

**Audience publique extraordinaire du 29 janvier 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 25297 du rôle et déposée le 19 janvier 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 ..., déclarant être né le ... et être de nationalité ghanéenne, 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 24 décembre 2008 ordonnant son placement au Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière pour une durée d'un mois à partir de la notification ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 22 janvier 2009 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 26 janvier 2009 par Maître Ardavan Fatholahzadeh au nom de Monsieur ... ;

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

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Ardavan Fatholahzadeh et Madame le délégué du gouvernement Claudine Konsbrück en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 28 janvier 2009.

---

Le 2 juin 2004, Monsieur ... formula auprès des autorités luxembourgeoises une demande en obtention du statut de réfugié. Cette demande fut rejetée par une décision du ministre des Affaires étrangères et de l'Immigration, désigné ci-après par « le ministre » du 22 janvier 2007. Suite au recours contentieux introduit par Monsieur ... contre cette décision de refus, il fut débouté définitivement de sa demande par un arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2007 (n° 23177C du rôle).

Par une décision du ministre du 24 décembre 2008, notifié à l'intéressé le 30 décembre 2008, 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 motif qu'il n'était en possession ni d'un passeport, ni d'un visa en cours de validité et qu'il n'était pas non plus en possession d'une autorisation de séjour valable pour une durée supérieure à trois mois ou d'une autorisation de travail.

Par une décision du même jour, soit le 24 décembre 2008, notifié à l'intéressé le 30 décembre 2008, le ministre ordonna le placement de Monsieur ... au Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière à Schrassig, désigné ci-après par « le Centre de séjour », pour une durée maximale d'un mois à partir de la notification de la décision en question, en attendant son éloignement du territoire luxembourgeois. Cette décision est fondée 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 la décision de refus de séjour du 24 décembre 2008 ;*

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

*Considérant qu'un laissez-passer sera demandé dans les meilleurs délais auprès des autorités ghanéennes;*

*Considérant qu'en attendant l'émission de ce document de voyage, l'éloignement immédiat de l'intéressé est impossible en raison des circonstances de fait ».*

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 19 janvier 2009, Monsieur ... a fait introduire un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de la décision ministérielle de placement du 24 décembre 2008.

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 recours en réformation est recevable pour avoir été introduit par ailleurs dans les formes et délai prévus par la loi.

A l'appui de son recours, Monsieur ... soulève d'abord l'inconstitutionnalité de l'article 120 de la loi du 29 août 2008. Il estime que cet article ne serait pas compatible avec l'article 12 de la Constitution en vertu duquel « *nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation* ». La notion « *arrestation* »

signifierait dans le vocabulaire juridique « *l'état d'une personne appréhendée au corps* ». Il serait indéniable que le demandeur aurait été arrêté et menotté par la police grand-ducale au moment de l'exécution de la mesure de placement, avant qu'un juge ait ordonné cette arrestation par ordonnance motivée. Le demandeur sollicite ainsi la saisine de la Cour constitutionnelle de la question libellée de la façon suivante, relative à la conformité de l'article 120 de la loi du 29 août 2008 à l'article 12 de la Constitution :

*« les dispositions combinées des articles 120 (1), (2) et (3) de la loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration qui prévoit dans ses modalités d'exécutions (sic), l'appréhension, l'arrestation, respectivement la rétention d'un étranger en situation irrégulière sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg « sur décision orale du ministre... » et cela sans qu'une ordonnance motivée d'un juge intervient préalablement, sont-elles conformes avec l'esprit et la finalité de l'article 12 de la Constitution ».*

Le délégué du gouvernement estime que le demandeur aurait fait l'objet d'une mesure de placement dans le cadre prévu par la loi et dans les formes prévues par la loi. Il fait valoir que « *l'arrestation en flagrant délit* » prévue par l'article 12 de la Constitution viserait le domaine pénal et ne pourrait pas s'appliquer au cas du demandeur, de sorte que la demande de saisine de la Cour constitutionnelle serait sans objet.

Aux termes de l'article 12 de la Constitution : « *La liberté individuelle est garantie. – Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. – Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. – Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures. – Toute personne doit être informée sans délai des moyens de recours légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté* ».

Force est au tribunal de constater que l'article 12 de la Constitution opère une nette distinction entre une arrestation et un placement en disposant « (...) *Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit* (...) ». La notion d'arrestation se définit comme le fait d'appréhender une personne en vue de sa comparution devant une autorité judiciaire, tandis que la notion de placement se définit comme le fait de placer une personne étrangère en situation irrégulière sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg en rétention dans une structure fermée lorsque l'exécution d'une mesure d'éloignement ou d'une demande de transit par voie aérienne est impossible en raison de circonstances de fait.

Il échet, par ailleurs, de constater que l'article 12 de la Constitution ne subordonne que l'arrestation d'une personne à la condition d'une ordonnance motivée du juge en disposant : « (...), *nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge* (...) », une telle condition n'étant partant pas requise en cas de placement d'une personne, ceci d'autant plus que l'article 120 de la loi du 29 août 2008 donne expressément compétence au ministre ayant l'immigration dans ses attributions de prendre la décision relative au placement d'une personne.

Dès lors, la Constitution ne subordonne le placement d'une personne qu'à la conformité

à la loi.

En l'espèce, il est constant que le demandeur a fait l'objet d'un placement et non point d'une arrestation. En effet, il a été placé au Centre de séjour en vue de son éloignement du territoire du Grand-Duché du Luxembourg et non point arrêté en vue de sa comparution devant une autorité judiciaire ou administrative. Dès lors, aucune ordonnance motivée du juge n'était requise en l'espèce et le moyen du demandeur tiré de la non-conformité de l'article 120 de la loi du 29 août 2008 à l'article 12 de la Constitution est à rejeter pour ne pas être fondée.

Le demandeur soulève encore une exception d'illégalité sur base de l'article 95 de la Constitution du règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 créant un Centre de séjour provisoire pour étrangers en situation irrégulière, ci-après désigné « *le règlement grand-ducal du 20 septembre 2002* », au motif que la loi modifiée du 27 juin 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire n'offrirait pas de base légale suffisante à la création par voie de règlement grand-ducal d'une structure spécifique au sein du Centre pénitentiaire, destinée à accueillir les étrangers faisant l'objet d'une mesure de placement en vertu de la loi du 29 août 2008. Le demandeur renvoie encore aux documents parlementaires relatifs à la loi précitée du 27 juin 1997 et plus particulièrement à un avis du Conseil d'Etat du 29 octobre 1996 pour soutenir sa thèse. Dans la mesure où le règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 créerait un Centre de séjour, et où il reconnaîtrait compétence générale au Centre pénitentiaire de Luxembourg pour exécuter des mesures de placement, ce règlement ne saurait, d'après le demandeur, tirer sa base légale de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 juin 1997 précitée. En conséquence, le règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 devrait être écarté en l'espèce pour défaut d'habilitation par une loi. La loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1) l'entrée et le séjour des étrangers ; 2) le contrôle médical des étrangers ; 3) l'emploi de la main d'œuvre étrangère ne pourrait pas non plus constituer la base légale du règlement grand-ducal du 20 septembre 2002, alors qu'elle aurait été abrogée par la loi du 29 août 2008.

Le délégué du gouvernement répond en se référant à un jugement du tribunal administratif du 5 décembre 2002 que la base légale du Centre de séjour serait l'article 15 de la loi précitée du 28 mars 1972.

Force est d'abord au tribunal de constater que le demandeur soulève une exception d'illégalité du règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 sans pour autant en tirer une conclusion. Au vu du dispositif de la requête introductive d'instance le tribunal est amené à admettre que ledit moyen tend à la réformation sinon à l'annulation de la décision déférée pour défaut de base légale.

La base légale du règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 est donnée par l'article 15 de la loi modifiée du 28 mars 1972, tel que cela ressort d'ailleurs du libellé même dudit règlement grand-ducal. Dans ce contexte, il est indifférent que le Conseil d'Etat, au moment de l'élaboration de la loi du 27 juillet 1997 portant réorganisation de l'administration pénitentiaire, a estimé que l'intervention du législateur serait de mise pour l'hypothèse d'une modification des attributions d'un établissement pénitentiaire, étant donné que le Centre de séjour pour étrangers en situation irrégulière n'est pas à considérer comme un établissement pénitentiaire<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> cf trib. adm. 5 décembre 2002, n°15679 du rôle, Pas. adm. 2008, V° Etrangers, n° 530, et autres références y citées

L'abrogation de la loi du 28 mars 1972, à défaut de disposition expresse en ce sens dans la loi du 29 août 2008, n'a pas pour effet de mettre en cause ni l'existence, ni la légalité du règlement grand-ducal du 20 septembre 2002. En effet, un arrêt de la Cour administrative a retenu qu'un règlement grand-ducal légalement pris survit à la loi dont il procède en cas d'abrogation de celle-ci, dès lors qu'il trouve un support suffisant dans la législation postérieure qui témoigne de la volonté persistante du législateur à régir selon des options similaires la matière dans le cadre de laquelle est intervenu le règlement en question et que le règlement n'est pas inconciliable avec des dispositions de la nouvelle loi<sup>2</sup>.

En l'espèce, force est de constater que tant la loi du 29 août 2008, que la loi du 28 mars 1972, prévoient que le ministre peut, sous certaines conditions, ordonner à l'égard d'un étranger en situation irrégulière une mesure de rétention administrative. Les deux lois visent forcément un centre tel que le Centre de séjour, tel qu'il est prévu par le règlement grand-ducal du 20 septembre 2002. Dans ces conditions, le règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 trouve une base légale suffisante dans la loi du 29 août 2008<sup>3</sup>.

Compte tenu de ce qui précède, l'argument du demandeur suivant lequel la structure fermée prévue à l'article 120 de la loi du 29 août 2008 ferait légalement défaut, laisse également d'être fondé, le terme « *structure fermée* » pouvant valablement viser le Centre de séjour prévu par le prédit règlement grand-ducal.

Il s'ensuit que le moyen tiré de la nullité ou de l'illégalité du règlement grand-ducal du 20 septembre 2002 n'est pas fondé.

En troisième lieu demandeur soutient que les conditions pour prononcer une mesure de placement ne seraient pas remplies en l'espèce. Une décision de placement présupposerait l'impossibilité d'exécuter une mesure d'expulsion ou de refoulement en raison d'une circonstance de fait. Il explique que l'irrégularité de sa situation juridique et administrative aurait été largement connue par l'autorité ministérielle, alors que sa demande d'asile était définitivement rejetée et que son lieu de résidence était connu. En outre, l'autorité ministérielle aurait su qu'il faisait partie du groupe de musique « *Africulture Groupe* » qui organisait en coordination avec d'autres associations, notamment l'« *ASTI* » des manifestations musicales.

A ce sujet le délégué du gouvernement rappelle que le demandeur aurait déjà dû être rapatrié en 2007 mais qu'il aurait « *disparu dans la nature* » et aurait dû être signalé, et qu'il aurait finalement été retrouvé en France.

La loi du 29 août 2008 prévoit en son article 120 (1) qu'une décision de placement peut être prise si l'exécution d'une mesure d'éloignement s'avère impossible en raison de circonstances de fait. A ce sujet, il convient de constater que le ministre est dans l'impossibilité de procéder à l'éloignement immédiat d'un étranger, lorsque ce dernier ne dispose pas des documents d'identité et de voyage requis pour permettre son éloignement et si des démarches doivent être entamées auprès d'autorités étrangères en vue de l'obtention d'un accord de reprise de l'intéressé. C'est précisément afin de permettre à l'autorité compétente d'accomplir ces

---

<sup>2</sup> Cour adm. 10 avril 2008, n° 23737C du rôle, disponible sous [www.jurad.etat.lu](http://www.jurad.etat.lu)

<sup>3</sup> cf. trib. adm. 15 décembre 2008, n° 25145 du rôle, disponible sous [www.jurad.etat.lu](http://www.jurad.etat.lu)

formalités que le législateur a prévu la possibilité de placer un étranger en situation irrégulière en rétention pour la durée maximale d'un mois, mesure qui peut être prorogée à trois reprises en cas de nécessité.

En l'espèce, il est constant que le demandeur se trouve en situation irrégulière au Luxembourg et qu'il ne dispose pas de documents de voyage pour entamer un retour dans son pays d'origine, de sorte que le ministre a valablement pu prendre une décision de placement, afin de lui permettre d'effectuer les formalités en vue de son rapatriement.

Le demandeur estime encore que sa rétention au Centre de séjour serait un traitement dégradant, constitutif d'une atteinte intolérable à sa liberté, en violation des articles 3 et 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le délégué du gouvernement de son côté estime que la mesure de placement déferée ne violerait ni l'article 3 ni l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose « *nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Or, une rétention au Centre de séjour ne saurait, en tant que telle, être considérée comme dégradante, inhumaine ou humiliante si les conditions légalement prévues sont remplies<sup>4</sup>. Dès lors que le demandeur se limite à affirmer de manière générale que la rétention serait vécue par lui comme traitement dégradant, et à défaut par lui d'indiquer concrètement en quoi ce traitement serait inhumain ou dégradant, le moyen du demandeur est à rejeter pour ne pas être fondé.

Concernant la prétendue violation de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, 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* ».

Il convient de relever que 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<sup>5</sup>. Le moyen afférent est partant à rejeter.

Enfin, quant à la question posée par le demandeur de savoir si le Centre de séjour correspond à une structure fermée, telle que prévue à l'article 120 de la loi du 29 août 2008, le tribunal est amené à constater eu égard aux considérations qui précèdent que le terme « structure fermée » peut valablement viser le Centre de séjour.

---

<sup>4</sup> cf. trib. admin. 28 février 2002, no 14590 du rôle, Pas admin. 2008, V<sup>o</sup> Etrangers, no 447

<sup>5</sup> cf. trib. admin. 25 janvier 2006, no 20913 du rôle, Pas admin. 2008, V<sup>o</sup> Etrangers, no 448

Il se dégage de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours laisse d'être fondé et que le demandeur est à en débouter.

**Par ces motifs,**

le tribunal administratif, troisième chambre, contradictoirement ;

reçoit le recours en réformation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié et en déboute ;

déclare irrecevable le recours subsidiaire en annulation ;

condamne le demandeur aux frais.

Ainsi jugé par :

Marc Feyereisen, président  
Catherine Thomé, premier juge,  
Françoise Eberhard, juge,

et lu à l'audience publique extraordinaire du 29 janvier 2009 par le président, en présence du greffier Claude Legille.

Claude Legille

Marc Feyereisen