de l'intéressé.

§ 2. Dès qu'il a reçu cette information, le service des Tutelles prend la personne concernée en charge et :

1° procède à son identification, vérifie le cas échéant son âge et si elle réunit les autres conditions prévues par l'article 5;

[...]

Art. 7. § 1er. Lorsque le service des Tutelles ou les autorités compétentes en matière d'asile, d'accès au territoire, de séjour et d'éloignement ont des doutes concernant l'âge de l'intéressé, il est procédé immédiatement à un test médical par un médecin à la diligence dudit service afin de vérifier si cette personne est âgée ou non de moins de 18 ans.

Le test médical est réalisé sous le contrôle du service des Tutelles.

Les frais relatifs à ce test médical sont à charge de l'autorité qui l'a sollicité. Si le service des Tutelles fait procéder d'initiative à ce test, les frais sont à sa charge.

[...]

§ 3. En cas de doute quant au résultat du test médical, l'âge le plus bas est pris en considération»;

que l'article 3 de l'arrêté royal du 22 décembre 2003 portant exécution du Titre XIII, chapitre 6 «Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés» de la loi-programme du 24 décembre 2002 prévoit, quant à lui, que «le service des Tutelles procède à l'identification du mineur étranger non accompagné et à la vérification de ses déclarations au sujet de son nom, de sa nationalité et de son âge, au moyen de ses documents officiels ou des renseignements obtenus auprès des postes consulaires ou diplomatiques du pays d'origine ou de transit, ou de tout autre renseignement, pour autant que cette demande de renseignements ne mette pas en danger le mineur ou sa famille se trouvant dans le pays de transit et/ou d'origine»;

Considérant que le protocole attaqué se donne pour objectif de «mettre en place une collaboration optimale entre les signataires en vue d'enregistrer tout MENA [non demandeur d'asile] présent sur le territoire [...]» et «outre la mise en place d'un dispositif d'enregistrement méthodique et centralisé à l'Office des étrangers», de «déterminer rapidement quels jeunes sont effectivement mineurs et ceux qui ne le sont pas», de «concentrer les moyens disponibles pour les MENA identifiés comme tels», d'«assurer un meilleur suivi grâce à cet enregistrement méthodique centralisé à l'Office des étrangers» et de «lutter contre les abus»; que, contrairement à ce que soutient la partie adverse, il ne se limite toutefois pas à définir le cadre et les modalités de la collaboration ainsi envisagée «au sein des administrations respectives», «dans le respect du cadre légal et réglementaire rappelé dans ledit protocole»; qu'il ressort en effet d'une comparaison avec la législation applicable telle que ci-avant rappelée que le protocole attaqué contient incontestablement des dispositions qui ajoutent à la réglementation existante;

Considérant qu'ainsi, la loi-programme du 24 décembre 2002 précitée institue un service des Tutelles dont les missions concernant les personnes étrangères se déclarant mineures sont de procéder à leur identification, de faire vérifier leur âge, de coordonner les contacts avec les autorités compétentes et de les prendre en charge dès qu'il est informé de leur présence, qu'elle prévoit qu'en cas de doute sur l'âge de l'intéressé, il est procédé immédiatement à un test médical par un médecin à la diligence du service des Tutelles et que ce service doit mettre en place une permanence lui permettant d'être contacté et d'exercer sa mission 24 heures sur 24; qu'en revanche, au détriment des compétences légales pourtant précises attribuées au service des Tutelles, le protocole attaqué prévoit une augmentation des compétences de la police en la matière, lors de l'interception d'une personne étrangère se déclarant mineure, puisqu'il dispose notamment que «l'articulation des mesures [décidées] permet au policier de ne plus prendre systématiquement contact téléphonique avec le service des tutelles» ou encore qu'«autant que possible, le test d'âge est réalisé directement sur place par la police auprès d'un hôpital ayant un accord avec le service des Tutelles», ce qui constitue manifestement des aménagements de l'article 6, § 1er, et § 2, 1°, de la loi-programme du 24 décembre 2002; que, par ailleurs, dans le but de «limiter les abus de jeunes qui se rendent intouchables en se déclarant mineurs» et, partant, pour écarter les majeurs qui se déclarent mineurs «dans l'intention de tromper les autorités», le protocole attaqué fait état du «nouveau document» que constitue la convocation destinée à «donner aux jeunes la possibilité d'être enregistrés», qu'il fixe une limite dans le nombre de convocations lancées pour être enregistré, et que, surtout, il prévoit qu'«après 2 convocations auxquelles le jeune n'a pas donné suite, le service des tutelles

prend immédiatement une décision de majorité»; que de telles modalités ajoutent clairement à la réglementation existante qui ne prévoit nullement une telle présomption de majorité; qu'il convient encore de constater qu'en contradiction avec l'article 7, § 1er, de la loi-programme précitée qui dispose que les frais relatifs au test médical sont à charge de l'autorité qui l'a sollicité, le protocole attaqué prévoit que les frais liés à la réalisation du test d'âge pour les non demandeurs d'asile est exclusivement à charge du service des Tutelles;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'acte attaqué est réglementaire, au sens de l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État; que le protocole en a le caractère obligatoire, impersonnel et général; que dès lors qu'elles sont susceptibles de régir un nombre indéterminé de situations concernant directement une certaine catégorie de citoyens, à savoir les «personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés non demandeurs d'asile signalés sur le territoire belge», ses dispositions ne peuvent être considérées comme de simples engagements, à «vocation interne», pris par les signataires de l'acte et destinés à être communiqués, aux fins de leur mise en oeuvre, «aux administrations respectives» concernées;

Considérant que l'acte attaqué est un acte susceptible de recours qui, en raison de son caractère réglementaire, aurait dû faire l'objet d'une publication; que les première et deuxième exceptions soulevées par la partie adverse sont rejetées;

Considérant que la partie adverse soulève une troisième fin de non-recevoir, en ce que la partie requérante ne dispose pas d'un «intérêt certain et personnel à l'annulation de l'acte attaqué»; qu'elle rappelle l'objet statutaire de l'association requérante et constate que la requête n'expose pas en quoi l'acte attaqué porterait atteinte à son objet social; qu'elle précise les objectifs du protocole attaqué et dit ne pas apercevoir, compte tenu du caractère «trop lacunaire» de la requête à cet égard, en quoi ces objectifs seraient en contradiction avec ou porteraient atteintes à son objet social;

Considérant que l'A.S.B.L. requérante a produit une copie de ses statuts et la décision d'agir émanant de l'organe compétent; qu'en réplique, elle soutient que c'est à la partie adverse d'établir le défaut ou la perte d'intérêt en la cause, et non l'inverse; qu'elle indique que l'exception est liée à l'examen des moyens; qu'à titre subsidiaire, elle justifie son intérêt à agir par le rappel des «critiques fondamentales qu'elle adresse au texte», à savoir que «le protocole réinvente la loi», qu'«il conditionne l'accès aux droits fondamentaux», qu'«il confère à l'Office des étrangers la haute main sur l'identification», qu'«il induit une précipitation dans cette identification», qu'«il atteint à la fonction de police ainsi qu'à la vie privée», et qu'«il ajoute à la confusion des rôles institutionnels»;

Considérant que, contrairement à ce que semble soutenir la partie adverse, aucune disposition législative ou réglementaire ne rend la recevabilité d'un recours tributaire d'un exposé formel qui, dans la requête en annulation, serait consacré à la démonstration de l'intérêt à agir; que les associations sans but lucratif comme la requérante peuvent agir devant le Conseil d'État pour autant qu'elles satisfassent aux conditions exigées de toutes les autres personnes physiques ou morales, à savoir justifier d'un intérêt direct, personnel et légitime, ainsi que de la qualité requise; qu'elles témoignent de cette dernière condition lorsqu'elles agissent dans le but qu'elles se sont fixé dans leurs statuts et que ce but ne coïncide pas avec la défense de l'intérêt général ni avec l'intérêt personnel de leurs membres; que cette vérification se fait par l'analyse des statuts de l'association, les termes dans lesquels l'objet social est défini devant être suffisamment précis et spécifiques;

Considérant que l'article 3 des statuts de l'association requérante porte que :

« L'association a pour objet de combattre l'injustice et toute atteinte arbitraire aux droits d'un individu ou d'une collectivité. Elle défend les principes d'égalité, de liberté, de solidarité et d'humanisme sur lesquels se fondent les sociétés démocratiques qui ont été proclamés notamment par la Constitution belge et la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, complétées par les Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques ainsi qu'aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950, la Charte sociale européenne de Turin de 1961 révisée en 1996, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, ainsi que tous les traités, pactes, conventions et protocoles annexes y afférents présents et à venir.

Elle soutient toute initiative tendant à la formation et à la promotion des droits et libertés. L'association poursuit ses objectifs en dehors de tout engagement partisan ou confessionnel»;

Considérant que le Conseil d'État relève une contradiction dans l'argumentation de la partie adverse qui, d'une part, conteste l'intérêt au recours, à défaut d'être certain et personnel dans le chef de la requérante, mais qui, d'autre part, affirme que celle-ci ne pouvait ignorer dès le début du mois de février 2013, la teneur ou, à tout le moins, l'existence et l'essentiel du contenu du protocole attaqué et que le recours serait dès lors tardif, au motif, en substance, que la requérante a des liens privilégiés avec le Délégué général aux droits de l'enfant et avec les associations actives «quotidiennement dans le secteur des MENA», et «qu'il ne faut pas perdre de vue que la partie requérante est, non seulement, particulièrement avisée des évolutions juridiques en matière de MENA dès lors qu'elle dispose, en son sein, de groupes de travail spécialisés tant dans le suivi de la situation des étrangers que des jeunes, qu'elle est composée de membres dont les activités professionnelles impliquent un suivi quotidien de la matière, mais surtout, qu'elle agit comme un coordinateur des ONG pour les droits de l'enfant», la partie adverse soutenant ainsi en quelque sorte qu'active dans le secteur, la requérante a été directement concernée par l'élaboration même de l'acte attaqué;

Considérant que, dès lors que l'association requérante se présente comme une organisation de défense des droits fondamentaux d'un individu ou d'une collectivité, combattant toute atteinte arbitraire à ceux-ci, elle peut se prévaloir d'une atteinte portée par le protocole attaqué aux intérêts spécifiques qu'elle défend; que l'objet du recours entre dans le cadre de son objet social et qu'elle est donc recevable à en poursuivre l'annulation;

Considérant que la requérante prend un moyen, le troisième de la requête, de la violation des articles 160 de la Constitution et 3, §1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973; qu'en substance, elle fait grief au protocole attaqué de ne pas avoir été précédé de la consultation de la section de législation du Conseil d'État, alors qu'il a une portée réglementaire;

Considérant que le Conseil d'État tient sa fonction consultative de l'article 160 de la Constitution; qu'en tant qu'elle a trait à l'examen des textes de nature législative et réglementaire, la consultation du Conseil d'État participe du souci du Constituant de garantir le respect de l'État de droit ainsi que la qualité légistique et formelle de ces textes et par là la sécurité juridique; que telle qu'elle est organisée, en exécution de la Constitution, par les lois coordonnées sur le Conseil d'État, la consultation de la section de législation constitue une formalité qui, touchant à l'ordre public, revêt

un caractère substantiel; que l'article 3, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État impose, hors les cas d'urgence spécialement motivés, la consultation de la section de législation sur toutes les dispositions de nature réglementaire; que toute irrégularité commise à cet égard peut être invoquée et doit même, au besoin, être soulevée d'office;

Considérant qu'il résulte de l'examen de la recevabilité du recours que le protocole attaqué a une portée normative, qu'il concerne un nombre indéterminé de personnes, soit toutes «personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés non demandeurs d'asile signalés sur le territoire belge», et qu'il en règle la situation de manière impersonnelle et abstraite, pour le présent et l'avenir; qu'il en résulte qu'il revêt une portée réglementaire au sens de l'article 3, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et aurait, en conséquence, dû être soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État, dès lors qu'il ne porte aucune motivation spéciale, au sens de la disposition précitée, de l'urgence qu'il y aurait eu à l'adopter; que le moyen est fondé et suffit à entraîner l'annulation du règlement attaqué,

Décide :

Article 1er. Est annulé le Protocole de collaboration relatif à l'enregistrement des personnes se déclarant mineurs étrangers non accompagnés (MENA) non demandeurs d'asile signalés sur le territoire belge, signé le 28 janvier 2013 par le Directeur-général de l'Office des étrangers, le Directeur-général de Fedasil et le Directeur-général de la Législation et des Libertés et des Droits Fondamentaux et aussi Président par intérim du SPF Justice.

Article 2. Le présent arrêt sera publié par extrait au Moniteur belge.

Article 3. Les dépens, liquidés à 175 euros, sont mis à charge de l'État belge.

Siég. : M. Ph. QUERTAINMONT, président de chambre, Mme C. DEBROUX et M. Y. HOUYET, conseillers d'Etat,

Aud. : M. B. CUVELIER, premier auditeur (avis conforme)

Plaid. : Me R. FONTEYN et Me A.-S. VERRIEST, loco Me Ph. SCHAFFNER

Commentaire de Benoit Van Keirsbilck

Voilà ce qui arrive quand les administrations s'arrangent entre elles pour tenter non seulement de contourner la loi mais bien pire, d'ajouter des critères et conditions à ce qui est prévu par la loi. En un mot comme en cent : des administrations qui veulent faire œuvre de législateur en se passant allègrement des procédures démocratiques vécues comme lourdes et encombrantes.

En l'espèce, l'Office des étrangers et le Service des tutelles signent un protocole de collaboration qui donne plus de pouvoir à la police pour l'interception et l'identification des personnes qui se déclarent mineurs étrangers non accompagnés, la réalisation des test médicaux en vue de déterminer l'âge des MENA et imposer des conditions administratives supplémentaires qui débouchent sur une présomption de majorité.

Que l'Office des étrangers veuille s'affranchir de procédures leur permettant d'avoir une prise plus directe sur la gestion des flux de migration montre le peu de cas qu'ils accordent à la légalité et

même à l'intérêt de l'enfant, mais ce n'est pas foncièrement étonnant de la part d'une administration étrangère à cette dernière notion.

Par contre, la complicité du Ministère de la Justice, dont dépend encore toujours le Service des tutelles (le rattachement de ce service à ce Ministère était considéré comme une garantie d'indépendance par rapport à la politique de migration gérée par l'Office des étrangers) dans cette opération illégale est beaucoup plus étonnante, voire inquiétante, sachant qu'en principe, les droits de l'enfant sont bien au cœur de l'intervention de ce Service.

Cet arrêt du Conseil d'Etat est donc bien venu pour rappeler que :

- Une circulaire (ici, le protocole) est réglementaire à partir du moment où elle ajoute à la loi ;
- Une circulaire réglementaire doit, sauf urgence, faire l'objet d'un avis préalable du Conseil d'Etat – Section législation – et ensuite d'une publication au Moniteur belge.

C'est le B.A.-BA du droit administratif qu'il faut néanmoins rappeler avec insistance.

D'autres moyens étaient invoqués par les requérants (en l'espèce, la Ligue des droits de l'Homme, mais ce protocole a aussi été attaqué par le Service droit des jeunes de Bruxelles et Défense des enfants International Belgique), dont l'incompétence de l'auteur de l'acte, l'abus de pouvoir, la contradiction avec la loi, la Constitution et d'autres normes supérieures. Mais ces moyens n'ont pas été nécessaires pour arriver à l'annulation, l'absence de publication et de consultation du Conseil d'Etat ont suffi.

Par contre, pour arriver à cette conclusion, et au fait que la circulaire est bien réglementaire, le Conseil d'Etat a dû passer par une comparaison entre ce que prévoit le protocole et la loi tutelle. Et la conclusion s'impose, le protocole ajoute indûment à la loi.

On pourrait craindre maintenant que les mêmes autorités reprennent le même texte et procèdent aux formalités requises. Ce serait faire fi de la décision commentée qui démontre que le protocole n'est pas conforme à la loi et à la Constitution. Une demande d'avis de la section législation sur un texte similaire ne passerait pas l'examen de légalité.

Il convient maintenant de vérifier si dans la pratique et sur le terrain, les procédures instaurées par ce protocole prennent bien fin, les mauvaises habitudes ayant souvent la vie dure.