

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **5 décembre 2018**

Cassation partielle sans  
renvoi

Mme BATUT, président

Arrêt n° 1176 F-P+B

Pourvoi n° Y 17-30.978

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

---

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE,  
a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par le préfet du Pas-de-Calais,  
domicilié préfecture du Pas-de-Calais, rue Ferdinand Buisson, 62020 Arras  
cedex,

contre l'ordonnance rendue le 16 octobre 2017 par le premier président de  
la cour d'appel de Douai (chambre des libertés individuelles), dans le litige  
l'opposant :

1°/ à M. Hiwa M , domicilié sans domicile connu  
précédemment retenu au centre de rétention de Coquelle boulevard du kent,  
62231 Coquelles,

2°/ au procureur général près la cour d'appel de Douai,  
domicilié en son parquet général, Palais de Justice, 47 rue Merlin de Douai,  
59500 Douai,

défendeurs à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 6 novembre 2018, où étaient présentes : Mme Batut, président, Mme Gargoullaud, conseiller référendaire rapporteur, Mme Wallon, conseiller doyen, Mme Pecquenard, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Gargoullaud, conseiller référendaire, les observations de la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat du préfet du Pas-de-Calais, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, ensemble les articles L. 512-1 et L. 551-1 à L. 551-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel, et les pièces de la procédure, que M. M. [redacted] devenu M. M. [redacted], de nationalité irakienne, en situation irrégulière sur le territoire national, a été condamné pour des faits d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée à une peine d'emprisonnement assortie d'une interdiction définitive du territoire français ; que le préfet a pris, le 2 octobre 2017, un arrêté fixant l'Irak comme pays de destination et, le 14 octobre, une décision de placement en rétention, dont il a sollicité la prolongation ;

Attendu que, pour prononcer la mainlevée de cette mesure, l'ordonnance relève que l'Irak est depuis de nombreuses années le théâtre de conflits armés donnant lieu à des exactions commises par des groupes armés et des attentats répétés contre des populations civiles et retient que l'Etat irakien ne parvient pas à assurer la sécurité des populations se trouvant sur son territoire, notamment celle du groupe auquel M. M. [redacted] dit appartenir, de sorte qu'en l'absence de démonstration, par les autorités françaises, de leur capacité à le renvoyer vers ce pays sans porter atteinte à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, son éloignement apparaît impossible dans le temps de la rétention, même prolongée ;

Qu'en se prononçant ainsi sur l'opportunité d'un renvoi vers l'Irak, et, par suite, sur la légalité de la décision administrative fixant le pays de renvoi, le premier président a excédé ses pouvoirs en violation des textes susvisés ;

Et vu les articles L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire et 1015 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur l'autre branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'elle déclare l'appel recevable, l'ordonnance rendue le 16 octobre 2017, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Douai ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance partiellement cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du cinq décembre deux mille dix-huit.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat aux Conseils, pour le préfet du Pas-de-Calais.

Le moyen reproche à l'ordonnance infirmative attaquée d'avoir déclaré l'appel recevable et ordonné la mainlevée de la rétention de M. Hiwa M. et sa remise en liberté immédiate,

AUX MOTIFS QUE

« Aux termes des dispositions de l'article L. 554-1 du CESEDA : « Un étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ. L'administration doit exercer toute diligence à cet effet. » En conséquence, si le renvoi de l'étranger à destination du pays fixé par l'arrêté est impossible dans le temps de la rétention administrative, même prolongée, la rétention n'est pas justifiée et le juge des libertés et de la détention doit ordonner sa mise en liberté.

L'arrêté ordonne à M. Hiwa M. de quitter le territoire français à destination du pays dont il revendique la nationalité, en l'espèce l'Irak, ou tout autre pays où il établirait être légalement admissible.

L'administration n'apporte aucun élément permettant d'établir vers quel autre pays que l'Irak M. Hiwa M. serait susceptible d'être reconduit.

L'Irak est depuis de nombreuses années le théâtre de conflits armés donnant lieu notamment à des exactions commises par des groupes armés, à des attentats répétés contre des populations civiles, alors que l'Etat irakien présente des déficiences quant à sa capacité à assurer la sécurité des populations se trouvant sur son territoire, et plus particulièrement un groupe particulièrement ciblé, comme celui auquel l'intéressé dit appartenir, de sorte que cette situation empêche pratiquement les éloignements vers ce pays.

Le renvoi de M. Hiwa M. apparaît en conséquence impossible dans le temps de la rétention même prolongée, les autorités françaises ne démontrant pas être en mesure d'éloigner l'intéressé vers l'Irak sans porter atteinte à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans ces circonstances il convient de constater l'illégalité de la décision de placement en rétention et d'ordonner la mise en liberté de M. Hiwa M. sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner les autres moyens. »

ALORS A TITRE PRINCIPAL QUE le juge administratif est seul compétent pour connaître de la légalité des décisions relatives au séjour et à

l'éloignement, et notamment des décisions fixant le pays de destination, quand bien même leur illégalité serait invoquée par voie d'exception à l'occasion du contentieux, devant le juge judiciaire, de la prolongation du placement en rétention si bien qu'en retenant, pour remettre en liberté M. M , que son renvoi vers l'Irak n'était pas possible sans porter atteinte à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le premier président, qui a nécessairement ainsi porté une appréciation sur la légalité de la décision fixant le pays de destination, distincte de l'arrêté de placement en rétention, a excédé ses pouvoirs en violation de la loi des 16-24 août 1790, du décret du 16 fructidor an III et de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,

ET ALORS, A TITRE SUBSIDIAIRE, QU'il appartient à la personne qui sollicite la mainlevée de la mesure d'établir la réalité des risques que comporterait pour lui, personnellement, le retour dans son pays d'origine de sorte qu'en se fondant, pour juger la rétention illégale en raison de l'impossibilité de mettre à exécution le renvoi de l'intéressé dans un bref délai sans porter atteinte à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sur la situation générale du pays de destination, et l'incapacité de ce dernier à assurer la protection des populations civiles, notamment du groupe dont M. M se réclamait, sans toutefois caractériser un risque personnel pesant sur ce dernier, dont le groupe d'appartenance revendiqué n'est d'ailleurs pas précisé, en cas de retour en Irak, le premier président a privé sa décision de base légale au regard des dispositions des articles L 513-2 et L 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.