

Maintien en rétention : répartition des compétences entre le juge des « 72 heures » et le juge du référé liberté

Lire les commentaires de :

Anne-Laure Youhnovski-Sagon

Sur le maintien en rétention d'un étranger : évanescence du caractère exclusif de la procédure dérogatoire au profit de la procédure de droit commun

DÉCISION DE JUSTICE

TA Lyon, ordonnances du juge des référés – N° 1704104 – 02 juin 2017 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Référé liberté, Juge des 72 heures, Maintien en rétention, OQTF

Rubriques

Etrangers, Procédure

Résumé Note universitaire

Résumé

¹ *Compétence en premier ressort du tribunal administratif - Compétence du magistrat statuant seul en vertu du III de l'article L512-1 du CESEDA ("juge des 72 heures") - Maintien en rétention (L556-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) - Inclusion - Procédure exclusive des procédures prévues au livre V du code de justice administrative - Existence - Exception : cas où les modalités selon lesquelles il est procédé à cette exécution emportent des effets qui, en raison de circonstances nouvelles de droit ou de fait, excèdent ceux qui s'attachent normalement à la mise à exécution.*

² Le ressortissant étranger qui, placé en rétention administrative, après avoir vu rejeter par le juge dit des « 72 heures » sa requête dirigée contre l'obligation de quitter le territoire français le concernant, forme une demande d'asile et se voit maintenu en rétention en application de L. 556-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ne peut, après que l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ait statué en procédure accélérée, contester devant le juge du référé-liberté les conditions de mise à exécution de son éloignement, sauf le cas où les modalités selon lesquelles il est procédé à cette exécution emportent des effets qui, en raison de circonstances nouvelles de droit ou de fait, excèdent ceux qui s'attachent normalement à la mise à exécution.

³ Il lui appartient de saisir à nouveau le juge dit des « 72 heures » sur le fondement des dispositions combinées du III de l'article L. 512-1 et de l'article L. 556-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁴ Cf : [CE, Section, 30 décembre 2013, M. A..., n° 367533.](#)

Note universitaire

Sur le maintien en rétention d'un étranger : évanescence du caractère exclusif de la procédure dérogatoire au profit de la procédure de droit commun

Anne-Laure Youhnovski-Sagon

Doctorante à l'Université Jean Moulin Lyon 3 - Chargée d'enseignement
Centre de droit constitutionnel - Equipe de droit public de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6385](https://doi.org/10.35562/alyoda.6385)

¹ Dans un arrêt en date du 27 septembre 2017, la Cour de Cassation (CC, civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n° 17-15.160 ; M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Suite française. Les implications de l'affaire Al Chodor concernant la rétention des demandeurs d'asile dublinés », *European databse of Asylum Law*, 27 novembre 2017) se conforme à un arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) le 15 mars 2017 (CJUE, 15 mars 2017, n° C-528/15.), qui précisait que les demandeurs d'asile devant être transférés vers l'État responsable de l'examen de leur demande de protection ne peuvent être placés en centre de rétention que si sont spécifiés « *dans une disposition contraignante de portée générale, les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert* »). Plus récemment, une proposition de loi tendant à systématiser l'enfermement des étrangers sous procédure « Dublin », et dont la demande d'asile relève d'un autre État européen, a été votée à l'Assemblée nationale le 7 décembre 2017. Alors que l'office du juge des libertés et de la détention se voit bousculé par l'automatisation des placements en rétention administrative, l'office du juge administratif se voit entravé par l'accroissement exponentiel du nombre de recours en annulation à l'encontre de décisions d'éloignement (Sur la répartition du contrôle juridictionnel en matière de contentieux relatifs au droit des étrangers, voir notamment : A.-V. MADEIRA, « Étrangers – Le contrôle de la rétention administrative des étrangers dans la loi du 7 mars 2016 : retour sur un contentieux que le législateur peine à simplifier », *La semaine juridique, Administrations et Collectivités territoriales*, n° 36, 12 septembre 2016, p. 2236). C'est dans ce contexte de tension migratoire que l'ordonnance rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Lyon en date du 2 juin 2017, *M.B.*, n° 01704104, vient préciser la répartition des compétences entre le juge du référé liberté et le juge administratif statuant sous soixante-douze heures.

² En l'espèce, M. B., réfugié palestinien résidant au Liban, a fait l'objet d'un arrêté préfectoral lui enjoignant à quitter immédiatement le territoire français, tout en lui interdisant d'y revenir pendant un an. Monsieur B. sera placé en rétention administrative le jour même de la réception de son obligation de quitter le territoire français. Après avoir effectué une saisine du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lyon, une prolongation de la période de rétention est ordonnée, et l'annulation de la mesure d'éloignement rejetée par le tribunal administratif le lendemain. Quelques jours plus tard, M. B. sollicite l'admission au séjour au titre de l'asile, mais cette demande lui sera refusée par le préfet de l'Ain, arguant du fait que « *la demande d'asile a été présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement* ». M. B. saisit alors l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) qui, statuant en procédure accélérée, rejette sa demande d'asile. Cette décision sera contestée devant la Cour National du Droit d'Asile (CNDA), trois jours après que le requérant a refusé d'embarquer pour Beyrouth.

³ Souhaitant procéder à une nouvelle tentative d'éloignement du requérant vers le Liban, la préfecture de l'Ain voit son action paralysée à la suite de la requête de M. B. qui invoque la procédure prévue à l'article L 521-2 du Code de justice administrative. Il conteste à cet égard la mise à exécution de la mesure d'éloignement avant que la CNDA n'ait statué sur son recours, invoquant une atteinte grave et manifestement illégale au droit constitutionnel d'asile « *qui a pour corollaire le droit de solliciter la qualité de réfugié* », ainsi qu'une atteinte à son droit au recours effectif tel que garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁴ C'est avec un certain étonnement qu'il faut souligner que le recours en annulation est invoqué, non pas sur le fondement combiné des articles de la procédure dérogatoire – les articles L 512-1 III et L. 556-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) –, mais sur les mesures de droit commun prévues dans le code de justice administrative (CJA), et plus spécifiquement sur le fondement de la procédure d'urgence qu'est le référé liberté, prévu en son article L 521-2.

⁵ En effet, en matière de contentieux relatif aux droits des étrangers, le spécial déroge au général. Plus précisément, la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité crée une procédure de contrôle dérogatoire, échappant aux règles classiques du Code de justice administrative. L'article L 512-1 III du CESEDA prévoit que, lors d'un recours formé à l'encontre d'un placement en rétention ou d'une assignation à résidence, l'étranger concerné dispose d'un délai de quarante-huit heures pour critiquer ces

décisions tout en contestant conjointement les mesures préalables d'éloignement leur servant de fondement. Le juge administratif disposera alors d'un délai de soixante-douze heures pour statuer.

⁶ Cet article est à interpréter à l'aune de l'article L 556-1 du même code, qui dispose que « *l'étranger peut demander au président du tribunal administratif l'annulation de la décision de maintien en rétention dans les quarante-huit heures suivant sa notification pour contester les motifs retenus par l'autorité administrative pour estimer que sa demande d'asile a été présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement. Le président du Tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin (...) statue après la notification de la décision de l'office relative au demandeur, dans un délai qui ne peut excéder soixante-douze heures, dans les conditions prévues au III de l'article L. 512-1* » du CESEDA. Cet article doit être appliqué en ce que le préfet de l'Ain avait préalablement décidé du maintien en rétention du requérant sur ce fondement. Aussi la combinaison des articles L 512-1 et L 556-1 du CESEDA confère à l'étranger un édifice procédural diligent à l'égard de la protection de ses droits.

⁷ Toutefois, c'est bien sur le fondement de la procédure de droit commun que le requérant intente ce recours en annulation de la mesure d'éloignement. Notons que la saisine du juge du référé liberté par le biais de l'article L 521-2 du CJA n'a pas été rejetée pour irrecevabilité manifeste à l'aune de l'article L 522-3 du même code. Sans aucun doute, le juge des référés se conforme à un revirement jurisprudentiel opéré par le Conseil d'État (Conseil d'État, 11 juin 2015, n° 390704 ; D. POUPEAU, « Saisine du juge du référé liberté dans le cadre d'une procédure d'éloignement », *Dalloz actualités*, 23 juin 2015) atténuant l'étanchéité de la frontière rendant la procédure dérogatoire exclusive de la procédure de droit commun.

⁸ Au regard de cette inflexion jurisprudentielle, le requérant étranger peut-il se soustraire à l'office du « juge des soixante-douze heures » et se placer sous l'office du juge des référés, « juge des quarante-huit heures » afin de contester une mesure d'éloignement du territoire français ?

⁹ Des modalités existantes permettant la combinaison entre procédure dérogatoire et procédure de droit commun telle qu'invoquée dans le cas d'espèce, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon devra en dessiner la silhouette et les contours. En l'espèce, le juge administratif rappelle que la procédure combinant les articles L 512-1 et L 556-1 du CESEDA et tendant à demander l'annulation du maintien en rétention est exclusive de l'article L 521-2 du CJA. Cependant, respectueux de la jurisprudence antérieure, le juge des référés rappelle, tout comme dans l'arrêt du Conseil d'État du 11 juin 2015 (Conseil d'État, 11 juin 2015, préc., cons. 5), que les

procédures sont bien exclusives l'une de l'autre, sauf « *dans le cas où les modalités selon lesquelles il est procédé à l'exécution de mesure relative à l'éloignement forcé emportent des effets qui en raison de circonstances nouvelles de droit ou de fait, excèdent ceux qui s'attachent normalement à la mise en exécution* ».

¹⁰ Dans cette ordonnance, le juge des référés se contentera d'adopter une interprétation restrictive de cette condition, estimant que ni la formation de la demande d'asile à la suite du premier recours portant sur la mesure d'éloignement, ni l'erreur de délai mentionné sur la notification de la décision portant maintien en rétention ne suffisent à constituer une « *circonstance nouvelle de droit ou de fait* », et ne justifient la compétence supplétive du juge du référé liberté.

¹¹ Respectueux de l'exclusivité des procédures dérogatoires et de droit commun (I), le magistrat administratif viendra toutefois s'infiltrer dans la brèche ouverte par la juridiction administrative suprême, confirmant, avec prudence et précaution, la possibilité pour l'étranger voulant contester une mesure d'éloignement de saisir le juge des référés (II).

I. La conservation du caractère exclusif de la procédure dérogatoire face à la procédure de droit commun

¹² Conformément à la volonté du législateur, l'usage combiné des articles L 556-1 et L 512-1 III du CESEDA en matière de mesures d'éloignement s'inscrivent en marge des procédures de droit commun prévues par le Code de justice administrative (A). Cette exclusivité fermement réaffirmée par la jurisprudence administrative se justifie à l'aune de l'existence de garanties équivalentes à celles offertes par l'office du juge des référés (B).

A. L'application de principe de la procédure dérogatoire en matière de mesures d'éloignement

¹³ Concernant les termes de l'ancien dispositif prévu à l'article 22 *bis* de l'ordonnance n° 045-2658 du 2 novembre 1945, qui seront retranscrits sous les articles L 512-1 et suivants du CESEDA, le juge administratif s'était employé à affirmer l'exclusion de l'application par rapport à des règles de droit commun (Voir notamment : CE, 21 novembre 2001, *M. X*, n° 238214 ; CE, 29 septembre 2004, *Préfet de la Marne*, n° 0272552) .

14

La spécificité de la procédure dérogatoire de droit commun créée par la loi du 16 juin 2011 a rapidement été confirmée par les magistrats administratifs dans un avis rendu le 29 octobre 2012 (CE, Avis, 29 octobre 2012 n° 360584; *AJDA*, 2012, p. 2084) . Dans cet avis, le Conseil d'État souligne que la procédure instaurée à l'article L 512-1 III est « *applicable quelle que soit la mesure d'éloignement autre qu'un arrêté d'expulsion, en vue de l'exécution de laquelle le placement en rétention ou l'assignation à résidence ont été pris, y compris en l'absence de contestation de cette mesure* ».

15

Puis un arrêt du Conseil d'État en date du 30 décembre 2013 (Voir CE, 30 décembre 2013 n° 367533 ; « Le Conseil d'État précise l'articulation entre contentieux de l'annulation et référé en matière de mesures d'éloignement », E. PUTMAN, *Revue juridique Personnes et Famille*, n° 03, 1^{er} mars 2014, p. 21) est venu étendre la compétence du « juge des soixante-douze heures » aux conclusions « *dirigées contre la décision de placement en rétention et sur celles dirigées contre la décision aux fins de réadmission, notifiées à l'intéressé en même temps que la mesure de placement en rétention* », refusant ainsi au requérant la possibilité d'invoquer la procédure du référé suspension (D. POUPEAU, « Placement en rétention avant remise à un autre État membre : le juge des 72 heures est compétent », *AJDA*, p. 4) . Mais c'est à travers la décision du 6 octobre 2014 (Voir CE, 6 octobre 2014, Ministère de l'intérieur, n° 381573; *AJDA*, 2014, p. 2399) que le Conseil d'État exprime pour la première fois le caractère exclusif de cette procédure vis-à-vis de la procédure de droit commun (Voir L. FERMAUD, « Le référé-liberté ouvert en cas de rétention administrative ou d'assignation à résidence », *AJDA*, p. 2042) . Au gré de cette exclusivité affirmée, le Conseil d'État souhaite restreindre les voies de droit offertes aux requérants étrangers, leur réservant la singularité des procédures inscrites au sein du CESEDA, et ce jusqu'à ce que prenne fin leur mise en rétention ou leur assignation à résidence (CE, Avis, 29 décembre 2014, n° 382898; *AJDA*, 2015, p. 6).

16

Respectueux de la jurisprudence antérieure, le jugement du Tribunal administratif de Lyon s'inscrit dans cette lignée et réaffirme le caractère exclusif de la procédure prévue par les articles L 556-1 et L 512-1 III du CESEDA. Invoquant pour moyen principal l'irrespect du droit au recours effectif du requérant, le juge des référés s'emploie à justifier l'usage des procédures dérogatoires en ce qu'elles prévoient des garanties procédurales équivalentes à celles du référé liberté.

B. Une procédure dérogatoire exclusive aux garanties procédurales équivalentes

¹⁷ Si l'article 5§4 de la Convention européenne de droits de l'Homme dispose que « *toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* », l'arrêt A.M. c/ France du 12 juillet 2016 rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme précise que l'article 5§4 de la Convention « *ne va pas jusqu'à exiger une forme particulière de recours* (CEDH, 12 juillet 2016, A.M. c. France, n° 56324/14, §40).

¹⁸ En l'espèce, alors que le recours du requérant est fondé sur le livre V du CJA, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon estime que les procédures contentieuses laissées à la disposition des requérants étrangers, et plus spécifiquement les articles L 556-1 et L 512-I III du CESEDA, prévoient « *des garanties au moins équivalentes à celles des procédures régies par le livre V du code de justice administrative* » (cons. 6) .

¹⁹ Le juge des référés s'appuie sur les trois critères employés dans les décisions précitées du Conseil d'État du 30 décembre 2013, et rappelés dans l'arrêt du 11 juin 2015, pour examiner à son tour l'existence de garanties équivalentes à celles du référé liberté : l'étendue des pouvoirs du juge, les conditions de son intervention dans le contrôle de légalité de la mesure, ainsi que des délais qui lui sont octroyés.

²⁰ D'abord, concernant l'étendue des pouvoirs du juge, le juge des référés précise que ce dernier détient la compétence d'annuler la décision de maintien en rétention, et ce « *à fin de contester les motifs retenus par l'autorité administrative pour estimer que sa demande d'asile a été présentée dans le seul but de faire échec à l'exécution de la mesure d'éloignement* ». A cet égard, le juge dispose de conditions d'intervention étendues. En sus de sa possibilité de « *connaître des conclusions à fin d'injonction* », il dispose d'un pouvoir d'annulation de la décision de mise en rétention qui impliquera d'importantes conséquences pour le requérant en cas de succès. En cas d'annulation de la mesure d'éloignement, il sera immédiatement remis en liberté, et lui sera délivré une autorisation provisoire de séjour. Quant au délai, le juge du référé administratif se prononce « *dans des conditions d'urgence et au plus tard en soixante-douze heures* » après la notification de l'OFPRA, ce qui ne l'éloigne que d'une journée du délai octroyé au juge du référé liberté. Aussi, la prescription prévue à l'article 5§4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, indiquant que les personnes privées de liberté doivent être en mesure d'introduire un recours devant un tribunal qui se devra de statuer dans un délai restreint, semble-t-elle être respectée.

21

Conformément à son précédent examen de l'équivalence de protection des procédures dérogatoires en matière de contentieux de l'annulation des mesures d'éloignement des étrangers (CE, 11 juin 2015, préc., cons. 4) et tel que mis en lumière par Laetitia Fermaud (L. FERMAUD, préc.), le tribunal administratif de Lyon estime que ces dispositions fournissent des garanties procédurales suffisantes et équivalentes à celles de l'office du juge du référé liberté. De cette équivalence de protection, il découle que les procédures de référé ne semblent pas posséder d'atout procédural particulier leur permettant de supplanter l'office du « juge des soixante-douze heures ».

22

Le caractère exclusif des procédures prévues aux articles L 556-1 et L 512-1 III du CESEDA semble donc intangible, tant la jurisprudence demeure inflexible, cherchant à légitimer et simplifier les recours en annulation des mesures d'éloignement. Toutefois, entendant tardivement les préconisations apportées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 1993 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France (CC, 13 août 1993, n^o 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*), indiquant qu'en matière de mesures de police des étrangers, « *les intéressés ne sont pas dépourvus des garanties juridictionnelles de droit commun dont sont assorties les mesures de police prises par les autorités publiques en matière de police administrative* », une jurisprudence récente du Conseil d'État paraît avoir mis un point d'orgue à cette exclusivité péremptoire. En effet, l'arrêt du Conseil d'État du 11 juin 2015 (CE, 11 juin 2015, préc.) résonne comme un bémol dissonant au sein de cette harmonie jurisprudentielle, atténuant l'exclusivité des procédures dérogatoires au détriment des procédures de droit commun. Le juge des référés du tribunal administratif de Lyon semble alors s'inscrire dans cette tendance à l'infléchissement jurisprudentiel, et participe à la construction délicate et minutieuse d'une certaine complémentarité entre procédures de droit commun et procédures dérogatoires.

II. La consolidation du caractère supplétif de la procédure de droit commun à la procédure dérogatoire

23

Fortifié d'une nouvelle possibilité de substituer la procédure de droit commun à la procédure dérogatoire, le juge administratif s'emploie à encadrer très strictement l'usage du référé liberté en sus des articles L 556-1 et L 512-1 III du CESEDA, en invoquant l'existence de conditions circonstancielles et temporelles (A). Néanmoins, le juge des référés du tribunal administratif refuse de s'immiscer dans cette

brèche, considérant que les éléments invoqués par le requérant ne suffisent pas à constituer des « *circonstances nouvelles de droit ou de fait* » (B).

A. Un recours substitutif au référé liberté rigoureusement délimité

24

Comme le rappelle Giacomo Roma, les travaux préparatoires de la loi du 16 juin 2011 n'excluaient pas une certaine subsidiarité entre procédure dérogatoire et procédure de droit commun, mais le législateur en a décidé différemment lors de l'adoption de la loi. Plus précisément, la lecture de ces travaux préparatoires nous révèlent que « *les étrangers seront peut-être amenés à tenter des procédures de référé-liberté s'ils considèrent qu'ils sont injustement détenus, dans la mesure où ils ne pourront être entendus par le juge des libertés et de la détention qu'au terme d'un délai de cinq jours suivant leur placement en rétention* » (Rapport n° 239 (2010-2011) de M. François-Noël BUFFET, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 19 janvier 2011), cité par G. ROMA, « Pas de référé liberté pour les demandes de réadmission, *Revue générale du droit*, 18 mars 2014) .

25

Toutefois, la jurisprudence avait, sous le régime des anciens dispositifs, déjà souhaité tempérer l'exclusivité du recours à la procédure dérogatoire (CE, 18 février 1998 n° 183280 ; CE, 4 octobre 2004, *Préfet de Police X*, n° 250988) . Le juge administratif avait d'ailleurs autorisé le contrôle de légalité en référé en cas d'atteinte à une liberté fondamentale et en cas de survenance de circonstances nouvelles (CE, 21 novembre 2001, *M. X*, n° 238214), allant même jusqu'à accepter qu'un arrêté de reconduite à la frontière puisse être contesté sur le fondement du référé liberté en cas d'atteinte à la liberté personnelle (CE, 14 janvier 2005 n° 276123 ; Voir V. TCHEN, « Référé-liberté et reconduite à la frontière », *Droit administratif*, n° 5, Mai 2005, comm. 68 ; O. LECUCQ, « Exception au principe de non cumul entre contestation de la reconduite et référé liberté, *AJDA*, 2005, p. 1360) .

26

Concernant le dispositif actuel, c'est notamment à travers un arrêt en date du 5 juillet 2013 rendu par le Conseil d'État que les juges administratifs avaient inauguré la possibilité pour le requérant étranger d'avoir recours au livre V du CJA en complément de l'article L 512-1 du CESEDA, en leur offrant la possibilité d'une saisine par référé à « *titre exceptionnel* » et « *en cas d'atteinte grave et immédiate à une liberté fondamentale* » (CE., 5 juillet 2013, *M. A.*, n° 369817, cons. 3, cité par G. ROMA, prec.). Cette décision avait été mentionnée dans les conclusions du rapporteur public dans l'arrêt du Conseil d'État du 30 décembre 2013, mais n'avait pas été retenue, les magistrats administratifs préférant réaffirmer l'exclusivité des

procédures dérogatoires par rapport aux procédures de droit commun. Partant, il faudra attendre l'arrêt du 11 juin 2015 rendu par le Conseil d'État (CE, 11 juin 2015, préc.) pour que se cristallise la possibilité de substituer la procédure de droit commun au détriment de la procédure spéciale prévue pour les recours en annulation des mesures d'éloignement.

27

S'inscrivant dans cette brèche jurisprudentielle, le tribunal administratif de Lyon reprend le considérant de principe de cet arrêt de revirement (CE, 11 juin 2015, préc., cons. 5), et précise dans son considérant 7 que les dispositions combinées des articles L 512-1 et L 556-1 du CESEDA sont exclusives de celles du livre V du CJA, sauf « *dans le cas où les modalités selon lesquelles il est procédé à l'exécution de la mesure relative à l'éloignement forcé emportent des effets qui, en raison de circonstances nouvelles de droit ou de fait, excèdent ceux qui s'attachent normalement à la mise à exécution* ».

28

Au-delà de la stricte appréciation de l'existence de conditions circonstanciées excédant l'exécution de la mesure relative à l'éloignement, la mise en œuvre du référé liberté est conditionnée au respect d'une « *condition temporelle* » (L. FERMAUD, préc.). Le recours au référé liberté n'est rendu possible que lorsqu'il est intenté à la suite d'un premier refus du président du tribunal ou du magistrat délégué dans le cadre de la procédure dérogatoire. Cette condition implique une prévalence de la procédure dérogatoire sur la procédure de droit commun, et sous-entend que « *le changement de circonstances de droit ou de fait* » ne peut être constitué qu'en aval du premier recours. Notons toutefois que la décision du Tribunal administratif de Lyon ne mentionne pas la possibilité de recourir au référé liberté lors de l'expiration du délai de saisine du juge des soixante-douze heures, possibilité mentionnée dans l'arrêt du 11 juin 2015, et qui offrait l'immense avantage au requérant de saisir le juge des référés « *alors même qu'il se serait abstenu de saisir le juge dans les quarante-huit heures suivant le prononcé de la mesure de contrainte* » (L. FERMAUD, préc.).

29

Minutieusement orchestré, l'ordonnance du juge des référés du Tribunal administratif de Lyon consolide le revirement jurisprudentiel opéré par la juridiction administrative suprême, et offre une possibilité pour le requérant étranger de saisir le juge administratif à travers la procédure du référé liberté. Toutefois, à rebours de l'arrêt du 11 juin 2015 qui avait accepté de reconnaître l'existence d'une circonstance nouvelle de droit ou de fait (D. POUPEAU, préc.), le juge des référés du tribunal administratif s'est montré prudent et refuse de qualifier l'existence d'une telle circonstance qui justifierait un usage supplétif de son office.

B. La qualification prudente de l'existence de conditions circonstanciées justifiant l'office du juge des référés

³⁰ En dépit de la possibilité pour le requérant étranger de se soustraire à l'office du juge des soixante-douze heures au profit du juge des référés, encore faut-il que soit reconnue l'existence de « *circonstances nouvelles de droit ou de fait* » qui excèdent les effets normaux d'exécution de la mesure relative à l'éloignement forcé.

³¹ En l'espèce, l'existence d'une circonstance nouvelle de droit ou de fait pour la saisine exclusive du juge du référé est rejetée. Le fait que M. B. ait formé une demande d'asile pendant sa période de rétention, après qu'un premier examen de son obligation de quitter le territoire français ait été réalisé par le magistrat délégué du Tribunal administratif, ne constitue pas une circonstance nouvelle de droit ou de fait permettant au juge du référé liberté de statuer en lieu et place du magistrat délégué. Cette assertion est renforcée par la possibilité laissée au requérant de saisir une seconde fois ce magistrat, conformément aux dispositions de l'article L 512-1 III et de l'article L 556-1 du CESEDA.

³² De plus, la notification de la décision de maintien en rétention de M.B. mentionnait, à tort, un délai de deux mois pour contester la mesure d'éloignement. Le Tribunal administratif de Lyon ne considère pas pour autant que cette erreur puisse constituer une circonstance nouvelle qui justifierait que le juge du référé liberté statue en lieu et place du magistrat délégué. Cette interprétation du juge du référé semble toutefois entrer en contradiction avec l'obligation positive procédurale dégagée par le juge conventionnel selon laquelle un étranger menacé d'expulsion doit bénéficier d'un recours qui « *doit être disponible en droit comme en pratique, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État défendeur* » (CEDH, 13 décembre 2012, *X. c/ France*, n° 22689/07, cité par C. PALLUEL, « Le contrôle juridictionnel de la rétention administrative devant la Cour européenne des droits de l'homme : un contrôle au conditionnel », *Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, octobre 2016) .

³³ L'apport de cette ordonnance en matière d'infléchissements de droits procéduraux dévolus aux requérants étrangers est ambivalent. D'une part, le juge des référés s'inscrit dans la voie amorcée par le Conseil d'État, avec pour volonté dissimulée de consolider les droits des requérants étrangers placés en rétention et contraints de se conformer à une obligation de quitter le territoire français. D'autre part, l'absence d'éléments pouvant être considérés comme une circonstance nouvelle de droit ou de fait excédant les effets normaux d'une exécution de mesure d'éloignement n'a pas permis au juge des

référés de se déclarer compétent. Néanmoins, le juge des référés choisit, contre toute attente, de justifier le rejet de la requête de Monsieur B. en soulignant l'impossibilité d'invoquer la procédure du référé liberté en rejetant un à un les moyens du requérant.

34

Aussi cette décision du Tribunal administratif de Lyon s'inscrit-elle dans la mouvance déclenchée par les magistrats du Conseil d'État, venant en confirmer la pérennité. Toutefois, afin que cette inflexion en faveur des droits des étrangers ne reste pas lettre morte, les conditions d'ouverture supplétive des procédures de référé aux requérants devront être appréciées avec plus de mansuétude.