



AVIS DE Mme MALLET-BRICOUT, AVOCATE GÉNÉRALE

Avis n° 15011 du 20 novembre 2023 (B) – Première chambre civile

**Demande d'avis n° 24-70.005 du 14 août 2024, tribunal judiciaire
de Lyon**

Par ordonnance du 14 août 2024, le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Lyon a saisi la Cour de cassation de la **demande d'avis suivante** :

« Suite à l'entrée en vigueur de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration ayant modifié les dispositions des articles L. 731-1 1° et L. 741-1 du CESEDA pour permettre à l'autorité administrative d'assigner à résidence ou de placer en rétention l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable, dans le cas où l'étranger fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français, prise moins de trois ans auparavant, pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé, une obligation de quitter le territoire français prise plus d'un an avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 mais moins de trois à la date du placement en rétention et jamais exécutée peut-elle fonder le placement en rétention administrative d'un étranger ? »

Rappel des faits et de la procédure

M. [W] [G] s'est vu notifier, par le préfet du [Localité 2] le 2 mai 2022, une obligation de quitter le territoire français (ci-après OQTF), sans délai de départ volontaire.

A sa levée d'écrou, le 5 août 2024, M. [G] a été placé en rétention administrative, sur le fondement d'un arrêté du 1^{er} août 2024, pris par le Préfet de [Localité 1] pour l'exécution de l'OQTF du 2 mai 2022.

Par requête du 6 août 2024, M. [G] a contesté la décision de placement en rétention administrative, auprès du juge des libertés et de la détention (ci-après JLD) du tribunal judiciaire de Lyon.

Par requête du 8 août 2024, le Préfet de [Localité 1] a saisi le JLD aux fins de première prolongation de la rétention pour une durée de 26 jours.

Le JLD a examiné les deux requêtes jointes et statué par une ordonnance du 9 août 2024. Jugeant irrégulier l'arrêté de placement en rétention pour défaut de base légale, il a ordonné la remise en liberté de M. [G].

Le 9 août 2024, le Ministère public a interjeté appel de cette ordonnance et demandé la suspension de la décision de remise en liberté de M. [G].

Le 10 août 2024, le délégué du Premier président de la cour d'appel de Lyon a rendu une ordonnance sur appel suspensif. Il a déclaré cet appel recevable et suspensif sur le fondement des articles R. 743-12 et L. 743-22 du CESEDA.

Le 11 août 2024, le délégué du Premier président de la cour d'appel de Lyon a rendu une ordonnance par laquelle il a infirmé l'ordonnance du JLD rendue le 9 août, a déclaré l'arrêté de placement en rétention régulier et a ordonné la prolongation de la rétention pour une durée de 26 jours.

Par décision du 14 août 2024, le JLD a saisi pour avis la Cour de cassation, sur la question reproduite ci-dessus.

Recevabilité de la demande d'avis

I. La recevabilité de la demande au regard des conditions de forme

1. L'auteur de la demande d'avis : une juridiction de l'ordre judiciaire

Il résulte de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire que seules les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation.

En l'espèce, la demande d'avis émane du juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Lyon.

2. L'information préalable des parties et du ministère public sur l'intention de saisir la Cour de cassation pour avis

Aux termes de l'article 1031-1 alinéas 1^{er} et 2 du code de procédure civile, « lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet.»

=> En l'espèce, l'ordonnance du 9 août 2024 rendue par le JLD du tribunal judiciaire de Lyon invite les parties et le ministère public à présenter leurs observations écrites éventuelles sur la question soulevée, dans un délai de 3 jours.

Un bordereau en date du 9 août 2024 atteste que le ministère public a bien été formellement avisé de cette ordonnance et invité à produire des observations écrites dans le délai fixé.

Le même jour, le ministère public a accusé réception de cette notification, a déclaré exercer un recours contre la décision prise par le JLD et a énoncé de substantiels arguments dans sa déclaration d'appel sur la question juridique soulevée par le JLD.

Par ailleurs, une notification de l'ordonnance du 9 août 2024 a été effectuée par mail du même jour à l'égard :

- de l'avocat de M. [G] (sans accusé de réception)
- de l'avocat du Préfet de [Localité 1] (sans accusé de réception)
- de la préfecture de Savoie (avec accusé de réception)
- de deux centres de rétention administrative (CRA 1 et CRA 2, dipn69-paf)

Le greffe du tribunal judiciaire de Lyon, sollicité à cet effet, n'a pu produire aucun autre élément.

L'ordonnance sur appel au fond précise que les parties étaient toutes comparantes et/ou représentées lors de l'audience d'appel, or aucune d'elles n'a soulevé une problématique relative à cette information préalable.

On pourrait dès lors considérer que ces éléments attestent suffisamment qu'une telle notification a eu lieu, et donc que l'information préalable des parties prévue à l'article 1031-1 CPC, à peine d'irrecevabilité, a bien été respectée.

Toutefois, il peut être observé que n'est produite aucune preuve de l'information préalable à l'égard de M. [G] personnellement, et qu'aucune des parties n'a transmis d'observations dans le court délai fixé par le juge (3 jours) - sauf les observations sur le fond du ministère public dans sa déclaration d'appel motivée.

3. La formalisation de la décision demandant l'avis et sa transmission au greffe de la Cour de cassation

Aux termes de l'article 1031-2 du code de procédure civile, la décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le greffe de la juridiction au greffe de la Cour de cassation.

=> En l'espèce, la Cour de cassation a accusé réception le 28 août 2024 de l'ordonnance de saisine pour avis datée du 14 août 2024.

4. La notification aux parties, par LRAR, de la décision demandant l'avis et de la date de transmission du dossier à la Cour de cassation

Selon l'article 1031-2 du code de procédure civile, la décision sollicitant l'avis est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

=> En l'espèce, on peut déduire des pièces transmises à la Cour de cassation qu'une notification de l'ordonnance de saisine de la Cour de cassation pour avis, rendue le 14 août 2024, a été effectuée, par mail, le 14 août après-midi :

- à l'avocat de M. [G] (mais sans accusé de réception)
- à l'avocat du Préfet de [Localité 1] (mais sans accusé de réception)

Il convient d'observer que :

- ces notifications contiennent apparemment la décision rendue le 14 août 2024 (sans certitude toutefois, la pièce attachée n'étant pas reproduite dans la transmission du dossier à la Cour de cassation), mais elles ne comportent aucun mot d'accompagnement ; notamment, la date de transmission du dossier à la Cour de cassation n'est pas précisée aux destinataires,

- aucune pièce ne rend compte d'une notification réalisée par LRAR (ni envoi ni réception),

- aucune pièce ne rend compte d'une notification réalisée à l'égard de M. [G] et du Préfet de [Localité 1] à titre personnel.

J'ai effectué le 04/10/2024 une demande de pièces complémentaires (LRAR notamment) auprès du greffe du tribunal judiciaire de Lyon, qui a permis de confirmer l'absence de ces pièces au dossier.

5. L'avis au ministère public, au premier président de la cour d'appel et au procureur général près cette cour de la décision de saisine pour avis

L'article 1031-2 du code de procédure civile prévoit enfin que le ministère public auprès de la juridiction est avisé, ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour.

=> En l'espèce, des notifications par mail de l'ordonnance du 14 août 2024 contenant la saisine pour avis ont été réalisées, le 14 août après-midi, avec attestation de remise du message au destinataire :

- à l'adresse mail retentions.ca-lyon,
- à l'adresse mail pôle1.pg.ca-lyon,
- à l'adresse mail ttr1.tj-lyon.

Sous réserve que ces adresses mail soient effectivement celles du premier président de la cour d'appel de Lyon, du procureur général près la cour d'appel de Lyon, ainsi que du procureur de la République près le tribunal judiciaire de Lyon, il peut être observé qu'aucun accusé de réception n'est produit (mais l'article 1031-2 prévoit un simple avis).

En conclusion sur les conditions de forme

En l'état des pièces transmises par le greffe du tribunal judiciaire de Lyon, plusieurs conditions de recevabilité formelle de la demande d'avis ne sont pas remplies.

Au regard des exigences formelles littéralement entendues par application des articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile, il apparaît dès lors impossible de conclure à la recevabilité de la demande d'avis adressée à la Cour de cassation.

On observera toutefois que ces règles, qui ne suscitent aucune difficulté d'interprétation, sont particulièrement rigoureuses, et que la législation sur ce point gagnerait peut-être à évoluer tant il apparaît difficile pour les greffes, notamment dans le cadre de procédures très contraintes par de courts délais, de les suivre à la lettre.

L'essentiel pourrait être de s'assurer que les personnes concernées par les textes susvisés ont été effectivement informées et mises en mesure de faire des observations sur la demande d'avis, y compris dans le contexte de délais contraints. On observera, à cet égard, que la Cour de cassation a récemment opté en faveur de la recevabilité d'une demande d'avis qui ne remplissait pourtant pas toutes les conditions formelles rappelées ci-dessus (C. cass. Civ.1. 5 septembre 2024, n° M. 24-70003).

En l'espèce, il peut être souligné que les parties et le ministère public étaient toutes présentes ou représentées lors de l'audience d'appel au fond¹, au cours de laquelle a notamment été débattue la question de droit ensuite posée à la Cour de cassation dans la présente saisine pour avis². M. [W] [G], notamment, était présent et assisté de son conseil aux audiences du JLD en première instance et d'appel au fond.

II. La recevabilité de la demande au regard de la condition du sursis à statuer

Cette saisine pour avis suscite par ailleurs ***une difficulté particulière*** relative au sursis à statuer en principe prononcé par le juge dans l'attente de l'avis rendu par la Cour de cassation.

¹ Et aussi lors de la première audience du JLD le 9 août 2024, sauf le ministère public (ni présent ni représenté).

² Voir la « Note d'audience » sur l'audience publique du 11 août 2024, produite au dossier.

Pour mémoire, l'article 1031-1 CPC dispose, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2024-673 du 3 juillet 2024 (dit Magicobus) :

« Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point.

Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet.

Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3.

Toutefois, il n'est pas sursis à statuer si la loi ou le règlement prévoit que le juge statue dans un délai déterminé n'excédant pas trois mois ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre l'avis et s'il est interjeté appel de sa décision, la cour d'appel sursoit à statuer sauf si elle est elle-même tenue de se prononcer en urgence ou dans un délai déterminé incompatible avec le délai imparti à la Cour de cassation pour rendre son avis.

La saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires. »

Le **quatrième alinéa** de cette disposition est issu du décret précité³ ; une telle réforme de la procédure de saisine pour avis avait été suggérée par la première chambre civile à plusieurs reprises depuis 2019⁴. Cette nouvelle disposition offre expressément au juge la possibilité de ne pas surseoir à statuer dans l'attente de l'avis rendu par la Cour de cassation ; elle est **entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2024** (cf. art. 17 du décret).

Antérieurement à ce décret, l'article 1031-1 disposait simplement que le juge « sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3. » et que « La saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires. »

Dans son ordonnance en date du 9 août 2024, le juge des libertés et de la détention considère « qu'il apparaît de bonne administration de la justice d'appliquer immédiatement les dispositions ainsi modifiées et de ne pas surseoir à statuer jusqu'à la réception de l'avis de la Cour de cassation ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3 ». Il en déduit, au regard de l'article L. 743-5 du CESEDA (délai de 48 heures pour statuer) « qu'en conséquence, il ne sera pas sursis à statuer », et ordonne la remise en liberté de M. [G].

Le délégué du premier président de la cour d'appel de Lyon, dans son ordonnance sur appel suspensif puis dans son ordonnance sur appel au fond, n'a pas non plus

³ Le décret Magicobus réalise la quatrième modification de l'article 1031-1 CPC depuis sa création en 1992.

⁴ Ainsi que cela est rappelé dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation 2023*, p. 31 et suiv.

sursis à statuer, sans toutefois relever et discuter ce point. Le 11 août 2024 a ainsi été ordonnée la première prolongation de la rétention de M. [G] pour une durée de vingt-six jours.

=> Sur le refus du JLD puis du délégué du premier président de surseoir à statuer, en regard de la version de l'article 1031-1 CPC qui était en vigueur au moment de leurs décisions respectives, les éléments suivants peuvent être soumis à la réflexion :

L'exigence de surseoir à statuer, à l'article 1031-1, est ferme si l'on se réfère à la formulation très affirmative retenue par le législateur dans cette disposition, dès son origine⁵ : « Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3. »

Cette exigence semble bien relever des conditions de recevabilité de la demande d'avis.

Une atténuation à cette exigence existait toutefois depuis une loi n° 2001-539 du 25 juin 2001 (art. 26)⁶, puis du décret n° 2008-522 du 2 juin 2008, qui a inséré au dernier alinéa de l'article 1031-1 la règle suivante : « La saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires. ». Cette disposition spécifique démontre l'attention portée par le pouvoir réglementaire à la nécessaire prise en compte, par le juge qui souhaite solliciter un avis, des éventuelles conséquences pratiques sur la situation des parties du délai d'attente de la réponse de la Cour de cassation.

De ce point de vue, dans le silence de l'article 1031-1 sur d'éventuelles exceptions au sursis à statuer, on pourrait être tenté de considérer que, dans le même esprit, un tel sursis ne soit pas requis dans l'hypothèse où le juge, comme en l'espèce, est contraint au respect de stricts délais pour statuer, d'une durée inférieure voire bien inférieure à celle laissée à la Cour de cassation pour rendre son avis (3 mois).

De ce point de vue, l'argument général de « *bonne administration de la justice* » invoqué par le JLD en l'espèce apparaît convaincant - bien que l'on puisse reprocher au juge d'avoir soulevé cet argument pour décider l'application immédiate du nouvel alinéa 4 de l'article 1031-1 issu du décret Magicobus (v. *infra*).

En effet, ne pas admettre un tel refus de surseoir à statuer dans une hypothèse telle que celle de l'espèce revient à restreindre, de fait, le périmètre de la saisine pour avis de la Cour de cassation, en excluant les hypothèses telles que celle de l'espèce dans lesquelles le juge est très contraint par un délai légal pour statuer.

Le contentieux de la rétention administrative des étrangers et celui des soins psychiatriques sans consentement, notamment, sont alors écartés, le cas échéant, de la possibilité de demande d'avis, alors même que les autres conditions de recevabilité seraient réunies (notamment celle du caractère sérieux de la difficulté

⁵ Décret n° 92-228 du 12 mars 1992, art. 1.

⁶ Ancien article L. 551-1, alinéa 2 *in fine*, du code de l'organisation judiciaire : « Toutefois, les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. »

soulevée se posant dans de nombreux litiges)⁷. Le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires ou d'urgence ne constitue pas une réponse suffisante dans ce type de situation.

D'ailleurs, c'est bien ainsi que le décret Magicobus a analysé cette faille, lorsqu'il évoque expressément au nouvel alinéa 4 de l'article 1031-1 la possible *incompatibilité* du délai dans lequel le juge doit se prononcer avec le délai imparti à la Cour de cassation pour rendre son avis.

Une telle observation vaut tout particulièrement lorsque la liberté individuelle est en jeu, comme en l'espèce. Si le juge n'est pas autorisé par la loi à prendre une décision dans un délai supérieur au délai de trois mois laissé à la Cour de cassation pour rendre son avis, sa seule alternative serait alors de renoncer à effectuer une demande d'avis, en dépit de l'intérêt de cette procédure pour apporter une réponse utile aux juridictions du fond sans attendre un hypothétique pourvoi.

Il reste qu'en l'absence de sursis à statuer, la question soulevée peut perdre le cas échéant son lien avec le litige en cours (condition de recevabilité au fond), même si l'on sait que cette condition est entendue souplesment par la Cour de cassation (voir *infra* II).

Il convient d'observer qu'en l'espèce (et le juge qui a formulé la demande d'avis en avait conscience⁸), le litige relatif à la première demande de prolongation de la rétention administrative est terminé, le juge de première instance et le juge d'appel ayant exercé leur office. On atteint là peut-être les limites de la souplesse dans l'interprétation des conditions de recevabilité de la demande d'avis, qui reste une procédure très spécifique et éloignée du classique office du juge de cassation.

Et plus généralement, on ne peut que constater que ***le nouvel alinéa 4 de l'article 1031-1 CPC se coordonne difficilement, sous la perspective de la hiérarchie des normes, avec l'article L. 441-1 alinéa 1^{er} du code de l'organisation judiciaire***, qui dispose : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation. » (nous soulignons).

Enfin, il doit être souligné que ***le décret Magicobus a prévu des dispositions relatives au droit transitoire***. L'article 17 du décret dispose notamment : « I.-Le présent décret entre en vigueur le 1^{er} septembre 2024. Il est applicable aux instances en cours à cette date. ». Cette règle de droit transitoire est applicable à la modification réalisée à l'article 1031-1 CPC.

⁷ Dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation 2023*, la première chambre civile s'appuyait justement sur cet argument pour justifier l'intérêt d'une réforme de l'article 1031-1 CPC (voir p. 31).

⁸ Voir l'ordonnance du JLD de « Saisine pour avis de la Cour de cassation », en date du 14 août 2024, page 2 (fin de la motivation).

Le décret retient ainsi une solution classique en matière procédurale pour ce qui concerne l'application de la loi (ou du règlement⁹) dans le temps, celle de l'application immédiate de la règle procédurale nouvelle à l'instance en cours¹⁰. Comme le souligne la professeure Deumier¹¹, « les lois organisant le procès (lois d'organisation judiciaire, de compétence ou de procédure) ont vocation à s'appliquer immédiatement à toutes les procédures en cours. D'une part, elles sont nécessaires à une bonne administration de la justice, d'autre part, elles régissent l'activité du juge : leur objet est le litige, nouvelle situation en cours, à laquelle elles s'appliquent immédiatement ». Mais application immédiate ne signifie pas rétroactivité, et d'autres auteurs soulignent que la loi nouvelle s'applique alors à « la situation litigieuse qui a donné lieu à une action en justice, laquelle est pendante au moment de l'entrée en vigueur de la loi »¹². Les professeurs Larroumet et Aynès précisent ensuite qu'« un procès n'est plus en cours lorsqu'est intervenue une décision sur le fond du droit », et qu'« une loi nouvelle de procédure est sans effet sur la validité d'actes de procédure accomplis avant son entrée en vigueur, sous peine de rétroactivité ».

En l'espèce, on l'a vu, au moment où le juge saisit pour avis la Cour de cassation, soit le 14 août 2024, la loi nouvelle n'est pas encore entrée en vigueur et le litige est terminé, l'ordonnance d'appel au fond ayant été rendue le 11 août.

En conclusion sur la question de la condition légale de sursis à statuer :

Le JLD a explicitement anticipé l'application du nouvel alinéa 4 de l'article 1031-1 CPC, dans son ordonnance du 9 août 2024 qui constitue le premier acte procédural de la saisine pour avis (information préalable des parties et du ministère public), ce qui peut lui être reproché.

A ce moment (9 août), l'instance était en cours. Mais le refus de surseoir à statuer a permis à l'instance de se poursuivre et au litige de trouver une issue (ordonnance d'appel au fond du 11 août). Ainsi, le 14 août, lors même de la 'saisine pour avis' par une seconde ordonnance du JLD, l'instance n'était plus en cours, ce qui exclut la possibilité d'une saisine pour avis, par application de ***l'article L. 441-1 alinéa 1^{er} du code de l'organisation judiciaire***. En l'espèce en effet, le juge des libertés et de la détention a déjà statué sur la question soulevée, de manière motivée, en première

⁹ « Dans la figure du conflit de lois, le terme « loi » est entendu au sens large (mais non matériel), englobant tous les textes : loi, décret, mais aussi textes européens ou internationaux » (P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 4^e éd. LGDJ, 2017, n° 273). L'autrice souligne également que le Code des relations entre le public et l'administration a consacré, pour les règlements, les solutions issues de l'article 2 du code civil (n° 277).

¹⁰ Voir Avis C.cass. 22 mars 1999, Bull. civ. n° 2, qui vise les « principes généraux du droit transitoire, selon lesquels, en l'absence de disposition spéciale, les lois relatives à la procédure et aux voies d'exécution sont d'application immédiate » ; également, CEDH. 19 décembre 1997, *Brualla Gomez de la Torre c. Espagne*, § 35.

¹¹ P. Deumier, *op.cit.*, n° 289.

¹² C. Larroumet et A. Aynès, *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd Economica, 2013, n° 252 bis.

instance (v. ordonnance du 9 août, page 3) et en appel (v. ordonnance du 11 août, page 2).

Ce n'est ainsi qu'au titre, en quelque sorte, d'une *ratio legis* anticipée et de bon sens, que l'on pourrait admettre la possibilité pour le juge de ne pas surseoir à statuer, dans le silence de l'article 1031-1 dans sa version encore en vigueur en août 2024.

Mais une telle solution heurterait alors de manière significative la condition de recevabilité au fond selon laquelle la question posée doit conditionner la solution du litige, ou *a minima* s'inscrire dans le litige, sauf à admettre que la Cour de cassation assouplisse encore plus fortement cette condition d'origine jurisprudentielle, en admettant désormais qu'elle puisse être saisie d'une demande d'avis alors même que l'instance est éteinte, le litige terminé, et ce en amont de l'entrée en vigueur du nouvel alinéa 4 de l'article 1031-1 CPC.

Outre qu'une telle position heurterait les principes de l'application de la loi dans le temps, celle-ci ne serait pas sans conséquence sur la *ratio legis*, cette fois, de la procédure originale de saisine pour avis, clairement mise en lumière par le législateur à l'article L. 441-1 COJ.

Certes, le décret Magicobus, par l'ajout du nouvel alinéa 4 à l'article 1031-1 CPC vient finalement modifier, de fait, cette *ratio legis*, en offrant la possibilité d'une saisine pour avis de la Cour de cassation alors même qu'il a été statué au fond sur le litige, et donc sur la question posée, mais ***ce positionnement nouveau du pouvoir réglementaire n'autorisait pas pour autant le JLD en l'espèce à violer de manière explicite le principe de l'unité de la législation, selon lequel la loi est la même pour tous et une seule loi à la fois est applicable à une situation donnée***. La doctrine relève ainsi la nécessaire « unité de législation dans le temps », qui impose que toutes les personnes dont la situation légale relève d'une loi soient soumises à cette même loi¹³.

=> Je conclus ainsi à l'irrecevabilité de la présente demande d'avis au regard de la condition de sursis à statuer, sur le fondement du nécessaire respect du principe de l'unité de la législation, des principes de l'application de la loi dans le temps, et de la hiérarchie des normes.

III. La recevabilité de la demande au regard des conditions de fond

Aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, la demande d'avis doit porter sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

. La demande d'avis porte effectivement sur une question de pur droit, que l'on peut considérer comme nouvelle dans la mesure où la Cour ne l'a jamais tranchée jusqu'à présent.

. La question posée présente par ailleurs une difficulté sérieuse, comme le révèlent les développements ci-dessous, outre le constat d'une divergence de solutions entre

¹³ C. Atias et N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, 24^e éd. LexisNexis, 2024, n° 178.

les différentes cours d'appel, et parfois même au sein même d'une cour d'appel (v. *infra*, avis sur la réponse au fond).

. Elle est également susceptible de se poser dans de nombreux litiges, comme en attestent les nombreuses décisions rendues précisément sur la question soulevée, en première instance et en appel, à la suite de l'entrée en vigueur de la *loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*.

Au niveau des cours d'appel, il peut être souligné que 45 décisions ont pu être recensées depuis février 2024¹⁴, dans lesquelles la question de droit présentée dans la présente saisine pour avis avait été soulevée.

. Enfin, la Cour de cassation a précisé que la question doit également conditionner la solution du litige (20 octobre 2000, pourvoi n° 02-00.014, Bull. 2000, avis, n° 8, 8 octobre 2001, pourvoi n° 01-00.006, Bull. 2001, avis, n° 5, 23 avril 2007, pourvoi n° 07-00.008, avis criminel 2007, n° 3), étant précisé que cette condition est appréciée assez soupagement, dès lors que la disposition qui est l'objet de la question posée s'inscrit effectivement dans le litige.

En l'espèce, M. [G] a soulevé dans sa requête à l'encontre de son placement en rétention l'argument selon lequel l'arrêté de placement en rétention ne pouvait se fonder sur une OQTF qui n'était plus, selon lui, exécutoire depuis le 2 mai 2023. En effet, l'arrêté de placement en rétention avait été pris postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024, mais au regard d'une mesure d'éloignement prononcée plus de deux ans auparavant, en mai 2022.

La question se posait donc au JLD, dans ce litige précisément, de déterminer la base légale sur laquelle il pouvait se fonder pour apprécier la régularité d'un placement en rétention prononcé après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Cette question nécessite de s'interroger sur l'application de l'article 86 de la loi du 26 janvier 2024 relatif à son entrée en vigueur, et des grands principes relatifs à l'application de la loi dans le temps.

Toutefois, et comme déjà souligné plus haut (v. *supra*, II), le JLD puis le délégué du premier président n'ayant pas sursis à statuer dans ce dossier, cette question précise a donné lieu à une réponse du juge dans l'ordonnance sur appel au fond rendue le 11 août 2024 par le délégué du premier président de la cour d'appel de Lyon. La solution apportée par le juge d'appel a éteint définitivement le litige relatif à la première prolongation de la rétention administrative de M. [G].

Le lien entre la question soulevée par le JLD et le litige qui concerne M. [G] est dès lors ténu. Ce lien n'existe, d'un point de vue procédural, que si l'on se place au début de la procédure de demande d'avis, soit au 9 août 2024, date de l'information préalable des parties et du ministère public. En revanche, au jour de la 'saisine pour avis' elle-même, soit le 14 août, il n'est plus possible d'établir un tel lien procédural entre celle-ci et le litige, désormais éteint ; seul un lien substantiel (mais lui aussi ténu) pourrait être reconnu, en ce que la question soulevée est bien née à l'occasion

¹⁴ Recherche documentaire réalisée par le SDER de la Cour de cassation, au 11/09/2024.

de ce litige. Un rapprochement est possible avec les hypothèses de saisine pour avis dans lesquelles la demande d'avis est faite alors que la situation pratique ne donne plus lieu, concrètement, à difficulté, pour des raisons externes au litige¹⁵ ; mais en l'espèce, le lien avec le litige est encore plus faible dans la mesure où le juge saisi a lui-même rendu une décision qui clôt définitivement l'instance et le litige.

En conclusion sur la recevabilité de la demande d'avis,

il convient de souligner que les conditions de recevabilité, tant de forme que de fond, soulèvent d'importantes difficultés en l'espèce.

Pour l'ensemble des raisons qui ont été exposées, je conclus à l'irrecevabilité de cette demande d'avis, en dépit de l'intérêt de la question soulevée et de l'importance d'y répondre.

A cet égard, il m'apparaît utile de souligner qu'un pourvoi déposé devant la Cour de cassation soulève la même question que celle posée dans cette demande d'avis, le mémoire ampliatif ayant déjà été déposé dans ce dossier (W.24-16.261).

Avis sur la réponse au fond

1. Le contexte législatif et jurisprudentiel -

L'article L. 731-1 du CESEDA prévoit les huit hypothèses dans lesquelles l'autorité administrative peut assigner à résidence l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable. La première hypothèse (**art. L. 731-1,1°**) concerne l'étranger qui « fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français¹⁶, prise moins de trois ans auparavant, pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé ».

Avant l'entrée en vigueur de la *loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, le délai visé dans cette première hypothèse était d'un an et non trois ans.

Cette même loi a également modifié l'**article L. 741-1** du CESEDA, en portant de 48 heures à 4 jours la durée du placement en rétention par l'autorité administrative, de l'étranger « qui se trouve dans l'un des cas prévus à l'article L. 731-1 lorsqu'il ne

¹⁵ Voir par exemple, l'avis rendu par la Cour de cassation le 5 septembre 2024 (n° 24-70003) : dans ce dossier, le directeur de l'EPSM avait saisi le JLD aux fins de voir statuer sur le maintien d'une mesure d'isolement, mais le même jour, il avait communiqué une pièce complémentaire faisant état de la levée de l'isolement dans la nuit précédente. Le JLD avait néanmoins décidé d'organiser une audience au sein de l'établissement et avait rendu une ordonnance par laquelle il avait ordonné un sursis à statuer et sollicité l'avis de la Cour de cassation sur une question précise.

¹⁶ L'obligation de quitter le territoire français (OQTF) est une mesure administrative d'éloignement des étrangers prévue en droit français à l'article L. 611-1 du CESEDA.

présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement¹⁷ et qu'aucune autre mesure n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision ».

C'est sur la combinaison de ces deux textes que s'est fondé le JLD en l'espèce, en première instance et en appel, pour apprécier les conditions du placement en rétention de M. [G] à sa levée d'écrou, par décision du préfet de [Localité 1].

De manière plus générale, **la loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration** a donné lieu à de forts débats au sein du Parlement, à moult vicissitudes¹⁸, ainsi qu'à une alerte de la Défenseure des droits lors d'une audition au Parlement le 17 novembre 2023, sur « les graves atteintes aux droits des étrangers » que portait selon elle le projet de loi, soulignant que l'économie générale de celui-ci « marque un très net recul des droits fondamentaux des étrangers », en matière d'accès à la santé, d'exigences d'intégration, de sanctions et de mesures coercitives applicables aux étrangers. Depuis son entrée en vigueur, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a dénoncé un « recul sans précédent des droits fondamentaux » dans un avis du 26 septembre 2024¹⁹. La doctrine observe que le recours aux mécanismes d'exécution des mesures d'éloignement, à savoir l'assignation à résidence et la rétention administrative, a été assoupli par la nouvelle loi²⁰, et que celle-ci (plus généralement) réforme en profondeur l'office de l'administration en la dotant de pouvoirs particulièrement étendus²¹. Le professeur Tchen²² souligne par ailleurs « une réforme salubre du contentieux de l'obligation de quitter le territoire » et « un durcissement des modalités d'éloignement des étrangers représentant une menace

¹⁷ Selon la même disposition second alinéa, ce risque « est apprécié selon les mêmes critères que ceux prévus à l'article L. 612-3 ou au regard de la menace pour l'ordre public que l'étranger représente. »

¹⁸ Sur le déroulé des débats au Parlement et les versions successives du texte, voir J-S. Boda, « Drame en cinq actes : l'adoption du projet de loi pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration », JCP.A. 2024, Actualités 1.

¹⁹ Voir CNCDH, actualités, 30 sept. 2024. La commission critique notamment l'approche sécuritaire du texte, l'inadaptation des mesures visant à améliorer l'intégration, la dégradation de l'accès au juge, le recul de l'effectivité de l'accès à la demande d'asile.

²⁰ C. Meurant, « Le nouvel office de l'Administration après la loi immigration et intégration », JCP.A. 2024, Etude 2082.

²¹ C. Meurant, art.cit. Voir aussi V. Tchen, « Réforme du droit des étrangers du 26 janvier 2024 : chronique d'une odyssée législative atypique », JCP.G. 2024, doctr. 276 : « En modifiant les huit livres du CESEDA et en ajoutant un neuvième livre dédié aux procédures devant le juge administratif, la réforme impactera sévèrement les pratiques administratives et contentieuses dans tous les domaines du droit des étrangers et de l'asile. ».

²² V. Tchen, art.cit.

pour l'ordre public », dans un contexte où l'on dénombrait « 134.280 mesures d'OQTF en 2022, pour l'essentiel contestées ».²³

Les **travaux préparatoires** de la loi du 26 janvier 2024 révèlent que la modification apportée à l'article L. 731-1,1° du CESEDA résulte d'amendements successifs proposés lors des lectures du texte au Sénat²⁴, dans la suite de recommandations faites par le Conseil d'État²⁵ et par la commission des lois du Sénat²⁶.

Le second amendement déposé, qui a porté la durée prévue de un à trois ans (et non plus à deux ans comme cela était demandé dans le premier amendement), précise les objectifs visés par cette modification :

« Le présent amendement vise à porter de deux à trois ans le délai maximal d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) permettant l'assignation à résidence ou le placement en rétention administrative de l'intéressé. La commission avait déjà porté à deux ans cette durée afin d'augmenter les marges de manœuvres de l'administration pour procéder à un éloignement effectif et d'éviter qu'elle n'ait, pour ce faire, à répéter excessivement l'édition d'OQTF pour les mêmes motifs à l'encontre d'un même étranger. Déjà proposée par notre collègue député Éric Ciotti dans une proposition de loi relative à l'immigration en 2017 ainsi que dans la proposition de loi du président François-Noël Buffet pour reprendre le contrôle de la politique d'immigration, d'asile et d'intégration, cette extension à trois ans permettra de libérer définitivement l'administration des charges administratives superflues liées à cette durée de validité réduite des OQTF.

Le rapport du Conseil d'État « Simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous » d'octobre 2020 préconise par ailleurs d'augmenter cette durée en contrepartie du placement en procédure de droit commun des OQTF non assorties d'une mesure de contrainte dans le cadre de la réforme du contentieux.

Cet amendement est conforme à la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 dont l'article 15 ne fixe aucun butoir pour assortir la décision de retour d'une mesure de contrainte. »

La **première chambre civile** a jugé dans un **arrêt du 15 juin 2022** (n° 20-22889, publié), que le délai d'un an de l'article L. 561-2,1,5° du CESEDA²⁷, court à compter

²³ Selon M. Ricordel (Q. Ricordel, « La simplification des contentieux des étrangers dans la loi du 26 janvier 2024 », JCP.A. 2024, Etude 2083), les litiges relatifs aux obligations de quitter le territoire représenteraient la moitié des contentieux des étrangers.

²⁴ Amendements n° COM-237 et n° 646.

²⁵ Voir le Rapport « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », présidé par J-H. Stahl, rendu le 9 octobre 2020.

²⁶ Voir F-N. Buffet, « Services de l'État et immigration : retrouver sens et efficacité », mai 2022.

²⁷ Le contenu de cette disposition, abrogée par l'ordonnance n° 2020-1733 du 16 décembre 2020, reflète en substance celui repris par la suite à l'article L. 731-1, 1° :
« I.-L'autorité administrative peut prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable, lorsque cet étranger :
(...)

de la décision portant obligation de quitter le territoire français [OQTF], et que cette obligation ne peut plus fonder une décision de placement en rétention au terme de cette durée²⁸ :

« 10. S'il résulte de l'article L. 512-3, alinéa 2, du CESEDA, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, que l'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office avant que le tribunal administratif, saisi d'un recours formé contre celle-ci, n'ait statué, il ne s'en déduit pas qu'un tel recours ait pour effet de prolonger le délai d'un an, prévu à l'article L. 561-2, I, 5, précité, lequel court à compter de la décision portant obligation de quitter le territoire français et au terme duquel cette obligation ne peut plus fonder une décision de placement en rétention. » (nous soulignons)

A contrario, on peut déduire de cet arrêt, dans ce même contexte juridique, qu'un arrêté de placement en rétention administrative fondé sur une OQTF prise moins d'un an (désormais trois ans) auparavant, est régulier.

2. L'application dans le temps de la modification apportée à l'article L. 731-1,1° du CESEDA

La question soulevée dans la présente demande d'avis est relative à l'application dans le temps de la loi nouvelle *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, qui a porté le délai de un à trois ans, à l'article L. 731-1,1° du CESEDA.

En l'espèce en effet, M. [G] a fait l'objet d'une OQTF prononcée deux ans et trois mois (2 mai 2022) avant la décision de placement en rétention prise par le préfet de [Localité 1] le 1^{er} août 2024 (la rétention ayant débuté le 5 août).

Cette décision d'OQTF n'avait pu être exécutée ; il résulte en effet des éléments du dossier que M. [G] a été condamné quelques jours après (le 19 mai 2022) à une peine d'emprisonnement d'une durée de 4 ans dont un an avec sursis probatoire pendant deux ans, pour des faits d'infraction à une interdiction de séjour, violation d'un lieu interdit, menace de mort réitérée sur son ex conjointe et violence exercée contre celle-ci en présence d'un mineur, ces faits ayant eu lieu entre les 2 et 17 mai 2024²⁹.

La décision portant OQTF (2 mai 2022) - qui n'a ainsi pu être exécutée, a donc été prise moins de trois ans mais plus d'un an avant la décision de placement en rétention.

5° Fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français prise moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai pour quitter le territoire est expiré ou n'a pas été accordé »

²⁸ En l'espèce, l'étranger concerné, en situation irrégulière, avait été placé en rétention administrative (14 oct. 2020), en exécution d'un arrêté OQTF pris plus d'un an auparavant (12 août 2019).

²⁹ Il peut être ajouté que cette condamnation était la seizième prononcée à l'encontre de M. Chouder depuis fin 2013.

Le JLD, dans sa saisine pour avis, souligne également que cette même décision a été prise *plus d'un an avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024*.

2.1. L'entrée en vigueur des textes visés

L'article 86 de la loi du 26 janvier 2024 ne prévoit aucune règle spéciale concernant l'entrée en vigueur de la modification de l'article L. 731-1,1° du CESEDA³⁰. Il convient donc de se référer au droit commun de l'entrée en vigueur d'une loi, soit l'article 1^{er} du code civil³¹. La loi *pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration*, ayant été publiée au JORF le 27 janvier 2024, la modification de l'article L. 731-1,1° est entrée en vigueur le 28 janvier 2024.

Celle relative à l'article L. 741-1 est quant à elle entrée en vigueur le 15 juillet 2024, sur le fondement d'une règle spéciale posée à l'article 86³². La modification opérée à l'article L. 741-1³³ n'a en tout état de cause pas de conséquence directe sur la question soulevée dans cette demande d'avis.

Sous l'empire des anciennes dispositions de l'article L. 731-1,1° du CESEDA (combinées à celles de l'article L. 741-1), l'assignation à résidence et, le cas échéant, le placement en rétention de M. [G] n'étaient plus possibles à compter du 2 mai 2023.

En revanche, **si les nouvelles dispositions sont applicables** à la situation de M. [G], la décision de placement en rétention administrative prise le 1^{er} août 2024 était régulière, car prise moins de trois ans après la décision d'OQTF non exécutée.

La question juridique soulevée par le JLD dans cette demande d'avis est alors la suivante : le nouveau délai de trois ans fixé à l'article L. 731-1,1° du CESEDA s'applique-t-il à l'hypothèse dans laquelle la loi nouvelle est entrée en vigueur postérieurement au terme du précédent délai (1 an), qui autorisait le placement en rétention administrative de l'étranger concerné si les autres conditions légales étaient par ailleurs réunies ?

³⁰ Voir l'article 86, IV de la loi, qui dispose : « L'article 72, à l'exception du 2° du VI, ... » ; or le 2° du IV renvoie justement à la modification de l'article L. 731-1,1°, laquelle est donc exclue de la règle spécifique de droit transitoire. Les travaux préparatoires de la loi ne permettent pas de déterminer les raisons qui ont poussé la commission mixte paritaire à cette exclusion.

³¹ Art. 1^{er} al. 1^{er} c. civ. : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures. »

³² V. l'article 86, IV de la loi du 26 janvier 2024, et l'article 9, I du décret n° 2024-799 du 2 juillet 2024.

³³ En l'occurrence, porter de 48 heures à 4 jours la durée du placement en rétention décidé par l'autorité administrative.

La réponse à cette question nécessite de revenir sur les règles et principes de droit commun sur l'application de la loi dans le temps et de préciser le statut juridique d'un arrêté OQTF non exécuté.

2.2. L'application des principes relatifs aux conflits de lois dans le temps

La question soulevée en l'espèce s'inscrit dans une situation légale, non contractuelle, pour laquelle **aucune disposition spéciale de droit transitoire** n'a été prévue dans la loi du 26 janvier 2024, concernant la modification de l'article L. 731-1,1° du CESEDA.

Une **circulaire du 5 février 2024**³⁴ s'intéresse à l'article L. 731-1,1°, mais sans apporter de précisions relatives au conflit de lois dans le temps. La lecture de cette circulaire laisse toutefois penser que le législateur n'a pas envisagé d'assouplissement particulier au bénéfice de l'étranger qui serait dans une situation irrégulière avec une temporalité du même ordre que celle envisagée par la présente demande d'avis :

« 2.1.2. Permettre l'assignation à résidence ou le placement en rétention sur le fondement d'une OQTF prise trois ans auparavant

L'article 72 modifie le 1° de l'article L. 731-1 du CESEDA pour porter de un à trois ans le délai pendant lequel le préfet peut, aux fins d'exécution d'office d'une OQTF, prononcer une mesure d'assignation à résidence ou une décision de placement en rétention. Ainsi, vous pourrez placer en rétention ou assigner un étranger dont l'OQTF a été prise il y a moins de trois ans, sans avoir à reprendre une nouvelle mesure.

Votre attention est appelée sur le fait que la durée d'un an était issue de la loi du 26 novembre 2003, afin de tirer les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'Etat, selon laquelle l'exécution tardive d'une décision d'éloignement par l'administration révèle l'existence d'une nouvelle décision implicite d'éloignement et permet donc à l'étranger de former de nouveaux recours contentieux, y compris de l'urgence.

Vous veillerez donc à réaliser systématiquement un examen actualisé de situation avant de prendre une mesure d'exécution d'office, notamment par le biais d'une audition de l'étranger, afin de vous assurer qu'aucun fait nouveau significatif n'est intervenu dans sa situation personnelle et familiale. »

Un autre passage de cette même circulaire tend par ailleurs à montrer l'attention particulière du législateur sur la situation des étrangers en séjour irrégulier ayant vocation à quitter le territoire à la levée d'écrou³⁵.

³⁴ Circ. n° IOMV24027123J du 5 février 2024 (mesures relatives à l'expulsion et à l'éloignement des étrangers délinquants).

³⁵

2.4. « Pour tenir compte de la situation particulière des étrangers en situation irrégulière, l'article 36 de la loi CIAI adapte le régime juridique de libération sous contrainte résultant de la loi du 29 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, qui prévoit qu'une personne incarcérée bénéficie d'une libération sous contrainte de plein droit lorsqu'il lui reste à purger un reliquat de peine inférieur ou égal à trois mois dans le cadre de l'exécution d'une peine d'emprisonnement inférieure à deux ans. Toutefois, cette procédure « de plein droit » s'inscrit dans une logique de réinsertion des détenus, non pertinente pour des étrangers en séjour

En l'absence de droit transitoire, il convient alors de fonder le raisonnement relatif aux conflits de lois dans le temps sur le droit commun, en particulier **l'article 2 du code civil**, qui dispose depuis 1804 : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

On sait que l'interprétation de l'article 2 du code civil suppose finalement de combiner la théorie classique dite *des droits acquis et des simples expectatives*, qui peut trouver un sens en matière contractuelle et pour les lois qui ont pour objet de conférer des droits aux particuliers, et la théorie de Paul Roubier, dite de *l'effet immédiat de la loi nouvelle*, qui repose sur l'idée que les lois régissent non des droits subjectifs mais plutôt des situations juridiques.

Dans la **théorie des droits acquis**, on considérerait « comme rétroactive une loi qui s'appliquait immédiatement à des situations juridiques en cours »³⁶. Par exemple, dans le cas de la filiation naturelle, à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 16 novembre 1912 qui a autorisé la recherche de paternité naturelle (anc. art. 340 c. civ.), on considérerait que le père avait un droit acquis à ne pas subir une action en recherche de paternité si l'enfant était né avant la loi nouvelle. Les professeurs Larroumet et Aynès en concluent que sous l'empire de cette théorie, « la rétroactivité absorbe l'effet immédiat ; il est impossible de trouver un équilibre satisfaisant entre la non-rétroactivité, d'une part, et l'effet immédiat, d'autre part. »³⁷

Dans la **perspective de Roubier**³⁸, davantage tournée vers l'objectif social des lois, généralement prises dans un but d'intérêt général, le principe de non-rétroactivité des lois est lu d'une autre manière : la loi ancienne s'applique aux conditions de création d'une situation juridique née avant son entrée en vigueur et aux seuls effets passés de cette situation juridique ; la loi nouvelle s'applique pour l'avenir, c'est-à-dire immédiatement aux nouvelles situations juridiques créées après son entrée en vigueur ainsi qu'aux effets à venir d'une situation née antérieurement³⁹.

irrégulier ayant vocation à quitter le territoire à la levée d'écrou. Elle a entraîné, depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, des libérations imprévues d'étrangers en situation irrégulière ne permettant pas une prise en charge effective de ces personnes à la levée d'écrou, en vue de leur éloignement.

En application de la loi CIAI, **la libération sous contrainte « de plein droit » est désormais subordonnée, pour les étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, à l'exécution effective de cette mesure d'éloignement**, sur le même principe que la libération conditionnelle expulsion prévue à l'article 729-2 du code de procédure pénale. » (*la circulaire souligne*)

³⁶ C. Larroumet et A. Aynès, *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd. Economica, 2013, n° 248.

³⁷ *Op.loc.cit.*

³⁸ P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, 2 vol., 1929 et 1933 ; et *Le droit transitoire*, 1960.

³⁹ Si l'on reprend l'exemple de l'action en recherche de paternité, celle-ci est alors possible pour les enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi de 1912 car la situation juridique d'enfant naturel était en cours. Pour un autre exemple, en matière de préemption, voir Civ.3. 13 novembre 1984, n° 83-14566, publié.

La professeure Deumier souligne ainsi que « les lignes directrices proposées par Roubier servent de boussole à tous », auteurs et jurisprudence⁴⁰, et elle observe que les juges exercent « un contrôle serré » sur l'application des principes de conflits de lois dans le temps⁴¹.

La doctrine observe que la jurisprudence s'appuie sur ces deux théories pour, d'une part, retenir la survie de la loi ancienne en matière contractuelle (théorie des droits acquis) et, d'autre part, retenir l'application immédiate de la loi nouvelle lorsque celle-ci vient modifier les effets d'une situation légale en cours.

Dans cette dernière situation, qui correspond à celle de la présente demande d'avis, il reste à prendre également en considération le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle. Ainsi la jurisprudence opère-t-elle des distinctions selon que la loi nouvelle vient modifier les conditions de validité de la situation juridique, ou bien ses effets, acquis ou en cours. ***On s'accorde sur le fait que la ligne de partage entre passé et avenir, entre application de la loi ancienne et application de la loi nouvelle est désormais fixée de la manière suivante :***

- le principe de non-rétroactivité impose de retenir que les conditions de forme et de fond d'une situation juridique antérieure ne peuvent être modifiées par la loi nouvelle ;
- de la même manière, des effets définitivement acquis de la situation juridique en question ne peuvent être remis en cause par la loi nouvelle ;
- le principe de l'application de la loi pour l'avenir impose de retenir l'application de la loi nouvelle pour les situations juridiques nées postérieurement à son entrée en vigueur ;
- et les effets à venir d'une situation légale déjà existante, lorsque ceux-ci se poursuivent dans le temps, peuvent être régis par la loi nouvelle⁴².

Cette dernière hypothèse intéresse tout particulièrement la question soulevée dans la présente saisine pour avis.

On entend en effet par **situation légale** « toute situation juridique dont les effets - présents et futurs - sont déterminés impérativement par la loi en dehors de toute volonté des intéressés »⁴³. La loi nouvelle peut ainsi venir modifier (c'est-à-dire créer ou supprimer) les effets en cours d'une telle situation légale ou statut légal.

Une telle solution s'appuie sur les **fondements** mêmes des principes régissant les conflits de lois dans le temps. Il est certes nécessaire de préserver la sécurité

⁴⁰ Une étude du *Rapport annuel de la Cour de cassation 2014* donne un aperçu de la jurisprudence en matière de conflits de lois dans le temps (P1, T2, Ch. 1).

⁴¹ *Introduction générale au droit*, 4^e éd. LGDJ, 2017, n° 278.

⁴² V. notamment, L. Bach, *Rép. Civ. Dalloz*, V° Conflits de lois dans le temps, n° 104.

⁴³ C. Atias et N. Balat, *op.cit.*, n° 175.

juridique et la paix sociale, ce qui justifie le principe de non-rétroactivité des lois afin de préserver des situations juridiques acquises ; mais il importe également de favoriser le progrès social⁴⁴, l'adaptation de la loi à l'évolution du contexte économique ou social d'une époque (au sens large : mœurs, psychologie, situation géopolitique etc.), ce qui justifie la possibilité d'appliquer immédiatement la loi nouvelle à une situation juridique en cours (non contractuelle⁴⁵). Autant l'argument de prévisibilité peut être légitime notamment en matière contractuelle, autant celui-ci ne peut venir supplanter celui d'une évolution utile de la législation lorsque la situation visée est d'origine légale, non volontaire, et n'est pas définitivement acquise. Le droit français ne reconnaît pas, dans ce cas, un droit à une législation figée, en quelque sorte.

Le principe de non-rétroactivité des lois s'applique également aux actes administratifs, tout comme celui de l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations en cours. Le **Conseil d'Etat** considère qu'une telle application ne peut avoir lieu pour les « situations constituées » avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle⁴⁶. La situation constituée, pour le Conseil d'Etat, s'apparente à la situation juridique qui aurait produit tous ses effets antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle pour la Cour de cassation. Le fondement est identique : ne pas admettre que la loi nouvelle puisse venir modifier, rétroactivement, une situation définitivement acquise par la personne concernée.

Ces règles et principes ayant été rappelés, il convient dès lors de les appliquer à la situation qui fait l'objet de la présente demande d'avis. A cet effet, la question centrale qui se pose est celle de déterminer le statut juridique d'un arrêté OQTF, car il constitue la *base légale, née antérieurement à la loi nouvelle*, sur laquelle s'est fondé le préfet de [Localité 1] pour décider le placement en rétention administrative de l'étranger concerné, *postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle*.

2.3. Le statut juridique d'un arrêté OQTF non exécuté

Comme le rappelle l'avis du Procureur général de la cour d'appel de Lyon en l'espèce, l'obligation de quitter le territoire français, consacrée dans un arrêté, constitue un acte administratif unilatéral, créateur d'une obligation pesant sur l'étranger concerné, celle de quitter le territoire, soit volontairement soit de manière forcée, selon les cas.

⁴⁴ En ce sens, P. Deumier, *op.cit.*, n° 288 : « Pour les situations créées par la loi, ou situations non-contractuelles, la solution s'impose : seul prime l'intérêt d'appliquer au plus grand nombre de situations la loi nouvelle, facteur de progrès, ce qui permet d'appliquer à tous, au même instant, la même règle. Ces objectifs ne se heurtent à aucun droit subjectif et notamment à aucun « droit au maintien de la réglementation existante ». »

⁴⁵ La matière contractuelle relevant davantage du premier fondement (la sécurité juridique), avec l'impératif de tenir compte d'une légitime prévisibilité pour les parties, qui se sont volontairement engagées sous l'empire d'une loi déterminée.

⁴⁶ Voir CE. 8 juillet 2024, n° 461610, et les conclusions de M. Chambon, rapporteur public dans l'affaire n° 467582 jugée par le Conseil d'Etat le 27 février 2024 (cité dans l'avis du Procureur général de la cour d'appel de Lyon produit en l'espèce).

La situation juridique née de l'OQTF à une date précise (en l'occurrence le 2 mai 2022), ne crée cependant aucun 'droit acquis' pour l'étranger, si ce n'est la possibilité de contester cet arrêté devant le juge administratif⁴⁷, et de voir respectées les conditions juridiques et matérielles de la mise en oeuvre de cette obligation (notamment en cas d'exécution forcée).

Surtout, une telle obligation se prolonge sans limitation temporelle⁴⁸, jusqu'à son exécution concrète ou, le cas échéant, son extinction en raison d'une annulation de l'arrêté, ou encore d'un retrait ou d'une abrogation. L'absence de terme attaché à l'OQTF ne heurte ni la directive « retour » n° 2008/115 du 16 décembre 2008, ni la jurisprudence de la CJUE, qui a jugé dans une décision *Ourhami* du 26 juillet 2017 (n° C-225/16) que *« jusqu'au moment de l'exécution volontaire ou forcée de l'obligation de retour, et par conséquent, du retour effectif de l'intéressé dans son pays d'origine, un pays de transit ou un pays tiers au sens de l'article 3 point 3 de la directive 2008/115, le séjour irrégulier de l'intéressé est régi par la décision de retour »*.

L'arrêté OQTF n'est soumis par ailleurs à aucune prescription ou forclusion.

Il reste donc exécutoire, sans limitation dans le temps, tant qu'il n'a pas été exécuté (ou n'a pas autrement disparu par l'effet d'une décision d'annulation, retrait, ou abrogation), et ce, que l'inexécution ait lieu en raison du comportement de la personne concernée (notamment, en cas de fuite ou de refus de départ volontaire) ou d'autres circonstances tenant à la mise en oeuvre administrative de l'arrêté.

L'article L. 711-1 du CESEDA dispose ainsi : « L'étranger exécute la décision d'éloignement dont il fait l'objet sans délai ou, lorsqu'il bénéficie d'un délai de départ volontaire pour satisfaire à une décision portant obligation de quitter le territoire

⁴⁷ En tout état de cause, le juge judiciaire n'est pas compétent pour apprécier la légalité ou le caractère exécutoire d'une mesure d'éloignement (v. Civ.1. 27 septembre 2017, n° 17-10207 ; Civ.1. 30 janvier 2013, n° 12-16245). En revanche, le législateur lui a confié le pouvoir d'apprécier la régularité de l'arrêté de placement en rétention administrative ; il peut ainsi, le cas échéant, déclarer celui-ci irrégulier au motif que la décision OQTF qui lui sert de base légale a été annulée par le juge administratif (v. art. L. 742-9 du CESEDA : « Si la décision d'éloignement est annulée par le juge administratif, il est immédiatement mis fin au maintien de l'étranger en rétention. Une autorisation provisoire de séjour lui est fournie jusqu'à ce que l'autorité administrative ait à nouveau statué sur son cas. » ; v. aussi art. L. 742-10 al. 1^{er}).

⁴⁸ M. l'avocat général Aparisi, dans son avis sur un récent pourvoi (M.23-15075), cite à cet égard une décision du Conseil d'Etat du 15 juillet 2004, n° 265330 (section du contentieux) : « Considérant que la circonstance qu'un arrêté de reconduite à la frontière a été dépourvu d'exécution pendant plus d'un an, si elle fait obstacle à ce que l'étranger soit placé en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, ne prive pas de tout effet cet arrêté ni même ne fait obstacle à son exécution d'office prévue à l'article 26 bis de l'ordonnance précitée ; qu'ainsi, en se fondant sur ce que l'arrêté du préfet de police en date du 22 mai 2001 ordonnant la reconduite à la frontière de M. P. n'avait pas fait l'objet d'une exécution depuis plus d'un an pour en déduire que le recours formé par M. P. contre cet arrêté avait perdu tout objet et qu'ainsi il n'y avait plus lieu de statuer sur ce recours, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit ; que, par suite, M. P. est fondé à demander l'annulation de cette ordonnance ».

français, avant l'expiration de ce délai. » Le CESEDA ne prévoit pas d'alternative à l'obligation de quitter le territoire français, lorsque celle-ci a été prononcée.

2.4. La réponse qui peut être apportée à la demande d'avis

A la lumière de ces développements, on peut considérer sans difficulté que la situation juridique créée par l'arrêté OQTF constitue une situation légale dont les effets se poursuivent dans le temps sans limitation de durée et qui oblige l'étranger concerné tant qu'il n'a pas, effectivement, quitté le territoire français (sauf l'hypothèse d'annulation, retrait, abrogation).

Cette situation juridique constitue, par ailleurs, une potentielle base légale pour l'édition d'un autre acte administratif : le placement en rétention administrative.

Or la loi nouvelle du 26 janvier 2024 est venue modifier simplement la période au cours de laquelle un tel placement pouvait être prononcé sur le fondement de cette base légale. Désormais, le placement en rétention peut se fonder sur une OQTF prononcée jusqu'à 3 ans auparavant, et non plus un an.

Ce délai d'un an, devenu trois ans, n'a, on l'a vu, aucune conséquence juridique sur la validité de l'OQTF ni sur la poursuite de ses effets dans le temps ; il ne renvoie qu'à une période, calculée à rebours à compter de la date de la décision de placement en rétention, au cours de laquelle l'OQTF peut valablement servir de base légale à cette autre décision administrative.

Il serait donc erroné de considérer qu'un an après la décision d'OQTF prise à l'égard de M. [G], soit le 2 mai 2023, cette obligation s'est éteinte, devenue caduque⁴⁹, car l'objet de cette durée d'un an, devenue trois ans, n'est aucunement de mettre un terme à cette obligation. La situation légale de M. [G] n'était donc pas 'constituée' à cette date, au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle n'était pas davantage définitivement acquise à son profit, au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation. Bien au contraire, la situation juridique née de l'OQTF prononcée le 2 mai 2022 a perduré au-delà de l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024, et jusqu'à la date de l'arrêté de placement en rétention administrative, puisque M. [G] n'avait pas quitté le territoire français à cette date (décision le 1^{er} août 2024, notifiée le 5 août).

La loi nouvelle, d'application immédiate selon les principes classiquement mis en oeuvre dans la jurisprudence civile et administrative, pouvait dès lors s'appliquer sans difficulté à la décision de placement en rétention administrative prise postérieurement à son entrée en vigueur. Par application de l'article L. 731-1,1°

⁴⁹ Voir O. Didriche, Dalloz-Répertoire de police administrative (avril 2020) :

« 63. Notion. - La caducité correspond à la situation dans laquelle la disparition de l'acte pour l'avenir est prévue par l'acte lui-même. Très concrètement, dans le corps même de la décision, il est précisé la date à laquelle, ou le délai à l'expiration duquel, l'acte va cesser de produire ses effets juridiques.

64. Exemple. - Souvent, en matière d'actes de police administrative, la décision précise la date (et parfois l'heure...) d'« expiration » de la mesure édictée. C'est le cas, par exemple, d'un arrêté municipal interdisant le stationnement dans certaines rues, du fait de l'organisation d'une manifestation se déroulant dans l'espace public. »

combiné à l'article L. 741-1 du CESEDA, tels que modifiés par la loi nouvelle, le juge des libertés et de la détention, en l'espèce, pouvait considérer que les conditions juridiques d'un tel placement étaient réunies, notamment celle tenant à l'antériorité maximale de l'OQTF (3 ans)⁵⁰, et que la décision de rétention était donc régulière.

Une telle solution ne contrevient aucunement au principe de non-rétroactivité des lois nouvelles, dans la mesure où la situation juridique née antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle produit ses effets au-delà de cette entrée en vigueur et sert simplement de **base légale** à une décision juridique postérieure à la loi nouvelle.

Comme le souligne la décision du délégué du premier président de la cour d'appel de Lyon en l'espèce, le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle s'apprécie ici à l'égard de l'arrêté de placement en rétention, non de l'arrêté OQTF, puisqu'il s'agit bien pour le juge judiciaire d'apprécier la légalité du placement en rétention décidé postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024 pour contrôler l'immigration, améliorer l'intégration.

En dernier lieu, il peut être observé que cette lecture des principes régissant l'application de la loi dans le temps (autrement appelée les conflits de lois dans le temps) est celle qu'a retenue une majorité de premiers présidents de cours d'appel, sur ce point précis, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024. Elle paraît aussi soutenue par quelques commentateurs de ce texte.

Environ 45 décisions ont été prises sur cette question juridique par des cours d'appel depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

De très nombreuses décisions retiennent ainsi que le délai d'antériorité de l'arrêté portant OQTF, porté de un à trois ans par l'article 72 de la loi du 26 janvier 2024, se décompte à partir de la date de la décision de placement en rétention ou de renouvellement de ce placement, elle-même postérieure à l'entrée en vigueur de la loi. C'est notamment la position des premiers présidents des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Basse-Terre, Colmar, Orléans, Paris, Pau, Rouen, Toulouse, Versailles⁵¹. Certaines décisions du premier président de la cour d'appel de Paris⁵² ont retenu un décompte à rebours de ce délai à compter de la date de l'entrée en vigueur de la loi, mais sans plus d'explications et cette position reste isolée en France.

D'autres décisions, tout en se prévalant pareillement d'une application immédiate de la loi nouvelle, ont en revanche retenu que l'arrêté portant OQTF pris plus d'un an avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024 avait cessé de produire ses

⁵⁰

Pour mémoire, l'article L. 731-1,1° vise l'étranger qui « fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français, prise moins de trois ans auparavant, pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé ».

⁵¹ V. notamment, CA. Aix-en-Provence 30 août 2024 RG 24/01325 ; CA. Colmar 9 mai 2024 RG 24/01612 ; CA. Paris 29 avril 2024 RG n° 24/01932 ; CA. Pau 16 mai 2024 RG 24/01403 ; CA. Toulouse 20 août 2024 RG 24/00852.

⁵² V. par exemple, CA. Paris 28 août 2024 RG 24/03923.

effets et n'entraîne donc pas dans le champ d'application de la loi nouvelle. C'est notamment la position du premier président de la cour d'appel de Rennes⁵³. Enfin, quelques décisions, dans diverses cours d'appel⁵⁴, admettent la régularité du placement en rétention tout en ne précisant pas le point de départ du décompte à rebours du délai (date de l'arrêté de placement en rétention ou date d'entrée en vigueur de la loi).

On peut observer, en tout état de cause, que la grande majorité des décisions retient in fine, sur le fondement d'une application immédiate de la loi nouvelle, la régularité du placement en rétention administrative.

Quant aux **commentateurs de la loi du 26 janvier 2024**, peu d'éléments peuvent être relevés sur la question soulevée dans la demande d'avis, mais l'on peut souligner que deux commentateurs insistent sur l'application immédiate de la nouvelle loi⁵⁵, l'un d'eux soulignant aussi l'absence de caducité de l'arrêté OQTF au bout d'une certaine durée, lequel « reste dans l'ordonnancement juridique »⁵⁶.

Les arguments qui viennent d'être développés, d'analyse proprement juridique, me paraissent déterminants pour fixer la réponse qu'il convient d'apporter à la question soulevée dans cette saisine pour avis.

On pourrait par ailleurs souligner que la réponse fait écho à l'esprit de la loi du 26 janvier 2024, qui voit dans la possibilité de rétention administrative une modalité juridique favorable à l'exécution concrète des OQTF (v. *supra* p. 13) - indépendamment de ce que l'on peut penser des évolutions apportées par la loi du 26 janvier 2024 au droit des étrangers.

Le cas d'espèce est par ailleurs significatif de l'utilité d'appliquer immédiatement la loi nouvelle à la situation en cours, car il serait paradoxal de constater qu'en raison d'une longue peine d'emprisonnement, qui a démarré quelques jours après le prononcé de l'OQTF, celle-ci ne pourrait plus être exécutée à la levée d'écrou, alors même qu'il est très probable que l'étranger concerné ne l'exécutera pas volontairement (v. *supra* p. 15 la situation de M. [G], qui n'est pas a priori un cas d'école).

⁵³ Voir par exemple, CA. Rennes 25 avril 2024 RG 24/00154 ; CA Rennes, 7 mai 2024, RG 24/00177 ([pourvoi en cours n° W. 24-16261](#)). Une ordonnance du premier président de la cour d'appel de Douai va aussi dans ce sens (CA. Douai 9 juillet 2024 RG 24/01383).

⁵⁴ V. notamment, CA. Lyon 2 mars 2024 RG 24/01693 ; CA. Montpellier 15 février 2024 date RG 24/00116 ; CA. Metz 4 août 2024 RG 24/00604 ; CA. Rennes 25 avril 2024 RG 24/00155.

⁵⁵ Voir M. Fullana-Thévenet (rapporteuse publique, TA Lyon), « Pas de caducité des OQTF prises avant l'entrée en vigueur de la loi immigration et intégration », AJDA 2024, p.1456 ; M. Vialle (avocat), « Le débat juridique sur le nouvel article L731-1 1° du CESEDA », Village justice.

⁵⁶ M. Vialle (avocat), art.cit.

En conclusion,

mon avis est dans le sens de l'irrecevabilité de la présente demande d'avis,
pour le raisons exposées dans la première partie de cet avis.

Si toutefois la Cour de cassation décidait de retenir la recevabilité de cette saisine, ***la réponse suivante me paraît devoir être apportée à la question juridique soulevée*** par le juge des libertés et de la détention du tribunal judiciaire de Lyon : la décision portant OQTF, prise moins de trois ans avant la décision de placement en rétention administrative postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024 et jamais exécutée, peut régulièrement servir de base légale au placement en rétention prononcé sur le fondement des articles L. 731-1,1° et L. 741-1 du CESEDA tels que modifiés par la loi nouvelle. Une telle solution vaut, notamment, dans l'hypothèse où la décision portant OQTF et jamais exécutée, a été prise plus d'un an mais moins de trois ans avant la décision de placement en rétention administrative postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 2024.