

Recours juridictionnel contre une décision de non-admission sur le territoire : le référé-liberté, remède ou placebo ?

Quelques réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 2007 "Gebremedhin c/ France"

par Cédric SENELAR-GIL

Introduction

Privilège du préalable en droit administratif et référé-liberté

Le Conseil d'État a rappelé dans l'arrêt *Huglo* (*Conseil d'État, 2 juillet 1982, Huglo, Rec. p. 257*) que le caractère exécutoire des actes administratifs est « la règle fondamentale du droit public et que le sursis à exécution n'est pour le juge qu'une simple faculté, alors même qu'existent des moyens sérieux d'annulation et un préjudice difficilement réparable ». Pour cette raison, le sursis, bien que n'étant plus qualifié de « procédure exceptionnelle », reste pour la Haute juridiction « anormal, puisqu'il entrave le pouvoir de création juridique des autorités administratives et jette la suspicion sur un acte qui bénéficie d'une présomption de légalité » (*MORAND-DEVILLER Jacqueline, « Le contrôle de l'administration : la spécificité des méthodes du juge administratif et du juge judiciaire », in DUPUIS Georges (Dir.), Le contrôle juridictionnel de l'administration – Bilan critique, Paris : Economica, 1991, p. 190*).

La loi du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives* (*Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JORF 1^{er} juillet 2000, p. 9948*.) a conduit à une importante réforme du contentieux administratif de l'urgence, reléguant notamment la suspension provisoire de l'exécution d'un acte administratif faisant l'objet d'une demande de sursis à exécution et ce dernier au passé.

Parmi les procédures mises en place, le référé-liberté de l'article L. 521-2 du code de justice administrative dispose que « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

Cette procédure de sauvegarde des libertés fondamentales, l'une des « procédures de pointe », qualifiée d'« innovation majeure » par les travaux parlementaires, remplace pour partie le sursis à exécution.

En effet, alors que la doctrine présente généralement le référé-suspension comme la panacée aux errances du sursis à exécution, il ne saurait, sauf à biaiser la réalité du système des procédures d'urgence, être nié que le référé-liberté trouve sa raison d'être en partie dans volonté de remédier aux défaillances du sursis à exécution et de la suspension provisoire, ce que soulignent au demeurant les travaux parlementaires et le rapport du groupe de travail sur les procédures d'urgence au Conseil d'État (*Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence, RFDA, septembre-octobre 2000, n°5, p. 941*.) présentant les deux procédures comme

complémentaires dans la réalisation d'un système de protection des administrés dans certains cas d'urgence.

En outre, la rénovation engagée par la loi de 2000 n'a pas rompu tout lien avec l'essence de notre droit public ; nul ne saurait remettre en cause le privilège du préalable sans avoir pour dessein d'en modifier la philosophie.

Ainsi, le référé-liberté n'est pas étranger à la logique développée par l'arrêt de la Haute juridiction *Huglo*, et par conséquent à la prise en compte de la spécificité de l'action administrative poursuivant un but d'intérêt général.

Le Parlement a d'ailleurs pris le soin de rappeler la fundamentalité de cette règle et n'a pas souhaité élaborer de procédure dont la suspension serait automatiquement accordée, ni même que le recours à cette procédure soit lui-même suspensif.

En définitive, bien qu'il ne remplace pas tout à fait le sursis à exécution, dont l'apanage revient principalement au référé-suspension de l'article L. 521-1 du code de justice administrative – ayant pour objet la suspension de décisions administratives sur lesquelles plane un doute sérieux quant à leur légalité –, il permet tout comme ce dernier de suspendre une décision administrative ou une simple attitude.

La procédure reste quelque peu particulière puisqu'elle permet, outre la suspension, que le juge des référés puisse prononcer « toutes mesures nécessaires » à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et lenteur de la procédure juridictionnelle devant le juge administratif

La réflexion centrée sur un nouveau système des procédures d'urgence en droit administratif, même si elle a de multiples causes, trouve notamment sa raison d'être au regard des pressions juridiques exercées par la Cour EDH.

Il n'est pas nécessaire de développer outre mesure sur ce point, lequel a fait « couler beaucoup d'encre ». Nous rappellerons de manière liminaire que la France a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour EDH, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (convention ESDH), en raison de cas pour lesquels la procédure juridictionnelle se déroulant devant le juge administratif avait été empreinte de lenteur (*Cour EDH, 9 juin 1998, Cazenave de la Roche c/ France*; *Cour EDH, 24 août 1998, Benkessiouer c/ France*; *Cour EDH, 23 août 1994, Karakaya c/ France*).

L'article en cause a trait au « droit au procès équitable », induisant notamment que le procédé juridictionnel doit s'étendre entre les bornes d'un espace temps respectant un « délai raisonnable ».

Lors des travaux parlementaires, c'est donc en toute logique à la jurisprudence de la Cour EDH que les sénateurs, puis les députés, ont fait référence (*René GARREC, Au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, doc. Sénat n°380 (première lecture)*; *Colcombet François, Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République relatif au référé devant les juridictions administratives, doc. AN n° 2002, enregistré à la Présidence de L'Assemblée nationale le 8 décembre 1999*).

Dans ce cheminement le référé-liberté est dès lors apparu comme le remède à l'absence criante de procédure d'urgence adéquate en droit administratif, et ce principalement parce qu'il contient intrinsèquement la mention d'un délai indicatif de quarante-huit heures à l'adresse du juge des référés pour se prononcer – le dessaisissement pour non respect du délai n'a pas été prévu lors des travaux parlementaires ; l'intervalle temps est particulièrement respecté en pratique.

Tout semblait ainsi résolu, même si bien entendu le référé-liberté est encadré dans des conditions de mise en œuvre particulièrement contraignantes, de sorte à fixer un point d'équilibre entre une procédure octroyant au juge des référés des pouvoirs extrêmement importants et des conditions de mise en œuvre strictes afin que l'attractivité du référé-liberté n'ait pas pour effet de faire de ce procédé un recours de droit commun, ou de placer le juge administratif en difficulté face à un contentieux « de masse » dérivant vers le nouveau juge des référés.

Cependant, l'euphorie passée, le référé-liberté ne semble pas, au-delà de sa capacité à inciter le juge à la célérité, présenter toutes les garanties dont la Convention ESDH impose le respect.

Cette affirmation peut notamment trouver écho dans la récente affaire Cour EDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05.

À cette occasion, l'arrêt a confirmé la position des juges de Strasbourg quant à l'importance du recours suspensif afin de garantir le droit au recours effectif, affirmant que « compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un État partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature : l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif » (66). Elle indique, « en l'espèce que, n'ayant pas eu accès en "zone d'attente" à un recours de plein droit suspensif, le requérant n'a pas disposé d'un "recours effectif" pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec cette disposition » (67).

Pourtant, le requérant avait formé un recours sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, et l'on s'interroge par conséquent sur les arguments de fond ayant conduit la Cour à conclure que le référé-liberté n'est pas un recours effectif, et au-delà quelle portée revêt cet arrêt.

Peut-il être conclu par extrapolation que la procédure de l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'est pas un recours effectif hors du contexte de l'affaire *Gebremedhin*, ou l'appréciation de la Cour se limite-t-elle à la matière qui était visée, à savoir la contestation d'une décision de non-admission sur le territoire national d'un ressortissant étranger ?

Par ailleurs, la réflexion ne peut qu'inviter à envisager les suites juridiques qu'annoncerait une modification de la législation en la matière si elle organisait l'effet suspensif des recours contre les décisions de non-admission des ressortissants étrangers, à l'heure où différentes organisations (*Action des Chrétiens pour l'Abolition de la Torture, Avocats pour la Défense du Droit des Étrangers, Amnesty International, Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers, CIMADE, Groupe d'information et de soutien des immigrés, Ligue des Droits de l'Homme, Mouvement contre le racisme l'antisémitisme et pour l'amitié entre les peuples, Syndicat des avocats de France, Syndicat de la Magistrature*) invitent le ministre de l'immigration, Brice Hortefeux par une lettre ouverte datée du 22 mai 2007, relative à la condamnation de la France par le Cour EDH, à remédier à l'urgence qu'il y a à rendre compatible le droit national avec nos engagements internationaux.

I. - Recours en référé-liberté et décisions de non-admission sur le territoire national

A/ Sur la procédure concernant les ressortissants étrangers entrant sur le territoire par voie aérienne

Comme le rappelle la Cour EDH « la procédure de l'asile à la frontière a pour objet d'autoriser ou non à pénétrer sur le territoire français les étrangers qui se présentent aux frontières aéroportuaires démunis des documents requis et demandent d'y être admis au titre de l'asile. Elle relève de la compétence du ministère de l'Intérieur, qui prend la décision d'admettre ou non les intéressés après avis de l'OFPRA (*décret du 21 juillet 2004 modifiant l'article 12 du décret du 27 mai 1982*) ».

À ce titre, l'article L. 221-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile énonce que « l'étranger qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui, soit n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français, soit demande son admission au titre de l'asile, peut être maintenu dans une zone d'attente (...) pendant le temps strictement nécessaire à son départ et, s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée ».

Selon ces dispositions, le ressortissant étranger, arrivant ou placé en zone d'attente, peut solliciter l'asile à la frontière auprès de la police des frontières. Un procès-verbal est alors adressé par ces services au ministère de l'Intérieur. Un agent du Bureau de l'asile à la frontière de l'OFPRA a pour mission de s'entretenir avec le demandeur d'asile en vue de connaître les motifs exacts y afférant. L'agent transmet, après entretien au ministère de l'Intérieur, un avis écrit constatant ou notant l'absence de tout caractère « manifestement infondé » de la demande.

Par suite, le ministre de l'Intérieur prend une décision d'admission ou au contraire de non-admission du ressortissant étranger sur le territoire.

Si l'admission sur le territoire national est accordée, la police aux frontières délivre un sauf conduit impliquant que le ressortissant étranger a huit jours afin de formuler une demande d'asile.

À l'inverse, un refus d'admission sur le territoire emporte le refoulement immédiat de l'intéressé vers son pays d'origine ou le dernier pays dans lequel il s'est rendu avant de rejoindre la France.

En cas de refus, la décision administrative est bien entendue susceptible de recours tant par la voie du recours en excès de pouvoir que par celle du référé-liberté.

À noter qu'à la différence du référé-suspension pour lequel l'introduction d'un recours en annulation parallèle est obligatoire – selon l'article L. 521-1 du code de justice administrative « quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets (...) » –, le référé-liberté ne nécessite pas le dépôt d'un recours au fond.

Concernant cette dernière procédure, dont la mise en œuvre contraint le demandeur à caractériser la mise en cause d'au moins une liberté fondamentale, le Conseil d'État a affirmé à maintes reprises que le droit constitutionnel d'asile est une liberté fondamentale que le juge du référé-liberté peut protéger (*voir pour une première application : Conseil d'État, 12 janvier 2001, Hyacinthe, Rec. p. 12*).

Ainsi, le référé-liberté est un moyen juridictionnel de traitement provisoire de l'urgence de la situation du requérant, mais comme cela a été indiqué précédemment, par choix, le législateur n'a pas souhaité porter atteinte au privilège du préalable en rendant automatique la suspension des actes administratifs ou comportements de l'administration.

B/ Les recours exercés par M. Gebremedhin en référé-liberté aux fins de suspension de la décision de non-admission sur le territoire national

M. Asebeha Gebremedhin est un ressortissant érythréen ayant été déplacé d'Éthiopie en Érythrée en 1998, à l'instar de nombreuses personnes.

Il a travaillé dans ce pays comme reporter-photographe pour un journal indépendant nommé *Keste Debera*.

Le rédacteur en chef et lui-même ont été arrêtés en 2000 en raison de leurs activités journalistiques. M. Gebremedhin a été emprisonné six mois.

En septembre 2001, le rédacteur en chef du journal a fui le pays et M. Gebremedhin a été arrêté et interrogé au sujet de ce dernier. Il affirme avoir été torturé. Emprisonné six mois, il s'est évadé de l'hôpital de la prison.

Il s'est rendu au Soudan puis arriva en France en transitant par l'Afrique du Sud, sans papiers d'identité, à l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle le 29 juin 2005.

Le 1^{er} juillet 2005, l'intéressé a demandé à entrer en France au titre de l'asile. Le 5 juillet 2005, l'OFPRA a rendu un avis de non-admission sur le territoire français.

Cette dernière estime que les allégations et récits de M. Gebremedhin ne sont pas avérés ou présentent des incohérences.

En conséquence, le ministère de l'Intérieur a rejeté la demande de M. Gebremedhin et a décidé de le réacheminer vers l'Érythrée ou, le cas échéant, vers tout pays où il sera légalement admissible.

Afin de suspendre la décision du ministre, M. Gebremedhin a exercé un recours sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise le 7 juillet 2005 ; sa demande portant sur le prononcé d'une injonction au ministre de l'Intérieur de l'admettre sur le territoire dans l'optique de la présentation d'une demande d'asile, il a fondé sa requête en concluant que la décision du ministre portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile, lequel a le caractère d'une liberté fondamentale et a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié, ce qui implique le droit au séjour provisoire sur le territoire le temps nécessaire à l'étude de sa demande, ainsi qu'au droit à la vie et à celui de ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la Convention ESDH.

Le 8 juillet 2005, par ordonnance rendue sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative – « lorsque la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée, le juge des référés peut la rejeter par une ordonnance motivée sans qu'il y ait lieu d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article L. 522-1 » – c'est-à-dire en dehors de toute procédure contradictoire et sans audience publique – respectivement prévues à l'article L. 522-1 du code de justice administrative.

Le rejet de la demande était motivé par l'absence d'illégalité manifeste, comme l'affirme le juge des référés « il ne ressort d'aucune des pièces versées au dossier que le refus d'entrée sur le territoire – en raison du caractère manifestement infondé de sa demande d'asile – qui a été opposé à M. Gaberamadhien Asebeha soit entaché d'illégalité manifeste (...) ».

Le même jour, M. Gebremedhin a été conduit à l'ambassade d'Érythrée par la police, mais pris à parti par l'ambassadrice à laquelle il semblerait que les policiers aient remis le contenu de ses allégations relatives à sa situation dans ce pays, il n'a pas été reconnu comme un national de l'Érythrée et l'ambassade ne lui a pas fourni de laissez-passer (l'information a été transmise aux autorités françaises le 15 juillet).

En conséquence, il a introduit une requête auprès de la Cour EDH, laquelle a fait usage de l'alinéa premier de l'article 39 de son règlement – « la chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ».

Dans le même temps, le 18 juillet 2005, il a introduit un recours en cassation devant le Conseil d'État contre le dispositif de l'ordonnance du tribunal administratif de Cergy-Pontoise qui avait rejeté sa demande d'injonction sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative.

Est alors intervenue une décision du ministère de l'Intérieur le 20 juillet suspendant la décision de réacheminement du requérant, précisant « vu notamment la demande de suspension du réacheminement jusqu'au 30 août 2005 accordée par la Cour européenne des Droits de l'Homme, en application de l'article 39 de son règlement intérieur », et lui accordant l'entrée sur le territoire.

Ce n'est que le 11 août 2005 que le Conseil d'État a statué sur le pourvoi en cassation contre l'ordonnance des juges de première instance. Bien que cela puisse être lourd de conséquences sur la situation du requérant, le juge des référés dispose d'un mois afin de statuer sur les pourvois formés contre les ordonnances rendues sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative – l'article R. 523-2 du code de justice administrative dispose en ce sens « lorsqu'un pourvoi en cassation est exercé contre une ordonnance rendue en application de l'article L. 522-3, le Conseil d'État se prononce dans un délai d'un mois ».

Le Conseil d'État constatant que le ministre de l'Intérieur a autorisé le requérant à entrer sur le territoire et qu'une autorisation provisoire de séjour lui a été délivrée le 26 juillet 2005 il a par conséquent pu présenter une demande d'asile.

Dès lors, il ne pouvait que déclarer les conclusions dirigées contre le jugement de première instance « devenues sans objet » et rejeter la demande ; celles-ci aux fins d'injonction à l'égard du ministre de l'Intérieur d'autoriser l'entrée sur le territoire et de délivrer une autorisation provisoire de séjour, bien qu'étant des mesures susceptibles d'être demandées au juge des référés de par leur caractère provisoire – l'article L. 511-1 du code de justice administrative énonce « le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais » –, n'avait plus de pertinence après l'intervention du ministre.

À la suite de ces péripéties, M. Gebremedhin s'est vu reconnaître la qualité de réfugié.

Notons cependant que les différentes difficultés rencontrées par M. Gebremedhin devant le juge des référés ne sont pas absolument partagées par tout ressortissant étranger demandant à bénéficier de l'entrée sur le territoire national et l'obtention d'une autorisation provisoire de séjour afin de pouvoir déposer une demande d'asile.

Dans une affaire datée du 25 mars 2003, *ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. Rashid (req. n° 255237)*, le Conseil d'État a estimé que le ministre de l'Intérieur avait porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit constitutionnel d'asile, et prononcé les mesures nécessaires à la protection de ce droit.

Cependant, alors que la solution est dans chaque cas fonction de la pertinence des éléments rapportés par les parties afin d'apprécier le respect des conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative, une même difficulté se pose si l'on tente de vérifier l'adéquation entre la procédure de référé-liberté et les dispositions de l'article 13 de la Convention ESDH, celle de l'absence de caractère suspensif du recours.

II. - Le référé-liberté, le droit au recours effectif de l'article 13 de la Convention ESDH et la jurisprudence de la Cour EDH

A/ Position du problème : la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'effet suspensif des recours contre les mesures relatives aux ressortissants étrangers

Les arguments d'autorité relevés par la Cour EDH

La Cour EDH a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur les recours juridictionnels ouverts aux ressortissants étrangers en situation irrégulière contestant les mesures relatives à leur non-admission sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe. Cela a notamment été le cas dans des affaires mettant en cause la Belgique ayant mis en place des référés administratifs. Une fois de plus, nous constatons que des arrêts visant le droit de ce pays augurent les solutions rendues à l'encontre de la France.

Nous indiquons, ces arguments étant d'autorité pour la Cour, que le Conseil des ministres a adopté une recommandation le 18 septembre 1998, afin d'encourager la garantie du droit au recours effectif, estimant que « tout demandeur d'asile s'étant vu refuser le statut de réfugié et faisant l'objet d'une expulsion vers un pays concernant lequel il fait valoir un grief défendable prétendant qu'il serait soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants doit pouvoir exercer un recours effectif devant une instance nationale », précisant qu'un tel recours présente ce caractère notamment lorsqu'« l'exécution de l'ordre d'expulsion est suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue » ; que le Conseil a adopté le 4 mai 2005 un certain nombre de principes directeurs dont celui estimant que « l'exercice du recours devrait avoir un effet suspensif si la personne à éloigner fait valoir un grief défendable prétendant qu'elle serait soumise à des traitements contraires aux droits de l'homme ».

L'Assemblée parlementaire par recommandation en date du 12 avril 1994 a incité le Conseil des ministres à requérir l'assurance que le demandeur d'asile ne pourra être expulsé dès lors qu'il a engagé un recours. Puis par une seconde recommandation du 7 octobre 2005 que la législation des États membres prévoient la mise en place d'un effet suspensif de tout recours juridictionnel.

Afin de renforcer l'exigence tenant au droit au recours effectif, l'Assemblée parlementaire a par une résolution du 7 octobre 2005 affirmé que les États doivent « faire en sorte que le droit à un recours effectif de l'article 13 de la Convention européenne des Droits de l'Homme soit respecté, notamment le droit de faire appel d'une décision négative et le droit de suspendre l'exécution des mesures jusqu'à ce que les autorités nationales aient examiné leur compatibilité avec la Convention européenne des Droits de l'Homme ».

Quant au Commissaire des Droits de l'Homme, il a recommandé le 19 septembre 2001 non seulement de « garantir, mais d'assurer en pratique le droit d'exercer un recours judiciaire, au sens de l'article 13 de la CEDH, lorsque la personne concernée allègue que les autorités compétentes ont violé, ou risquent de violer, l'un des droits garantis par la CEDH. Ce droit à un recours effectif doit être garanti à tous ceux qui souhaitent contester une décision de refoulement ou d'expulsion du territoire. Ce recours doit être suspensif de l'exécution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 de la CEDH ».

le Comité des Nations Unies contre la torture relatives à la France s'est lui aussi prononcé sur la question par une recommandation du 3 avril 2006 « notant que, suite à l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, la décision de refoulement (« non-admission ») d'une personne peut faire l'objet d'un référé-suspension ou d'un référé-injonction, le Comité est préoccupé par le caractère

non suspensif de ces procédures, compte tenu du fait que « la décision prononçant le refus d'entrée peut être exécutée d'office par l'administration » entre l'introduction du recours et la décision du juge relative à la suspension de la mesure d'éloignement. (Article 3) », il a invité la France à mettre en place un recours suspensif qui soit effectif dès son dépôt et ce dans un délai raisonnable.

La notion de recours effectif selon la Cour EDH et le cas du référé administratif belge

La notion d'effectivité sous-tend deux facettes, la première est constituée de l'effectivité en droit et la seconde en pratique.

En premier lieu « effectif » ne signifie pas accorder au requérant une issue favorable à sa demande de manière automatique ni même que la décision doive être rendue par un organe juridictionnel. Ce qui est fondamental se limite aux garanties et aux pouvoirs dont dispose l'organe décisionnel.

Par ailleurs, la formule « un recours effectif » ne doit pas être réduite au numéraire « un », ce qui implique que les procédures peuvent se compléter afin de garantir ce droit sans pour autant qu'une procédure en elle-même doive être à même de remplir cette obligation conventionnelle (*Cour EDH, 5 février 2002, ČONKA c. Belgique, req. n° 51564/99, « l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les exigences de l'article 13, même si aucun d'eux n'y répond en entier à lui seul » ; confirmation de Cour EDH, 26 octobre 2000, Kudla c. Pologne, req. n° 30210/96*).

Concernant précisément la jurisprudence de la Cour relative aux mesures impliquant le renvoi vers un pays tiers d'un demandeur l'exposant à des traitements prohibés par l'article 3 de la Convention ESDH, elle précise que le recours à leur encontre doit « impérativement faire l'objet d'un contrôle attentif par une instance nationale » (*CEDH, 12 avril 2005, Chamaïev et 12 autres c. Géorgie et Russie, requête n° 36378/02*).

Par ailleurs, l'arrêt *Čonka* a donné à la Cour l'occasion d'affirmer qu'un recours ne pouvait être considéré effectif dès lors que les mesures peuvent être exécutées avant que les autorités nationales aient vérifié leur compatibilité avec la Convention ESDH – « la Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (...). En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention. Toutefois, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait l'article 13 (...) ». Tel est le cas lorsqu'aucun recours suspensif n'est organisé par les procédures nationales et que l'exécution des mesures contraires à la Convention dont les conséquences sont potentiellement irréversibles ne peut être interrompue (*CEDH, 28 octobre 1999, Jabari c. Turquie, req. n° 40035/98*).

La cour ajoute dans l'arrêt *Gebremedhin* que « compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment dans le cas où un État partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature ».

Concernant la procédure de référé administratif belge, il existe deux outils contentieux destinés à suspendre l'exécution d'actes administratifs, notamment de décisions de refoulement des ressortissants étrangers.

La première procédure est le recours en suspension ordinaire, laquelle n'a pas en elle-même d'effet suspensif. Le Conseil d'État belge dispose de 45 jours pour statuer sur la demande.

La seconde technique de traitement de l'urgence est intitulée « suspension d'extrême urgence ». Elle n'a pas non plus d'effet suspensif mais « le président peut convoquer par ordonnance les parties demanderesse, adverse et intervenante, ainsi que les personnes ayant intérêt à la solution de l'affaire, éventuellement à son hôtel, à l'heure indiquée par lui, même les jours de fête et de jour à jour ou d'heure à heure » (*alinéa second de l'article 16 relevant de l'arrêté royal du 6 décembre 1991*).

Les procédures ordinaires devant le Conseil d'Etat sont la suspension et la demande d'annulation d'un acte administratif. Cependant, si en raison de la situation particulière de l'intéressé il y a une urgence extrême au prononcé d'une décision à l'encontre de l'acte administratif en cause, et s'il est démontré qu'il existe un risque de préjudice grave et difficilement réparable, il est loisible de requérir du juge que la décision de suspension soit rendue selon la procédure accélérée, dite « d'extrême urgence ».

Les reproches adressés par la Cour EDH aux procédures précitées sont de plusieurs ordres dans l'affaire Cour EDH, *Čonka*.

Les juges de Strasbourg relèvent que la décision administrative de refoulement emporte l'obligation pour les requérants de quitter le territoire sous les 5 jours alors que le Conseil d'Etat dispose de 45 jours pour se prononcer sur la demande de suspension de la décision, le recours en suspension n'étant pas, comme nous l'avons évoqué en amont suspensif en lui-même.

Le sursis d'extrême urgence qui aurait pu apparaître à même de remplir, dans un temps très court, l'office que tout requérant peut attendre d'un juge de l'urgence dans le cas de refoulement à la frontière n'a pas satisfait non plus aux exigences de la Cour EDH. Cette dernière a soulevé, là encore, le défaut d'effet suspensif du recours et la possibilité pour l'administration de procéder à l'exécution de la mesure de refoulement tant que le référé d'extrême urgence est pendant, sans aucune obligation de surseoir à cette exécution pas même « au cours d'un délai minimum raisonnable afin de permettre au Conseil d'Etat de statuer », et a souligné que rien n'exclut que « dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort, notamment s'il devait s'avérer ultérieurement que l'instance statuant au fond doive quand même annuler une décision d'expulsion pour non-respect de la Convention, par exemple parce que l'intéressé aurait subi des mauvais traitements dans le pays de destination ou aurait été victime d'une expulsion collective ».

Afin d'exprimer sans ambages qu'elle désapprouve le système procédural belge de traitement de l'urgence la Cour EDH conclut qu' « il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention ».

Ces analyses ont conduit la Cour EDH à considérer que le traitement du recours devant le juge belge est sujet à trop d'aléas pour que soit satisfaites les dispositions de l'article 13 de la Convention ESDH.

B/ Le référé-liberté, procédé juridictionnel de suspension des décisions de refus d'admission : entre absence de recours effectif et virtualité d'une évolution législative

Le référé-liberté n'est pas un recours effectif selon la jurisprudence de la Cour EDH

À la lecture de la décision Cour EDH *Čonka* on pouvait présager qu'elle trouverait à s'appliquer en France, notamment à l'occasion de la mise en œuvre du référé-liberté contre les décisions de non-admission sur le territoire national, à l'instar de celle ayant visé M. Gebremedhin.

En premier lieu, si nous avons rappelé que les conditions de mise en œuvre du référé-liberté et le caractère non suspensif du recours ont été pensés comme réalisant un juste équilibre entre le respect du privilège du préalable et la volonté de traiter avec célérité les situations litigieuses revêtues d'un caractère urgent ; l'intérêt des justiciables mais aussi celui de la justice administrative afin de préserver les administrés contre les décisions et attitudes de l'administration et des organismes chargés de la gestion d'un service public tout en assurant au juge la préservation de ses conditions de travail – déjà bien difficiles – d'un afflux contentieux qui aurait affaibli le traitement de l'urgence. Il faut à ce titre rappeler que concernant le référé-liberté, le contentieux porté devant le juge administratif n'est pas seulement une partie du contentieux du sursis à exécution ou né de la prise en considération par les justiciables des nouvelles potentialités du juge administratif, mais revient par ailleurs à la réorientation des litiges portés à tort devant le juge judiciaire à une époque où le juge administratif souffrait encore d'une réputation peu propre à le rendre crédible sur le terrain de l'urgence. C'est dire que les instigateurs de la procédure de référé-liberté devaient d'emblée intégrer l'idée que celle-ci devrait être limitée dans son application par le biais de conditions strictes, voir restrictives, et surtout ne pas conférer au recours un caractère suspensif afin de préserver le principe du préalable.

Pour autant, la Cour EDH a nettement affirmé que l'argument tenant à l'engorgement des juridictions et l'orientation des procédures juridictionnelles dans le but de limiter les risques d'abus dans l'exercice des recours contentieux ne saurait être une justification acceptable. Aux États par conséquent d'« organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition (l'article 13 de la Convention ESDH) » (*Čonka*, 84).

Ainsi, le législateur a pu rechercher à cadrer le développement pratique du référé-liberté, notamment eu égard à la contingence de l'introduction d'un recours parallèle au fond contrairement au référé-suspension, il ne saurait être interdit de penser que l'État français aurait pu choisir la solution de développer les effectifs de la juridiction administrative. Mais qui « peut le plus peu le moins » et les référés administratifs d'urgence sont à ce titre novateurs, ont fait preuve de leur performance, mais demeurent une solution provisoire et surtout alternative à la solution définitive des litiges.

De plus, il est autorisé de s'interroger sur ce que pourrait être la position de la Cour EDH dans l'optique où le recours en référé-liberté serait suspensif. La nature restrictive des conditions de mise en œuvre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative n'aurait-elle pas soulevé de difficultés devant elle ?

La condition ayant trait à la mise en cause d'une liberté fondamentale, eu égard à ce que nous avons indiqué précédemment, n'entraîne aucune difficulté au vu de la jurisprudence des référés. Nous pensons qu'il en va de même quant à celle tenant à l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale.

Qu'en est-il de la condition d'urgence ?

Cette dernière est appréciée de manière restrictive par le juge du référé-liberté, notamment par rapport à la condition éponyme nécessaire à la mise en œuvre du référé-suspension, ce que l'arrêt du Conseil d'État, 28 février 2003, Commune de Pertuis (*AJDA 2003, p. 1171*) a confirmé.

L'urgence au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative se distingue donc de celle mise en œuvre dans le cadre du référé-suspension, notamment en raison de la distinction des deux procédures par le législateur – conditions et pouvoirs du juge différents en fonction des référés –, et l'insertion d'un délai indicatif de quarante-huit heures, qui aurait entendu inciter le juge des référés à apprécier de manière plus stricte la condition d'urgence dans le champ de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Rappelons d'ailleurs que le contentieux relatif au ressortissants étrangers est empreint de variations dans l'appréciation du caractère urgent de la situation.

À titre d'exemple, l'urgence peut être présumée, notamment dans les cas de refus de renouvellement de titre de séjour ou de retraits prononcés à l'encontre d'un ressortissant étranger régulièrement installé sur le territoire français, lesquels sont vus comme créant un bouleversement de sa situation et permettent, en eux-mêmes, de motiver « en principe » l'urgence selon les termes employés par le Conseil d'État (*en ce sens l'arrêt du Conseil d'État sur proposition du commissaire du gouvernement De Silva, Conseil d'État, 14 mars 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Madame Aneur, req. n°229773 ; DE SILVA Isabelle, « Appréciation de l'urgence et refus de titre de séjour – Conclusions sur Conseil d'État, Section, 14 mars 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Aneur », RFDA, mai-juin 2001, n°3, p. 675*), ou encore s'agissant de l'injonction au préfet de se prononcer sur le droit d'un requérant à l'obtention d'un titre de séjour en raison de la carence persistante de l'administration à exécuter un jugement rendu en 2001 annulant un arrêté de reconduite à la frontière (*Conseil d'État, 11 juin 2002, Aït Oubba, AJDA, 2002, p. 764*).

Cependant, dans le cas d'un refus d'octroi de titre de séjour prononcé à l'égard d'un étranger se trouvant en situation irrégulière, l'événement ne peut pas bouleverser en lui-même la situation de ce dernier, et dans ce cas, « il appartient au requérant de justifier de circonstances particulières caractérisant la nécessité » pour lui de bénéficier de mesures prononcées en référé (*Conseil d'État, 14 mars 2001, Ministre de l'Intérieur c/ Madame Aneur, req. n°229773*).

C'est dans cette situation que sont placés les demandeurs auxquels a été opposé un refus d'admission sur le territoire national. En ce sens, le Conseil d'État vérifie la véracité de l'urgence telle qu'elle est matérialisée dans les conclusions des requérants (*Conseil d'État, 25 mars 2003, ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ M. Rashid X, req. n° 255237*).

Dans ce contexte juridique particulier, il est quelque peu avisé de se demander si, dans le cas où le recours en référé-liberté avait été conçu comme suspensif, la Cour EDH estimerait que les conditions de mise en œuvre de ladite procédure ne susciteraient pas de difficulté pour la mise en œuvre de l'article 13 de la Convention ESDH.

À ce titre nous rappelons que la Cour n'entend pas par recours effectif que ce dernier donne satisfaction à tout demandeur exerçant un recours (CEDH, *Čonka*).

De la sorte, le recours en référé-liberté envisagé comme suspensif permettrait de répondre aux exigences de la Convention ESDH sans pour autant qu'en pratique la « donne en soit changée » pour les ressortissants étrangers.

Dans ce schéma, si le référé-liberté permet au juge des référés d'apprécier le motif relatif au caractère « manifestement infondé » de la demande et enjoindre à l'administration d'autoriser l'entrée sur le territoire le recours n'a pas d'effet suspensif de plein droit, ce qui n'interdit pas à l'administration de réacheminer l'intéressé avant que le juge n'ait statué sur la demande, à l'instar du droit belge.

Concernant la procédure propre au référé-liberté, la Cour EDH relève que le juge statue dans les quarante-huit heures, au terme d'une procédure contradictoire et une audience publique à laquelle participent les parties, que la voie de recours contre l'ordonnance rendue en première instance est l'appel devant le Conseil d'État.

Dans la partie de l'arrêt « l'appréciation de la Cour », celle-ci omet cependant de rappeler l'un des éléments qu'elle notait dans son étude des dispositions de droit interne relatives aux procédures d'urgence, l'application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative permettant au juge des référés de rejeter une demande sans audience publique et respect du contradictoire.

Cet élément n'est pas sans intérêt en ce qu'il souligne les insuffisances de la procédure française déjà démontrées dans l'arrêt CEDH *Conka* à l'égard du droit belge.

En effet, dans cette dernière décision la Cour avait estimé qu'alors même que le recours « d'extrême urgence » pouvait conduire le juge à se prononcer très rapidement, cette potentialité n'empêchait en aucune manière l'exécution par l'administration de la décision de refoulement.

En ce qui concerne le droit français des procédures administratives d'urgence, et par analogie, une présomption d'absence de recours effectif ne pouvait qu'être présagée dès lors que le recours en référé-liberté ne permet pas la suspension automatique et qu'au demeurant, une ordonnance rendue sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative n'ouvre pas la voie du recours en appel devant le Conseil d'État mais en cassation et surtout n'impose pas de délai de quarante-huit heures afin de statuer sur la requête.

La virtualité de l'usage de l'article L. 522-3 du code de justice administrative par le juge des référés ne peut que susciter un renforcement des risques pour les ressortissants étrangers qui n'ont plus de garantie de voir leur demande traitée dans un délai court – quarante-huit heures – et espérer une réponse avant mise à exécution de la décision de refoulement.

Si la cour ne rappelle pas cette donnée, cela s'explique en droit par la stigmatisation de l'effet non suspensif du recours ; cet argument mettant un terme à celui soutenu par le gouvernement français faisant état de pratiques cohérentes en France voulant que l'administration n'exécute pas les décisions contestées lorsqu'un recours en référé est engagé contre ces dernières.

Sur ce point rappelons que la cour dans l'arrêt *Conka* avait affirmé que « les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique », ce qui exclut ces accommodements de la sphère du droit.

La position de la Cour ne peut qu'être saluée en ce qu'elle n'admet pas de prendre en compte les dires du gouvernement sur des attentes concernant l'interruption de toute exécution des décisions administratives lorsqu'un recours est engagé devant le Conseil d'État.

À titre d'illustration du cas d'un renvoi concomitant à l'engagement d'un recours juridictionnel, dans une affaire *M. Alain A.*, le Conseil d'État a dû prononcer le non-lieu à statuer sur des conclusions afin de suspension d'une décision de non-admission sur le territoire « considérant que concomitamment à l'introduction de la requête d'appel et à son enregistrement, le requérant a été réacheminé à destination de Douala (Cameroun) » (*Conseil d'État, 20 novembre 2006, M. Alain A., req. n° 298853*).

Doit-on être conduit à penser que le référé-liberté n'est pas un recours effectif au sens de l'article 13 ?

La réponse ne saurait être affirmative ou du moins elle doit être relativisée.

Tout d'abord, il est essentiel de ne pas extrapoler et ne pas conférer à l'arrêt une portée qu'il n'a pas. La Cour EDH a maintes fois mis en exergue son attachement à au respect des dispositions

de l'article 3 de la Convention ESDH. De la sorte, elle a déclaré que « compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un État partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature : l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif ».

On peut déceler dans cette affirmation deux éléments : l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention – portée générale de la position de principe de la Cour – et la matière visée « le cas où un État partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature (article 3 de la Convention) » – domaine particulier dans lequel le caractère suspensif du recours doit être organisé en l'espèce.

Il apparaît en conséquence que la portée de l'arrêt est limitée à la mise en œuvre combinée des articles 13 et 3 de la Convention dans le domaine circonscrit des décisions de renvoi de ressortissants étrangers en situation irrégulière.

Quel avenir pour le référé-liberté en matière de décisions ayant trait à la non-admission de ressortissants étrangers sur le territoire national ?

Sans le rappeler, nous estimons qu'il existe un faisceau de recommandations et décisions établissant un contexte particulier à l'intervention des pouvoirs publics pour résoudre l'absence de respect par le droit français des procédures administratives d'urgence des impératifs liés à l'article 13 de la Convention ESDH.

Par ailleurs, il semble de bon ton à notre époque de faire état de l'attachement des citoyens français aux droits de l'homme, au respect de valeurs propres à notre identité nationale dans le discours politique

Or l'identité d'une nation passe aussi par les valeurs qu'elle place au cœur de son histoire, parce qu'une nation ne se forme et perdure qu'en raison de ce passé commun et de la volonté de poursuivre ensemble (*Ernest Renan, Qu'est-ce qu'une nation ?*) au-delà des autres éléments allogènes ne relevant pas de son essence.

Ainsi, la France, terre d'asile depuis la Constitution du 24 juin 1793, n'a vu le droit d'asile restreint ou rendu ineffectif qu'à des périodes sombres de renfermement sur elle-même ou de régimes de remise en cause des droits fondamentaux (*voir pour l'illustration d'une effectivité discontinuée de l'asile, TEITGEN-COLLY Catherine, « le droit d'asile : la fin des illusions », AJDA, 1994, p. 197*).

À l'instar des réflexions développées par le professeur Picard (*PICARD Étienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 1998, p. 6 et s.*), en suivant sa logique, on peut affirmer sans se fourvoyer que l'inscription au Préambule de la Constitution de 1946, sous la forme d'un principe particulièrement nécessaire à notre temps, du droit d'asile est le résultat de la volonté du constituant de rétablir au sein de la fondamentalité conçue formellement – c'est-à-dire au rang constitutionnel – un élément fondamental de notre droit – entendu sous un angle matériel. Le droit constitutionnel d'asile n'est donc pas fondamental de par sa seule reconnaissance au plus haut rang de la hiérarchie des normes mais c'est parce qu'il est fondamental que le constituant de 1946 a souhaité lui redonner la place qu'il mérite.

Si la position du Conseil constitutionnel a pu être en demi-teinte de 1993 à nos jours, entre reconnaissance d'un droit fondamental et possibilités de le limiter par l'intervention du législateur, il s'avère qu'il reste dans l'ensemble n'être qu'une « coquille vide » (*FA VOREU Louis et alii, Droit des libertés fondamentales, Dalloz, Paris, 2001, 2^{ème} éd., p. 215*).

Il est donc souhaitable que les pouvoirs publics prennent la mesure de l'enjeu de la protection par le biais du recours suspensif de ce droit fondamental.

Si à l'occasion de l'affaire Gebremedhin il a été conclu à propos de la demande de réparation du dommage par le requérant, qu' « il n'est pas douteux que de telles circonstances sont de nature à générer angoisse et tension, la Cour estime que, dans les circonstances de la cause, le préjudice moral dont peut en conséquence se prévaloir le requérant se trouve suffisamment réparé par le constat de violation auquel elle parvient », le défaut de condamnation à la réparation du préjudice ne saurait être un mobile pour ne pas engager de rénovation de la procédure juridictionnelle devant le juge administratif afin de faire du recours suspensif, en la matière un principe de droit commun.

Quelle conséquence cela aurait-il sur le référé-liberté ?

Précisons d'emblée que nous envisageons l'évolution du droit non pas sous l'angle d'une modification des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative mais sous la forme de la mise en place de l'effet suspensif par l'introduction d'une disposition dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Cette prise de position est justifiée par les développements antérieurs dont l'objet était de démontrer que l'arrêt de la Cour EDH ne concerne pas l'ensemble de la procédure de référé-liberté mais l'effectivité de celle-ci dans un cadre bien délimité.

Le nouveau système pourrait s'inspirer des articles L. 511-2 à L. 511-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lesquels organisent le recours suspensif.

Cependant, il y a fort à parier que le juge administratif des référés, par analogie, appliquerait la jurisprudence relative aux arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF).

En effet, le juge administratif des référés a eu à connaître de requêtes fondées sur les dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative tendant à la suspension d'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et de décisions fixant le pays de destination, de même que l'injonction concomitante de requérir de l'administration le réexamen de la situation du requérant et la délivrance d'un titre de séjour.

La position du Conseil d'État est classique sur ce thème ; les dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en ses articles L. 511-2 à L. 511-5 contiennent une procédure particulière de contestation de la légalité des APRF. Ladite procédure prévoit notamment que l'arrêté n'aura pas de caractère exécutoire pendant le délai de recours ouvert à son encontre et que la demande auprès du tribunal administratif aura un effet suspensif jusqu'au prononcé par le président du tribunal ou son délégué d'un jugement. La voie de l'appel et par ailleurs ouverte contre le juge de premier ressort.

De ces éléments de droit le juge administratif des référés au Conseil d'État a déduit que « le législateur a entendu déterminer l'ensemble des règles de procédures contentieuses régissant la contestation devant la juridiction administrative d'un arrêté préfectoral décidant la reconduite à la frontière d'un étranger ; qu'ainsi, un arrêté de reconduite à la frontière n'est pas justiciable en principe des procédures de référé instituées par le livre V du code de justice administrative » (*Conseil d'État, 8 août 2006, M. Karim A., req. n° 296149*).

Par extension, les requêtes contenant tant des conclusions contre l'APRF que des conclusions visant la décision fixant le pays de renvoi se voient appliquer les mêmes règles de procédure.

Cependant, le juge des référés retrouve sa compétence lorsque « les mesures par lesquelles il est procédé à l'exécution d'un tel arrêté comportent des effets qui, en raison de changements dans les

circonstances de droit ou de fait depuis l'intervention de cet arrêté, excèdent le cadre qu'implique normalement sa mise à exécution » (*Conseil d'État, 8 août 2006, M. Karim A., req. n° 296149*).

Par analogie, il est loisible de soutenir que la mise en place d'un recours suspensif en matière de contestation devant le juge administratif des décisions de non-admission sur le territoire national conduirait le juge des référés à écarter tout moyen fondé sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative, sauf bien entendu si l'exécution d'une mesure de refoulement dépassait, en raison de changements de circonstances de droit ou de fait depuis l'entrée dans l'ordonnancement juridique de la décision, et qui excéderait le cadre qu'implique normalement sa mise à exécution.

Cette évolution du droit interne concernant le recours suspensif écarterait le référé-liberté du contentieux des décisions de non-admission sur le territoire mais garantirait aux ressortissants étrangers l'assurance de ne pas être exposés aux risques prohibés par l'article 3 de la Convention ESDH.