

Audience publique extraordinaire du 21 avril 2009

Recours formé par
Monsieur ..., Schrassig
contre une décision du ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration
en matière de rétention administrative (art. 120 L. 29.8.2008)

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 25646 du rôle et déposée le 14 avril 2009 au greffe du tribunal administratif par Maître Ardavan Fatholahzadeh, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Monsieur ..., alias ..., alias ..., déclarant être né le 8 août 1987 à Ariha, et être de nationalité palestinienne, actuellement retenu au Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière à Schrassig, tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'une décision du ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration du 25 mars 2009 ordonnant la prorogation de sa rétention au Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière pour une durée maximale d'un mois à partir de la notification ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 16 avril 2009 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision critiquée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Shirley Freyermuth, en remplacement de Maître Ardavan Fatholahzadeh, et Madame le délégué du gouvernement Jacqueline Guillou-Jacques en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 20 avril 2009.

Par un jugement du 1^{er} mars 2007, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière correctionnelle, condamna Monsieur ... notamment à une peine d'emprisonnement de six mois du chef d'infractions à la législation sur les stupéfiants, cette peine arrivant à son terme le 1^{er} mars 2009.

En date du 21 mars 2007, un arrêté de refus d'entrée et de séjour fût pris par le ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration, ci-après désigné « *le ministre* », à l'encontre de Monsieur ..., alias ..., alias

Par un arrêté du ministre du 26 février 2009, notifié à l'intéressé le 27 février 2009, Monsieur ... se vit refuser le séjour au Grand-Duché de Luxembourg, en application des articles 100 et 109 à 115 de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, ci-après désignée « *la loi du 29 août 2008* », au vu de ses antécédents judiciaires et au motif qu'il n'était pas en possession d'un passeport, ni d'un visa en cours de validité, qu'il constitue une menace pour l'ordre public et qu'il n'était pas en possession d'une autorisation de séjour valable pour une durée supérieure à trois mois ou d'une autorisation de travail.

Par un arrêté du même jour, soit le 26 février 2009, le ministre ordonna la rétention administrative de Monsieur ... au Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière à Schrassig pour une durée maximale d'un mois à partir de la notification de la décision en question, intervenue le 27 février 2009, en attendant son éloignement du territoire luxembourgeois. Cet arrêté est fondé sur les considérations et motifs suivants :

« Vu les articles 120 à 123 de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration ;

Vu le règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 créant un Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière ;

Vu mon arrêté de refus de séjour du 26 février 2009 ;

Vu le rapport du 12 février 2009 du Service de Police Judiciaire, Section Police des Etrangers ;

Considérant que l'intéressé est démuné de tout document de voyage valable ;

Considérant que des demandes d'identification ont été adressées aux autorités israéliennes, libyennes et marocaines au mois de décembre 2008 ;

Considérant que l'identification auprès des autorités marocaines et libyennes est en cours d'instruction ;

Considérant que l'intéressé sera soumis à un test linguistique dans les meilleurs délais ;

Considérant qu'en attendant le résultat des recherches quant à l'identité et à la situation de l'intéressé, l'éloignement immédiat de l'intéressé est impossible en raison des circonstances de fait. »

Le recours contentieux introduit par Monsieur ... en date du 4 mars 2009 contre le prédit arrêté ministériel du 26 février 2009 ayant ordonné sa rétention administrative fût rejeté comme non fondé par un jugement du tribunal administratif du 12 mars 2009.

Par un arrêté du 25 mars 2009, le ministre ordonna la prorogation de la mesure de rétention administrative de Monsieur ... audit Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière pour une nouvelle durée d'un mois à partir de la notification de la décision en question, intervenue le 27 mars 2009, en attendant son éloignement du territoire luxembourgeois. Cet arrêté est fondé sur les considérations et motifs suivants :

« Vu les articles 120 à 123 de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration ;

Vu le règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 créant un Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière;

Vu mon arrêté pris en date du 27 février 2009 décidant du placement temporaire de l'intéressé ;

Vu la note du 17 mars 2009 concernant le déroulement du test linguistique du 12 mars 2009 ;

Considérant que l'intéressé ne coopère pas à l'établissement de son identité ;

Considérant qu'une demande d'identification auprès des autorités marocaines est en cours ;

- qu'en attendant le résultat des recherches quant à l'identité et à la situation de l'intéressé, son éloignement est impossible en raison des circonstances de fait ;

Considérant qu'il y a nécessité de reconduire la décision de placement ; »

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 14 avril 2009, Monsieur ... a fait introduire un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de la prédite décision du 25 mars 2009, prorogeant la mesure de rétention administrative pour une nouvelle durée d'un mois.

Etant donné que l'article 123, paragraphe (1) de la loi du 29 août 2008 institue un recours de pleine juridiction contre une décision de rétention administrative, le tribunal est compétent pour connaître du recours en réformation. Le recours subsidiaire en annulation, tel qu'il ressort du dispositif de la requête introductive d'instance, doit dès lors être déclaré irrecevable.

Le délégué du gouvernement se rapporte à la sagesse du tribunal quant à la recevabilité du recours, en faisant valoir que les pièces jointes audit recours seraient sans rapport avec le cas sous analyse, de sorte qu'aucune pièce concernant Monsieur ... ne serait versée au recours.

S'il est exact qu'en vertu de l'article 2 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, les pièces énoncées dans la requête introductive d'instance, parmi lesquelles doit au moins figurer la décision attaquée si le demandeur en dispose, doivent être jointes à la requête introductive au moment où celle-ci est déposée au greffe du tribunal administratif, et s'il est exact qu'en l'espèce, les deux pièces énoncées dans la requête introductive n'étaient pas jointes à celle-ci, et que des pièces sans rapport avec le présent litige ont été déposées, il n'en reste pas moins qu'en vertu de l'article 29 de la prédite loi du 21 juin 1999, l'inobservation des règles de procédure n'entraîne l'irrecevabilité de la demande que si elle a pour effet de porter effectivement atteinte aux droits de la défense. En l'espèce, le défaut de joindre à la requête introductive les pièces énoncées, et plus particulièrement la décision attaquée, ne saurait dès lors entraîner l'irrecevabilité de la requête que pour autant que les droits de la défense de la partie étatique ont été lésés. Or, force est au tribunal de constater que le délégué du gouvernement a versé, parmi les pièces figurant au dossier administratif, la décision critiquée, tout comme d'ailleurs la mesure de placement initiale, énoncée également dans la requête introductive, et qu'il a pris position par rapport aux moyens présentés dans le recours, de sorte que le tribunal ne saurait conclure à une violation des

droits de la défense. Du moment que le tribunal a à sa disposition la décision critiquée alors qu'elle a été versée par le délégué du gouvernement à l'appui de son mémoire en réponse, ainsi qu'en date du 17 avril 2009 également par Monsieur ..., le défaut pour le demandeur d'avoir joint la décision critiquée à son recours n'était pas non plus de nature à empêcher le tribunal de contrôler la légalité de ladite décision.

Le recours en réformation, par ailleurs introduit dans les formes et délai prévus par la loi, est dès lors recevable.

A l'appui de son recours, le demandeur soutient, en premier lieu, que la notification de la décision de placement serait intervenue en violation de la loi au motif qu'en vertu d'une application combinée des articles 121 et 122 de la loi du 29 août 2008, la notification des décisions respectivement de placement en rétention et de prorogation de la mesure de rétention, au cours de laquelle l'étranger doit également être informé de ses droits, devrait s'effectuer « *immédiatement* », c'est-à-dire concomitamment avec la prise d'effets de la décision en question, sauf dans les cas d'impossibilité matérielle dûment constatés.

Il conclut que la notification de la décision de prorogation prise le 25 mars 2009 et qui aurait sorti ses effets le 27 mars à 15.50 heures, serait intervenue en dehors du délai légal, en soulevant que la première décision de rétention aurait sorti ses effets le 27 février 2009 à 9.00 heures. Il reproche encore au ministre de ne pas avoir procédé à une notification immédiate de la décision.

Le délégué du gouvernement fait état d'un jugement du tribunal administratif du 8 avril 2009, ayant statué sur la question de la définition de la durée d'un mois pendant lequel une mesure de placement en rétention administrative peut être prise, respectivement pendant lequel une telle mesure peut être prorogée, pour conclure qu'en l'espèce, la première mesure de placement aurait expiré le 29 mars 2009 à 9.00 heures, de sorte que la notification de la mesure de prorogation en date du 27 mars 2009 serait intervenue dans le délai légal.

Notons de prime abord que le seul fait que la décision critiquée n'a pas été notifiée le jour même où elle a été prise n'est pas sujet à critique, étant donné que, contrairement à l'argumentation du demandeur, la loi du 29 août 2008 n'impose pas le respect d'un délai particulier entre la date de la prise de la décision et celle de sa notification, étant cependant entendu que la décision ne peut être opposée à la personne retenue et ainsi sortir ses effets qu'à partir du moment où elle aura été dûment notifiée. Les dispositions de l'article 122 de la loi du 29 août 2008 invoquées par le demandeur sont sans pertinence sur la détermination du délai entre la prise de la décision et sa notification, alors qu'elles ont trait au moment où l'intéressé doit être informé de ses droits, soit immédiatement après que la décision lui a été notifiée.

Quant à la question de savoir si la décision de prorogation est intervenue dans le délai légal, il convient de relever que cette prorogation est soumise à la condition que la durée du placement initial n'a pas encore expiré.

Rappelons qu'en application de l'article 120 de la loi du 29 août 2008, la durée maximale de rétention est fixée à un mois. Afin de déterminer la durée de ce mois, il convient, à défaut

d'une définition afférente contenue dans la loi du 29 août 2008 et dans la mesure où la durée de placement a trait à la privation de liberté d'un individu, de se référer par analogie aux dispositions de l'article 15 du Code pénal, aux termes duquel la durée d'un jour d'emprisonnement est de 24 heures et la durée d'un mois d'emprisonnement de 30 jours (cf. trib adm. du 8 avril 2009, n° 25587 du rôle, disponible sous www.jurad.etat.lu).

En l'espèce, il ressort du procès-verbal de notification n° JDA/5802/3/09/15 que la première décision de rétention du 26 février 2009 a été notifiée au demandeur le 27 février 2009 à 9.00 heures. Il ressort du procès-verbal de notification n° JDA/5802/5-2009-GIMA que la décision du 25 mars 2009 portant prorogation de la durée de rétention a été notifiée au demandeur le 27 mars 2009 à 15.50 heures. Tant la décision de placement initiale, que la décision de prorogation précisent qu'elles ne sortent leurs effets qu'au jour de la notification, de sorte que la durée de placement suite à la première décision du 26 février 2009 a commencé à courir en l'espèce le 27 février 2009 et a expiré 30 jours après la notification de la décision, soit le 28 mars 2009.

Etant donné que la notification de la décision de prorogation doit intervenir au plus tard avant l'expiration de la durée de placement relative à la première décision de rétention et dans la mesure où la notification de la décision portant prorogation de la durée de placement est intervenue en l'espèce le 27 mars 2009, la notification a été valablement faite, de sorte que le moyen soulevé à ce titre est à rejeter.

En second lieu, le demandeur soutient que la condition de nécessité ne ressortirait pas de la motivation de la décision, alors que cette motivation serait « *quasiment identique à la motivation gisant à la base de la première décision* », et que, par ailleurs, l'existence d'une nécessité de prendre la mesure de prorogation ne serait pas établie en l'espèce.

A cet égard, le délégué du gouvernement fait état d'un manque de coopération du demandeur lors d'un test linguistique et des démarches qui auraient dû être faites dans la suite auprès du consulat du Maroc.

En ce qui concerne l'indication des motifs à la base de la décision critiquée, force est au tribunal de constater que le reproche afférent ne se trouve pas vérifié en l'espèce, étant donné que ladite décision comporte des motifs étayant la nécessité de recourir à la prorogation de la mesure de placement, en l'occurrence, le renvoi au résultat du test linguistique documenté par une note du 17 mars 2009, à un défaut de coopération du demandeur et aux démarches en cours auprès de autorités marocaines afin de déterminer l'identité du demandeur.

Quant aux conditions du recours à une mesure de placement, respectivement de la prorogation d'une telle mesure, rappelons qu'aux termes de l'article 120, paragraphe 1 de la loi du 29 août 2008 :

« (1) Lorsque l'exécution d'une mesure d'éloignement en application des articles 111, 116 à 118 ou d'une demande de transit par voie aérienne en vertu de l'article 127 est impossible en raison des circonstances de fait, ou lorsque le maintien en zone d'attente dépasse la durée de quarante-huit heures prévue à l'article 119, l'étranger peut, sur décision du ministre être placé

en rétention dans une structure fermée. (...) La durée maximale est fixée à un mois. »

Cette disposition permet au ministre, dans l'hypothèse où l'exécution d'une mesure d'éloignement est impossible en raison de circonstances de fait, de placer l'étranger concerné en rétention dans une structure fermée pour une durée maximale d'un mois, étant entendu que le paragraphe (3) du même article permet au ministre de reconduire, en cas de nécessité, la décision de placement à trois reprises, chaque fois pour une durée d'un mois.

Le ministre compétent est dans l'impossibilité de procéder à l'éloignement immédiat d'un étranger en raison de circonstances de fait, lorsque ce dernier ne dispose pas des documents d'identité et de voyage requis pour permettre son refoulement immédiat et que des démarches doivent être entamées auprès d'autorités étrangères en vue de l'obtention d'un accord de reprise de l'intéressé et desdits documents, respectivement en vue de déterminer l'identité et l'origine de l'intéressé.

Compte tenu des contestations du demandeur quant à l'existence de la condition de nécessité du recours à la prorogation de la mesure de rétention, il appartient au tribunal d'examiner si cette condition se trouve vérifiée en l'espèce et, plus particulièrement, d'examiner si le ministre a pu se baser sur des circonstances permettant de justifier que la prorogation de la décision de placement a été nécessaire.

Il est constant que le demandeur se trouve en situation irrégulière au Luxembourg et est démuné de documents d'identité et de voyage pour permettre son éloignement immédiat vers son pays d'origine. Il est encore constant que l'origine du demandeur, ainsi que son identité ne sont pas établies, dans la mesure où celui-ci a fait état de différents alias, et a, par ailleurs, donné des indications contradictoires quant à son origine, de sorte qu'il est indispensable, afin qu'il puisse être procédé à son éloignement, que son origine et son identité soient clarifiées dans l'optique d'obtenir l'émission des documents de voyage nécessaires.

Il ressort des pièces versées au dossier que des démarches en ce sens ont été entamées dès le mois de décembre 2008. Un test linguistique a été organisé le 12 mars 2009, qui, tel qu'il ressort d'une note du 17 mars 2009, n'a cependant donné aucun résultat satisfaisant en raison d'un manque de coopération du demandeur. Il ressort encore des pièces du dossier, et plus particulièrement d'un courrier du 24 mars 2009 adressé au consulat du Maroc, que des démarches sont en cours afin de pouvoir identifier le demandeur et que, de plus, des recherches supplémentaires doivent être effectuées sur base d'une autre identité que le demandeur a avouée lors d'une audition par la police judiciaire, et qui a été communiquée au consulat du Maroc par le prédit courrier du 24 mars 2009.

Il s'ensuit qu'au moment de l'expiration de la mesure de placement initiale, l'origine et l'identité du demandeur n'avaient pas encore pu être déterminées, compte tenu aussi du manque de collaboration du demandeur, et que des démarches afin de déterminer cette identité et son origine étaient en cours, de sorte que le ministre pouvait valablement retenir la nécessité de proroger la mesure de rétention. Le moyen afférent soulevé par le demandeur doit dès lors être rejeté.

Le demandeur soutient encore que le ministre resterait en défaut de démontrer qu'il est en mesure d'exécuter son éloignement très rapide et fait valoir que l'éloignement ne serait pas réalisable. Il prétend encore que son éloignement ne serait pas en voie d'organisation, mettant ainsi en cause les démarches entreprises par le ministre pour assurer que la mesure d'éloignement puisse être exécutée dans les plus brefs délais.

Le délégué du gouvernement décrit les démarches entreprises afin de déterminer l'identité du demandeur et insiste sur le manque de collaboration du demandeur.

Une mesure de rétention administrative au sens de l'article 120 de la loi du 29 août 2008 ne peut être envisagée que dans le cadre de l'exécution d'une mesure d'éloignement, présupposant ainsi que l'exécution d'une telle mesure ne se heurte pas, au jour de la prise de la décision ordonnant la rétention administrative, à une impossibilité absolue. Néanmoins, il n'appartient pas, comme l'entend le demandeur, au ministre d'établir que les démarches entreprises par lui en vue de procéder à l'éloignement du demandeur puissent aboutir avec certitude, mais il appartient au demandeur, qui estime que l'exécution de l'éloignement se heurte à un obstacle insurmontable, d'en faire état et de l'établir. Plus particulièrement, dans le cas où l'étranger fait état de plusieurs identités, ainsi que de nationalités différentes rendant ainsi plus difficile l'exécution de la mesure d'éloignement prise à son encontre et nécessitant forcément de la part du ministre des diligences plus poussées afin de déterminer non seulement l'identité exacte dudit étranger mais également le pays dont il possède la nationalité et vers lequel il y aura lieu de l'éloigner, le ministre est en droit de placer l'étranger en rétention administrative en attendant l'aboutissement de ces mesures, et l'étranger se trouvant de manière illégale sur le territoire luxembourgeois ne pourra, par la simple contestation de la possibilité de l'exécution de la mesure d'éloignement et en imposant au ministre d'établir la certitude de l'aboutissement des démarches faites en vue de réaliser cet éloignement, en rendant en même temps l'exécution de l'éloignement encore plus difficile par son défaut de collaboration avec les autorités luxembourgeoises, mettre le ministre dans l'impossibilité de le retenir dans une structure fermée au sens de l'article 120 paragraphe (1) de la loi du 29 août 2008 afin de pouvoir accomplir les diligences nécessaires de nature à permettre l'identification du pays vers lequel il y a lieu de le transférer.

En l'espèce, force est au tribunal de constater qu'il ne se trouve saisi d'aucun élément permettant de retenir une impossibilité de pouvoir exécuter la mesure d'éloignement prise à l'encontre du demandeur, de sorte que le moyen afférent est à rejeter pour ne pas être fondé.

Quant aux diligences entreprises afin d'éloigner le demandeur vers son pays d'origine, le tribunal doit vérifier dans ce contexte si l'autorité compétente a veillé à ce que toutes les mesures appropriées soient prises afin d'assurer un éloignement dans les meilleurs délais, en vue d'éviter que l'étranger se trouvant en séjour irrégulier au pays ne doive rester enfermé dans un centre tel que visé par l'article 120 de la loi du 29 août 2008 pendant une période trop longue.

En l'espèce, il s'avère à l'étude du dossier administratif, tel que relevé ci-avant, que des démarches ont été entreprises déjà en décembre 2008 en vue d'identifier le demandeur et en vue de déterminer son origine. Tel qu'il ressort d'une note du 17 mars 2009, un test linguistique, auquel le demandeur a été soumis le 12 mars 2009, n'a donné aucun résultat satisfaisant en

raison d'un manque de coopération du demandeur. Il ressort encore des pièces du dossier, et plus particulièrement d'un courrier du 24 mars 2009 adressé au consulat du Maroc, que des démarches sont en cours afin de pouvoir identifier le demandeur et qu'une autre identité, que le demandeur a avouée lors d'une audition par la police judiciaire, a été communiquée au consulat du Maroc afin d'effectuer des recherches supplémentaires.

En outre, il se dégage des éléments du dossier que le demandeur ne collabore pas à l'établissement de son identité et de sa nationalité alors que, compte tenu des différents alias utilisés par lui et des différentes nationalités dont il a fait état, le ministre a dû saisir les autorités compétentes de trois pays différents afin de déterminer sa nationalité et son identité.

Ainsi, fut saisie tant l'ambassade d'Israël, qui répondit le 30 décembre 2008 que le demandeur n'est pas ressortissant israélien, que les autorités libyennes, qui répondirent le 5 janvier 2009 qu'un rendez-vous pour une entrevue avec le demandeur pouvait être fixé, que le consulat du Maroc, qui répondit par courrier du 19 février 2009 qu'elle chercherait à identifier le demandeur.

Au vu des diligences ainsi déployées, et de la pluralité d'identités et de nationalités différentes dont a fait état le demandeur, compte tenu également du manque de collaboration manifeste du demandeur, qui est documenté à travers la note précitée concernant le test linguistique, ainsi qu'à travers un rapport d'entretien du 5 mars 2009, lors duquel le demandeur a, d'un côté, déclaré refuser catégoriquement de quitter volontairement le territoire luxembourgeois, et, de l'autre côté, a affirmé être de nationalité israélienne, qui, au regard du courrier précité des autorités israéliennes ne peut pas être la sienne, des démarches suffisantes ont été entreprises par l'autorité administrative luxembourgeoise afin d'écourter au maximum le séjour du demandeur dans un centre de rétention fermé, de sorte que le reproche afférent est à écarter comme n'étant pas fondé.

Finalement, le demandeur fait grief à sa rétention de constituer un traitement dégradant, constitutif d'une atteinte intolérable à sa liberté, contraire aux articles 3 et 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), alors que, compte tenu du fait qu'il serait retenu et incarcéré au Centre pénitentiaire de Schrassig, sans avoir commis une infraction à la loi pénale, l'on serait en présence d'une atteinte intolérable à sa liberté. A cet égard, il fait état de fouilles corporelles, d'une violation du secret de la correspondance et d'un enfermement dans des cellules individuelles 18 heures sur 24 heures. Du moment qu'il serait privé de sa liberté de circulation, puisqu'il se trouverait quasiment dans la même situation qu'un délinquant de droit commun, il demande au tribunal, par réformation de la décision litigieuse, d'ordonner son transfert dans une structure fermée afin que la rétention soit opérée dans un établissement spécifique au sens de l'article 120 de la loi du 29 août 2008.

Le demandeur soulève, dans ce même contexte, la question de savoir si le Centre pénitentiaire de Schrassig peut être retenu comme une structure fermée au sens de l'article 120 (1) de la loi du 29 août 2008, telle qu'envisagée par le législateur. L'intention du législateur serait de contraindre les autorités administratives de pouvoir à la création d'un établissement spécial.

Le délégué du gouvernement conteste que le séjour du demandeur puisse être considéré comme étant un traitement inhumain. Il fait encore valoir que la mesure de rétention sous analyse serait conforme à l'article 5 paragraphe 1 f) de la CEDH. Il fait ensuite état d'« *une jurisprudence constante* » du tribunal, confirmée dans un arrêt de la Cour administrative du 2 avril 2009, qui aurait estimé que le fait d'être placé dans le Centre de rétention ne pourrait être assimilé à un traitement dégradant. Il soutient ensuite que le prédit arrêt aurait souligné que le Centre de séjour pour personnes en situation irrégulière serait conforme à l'article 120 (1) de la loi du 29 août 2008 et que, par ailleurs, le même arrêt aurait retenu que les formalités d'entrée et de vie audit Centre ne constitueraient pas un traitement dégradant.

Concernant la prétendue violation de l'article 5 de la CEDH, il convient de relever que le paragraphe 1, point f.) dudit article 5 dispose que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : (...) f.) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulière d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* ».

Ladite disposition prévoit expressément la possibilité de détenir une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. Il convient encore de préciser que le terme d'expulsion utilisé à l'article 5 est à entendre dans son acceptation la plus large et vise toutes les mesures d'éloignement respectivement de refoulement d'une personne se trouvant en séjour irrégulier dans un pays (trib. adm. 25 janvier 2006, no 20913 du rôle, Pas. adm. 2008, V^o Etrangers, no 448). Le fait même d'être retenu ne saurait dès lors être remis en cause par le demandeur au regard des dispositions de l'article 5 de la CEDH. Le moyen afférent est partant à rejeter.

Quant à l'article 3 de la CEDH, rappelons que celui-ci dispose que « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

Or, une rétention dans une structure fermée, telle que visée par l'article 120 de la loi du 29 août 2008, ne saurait, en tant que telle, être considérée comme dégradante, inhumaine ou humiliante si les conditions légales sont remplies, d'autant plus que, tel qu'il a été retenu ci-dessus, l'article 5 de la CEDH permet la détention d'une personne sous le coup d'une mesure d'expulsion.

Toutefois, s'il est vrai que d'après l'article 120 de la loi du 29 août 2008, la simple qualité d'étranger se trouvant au pays sans y être autorisé et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement autorise le ministre à placer cet étranger en rétention dans une structure fermée au cas où il existe des circonstances de fait rendant l'exécution de ladite mesure d'éloignement impossible, il n'en demeure pas moins qu'en vertu du principe de proportionnalité, la mesure de placement en rétention doit être proportionnée à la situation personnelle de l'étranger ainsi visé. Il échet en effet de vérifier si, par rapport à la situation dudit étranger, son placement dans une structure fermée est approprié, étant entendu que non seulement l'opportunité du principe de l'enfermement doit être examinée dans ce contexte, mais également le type de structure fermée retenu par le ministre, afin de pouvoir vérifier si une structure particulière répond aux critères posés par le principe de proportionnalité.

Ne sont toutefois à prendre en considération dans le cadre de cet examen que les éléments liés à la personne elle-même de l'étranger, et non pas ceux ayant trait à des éléments extérieurs à sa personne, tels ceux liés à sa situation familiale ou à son entourage plus ou moins proche (cf. trib.adm. du 9 février 2009, n° 25344 du rôle, www.ja.etat.lu).

S'il est vrai que d'après la législation luxembourgeoise, et tel qu'il a été retenu ci-avant, le ministre était autorisé à prendre une mesure de rétention administrative au sens de l'article 120 précité à l'encontre du demandeur, d'ailleurs conforme à l'article 5 de la CEDH, il n'en reste pas moins que ladite mesure doit être conforme à l'article 3 de la CEDH et ne doit partant pas constituer dans le chef du demandeur un traitement inhumain ou dégradant.

Il échet tout d'abord de relever que l'Etat n'a pas pris position sur les conditions concrètes dans lesquelles le demandeur est retenu au Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière situé dans les bâtiments du Centre pénitentiaire de Luxembourg à Schrassig, ni n'a-t-il versé des pièces de nature à documenter le régime de rétention et qu'il n'a pas contesté l'affirmation du demandeur suivant laquelle il y subit un traitement identique sinon largement similaire à celui des délinquants de droit commun, et en particulier l'affirmation du demandeur suivant laquelle il serait enfermé dans des cellules individuelles 18 heures sur 24 heures. Un simple renvoi à un arrêt de la Cour administrative du 2 avril 2009 ne saurait suffire afin de contredire cette affirmation du demandeur. En effet, contrairement à la présente affaire, des informations très concrètes, documentées par des pièces concernant notamment le régime d'ouverture et de fermeture des cellules, avaient été soumises à la Cour, tel qu'il se dégage de la motivation dudit arrêt. A défaut d'éléments de preuve permettant de conclure que les conditions de rétention décrites par la Cour et qui ont été appliquées à la personne dont elle avait à examiner le cas, sont exactement les mêmes que celles applicables au demandeur, surtout compte tenu des affirmations tout à fait contraires du demandeur sur la durée d'enfermement dans des cellules individuelles, et en l'absence de contestations concernant ces conditions de la part du délégué du gouvernement, le tribunal ne saurait transposer telle quelle la conclusion retenue par la Cour au présent litige. S'il est vrai que dans le prédit arrêt, la Cour administrative a retenu qu'en l'état actuel le Centre de séjour dans lequel le demandeur est actuellement retenu est à considérer comme une structure fermée au sens de l'article 120 (1) de la loi du 29 août 2008, elle a encore retenu que « *les juridictions administratives seront amenées à vérifier notamment au niveau des modalités du régime de rétention si le traitement du retenu dans l'enceinte du centre pénitentiaire à Schrassig est conforme aux exigences notamment de l'article 3 CEDH dans la mesure des moyens afférents par lui proposés* ». Il appartient dès lors au tribunal d'examiner dans le cas de l'espèce si le régime que le demandeur déclare lui être appliqué, à savoir un traitement identique, voire quasiment identique à celui appliqué aux délinquants de droit commun, est contraire à l'article 3 de la CEDH.

En l'espèce, le tribunal est amené à constater que le fait pour un étranger visé par la décision litigieuse, à qui il n'est pas reproché d'avoir commis une infraction pénale, qui d'ailleurs à l'heure actuelle a subi sa peine pénale à laquelle il avait été condamné, mais uniquement de se trouver en situation irrégulière sur le territoire luxembourgeois en raison de son défaut de disposer des autorisations de séjour légalement requises, d'être soumis à un traitement identique, voire quasi identique à celui d'un délinquant de droit commun, et plus particulièrement d'être enfermé en cellule individuelle pendant 18 heures sur 24 heures, est à considérer comme constituant un traitement dégradant dans son chef. En effet, le traitement auquel le demandeur est

ainsi soumis peut valablement être ressenti par lui comme étant de nature à l'humilier gravement devant autrui et à le soumettre à un discrédit social. Dans la mesure où les traitements que subit le demandeur dans ledit centre sont contraires à l'article 3 de la CEDH, il y a lieu d'ordonner la libération immédiate du demandeur dudit centre, en considération également du fait qu'à la connaissance du tribunal, il n'existe pas d'autres structures fermées créées ou gérées par l'Etat dans lesquelles il pourrait être transféré.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours est à déclarer fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties;

reçoit le recours principal en réformation en la forme ;

au fond, le déclare justifié et partant, par réformation de la décision du 25 mars 2009, ordonne la libération immédiate de Monsieur ... du Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière à Schrassig ;

renvoie le dossier en prosécution de cause au ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration ;

déclare irrecevable le recours subsidiaire en annulation ;

condamne l'Etat aux frais.

Ainsi jugé par :

Carlo Schockweiler, premier vice-président,
Martine Gillardin, premier juge,
Annick Braun, juge,

et lu à l'audience publique extraordinaire du 21 avril 2009, à 17.00 heures par le premier vice-président, en présence du greffier Claude Legille.

s. Claude Legille

s. Carlo Schockweiler