

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

De Genève à Strasbourg

Mathieu, Géraldine; Rasson, Anne-Catherine

Published in:
Guerre et Paix

Publication date:
2023

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Mathieu, G & Rasson, A-C 2023, De Genève à Strasbourg: le rapatriement des enfants détenus dans les camps au nord-est de la Syrie. dans *Guerre et Paix: mélanges en l'honneur du professeur Bruno Colson*. Collection de la Faculté de droit de l'UNamur, Larquier, Bruxelles, pp. 285-323.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De Genève à Strasbourg : le rapatriement des enfants détenus dans les camps au nord-est de la Syrie

Géraldine MATHIEU

Professeure à l'UNamur et chargée de cours invitée à l'ULiège

et

Anne-Catherine RASSON

Doctorante et maîtresse de conférences à l'UNamur et chargée d'enseignement à l'USL-B

Cher Professeur Colson,
Très cher Bruno,

Lorsque nous avons été invitées à contribuer à ton *Liber amicorum* « Guerre et paix » à propos des droits fondamentaux de l'enfant en temps de guerre, de nombreuses thématiques nous sont malheureusement venues à l'esprit : enfants soldats, violences sexuelles comme armes de guerre perpétrées contre des mineurs, surtout des filles, parfois encore bébés, mutilations, tortures, vies perdues dans les conflits armés, pauvreté, famine, absence de protection, d'éducation ou d'accès aux soins, déplacements internes ou internationaux au cours desquels les enfants perdent parfois tout, leur lieu de vie, leur école, leurs amis, leur famille, leur sécurité, leur humanité.

En période de guerre, le respect des droits de l'enfant s'évapore pour laisser place à un musée des horreurs dans lequel dignité humaine et intérêt supérieur de l'enfant sont de vains mots.

Dans notre contribution, nous allons étudier deux décisions récentes concernant le rapatriement des enfants et de leurs mères, détenus dans les camps du Rojava en Syrie, l'une prononcée par le Comité des droits de l'enfant des Nations unies le 8 février 2022¹ et l'autre par la Cour euro-

¹ C.D.E., 8 février 2022, *S. B. et autres c. France*, comm. n^{os} 77/2019, 79/2019 et 109/2019.

péenne des droits de l'homme le 14 septembre 2022². Ces deux décisions ouvrent une petite lueur d'espoir dans cette affaire particulièrement difficile et désastreuse en termes de respect des droits de l'enfant. En effet, à peine un mois après le prononcé de la Cour de Strasbourg, la France a rapatrié une quinzaine de femmes et une quarantaine d'enfants qui vivaient dans les camps du nord-est de la Syrie. Comme le relève Jean-Pierre Marguénaud, « [q]u'un État ayant librement accepté de se soumettre au système européen de garantie collective des droits de l'homme tiennent (*sic*) compte de manière aussi rapide et aussi significative d'un arrêt de la Cour de Strasbourg témoigne d'une approche qui, au-delà des turbulences médiatiques et des postures politiques, mérite d'être saluée particulièrement dans la mesure où elle bénéficie à des enfants vulnérables : des droits l'homme concrets et effectifs ne sont jamais plus précieux que lorsque les temps s'assombrissent »³.

Nous montrerons néanmoins qu'il faut rester prudent : « [l]'épilogue relativement heureux de l'affaire *H.F. c. France* [devant la Cour européenne des droits de l'homme] ne doit pas faire oublier [...] que, si l'on prend le temps de ne pas en rester à la surface médiatique des choses, l'arrêt de grande chambre auquel elle a donné lieu préserve davantage l'intérêt de l'État que celui des personnes mineures ou majeures »⁴.

Nous allons à présent approfondir ces premières considérations. Dans un premier point, nous reviendrons sur les antécédents des deux affaires, d'une part, en exposant les conditions dans les camps syriens, d'autre part, en expliquant brièvement les réactions belge et française. Dans un deuxième point, nous nous pencherons sur la position du Comité des droits de l'enfant et, dans un troisième point, nous analyserons l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

I. Antécédents

1. Les conditions indignes dans les camps

Il y a plusieurs années, des jeunes européens, notamment belges et français, se sont rendus dans le califat proclamé par l'État islamique dans le nord de la Syrie et de l'Iraq. À partir de 2017, et puis surtout en 2019,

² Cour eur. D.H. (gde ch.), 14 septembre 2022, arrêt *H. F. et autres c. France*.

³ J.-P. MARGUÉNAUD, « Chronique CEDH : rapatriement des mères djihadistes et de leurs enfants détenus en Syrie », *Dalloz Actualités*, 9 novembre 2022, disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/>.

⁴ *Ibid.*

après l'ultime défaite de Daesh lors de la bataille d'Al-Baghouz, le califat s'est effondré et nombre de ses combattants ont été capturés et détenus dans plusieurs camps situés au nord-est de la Syrie, près de la frontière irakienne : les camps de Roj, d'Al-Hol et d'Aïn Issa⁵.

Il est unanimement considéré que les conditions de vie au sein de ces camps sont particulièrement indignes⁶. Amnesty écrit ainsi, à propos du camp de Roj, en avril 2022 :

« Niché au creux des vallons arides de la steppe syrienne, le site de Roj possède tous les attributs d'un camp de réfugiés. Allées insalubres, tentes siglées du logo de l'ONU, toilettes de fortune que partagent des dizaines de familles. Des enfants aux silhouettes chétives tuent le temps sur un terrain de jeux rouillés. Très vite, pourtant, apparaît une saisissante fresque composée de soldats perchés au sommet de miradors et de regards fuyants, sur fond de clameur russe, de chuchotements arabes, de rires indonésiens et d'invectives anglaises. Un "Je veux sortir d'ici", tristement murmuré dans la langue de Molière par un enfant aux joues creuses, vient achever le tableau. Mehdi*, un Français de 9 ans, fait partie des quelque[s] 3 000 enfants et femmes enfermés dans cette prison à ciel ouvert. "Les femmes ont toutes fait partie de l'État islamique et sont originaires d'une cinquantaine de pays. Elles attendent d'être rapatriées avec leurs enfants, mais les choses traînent", explique l'un des responsables du camp, doté d'un sens certain de l'euphémisme »⁷.

Le camp d'Al-Hol, quant à lui, est divisé en deux parties : le camp principal, composé de huit sections, qui est destiné aux ressortissants syriens et irakiens et l'annexe qui abrite les ressortissants étrangers (ni syriens ni irakiens) de soixante pays différents. Le camp principal et l'annexe sont séparés par une clôture et les déplacements entre les deux zones sont limités, voire inexistantes. Selon un rapport de Médecins sans Frontières publié le 7 novembre 2022, la population totale du camp s'élève à environ

⁵ Depuis octobre 2019, il ne subsiste plus que les camps de Roj et d'Al-Hol, le camp d'Aïn Issa ayant été démantelé (Délégué général aux droits de l'enfant et Centre d'aide et de prise en charge de toute personne concernée par les radicalismes et les extrémismes violents, *Prise en charge des enfants de retour de Syrie en Fédération Wallonie-Bruxelles*, 2021, <http://www.dgde.cfwb.be>).

⁶ *Ibid.* Les autrices du rapport, Madeleine Guyot et Alice Jaspart, mentionnent de nombreux détails sur les camps. Voy. aussi G. LOOTS *et al.*, *Rapport 2. Visite aux enfants belges dans les camps de réfugiés kurdes dans le Nord-Est de la Syrie*, 6-16 juin 2019 ; Th. RENARD et R. COOLSAET, « From bad to worse: The fate of European foreign fighters and families detained in Syria, one year after the Turkish offensive », *Security Policy Brief*, Institut Egmont, n° 130, octobre 2020.

⁷ Th. SIMON, « La nuit sans fin des enfants détenus en Syrie », *La Chronique – Amnesty International*, avril 2022.

57.000 personnes, dont 11.000 sont des ressortissants étrangers. Les enfants représentent 64 % de la totalité des détenus du camp et 50 % de cette population ont moins de 12 ans⁸. Les conditions de vie y sont aussi indignes : surpopulation, abris de fortune inadéquats, accès limité à la nourriture, à l'eau potable et aux services de base tels que les soins de santé et l'éducation. Les habitants du camp sont exposés quotidiennement à des niveaux élevés de violence, d'exploitation et d'abus, tandis que les enfants et les autres groupes vulnérables sont les plus touchés par l'insécurité et les privations. De nombreux décès ont été constatés en 2021, dont septante-neuf enfants de moins de 16 ans⁹. Ainsi, par exemple, en février 2021, un garçon de 7 ans s'est brûlé le visage et les bras au second degré. Un hôpital en mesure de lui fournir les soins nécessaires ne se trouvait qu'à une heure en voiture, mais son transfert n'a été approuvé par les autorités du camp que deux jours plus tard. Il est mort agonisant pendant son trajet vers l'hôpital, accompagné d'une escorte armée et séparé de sa mère. Commentant cette terrible situation, Martine Flokstra, responsable des opérations de Médecins sans Frontières en Syrie, témoigne :

« Nous avons vu et entendu beaucoup d'histoires tragiques dans le camp de détention d'Al-Hol, des enfants morts d'avoir attendu trop longtemps une aide médicale d'urgence, des histoires de jeunes garçons arrachés à leurs mères une fois atteint l'âge de 11 ans, et plus jamais revus. [...] Pour les enfants et leurs proches à Al-Hol, accéder à une aide médicale – quand ils y arrivent – est souvent une épreuve terrifiante. Les enfants qui ont besoin de traitement à l'hôpital situé à une heure de voiture du camp y sont emmenés sous escorte armée, la plupart du temps sans leurs proches, car ces derniers obtiennent rarement l'autorisation d'accompagner leurs enfants. Al-Hol est de fait une énorme prison à ciel ouvert, dont la majorité des détenus sont des enfants,

⁸ Médecins sans Frontières, *Between-Two-Fires. Danger and Desperation in Syria's Al-Hol Camp*, novembre 2022, <https://www.msf.fr/sites/default/files/2022-11/Between-Two-Fires.pdf>. L'organisation Save the Children précise, quant à elle, dans un communiqué du 21 décembre 2022, qu'il y a encore environ 7.000 enfants dans les camps (voy. <https://www.rtb.be/article/syrie-pres-de-7000-enfants-encore-pieges-dans-les-camps-du-nord-est-du-pays-11126776>).

⁹ Médecins sans Frontières, *Between-Two-Fires. Danger and Desperation in Syria's Al-Hol Camp*, op. cit. Plusieurs histoires dramatiques sont documentées dans le rapport. Selon Save the Children, septante-quatre enfants sont morts dans les camps durant l'année 2021, dont huit ont été tués (voy. <https://www.rtb.be/article/syrie-pres-de-7000-enfants-encore-pieges-dans-les-camps-du-nord-est-du-pays-11126776>).

souvent nés dans le camp, privés de leur enfance et condamnés à être exposés à la violence et l'exploitation, avec un accès aux soins limité, sans éducation et sans espoir »¹⁰.

Le Délégué général aux droits de l'enfant et le Centre d'aide et de prise en charge de toute personne concernée par les radicalismes et les extrémismes violents relèvent aussi que les enfants détenus dans les camps syriens durant une longue période, entre trois et sept ans, en général avec leur mère ou avec une mère de substitution sont, pour la plupart d'entre eux, nés sur place. Ils n'ont dès lors « connu comme cadre de vie et espace de socialisation que cet environnement, extrêmement anxiogène »¹¹.

Le rapatriement des enfants, et de leurs familles, est par conséquent indispensable, au regard du respect de leurs droits fondamentaux¹². De nombreux experts et organisations internationales ont ainsi exhorté les États à une réponse urgente¹³.

¹⁰ Médecins sans Frontières, Communiqué de presse : « Syrie : un rapport de MSF détaille le sort des enfants dans le camp d'Al-Hol, entre violence et désespoir », 7 novembre 2022, www.msf.fr.

¹¹ Délégué général aux droits de l'enfant et Centre d'aide et de prise en charge de toute personne concernée par les radicalismes et les extrémismes violents, *Prise en charge des enfants de retour de Syrie en Fédération Wallonie-Bruxelles*, op. cit.

¹² Voy. aussi Organe d'avis de la Commission nationale pour les droits de l'enfant, Avis demandant à la Belgique de rapatrier sans délai tous les enfants belges et tous ceux relevant de sa juridiction des zones de conflits armés en Syrie et en Iraq, 2019, https://ncrk-cnde.be/IMG/pdf/cnde_adv_-_avis_rapatriements.pdf ; Délégué général aux droits de l'enfant, Recommandations du délégué général aux droits de l'enfant de la Communauté française de Belgique sur la question des mineurs belges présents dans les zones de conflit djihadistes et sur leur éventuel retour en Belgique, s.d., <http://www.dgde.cfwb.be/index.php?id=8126> ; Délégué général aux droits de l'enfant et Centre d'aide et de prise en charge de toute personne concernée par les radicalismes et les extrémismes violents, *Prise en charge des enfants de retour de Syrie en Fédération Wallonie-Bruxelles*, op. cit. ; E. DELHAISE, C. REMACLE et C. THOMAS, « Après le califat, l'embarras », *La Revue Nouvelle*, 2020/6 (n° 6), pp. 48-64 ; E. DELHAISE, C. REMACLE et C. THOMAS, « Rapatriement des enfants belges du califat : droit et sécurité en tension », *La Revue internationale de l'éducation familiale*, 2021, n° 49, pp. 41-59 ; L. ROBERT, « Enfants de "djihadistes" retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2019/120, pp. 779 et s. ; Th. VAN POECKE et E. WAUTERS, *The Repatriation of European Nationals from Syria as Contested before Domestic Courts in Belgium and beyond*, 2021, <https://lirias.kuleuven.be/3376347?limo=0> (voy. aussi le résumé en français de ce rapport « Rapatriement de ressortissants européens de Syrie. Positions et raisonnements des États belge, français, allemand et hollandais », *J.D.J.*, 2021, n° 404, pp. 11 et s.).

¹³ Voy. L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2022.

2. Les réactions belge et française

En Belgique, les autorités ont décidé, en décembre 2017, le rapatriement des enfants belges de moins de 10 ans, tandis que la situation des enfants plus âgés devait être analysée au cas par cas¹⁴. Elles ont cependant tardé à mettre en œuvre cette décision de telle sorte que le Comité des droits de l'enfant, dans ses dernières observations finales du 1^{er} février 2019, lui recommandait encore de « faciliter le rapatriement rapide de tous les enfants belges et, lorsque cela est possible, de leur famille, quel que soit leur âge ou leur degré d'implication supposée dans le conflit armé »¹⁵.

En fin d'année 2022, on comptait au total quatre rapatriements d'enfants belges et, dans certains cas, de leurs mères, depuis les camps d'Al-Hol et de Roj :

- en juin 2019 : 6 enfants orphelins non accompagnés ;
- à la fin de l'année 2020 : un enfant ;
- en juin 2021 : 6 femmes et 10 enfants ;
- en juin 2022 : 16 enfants et 10 mères.

Grâce à ces rapatriements, trente-trois enfants ont bénéficié du secours de la Belgique. Comme le Délégué général aux droits de l'enfant le soulignait récemment, « [s]'il aura fallu attendre de trop longues années (plus de 5 ans pour certains) pour que ces enfants soient sauvés, nous devons saluer l'effort réalisé par le gouvernement fédéral pour porter enfin secours à une partie de ses ressortissants. En outre, les autorités ont pris le pli de suivre les recommandations formulées tant par le Délégué général lui-même que par un certain nombre d'institutions de défense des droits, à savoir : ne pas séparer les enfants de leur mère »¹⁶.

¹⁴ Cette différence de traitement entre les enfants ne peut aucunement être justifiée au regard de l'article 1^{er} de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (adoptée à New-York le 20 novembre 1989, ci-après « la CIDE »), qui définit l'enfant comme tout être humain âgé de moins de 18 ans. Elle est dès lors arbitraire et sans fondement juridique. Voy., dans le même sens, E. DELHAISE, C. REMACLE et C. THOMAS, « Après le califat, l'embaras », *op. cit.*, p. 53 ; Th. VAN POECKE et E. WAUTERS, *The Repatriation of European Nationals from Syria as Contested before Domestic Courts in Belgium and beyond*, *op. cit.*, p. 11. Il faut encore relever qu'en mars 2021, « le gouvernement fédéral belge annonçait, à la surprise générale, le rapatriement de tous les enfants de moins de 12 ans et, au cas par cas selon une analyse de la menace, de leurs mères » (E. DELHAISE, C. REMACLE et C. THOMAS, « Rapatriement des enfants belges du califat : droit et sécurité en tension », *op. cit.*, p. 43).

¹⁵ C.D.E., Observations finales concernant le rapport de la Belgique valant cinquième et sixième rapports périodiques, 1^{er} février 2019, CRC/C/BEL/CO/5-6, § 50.

¹⁶ Délégué général aux droits de l'enfant, Rapport d'activités 2021-2022, novembre 2022, pp. 93-95.

Actuellement, il resterait encore dix-sept enfants sur place qui devraient pouvoir bénéficier du soutien de l'État belge¹⁷. Or les conditions décrites plus haut les mettent en danger de mort imminente et ont un impact majeur sur leur santé et leur développement. Plusieurs acteurs belges ont par conséquent publié, le 14 octobre 2022, un nouvel appel auprès des autorités pour que soit organisé un rapatriement urgent des enfants belges qui sont encore sur place et pour qu'il soit porté secours aux autres enfants détenus dans les camps¹⁸.

Plusieurs affaires ont été introduites devant les juges belges. Si quelques juridictions de première instance ont ordonné en référé un rapatriement, ces décisions ont toutes été réformées en degré d'appel¹⁹. À notre connaissance, sur le plan international, deux communications ont été déposées auprès du Comité contre la torture des Nations unies. Pour l'une d'entre elles, les requérants ont été rapatriés et se sont désistés²⁰, pour la seconde, le Comité n'avait pas encore abouti à une décision au fond à la fin du mois de février 2023.

Du côté de la France, Jean-Pierre Marguénaud relève que, parmi les prisonniers des camps du nord de la Syrie, « un peu oubliés de Dieu et presque abandonnés des hommes, se sont trouvées quelques dizaines de jeunes Françaises dont certaines étaient devenues mères depuis leur enrôlement. Les autorités françaises en avaient rapatrié une quinzaine accompagnée de trente-cinq enfants mais elles étaient restées absolument

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Voy. l'appel du 14 octobre 2022 dans lequel « le Délégué général aux droits de l'enfant et l'organisation Défense des Enfants International (DEI) demandent [...] que les enfants belges encore retenus dans des camps en Syrie soient rapatriés "sans délai". D'après eux, [...] 17 ne sont toujours pas de retour et se retrouvent en danger de mort imminente » (<https://www.7sur7.be>). Voy. aussi B. VAN KEIRSBILCK, « Le retour des enfants de Syrie, chaque jour plus urgent », *J.D.J.*, n° 419, 2022/9, p. 1.

¹⁹ Voy., sur ces recours internes, Th. VAN POECKE et E. WAUTERS, *The Repatriation of European Nationals from Syria as Contested before Domestic Courts in Belgium et beyond*, *op. cit.* et, pour certains d'entre eux, E. DELHAISE, C. REMACLE et C. THOMAS, « Après le califat, l'embaras », *op. cit.*, pp. 58 et s. ; E. DELHAISE, C. REMACLE et C. THOMAS, « Rapatriement des enfants belges du califat : droit et sécurité en tension », *op. cit.*, pp. 47 et s. ; A.-C. RASSON, « "L'intérêt de l'enfant", clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECOZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 178 et s.

²⁰ Dans cette même affaire, un recours avait également été porté devant le Comité des droits de l'enfant, mais qui avait refusé sa saisine dès lors qu'une communication avait été déposée auprès du Comité contre la torture (*cf.* art. 7, d), du Protocole facultatif à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications adopté à New York le 19 décembre 2011).

passives et silencieuses à l'égard de beaucoup d'autres »²¹, ce qui a conduit leurs familles à introduire deux recours sur le plan international, l'un devant le Comité des droits de l'enfant des Nations unies et l'autre devant la Cour européenne des droits de l'homme. Tant le Comité des droits de l'enfant que la Cour de Strasbourg ont estimé que, par son absence de réaction, la France avait violé plusieurs droits protégés par la CIDE et par la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « la CEDH »). Ce sont ces décisions que nous allons étudier dans les lignes qui suivent.

II. Les décisions et constatations du Comité des droits de l'enfant²²

À l'origine des décisions et constatations du Comité des droits de l'enfant que nous allons examiner se trouvent les communications n^{os} 77/2019, 79/2019 et 109/2019, présentées les 13 mars et 25 novembre 2019 par les grands-parents, tantes et oncles de quarante-neuf enfants victimes, qui sont tous « des enfants de ressortissants français – membres des familles des auteurs – qui auraient collaboré avec le groupe dit État islamique d'Iraq et du Levant (EIIL). Certains de ces enfants sont nés dans la République arabe syrienne, d'autres y sont arrivés à un très jeune âge avec leurs parents. Ils sont actuellement détenus dans le Rojava, dans les camps de Roj, d'Aïn Issa et de Hol, qui sont sous le contrôle des forces kurdes »²³. Onze enfants victimes ont été rapatriés en 2019, 2020 et 2021 depuis la Syrie ou la Turquie, de telle sorte que le Comité a mis fin à la procédure les concernant.

²¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Chronique CEDH : rapatriement des mères djihadistes et de leurs enfants détenus en Syrie », *op. cit.* Depuis, d'autres ressortissants français ont été rapatriés (*cf.* introduction et conclusion).

²² Le 12 septembre 2022, le Comité des droits de l'enfant a aussi adopté des constatations à l'égard de la Finlande à propos du rapatriement d'enfants détenus dans les camps du nord-est de la Syrie (C.D.E., 12 septembre 2022, *P. N., K.K. et O.M. c. Finlande*, comm. n^o 100/2019). Ces constatations ne seront pas approfondies dans cette contribution. Relevons simplement qu'à la différence des affaires françaises, le Comité a statué sur la recevabilité et sur le fond dans un seul et unique document. Il va déclarer la communication recevable et fondée dans des termes très proches de ceux employés dans les décisions et constatations prises à l'égard de la France (bien que d'autres arguments relatifs à la recevabilité aient été soulevés). Il s'agissait par ailleurs d'enfants très jeunes, tous nés dans les camps et ayant moins de trois ans au moment où la communication a été présentée.

²³ C.D.E., 8 février 2022, *S. B. et autres c. France*, comm. n^{os} 77/2019, 79/2019 et 109/2019, § 1.2.

Selon les auteurs de ces communications, le gouvernement français n'avait pas pris les mesures nécessaires pour rapatrier les enfants en France, ce qui serait constitutif d'une violation des articles 2, 3, 6, 7, 8, 16, 19, 20, 24, 28 et 37 de la CIDE. La demande de mesures provisoires présentée par les auteurs a été rejetée les 13 mars, 27 mars et 4 décembre 2019, mais le Comité a prié la France « de prendre les mesures diplomatiques nécessaires pour assurer à ces enfants la protection de leur droit à la vie et à l'intégrité, y compris l'accès à tous les soins médicaux dont ils pourraient avoir besoin »²⁴.

Avant d'examiner l'affaire au fond, le Comité devait statuer sur la recevabilité des communications, plus particulièrement en ce qui concerne la qualité des auteurs, d'une part, et la juridiction de la France, d'autre part²⁵. Il a dès lors procédé en deux temps, en traitant tout d'abord les questions de recevabilité dans ses décisions du 30 septembre 2020 et du 4 février 2021, pour ensuite examiner le fond des communications dans ses constatations du 8 février 2022.

L'on notera encore que deux interventions de tiers ont été sollicitées sur la question des obligations extraterritoriales des États en matière de droits humains : l'une du Consortium sur les obligations extraterritoriales et l'autre d'un groupe de trente et un universitaires à travers le monde, dont des chercheurs belges²⁶. Ces deux interventions soulignent les enjeux cruciaux de cette affaire en termes d'effectivité des droits de l'enfant. Par ailleurs, la Défenseure des droits français a soumis une intervention de tiers portant sur le fond des trois communications.

²⁴ *Ibid.*, § 1.3.

²⁵ Sur la question de l'épuisement des recours internes, le Comité « note que les auteurs font valoir qu'aucun recours interne utile n'est disponible en ce qui concerne les demandes de protection ou de rapatriement des enfants et de leurs mères. Il note également que ce point n'a pas été contesté par l'État partie. En conséquence, il considère qu'il n'y a aucun obstacle à la recevabilité de la communication au regard de l'article 7 (al. e)) du Protocole facultatif » (§ 9.2).

²⁶ *Ibid.*, §§ 8.1 et s.

1. Sur la représentativité des auteurs et la juridiction de la France²⁷

Selon l'État français, les communications étaient irrecevables parce que les auteurs n'avaient pas qualité pour agir et que les enfants ne relevaient pas de sa juridiction²⁸.

A) La représentativité des enfants victimes

En ce qui concerne la représentativité des enfants victimes, l'article 5.1 du Protocole facultatif à la CIDE établissant une procédure de présentation de communications dispose que « [d]es communications peuvent être présentées par des particuliers ou des groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État partie de l'un quelconque des droits énoncés dans l'un quelconque des instruments suivants au[x]quel[s] cet État est partie », à savoir la CIDE et ses deux premiers protocoles facultatifs. L'article 5.2 précise cependant qu'« [u]ne communication ne peut être présentée au nom de particuliers ou de groupes de particuliers qu'avec leur consentement, à moins que l'auteur puisse justifier qu'il agit en leur nom sans un tel consentement ». Le règlement intérieur du Protocole facultatif ajoute que le Comité examinera la condition du consentement sous le prisme de l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il devra chercher les pressions ou influences indues qu'une victime pourrait subir²⁹.

Dans sa décision du 30 septembre 2022, le Comité des droits de l'enfant rappelle tout d'abord que, de façon générale, « à l'exception des plus jeunes, tous les enfants devraient être réputés capables de se faire une opinion et de donner leur consentement ». Toutefois, dans les circonstances particulières de l'espèce, il considère que « les enfants communiquent de manière limitée avec les auteurs, par l'intermédiaire de leurs mères, qui

²⁷ Notre analyse porte exclusivement sur C.D.E., 30 septembre 2020, décision *L. H. et autres*, comm. n^{os} 79/2019 et 109/2019. Il convient de noter que le Comité a statué, dans les mêmes termes, sur la recevabilité de la communication n^o 77/2019 dans une décision du 4 février 2021 (CRC/C/86/D/R.77/2019). Voy., pour une étude des deux décisions du Comité : H. DUFFY, *Communications n^{os} 79/2019 et 109/2019 L.H. et al. v. France and 77/2019 F.B. et al. v. France, French Children in Syrian Camps: the Committee on the Rights of the Child and the Jurisdictional Quagmire*, Leiden Children's Rights Observatory, 18 février 2021, <https://www.childrensrightsobservatory.nl>.

²⁸ C.D.E., 30 septembre 2020, décision *L. H. et autres c. France*, comm. n^{os} 79/2019 et 109/2019, § 4.1.

²⁹ Art. 13.2, 13.3 et 20.4 du règlement intérieur adopté le 16 avril 2013, CRC/C/62/3 et modifié par le Comité, en 2021, lors de sa 88^e session (4 novembre 2021, CRC/C/58).

ont également, en tant que représentantes légales, donné leur consentement par téléphone ». Il ajoute encore que les enfants victimes « n'ont pas de possibilité réelle de donner leur consentement écrit, et les communications sont manifestement présentées dans leur intérêt supérieur et dans le but de protéger et de promouvoir leurs droits »³⁰. En conséquence, le Comité estime que l'article 5 du Protocole facultatif ne fait pas obstacle à la recevabilité de la communication.

Même si cette décision relative à la représentativité pouvait être espérée dans l'affaire en cause³¹, le Comité ne s'est pas toujours montré aussi souple dans l'examen de l'article 5.2 du Protocole facultatif³² et, de façon plus générale, en ce qui concerne la recevabilité³³. Cette décision constitue donc un pas en faveur de l'effectivité des droits des enfants les plus vulnérables.

B) La compétence de juridiction extraterritoriale de l'État français

Vient ensuite l'épineuse question de la juridiction exercée par l'État français sur les enfants retenus dans les camps du nord-est de la Syrie au titre de la CIDE. Le Comité rappelle à ce sujet que « la Convention fait obligation aux États de respecter et de garantir les droits des enfants relevant de leur juridiction³⁴, mais ne limite pas la juridiction d'un État à son "territoire" »³⁵. Un État peut donc être tenu pour responsable d'actes ou

³⁰ C.D.E., 30 septembre 2020, décision *L. H. et autres c. France*, comm. nos 79/2019 et 109/2019, § 9.4.

³¹ Nous verrons *infra* que la Cour européenne des droits de l'homme a aussi fait application de sa jurisprudence relative à la représentation des personnes extrêmement vulnérables pour admettre la recevabilité des requêtes introduites par les parents et les grands-parents des enfants et des mères détenus dans les camps du Rojava.

³² Voy. p. ex. C.D.E., 28 septembre 2020, constatations *U.G. c. Belgique*, req. n° 034/2017, §§ 3.6 et 6.2.

³³ Un examen des décisions et constatations du Comité des droits de l'enfant montre que 30 % des communications introduites ont été déclarés irrecevables (cf. <https://opic.childrightsconnect.org/crc-trends/>). Voy. aussi J.E. DOEK, *Communications with the Committee on the Rights of the Child under Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility. Report on the Decisions of the Committee on Admissibility: Summary and Comments*, Leiden Children's Rights Observatory Papers n° 1, 22 octobre 2020 (trad. BVK in *J.D.J.*, n° 399, 2020, p. 8) et J.E. DOEK, *Communications with the Committee on the Rights of the Child under Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility. Report on the Decisions of the Committee on Admissibility: Summary and Comments*, Leiden Children's Rights Observatory Papers n° 2, 12 mai 2022.

³⁴ Voy. l'article 2.1 de la CIDE et l'article 5.1 du Protocole facultatif.

³⁵ C.D.E., 30 septembre 2020, décision *L. H. et autres c. France*, comm. nos 79/2019 et 109/2019, § 9.6. Voy. les travaux préparatoires de la CIDE dans lesquels il est exposé que le concept de « juridiction » n'est pas limité au territoire (Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*,

d'effets de ceux-ci en dehors de ses limites territoriales. Plus précisément, dans un contexte de migration, les États parties doivent « assumer une responsabilité extraterritoriale en ce qui concerne la protection des enfants qui sont leurs ressortissants et se trouvent en dehors de leur territoire, en mettant en place une protection consulaire qui tienne compte des besoins des enfants et soit fondée sur les droits »³⁶.

• *La notion de juridiction : brèves considérations théoriques*

Sans pouvoir approfondir, dans le cadre limité de cette contribution, la question complexe de la juridiction des États parties aux traités³⁷, il est intéressant de rappeler qu'en droit international des droits fondamentaux, les États doivent garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans les conventions qu'ils ont ratifiées³⁸. Si la notion de compétence est principalement comprise de manière territoriale, son exercice extraterritorial est également reconnu depuis longtemps par les juridictions et les organes de protection des droits fondamentaux, à l'instar de ce qu'a décidé le Comité des droits de l'enfant dans les affaires étudiées ici.

Il est traditionnellement considéré que la compétence extraterritoriale peut être reconnue dans deux hypothèses distinctes : soit l'État exerce un contrôle factuel *sur le territoire* (le modèle spatial de juridiction), soit il exerce une autorité ou un contrôle factuel *sur un individu* (le modèle personnel de juridiction)³⁹. Plus récemment, d'autres approches, non

Vol. 1, New York, Nations unies, 2007, pp. 332-333 ; J.E. DOEK, *Communications with the Committee on the Rights of the Child under Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility. Report on the Decisions of the Committee on Admissibility: Summary and Comments*, *op. cit.*, p. 10).

³⁶ C.D.E., 30 septembre 2020, décision *L. H. et autres c. France*, comm. n^{os} 79/2019 et 109/2019, § 9.6.

³⁷ Voy. aussi L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », *op. cit.* ; E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2021/128, pp. 875-904 ; M. DEN HEIJER et R. LAWSON, « Extraterritorial human rights and the concept of "jurisdiction" », in M. LANGFORD, W. VANDENHOLE, M. SCHEININ, et W. VAN GENUGTEN (ed.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 153-191 ; H. DUFFY, *Communications n^{os} 79/2019 et 109/2019 L.H. et al. v. France and 77/2019 F.B. et al. v. France, French Children in Syrian Camps: the Committee on the Rights of the Child and the Jurisdictional Quagmire*, *op. cit.*, pp. 7 et s. ; M. MILANOVIC, *Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*, novembre 2020, <https://www.ejiltalk.org>.

³⁸ Voy. p. ex. l'article 1^{er} de la CEDH ou l'article 2.1 de la CIDE.

³⁹ L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », *op. cit.*

factuelles, permettant de justifier la reconnaissance d'une juridiction extraterritoriale ont été admises par les organes et juridictions spécialisés en matière de droits humains, telles que l'approche fonctionnelle⁴⁰ ou l'approche causale⁴¹. Eugénie Delval relève à cet égard que l'approche factuelle « semble être dépassée par la complexité croissante des opérations internationales des États qui la rendent inappropriée à toute une série de situations dans lesquelles les personnes souffrent d'effets conséquents sur leurs droits en raison d'actes ou d'omissions imputables à des États, mais dans lesquelles ceux-ci n'ont qu'une présence physique minimale, voire aucune, sur le terrain »⁴². Elle cite une série d'exemples à propos desquels le maintien de la condition de contrôle factuel empêche l'application des droits fondamentaux : atteintes transfrontalières à l'environnement, politiques économiques transfrontalières dommageables, surveillance électronique transnationale et interception des communications ou utilisation de drones, situations de non-assistance aux personnes en

⁴⁰ Sur la notion de juridiction fonctionnelle au regard des droits fondamentaux, voy. S. BESSON, « The extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why human rights depend on jurisdiction and what jurisdiction amounts to », *LJIL*, 2012, p. 857 ; L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », *op. cit.* ; E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *op. cit.*, p. 891 ; Th. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to Asylum: International Refugee Law And The Globalisation Of Migration Control*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 114-157 ; R. LAWSON, « Live after *Bankovic*: On the extraterritorial application of the European Convention of Human Rights », in F. COOMANS et M. T. KAMMINGA (dir.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Anvers-Oxford, 2004, p. 83 ; V. MORENO-LAX, « The architecture of functional jurisdiction: Unpacking contactless control - On public powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the "Operational Model" », *German Law Journal*, 2020, p. 385 ; V. MORENO-LAX et C. COSTELLO, « The extraterritorial application of the EU Charter of Fundamental Rights: From territoriality to facticity, the effectiveness model », in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER et A. WARD (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 1657 ; V. MORENO-LAX, « The architecture of functional jurisdiction: Unpacking contactless control - On public powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the "Operational Model" », *op. cit.*, vol. 21, n° 3, pp. 385-416 ; Y. SHANY, « Taking universality seriously: A functional approach to extraterritoriality in international Human Rights law », *Law and Ethics of Human Rights*, 2013, p. 47. Pour une application récente de cette approche en matière de sauvetage en mer, voy. C.D.H., 4 novembre 2020, constatations *A.S., D.I., O.I. et G.D. c. Italie*, comm. n° 3042/2017 et C.D.H., 13 mars 2020, décision *A.S., D.I., O.I. et G.D. c. Malte*, comm. n° 3043/2017.

⁴¹ Sur la notion de juridiction causale au regard des droits fondamentaux, voy. E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *op. cit.*, p. 891 et références mentionnées à la note 51.

⁴² *Ibid.*, p. 889 qui cite T. ALTWICKER, « Transnationalizing rights: International Human Rights law in cross-border contexts », *Eur. J. Int'l L.*, 2018, vol. 29, n° 2, pp. 581-606.

détresse en haute mer ou encore refus de rapatriement de ressortissants européens détenus dans les camps du nord-est de la Syrie par les États de nationalité⁴³.

L'approche fonctionnelle a été définie par le juge Bonello dans son opinion concordante de l'arrêt de la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* :

« 10. Les États contractants assurent le respect des droits de l'homme de cinq manières primordiales : premièrement, en s'abstenant de les enfreindre par le biais de leurs agents ; deuxièmement, en mettant en place des systèmes propres à prévenir les violations des droits de l'homme ; troisièmement, en enquêtant sur les plaintes relatives à pareils méfaits ; quatrièmement, en châtiant leurs agents qui bafoueraient les droits de l'homme ; et, enfin, en indemnisant les victimes de violations de ce type. Ce sont là les *fonctions* minimales essentielles que chacun d'eux s'est engagé à assumer en adhérant à la Convention.

11. En vertu du "critère fonctionnel", un État contractant exerce effectivement sa juridiction dès lors qu'il est en son pouvoir d'accomplir ou de ne pas accomplir l'une de ces cinq fonctions. Dit très simplement, *un État exerce sa juridiction au sens de l'article 1 si l'accomplissement ou le non-accomplissement de l'une de ces fonctions relève de son autorité et de son contrôle.*

12. La juridiction n'est ni plus ni moins que l'exercice "d'une autorité" ou "d'un contrôle" sur autrui. Dans le cadre des obligations découlant de la Convention, elle n'est ni territoriale ni extraterritoriale : elle devrait être fonctionnelle en ce que, dès l'instant où la perpétration ou non d'une violation des droits de l'homme, l'identification et la sanction ou non de ses auteurs, ou l'indemnisation ou non de ses victimes relève[nt] de l'autorité et du contrôle de l'État, ce serait une imposture que de dire "ah oui, c'est vrai, l'État exerce son autorité et son contrôle, mais sa juridiction est exclue" »⁴⁴.

⁴³ E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *op. cit.*, pp. 889-890.

⁴⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), 7 juillet 2011, arrêt *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, opinion concordante du juge BONELLO, §§ 10 à 12.

L'approche fonctionnelle s'inscrit ainsi « dans la tendance qui se dessine en droit international des droits fondamentaux de concevoir la juridiction au-delà d'un contrôle purement factuel, afin de combler certains vides juridiques dans une série de situations contemporaines transnationales qui affectent les droits fondamentaux de manière significative »⁴⁵.

- *Le Comité des droits de l'enfant et la notion de juridiction : le cas du rapatriement des enfants depuis les camps du Rojava*

La position du Comité des droits de l'enfant

Dans le cas d'espèce, le Comité des droits de l'enfant va reconnaître la juridiction de la France en prenant en considération les éléments suivants : 1° l'État français était informé « de la situation d'extrême vulnérabilité des enfants, qui étaient détenus dans des camps de réfugiés dans une zone de conflit » dans des conditions « déplorables » ; 2° ces conditions déplorables « créaient un risque imminent de préjudice irréparable pour la vie, l'intégrité physique et mentale et le développement des enfants » ; 3° l'acteur non étatique qui contrôle les camps qui avait fait savoir qu'il n'avait « ni les moyens ni la volonté de prendre en charge les enfants et les femmes détenus dans les camps et qu'il attendait des pays de nationalité des personnes concernées qu'ils les rapatrient » ; 4° l'État de nationalité des enfants détenus dans ces camps, ici la France, a la capacité et le pouvoir de protéger les droits des enfants en question, en prenant des mesures pour rapatrier les enfants ou d'autres mesures consulaires, ce qui était démontré compte tenu des relations de l'État avec les autorités kurdes, de la volonté de ces dernières de coopérer et du fait que plusieurs enfants français détenus dans les camps avaient fait l'objet d'un rapatriement⁴⁶.

⁴⁵ E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *op. cit.*, p. 889. Voy. aussi L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », *op. cit.* et les réflexions critiques de M. MILANOVIC, *Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*, *op. cit.*

⁴⁶ Comp. UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering terrorism and the UN Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Extra-territorial jurisdiction of States over children and their guardians in camps, prisons, or elsewhere in the northern Syrian Arab Republic, 2020, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Executions/UNSRsPublicJurisdictionAnalysis2020.pdf>.

Le Comité déduit de ces éléments [qui peuvent être répartis en deux ensembles : 1° la situation des victimes ; 2° la « capacité et le pouvoir de l'État de protéger les droits des enfants en question »⁴⁷] que les enfants victimes relevaient de la juridiction de l'État français.

Réflexion critique

Comme d'autres l'ont déjà souligné, il est évidemment très heureux, sur le plan de l'effectivité des droits, que le Comité ait reconnu la juridiction de la France⁴⁸ et l'on ne peut que s'en réjouir. Sur le plan conceptuel, en revanche, les arguments à l'appui de sa décision ne sont que peu étayés : il n'a pas qualifié le critère en tant que tel et n'a pas non plus approfondi la notion de juridiction ou sa compréhension du concept, en se limitant à expliquer les facteurs qui justifient sa décision. Il est dès lors difficile de déterminer avec certitude sa position en la matière, ce qui est regrettable : « [l]es faits et le contexte orienteront inévitablement l'approche de l'interprétation et la manière dont les règles ont été appliquées, mais ne devraient pas remplacer l'élaboration claire de la norme. Bien qu'il soit évident que la première priorité du Comité soit de remédier à la plainte urgente dont il est saisi, une meilleure compréhension de son raisonnement aurait pu aider à situer cette affaire dans les tendances et évolutions concernant la notion de juridiction et à accroître l'influence de la jurisprudence du Comité sur le développement du droit international »⁴⁹. Les circonstances épinglées par le Comité et son approche dans cette affaire ouvrent cependant des perspectives intéressantes qui pourront, le cas échéant, avoir un impact dans le paysage des droits fondamentaux. L'arrêt de la Cour européenne étudié ci-après viendra confirmer cette conviction.

À notre estime, et bien qu'il ne le mentionne pas formellement, le Comité des droits de l'enfant ne s'est pas fondé sur un contrôle factuel du territoire ou des personnes pour soutenir la reconnaissance de

⁴⁷ H. DUFFY, « Les enfants français dans les camps syriens : le Comité des droits de l'enfant et le borbier juridictionnel. Communications n^{os} 79/2019 et 109/2019 L.H. et autres c. France et 77/2019 F.B. et autres c. France », *J.D.J.*, 2021/4, p. 38.

⁴⁸ L'on notera aussi que cette décision de même que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme étudié ci-après viennent largement battre en brèche la théorie de l'acte de gouvernement qui prévalait en cette affaire en France. Voy. C.E. fr., ord., 23 avril 2019, n^o 429668 et commentaire de S. SLAMA, « L'acte de gouvernement à l'épreuve du droit européen : non-rapatriement des femmes françaises et de leurs enfants des camps du Kurdistan syrien », *A.J.D.A.*, 2019, 28, pp. 1644-1649. Dans le même sens, C.-A. CHASSIN, « Pas de rapatriement automatique pour les enfants de djihadistes », 26 septembre 2022, <https://2idhp.eu/point-de-vue/pas-de-rapatriement-automatique-pour-les-enfants-de-djihadistes/>.

⁴⁹ H. DUFFY, « Les enfants français dans les camps syriens : le Comité des droits de l'enfant et le borbier juridictionnel. Communications n^{os} 79/2019 et 109/2019 L.H. et autres c. France et 77/2019 F.B. et autres c. France », *op. cit.*, p. 39.

la juridiction de l'État français⁵⁰. Comme la majorité des auteurs, nous identifions une approche fonctionnelle de la compétence reposant sur plusieurs facteurs : lien normatif élargi entre les individus et les États, reconnaissance d'obligations négatives et positives incombant aux États même en dehors de leur territoire, approche souple, fondée sur les circonstances factuelles, vulnérabilité exceptionnelle des enfants victimes⁵¹, nationalité⁵², relation spéciale de dépendance et capacité de la France à les protéger. « *France has the duty to protect the children because it has the ability to do so under the given circumstances* »⁵³. Elle détient un contrôle situationnel⁵⁴ des enfants.

Les multiples références à la vulnérabilité des enfants démontrent que le Comité a particulièrement porté son attention sur la circonstance que les victimes des violations de droits très graves alléguées étaient des enfants. À ce constat s'ajoute le fait qu'en l'espèce, aucun État n'avait les moyens ou la volonté de veiller au respect de la CIDE, de telle sorte que les obligations renforcées qu'elle consacre étaient devenues inopérantes.

⁵⁰ Voy. not. H. DUFFY, *Communications n°s 79/2019 et 109/2019 L.H. et al. v. France and 77/2019 F.B. et al. v. France, French Children in Syrian Camps: the Committee on the Rights of the Child and the Jurisdictional Quagmire*, op. cit. ; M. MILANOVIC, *Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*, op. cit.

⁵¹ Bien que, comme Lara Cools le souligne, il aurait été pertinent que le Comité des droits de l'enfant reconnaisse formellement le statut de victime des enfants pour deux raisons : « *First, according to the UNODC Handbook on Children Recruited and Exploited by Terrorist and Violent Extremist Groups, the "[a]cknowledgment of the victim status of such children is a precondition for them having access to their rights as victims of crime, including the right to reparations and rehabilitation measures" (p. 44). Second, victim status also seems to guarantee reinforced treatment standards. As such, the UNGA resolution 70/291 prescribes that, "given their potential status as victims of terrorism as well as of other violations of international law, [they] should be treated in a manner consistent with [their] rights, dignity and needs, in accordance with applicable international law, in particular obligations under the Convention on the Rights of the Child" (§ 18)* » (L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », op. cit.).

⁵² Ce qui a été critiqué dans la doctrine : M. MILANOVIC, *Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*, op. cit.

⁵³ J.E. DOEK, *Communications with the Committee on the Rights of the Child under Optional Protocol to the CRC on a Communications Procedure and Admissibility. Report on the Decisions of the Committee on Admissibility: Summary and Comments*, op. cit., p. 11.

⁵⁴ Voy. V. MORENO-LAX, « The architecture of functional jurisdiction: Unpacking contactless control - On public powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the "Operational Model" », op. cit., pp. 385-416.

La décision du Comité genevois s'inscrit ainsi dans le courant fonctionnel selon lequel les traités relatifs aux droits humains doivent être interprétés « *to avoid a vacuum of protection* »⁵⁵.

Enfin, l'on épinglera que si, pour certains, l'approche fonctionnelle retenue dans cette décision est « expansive »⁵⁶, pour d'autres, le Comité a limité la portée de sa décision, en s'appuyant sur les circonstances factuelles très spécifiques de la cause (situation humanitaire dramatique, vulnérabilité exceptionnelle des enfants et manquement de la part d'un État qui avait la capacité d'agir)⁵⁷. Au regard de ces différents éléments, il est difficile de déduire une position claire du Comité des droits de l'enfant sur la condition de juridiction et sur les obligations extraterritoriales des États parties à la Convention, de même que l'on ne peut prédire si cette affaire inspirera les prochaines décisions prises à Genève en la matière⁵⁸.

⁵⁵ H. DUFFY, *Communications n°s 79/2019 et 109/2019 L.H. et al v. France and 77/2019 F.B. et al v. France, French Children in Syrian Camps: the Committee on the Rights of the Child and the Jurisdictional Quagmire*, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁶ L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », *op. cit.*

⁵⁷ P. ex., H. DUFFY, « Les enfants français dans les camps syriens : le Comité des droits de l'enfant et le borbier juridictionnel. Communications n° 79/2019 et 109/2019 L.H. et autres c. France et 77/2019 F.B. et autres c. France », *op. cit.*, pp. 34 et 41.

⁵⁸ Dans les décisions « changement climatique » prises par le Comité des droits de l'enfant, le 22 septembre 2021 (C.D.E., *Chiara Sacchi et crts c. Argentine*, comm. n° 104/2019 ; *Chiara Sacchi et crts c. Brésil*, comm. n° 105/2019 ; *Chiara Sacchi et crts c. France*, comm. n° 106/2019 ; *Chiara Sacchi et crts c. Allemagne*, comm. n° 107/2019 ; *Chiara Sacchi et crts c. Turquie*, comm. n° 108/2019), il affirme que « les États parties ont l'obligation de respecter et de garantir les droits de tout enfant relevant de leur juridiction. En vertu de l'article 5 (par. 1) du Protocole facultatif, le Comité a compétence pour recevoir et examiner des communications présentées par des particuliers ou des groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie qui affirment être victimes d'une violation par cet État partie de l'un quelconque des droits énoncés dans la Convention. Il observe que, si ni la Convention ni le Protocole facultatif ne font référence au "territoire" dans le contexte de la juridiction, la notion de juridiction extraterritoriale devrait être interprétée de manière restrictive » (§ 10.3). Après avoir étudié la position d'autres juridictions en la matière et, notamment, celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, il déclare cependant que, « [c]ompte tenu de ce qui précède, le Comité estime que le critère approprié en ce qui concerne l'établissement de la juridiction en l'espèce est celui retenu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif sur l'environnement et les droits de l'homme. Cela signifie que, lorsqu'un dommage transfrontière se produit, les enfants sont sous la juridiction de l'État sur le territoire duquel se trouve la source des émissions aux fins de l'article 5 (par. 1) du Protocole facultatif s'il y a un lien de causalité entre les actes ou omissions de l'État en question et les effets négatifs produits sur les droits d'enfants se trouvant en dehors de son territoire, lorsque l'État d'origine exerce un contrôle effectif sur la source des émissions en question. Le Comité considère que, si les éléments requis pour établir la responsabilité de l'État constituent une question de fond, il

2. Sur les violations de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

A) La position du Comité des droits de l'enfant

La recevabilité des communications ayant été admise, le Comité a été conduit à statuer au fond dans ses constatations du 8 février 2022⁵⁹.

Pour rappel, selon les auteurs, l'État partie avait violé les articles 2, 3, 6, 7, 8, 16, 19, 20, 24, 28 et 37 de la CIDE par son inaction⁶⁰. Ils affirmaient ainsi que l'État partie n'avait pas pris de mesures pour garantir le respect des droits énoncés dans la Convention (art. 2), pour assurer la protection et les soins nécessaires aux enfants au cas où leurs parents ou leurs tuteurs ne seraient pas en mesure de le faire et pour respecter le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son volet substantiel⁶¹ et procédural⁶² (art. 3.1 et 3.2), pour garantir le droit à la vie et assurer la survie et le développement des enfants (art. 6.1 et 6.2), pour que les enfants nés dans les camps puissent être pourvus d'un état civil et d'une nationalité (art. 7), pour préserver leur identité et les relations avec leur famille (art. 8), pour entretenir des relations familiales avec leurs parents proches que sont leurs grands-parents ou oncles et tantes, auteurs de la communication (art. 16), pour leur accorder une protection spéciale, dès lors qu'ils étaient privés de leur milieu familial (art. 20), pour assurer leur accès aux soins médicaux, à la nourriture et à l'eau et garantir leur meilleur état de santé possible et leur développement (art. 24), pour leur assurer l'accès

faut, même aux fins de l'établissement de la juridiction, que les dommages que les victimes disent avoir subis aient été raisonnablement prévisibles pour l'État partie au moment de ses actes ou omissions » (§ 10.7). Ainsi, même si le Comité fait preuve d'une certaine prudence au début de sa réflexion, l'approche fonctionnelle de la juridiction semble se confirmer dans sa jurisprudence (voy. aussi §§ 10.8 à 10.14). Il va même ajouter, en note de bas de page 17, qu'il convient « de relever les similarités entre l'article 1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme et l'article 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant en ce qui concerne la juridiction ».

⁵⁹ C.D.E., 8 février 2022, *S. B. et autres c. France*, comm. n^{os} 77/2019, 79/2019 et 109/2019.

⁶⁰ Les articles 7, 8, 16 et 28 de la Convention n'avaient pas été mentionnés dans les communications initiales.

⁶¹ Sur le plan substantiel, la décision de ne pas rapatrier les enfants est contraire à leur intérêt supérieur, car elle entraîne la poursuite de leur détention prolongée et indéfinie dans les camps, dans des conditions menaçant leur vie, leur survie et leur intégrité physique, où ils souffrent d'un manque de soins, de nourriture, d'eau, d'installations sanitaires et d'éducation et où prévaut un risque d'endoctrinement terroriste.

⁶² En raison de l'absence d'une décision de refus explicite (les demandes de rapatriement sont restées sans réponse), la « décision » de ne pas rapatrier ne démontre pas que l'intérêt supérieur de l'enfant a été une considération primordiale, ni même que les intérêts des enfants concernés ont été évalués.

à l'enseignement (art. 28) et pour ne pas leur faire subir de traitements cruels, inhumains ou dégradants ou une privation de liberté illégale ou arbitraire (art. 37 a) et 37 b)).

Si plusieurs auteurs des communications avaient admis qu'une « obligation positive spécifique de rapatrier les enfants détenus dans les camps du nord-est syrien n'est pas expressément consacrée par les stipulations conventionnelles », ils la déduisaient, en l'espèce, « de l'obligation positive qu'a l'État partie de garantir les droits de l'enfant ». Ils considéraient en effet que le rapatriement était le seul moyen dont l'État français disposait pour mettre en œuvre ses obligations positives conformément au droit international, de telle sorte qu'au regard des particularités et de la gravité de la situation, la France avait une obligation positive spécifique de rapatriement. Cette obligation positive pouvait, en outre, être lue, selon eux, « à la lumière du mécanisme de protection consulaire en droit international public »⁶³. Les autres auteurs, quant à eux, estimaient qu'à l'aune de la situation dramatique de ces enfants, « la seule mesure permettant la protection effective des enfants visés à la présente communication » était le rapatriement sur le territoire français. Ils rappelaient aussi que la France entretenait des contacts permanents avec les représentants du Rojava afin de suivre l'évolution de la situation en Syrie et notamment avec les forces kurdes, ce qui lui permettait d'assurer aux enfants détenus dans les camps « la protection à laquelle ils ont droit »⁶⁴.

Avant d'examiner le fond de l'affaire, le Comité a déclaré les griefs tirés des articles 7, 8, 16 et 28 irrecevables en vertu de l'article 7.f) du Protocole facultatif, dès lors qu'ils n'étaient pas invoqués dans les communications initiales, que les auteurs n'ont pas justifié la raison pour laquelle ils n'avaient pas pu avancer ces griefs à un stade antérieur de la procédure et qu'ils n'étaient, en outre, pas suffisamment étayés.

Sur le fond, le Comité souligne, tout d'abord, qu'avant d'examiner la question du rapatriement, il y a lieu « de déterminer si, dans le contexte particulier des présentes communications, l'État partie a pris toutes les mesures nécessaires, avec due prise en compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale, pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la Convention et à les garantir aux enfants victimes, qui relèvent de sa juridiction »⁶⁵.

⁶³ C.D.E., 8 février 2022, *S. B. et autres c. France*, comm. n^{os} 77/2019, 79/2019 et 109/2019, § 3.7.

⁶⁴ *Ibid.*, § 3.14.

⁶⁵ *Ibid.*, § 6.3.

Ensuite, au regard des facteurs mobilisés dans ses décisions relatives à la recevabilité, le Comité confirme sa position sur la capacité et le pouvoir de l'État français de protéger les droits des enfants victimes, en prenant des mesures pour les rapatrier ou d'autres mesures consulaires⁶⁶. Il estime par ailleurs que les préjudices dans les camps sont suffisamment identifiés⁶⁷. Le Comité poursuit son raisonnement en rappelant que les États parties ont l'obligation « d'adopter des mesures positives pour donner pleinement effet à l'exercice des droits de chaque enfant relevant de leur juridiction en vertu de l'article 4 de la Convention » et que « ces obligations sont renforcées lorsqu'il s'agit de protéger les enfants contre des mauvais traitements et des risques d'atteinte à leur droit à la vie ». Or, en l'espèce, le Comité constate que « la situation de risque imminent à la vie des enfants retenus dans les camps en Syrie a été signalée dans plusieurs rapports, y compris le rapport de la Commission d'enquête sur la Syrie » et que cette situation « était bien connue par l'État partie, qui a procédé par sa propre initiative au rapatriement de plusieurs de ces enfants »⁶⁸.

Examinant alors les différents griefs invoqués par les auteurs, il va considérer « qu'il existe des informations suffisantes permettant d'établir que les conditions de détention représentent une menace imminente et prévisible pour la vie des enfants victimes et que le manquement de l'État partie à les protéger constitue une violation de l'article 6 de la Convention »⁶⁹. Il ajoute en outre « qu'il y a suffisamment de preuves pour établir que la détention prolongée des enfants victimes dans les conditions décrites dans les camps, y compris en particulier l'absence de soins de santé, de nourriture, d'eau et d'installations sanitaires ainsi que d'éducation, a un impact sur leur développement et constitue des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en violation de l'article 37 (a) de la Convention »⁷⁰.

Par conséquent, le Comité estime que la France a l'obligation positive de protéger les enfants détenus dans les camps du Rojava contre le risque imminent de violation de leur droit à la vie, ainsi que contre la violation effective de leur droit de ne pas être soumis aux traitements cruels, inhumains ou dégradants, compte tenu de sa capacité d'intervention, d'une part, et de sa connaissance de la détention d'enfants dans des conditions où leur vie est en danger, d'autre part⁷¹.

⁶⁶ *Ibid.*, § 6.4.

⁶⁷ *Ibid.*, § 6.5.

⁶⁸ *Ibid.*, § 6.6.

⁶⁹ *Ibid.*, § 6.7.

⁷⁰ *Ibid.*, § 6.8.

⁷¹ *Ibid.*, § 6.9.

Enfin, le Comité considère que l'absence de réaction des autorités françaises est une décision au sens de l'observation générale n° 14⁷², et que l'État français n'a pas démontré avoir dûment pris en considération l'intérêt supérieur des enfants victimes lorsqu'il a évalué les demandes de rapatriement des auteurs. Il s'ensuit que l'article 3 de la CIDE a été violé. Notons que seul le volet procédural de l'article 3 a été considéré⁷³.

Le Comité des droits de l'enfant retient dès lors dans le chef de l'État français une violation des articles 3, 6.1 et 37 a) de la Convention et, compte tenu de cette décision, n'examine pas les autres griefs⁷⁴.

Il va demander à l'État partie d'offrir aux auteurs et aux enfants victimes une réparation effective pour les violations subies et d'empêcher que de telles violations se reproduisent. Il formule, dans cet objectif, plusieurs *recommandations* : 1° donner, de manière urgente, une réponse officielle à chaque demande de rapatriement des auteurs au nom des enfants victimes ; 2° garantir que toute procédure visant à examiner ces demandes de rapatriement et la mise en œuvre de toute décision soit conforme à la CIDE y compris la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale et l'importance de prévenir de nouvelles violations des droits de l'enfant ; 3° prendre les mesures positives et urgentes, agissant de bonne foi, pour effectuer le rapatriement des enfants victimes ; 4° soutenir la réintégration et la réinstallation de chaque enfant rapatrié ou réinstallé ; 5° dans l'intervalle, prendre des mesures supplémentaires pour atténuer les risques pour la vie, la survie et le développement des enfants victimes pendant qu'ils restent dans le nord-est de la Syrie⁷⁵.

Ainsi, si le Comité retient plusieurs violations de la CIDE dans le chef de la France et s'il affirme qu'elle a une obligation positive de protection des enfants dans les camps, il ne va pas jusqu'à reconnaître une obligation positive de rapatriement.

B) Réflexion critique

Les constatations adoptées par le Comité des droits de l'enfant dans ce difficile dossier sont particulièrement importantes et, malgré quelques limites, permettent de renforcer la protection effective des droits de l'enfant. Même si tous les droits visés par les auteurs n'ont pas été retenus

⁷² C.D.E., Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 2013, CRC/C/GC/14.

⁷³ C.D.E., 8 février 2022, *S. B. et autres c. France*, comm. n°s 77/2019, 79/2019 et 109/2019, § 6.10.

⁷⁴ *Ibid.*, §§ 6.11 et 6.12.

⁷⁵ *Ibid.*, § 8.

dans la décision, ce que certains membres du Comité regrettent dans leur opinion concordante en ce qui concerne les articles 6.2 et 37 b) de la CIDE⁷⁶, et même si certaines formulations démontrent la grande prudence du Comité, il met la France et, par là même, tous les États concernés par les demandes de rapatriement des enfants détenus dans les camps syriens face à leurs responsabilités : la situation sur place est extrêmement grave et met en péril de mort imminente des enfants, parfois très jeunes alors que les États sont parfaitement informés et ont une capacité d'action. Ils doivent donc agir urgemment.

Néanmoins, comme l'épingle très justement Laura Cools⁷⁷ et comme nous l'avions souligné *supra*, le Comité ne traite pas explicitement de la portée de l'obligation positive qui incombe à la France. En effet, bien que cette obligation se dévoile en filigrane de son analyse, le Comité ne déclare pas explicitement qu'une mesure de rapatriement est le seul moyen pour la France de remplir ses obligations au titre de la CIDE. Il se contente de lui recommander de prendre les mesures positives et urgentes, en agissant de bonne foi, en vue de rapatrier les enfants victimes. Cette prudence du Comité de Genève limite inévitablement la portée des constatations et donc l'effectivité des droits d'enfants en situation d'exceptionnelle vulnérabilité.

III. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *H.F. et autres c. France* du 14 septembre 2022

Tout comme le Comité des droits de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa composition de grande chambre, a récemment été amenée à se pencher sur la question du rapatriement des mères djihadistes et de leurs enfants détenus en Syrie⁷⁸.

⁷⁶ Opinion conjointe concordante de Benoît VAN KEIRSBILCK, Sophie KILADZE et Luis Ernesto Pedernera REYNA.

⁷⁷ L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », *op. cit.*

⁷⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 14 septembre 2022, arrêt *H. F. et autres c. France*. Voy. not. à propos de cet arrêt : C. GENONCEAU, « Condamnation en demi-teinte de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme au titre de la violation du droit d'entrer dans son pays commise à l'encontre de ses ressortissants présents en Syrie », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 5 février 2023, consulté le 28 février 2023.

À l'origine de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté se trouvent deux requêtes introduites respectivement par H.F. et M.F., d'une part (req. n° 24384/19), J.D. et A.D., d'autre part (req. n° 44234/20), dirigées contre la France à la suite du refus opposé par les autorités françaises aux demandes des requérants d'obtenir le rapatriement de leurs filles et de leurs petits-enfants retenus dans les camps du nord-est de la Syrie administrés par les Forces Démocratiques Syriennes (FDS).

Devant la Cour, les requérants alléguaient que le refus de l'État français de rapatrier leurs proches exposait ces derniers à des traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 de la CEDH, d'une part, violait le droit de leurs proches d'entrer sur le territoire dont ils sont ressortissants, garanti par l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 à la CEDH, d'autre part. Les requérants se plaignaient, en outre, de ne pas avoir disposé de recours interne effectif pour contester la décision de non-rapatriement (violation de l'article 13 de la CEDH combiné avec l'article 3, § 2, du Protocole n° 4). Dans la requête n° 44234/20, les requérants invoquaient également la violation du droit au respect de leur vie familiale protégé par l'article 8 de la CEDH.

Compte tenu de l'enjeu considérable de cette affaire, diverses instances sont intervenues en qualité de tierces parties dans la procédure écrite : le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, les gouvernements belge, britannique, danois, espagnol, néerlandais, norvégien et suédois, les Rapporteuses spéciales des Nations unies sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste, sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires et sur la traite des personnes, en particulier les femmes et les enfants, *Reprieve, Rights and Security International*, *Avocats sans frontières*, la Commission nationale consultative des droits de l'homme, le Défenseur des droits, la Clinique des droits de l'homme et le Centre des droits de l'homme de l'université de Gand.

Après avoir constaté que les proches des requérants ne relevaient pas de la juridiction de la France au sens de l'article 1^{er} de la CEDH à l'égard du grief tiré de l'article 3 de la CEDH mais qu'il existait des circonstances exceptionnelles propres à établir un lien juridictionnel avec la France en ce qui concerne le grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, la Cour va conclure, par quatorze voix contre trois, à la violation de cette dernière disposition au motif que l'examen des demandes de retour effectuées par les requérants n'avait pas été entouré de garanties appropriées contre l'arbitraire. Sur la base de l'article 46 de la CEDH, la Cour a dès lors considéré qu'il incombait désormais au gouvernement français de reprendre l'examen de ces demandes « dans les plus brefs délais en l'entourant de garanties appropriées contre l'arbitraire » (§ 295).

Nous examinons ci-après le raisonnement de la Cour, en étant tout particulièrement attentives aux enjeux liés à la protection effective des droits de l'enfant.

1. Préalable : sur la qualité des requérants à agir, l'objet du litige et la qualification des griefs

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le gouvernement français soutenait que les requérants n'avaient pas la qualité pour agir au nom de leurs filles et petits-enfants s'agissant des griefs tirés des articles 3 de la CEDH et 3, § 2, du Protocole n° 4.

La Cour écarte d'emblée cet argument en rappelant « qu'un tiers peut, dans des circonstances exceptionnelles, agir au nom et pour le compte d'une personne vulnérable s'il y a un risque que les droits de la victime directe soient privés d'une protection effective et en l'absence de conflits d'intérêts entre cette victime et le requérant auteur de la requête [...] » (§ 148). Elle fait ici application de sa « jurisprudence relative à la représentation des personnes extrêmement vulnérables établie par l'arrêt majeur *Centre de ressources juridiques pour Valentin Campeanu c. Roumanie* du 17 juillet 2004 »⁷⁹.

En l'espèce, la Cour relève que les proches des requérants sont dans une situation qui ne leur permet pas d'agir directement devant elle, que le risque est bien présent qu'ils soient privés d'une protection effective des droits qu'ils tirent de la CEDH et du Protocole n° 4, qu'il n'existe pas de conflit d'intérêts entre les requérants et les victimes qui partagent un même objectif (permettre un retour en France) et que les circonstances exactes dans lesquelles les filles des requérants sont retenues dans les camps n'étant pas connues, celles-ci « peuvent passer pour avoir exprimé, dans la mesure du possible, leur volonté de retour en France avec leurs enfants, et consenti à ce que les requérants agissent en leur nom » (§ 151).

Constatant par ailleurs que la qualité des requérants à agir n'a jamais été mise en cause devant les juridictions internes, la Cour retient l'existence de circonstances exceptionnelles permettant de leur reconnaître la qualité pour agir en tant que représentants de leurs filles et petits-enfants s'agissant des arguments pris de la violation des articles 3 de la CEDH et 3, § 2, du Protocole n° 4, pris isolément et combiné avec l'article 13 de la CEDH.

⁷⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Chronique CEDH : rapatriement des mères djihadistes et de leurs enfants détenus en Syrie », *op. cit.*

En ce qui concerne l'objet du litige et la qualification des griefs, la juridiction strasbourgeoise estime devoir examiner les requêtes sous le seul angle des articles 3 de la CEDH et 3, § 2, du Protocole n° 4, cette approche permettant, selon elle, de couvrir l'ensemble des questions soulevées par les requérants. Elle précise que le grief tiré de l'absence de recours interne effectif au sens de l'article 13 de la CEDH sera absorbé dans son analyse et n'appelle dès lors pas un examen séparé (§ 155).

2. Sur la question de la juridiction de la France au titre de l'article 1^{er} de la Convention

Comme le relevait déjà Loïc Robert en 2019, « le principal obstacle à l'existence d'une obligation de rapatriement réside dans la difficulté d'établir la juridiction des États parties à la Convention et, partant, la compétence de la Cour »⁸⁰.

Le gouvernement français soutenait à cet égard que les proches des requérants ne relevaient pas de la juridiction de la France au sens de l'article 1^{er} de la CEDH aux motifs, notamment, que la France n'exerce aucun contrôle effectif sur le nord-est syrien et que la nationalité et le lien de rattachement des proches des requérants avec la France ne créaient aucun titre de juridiction à l'égard de celle-ci. Cette thèse était appuyée par l'ensemble des gouvernements intervenant à la procédure, mais contestée par les autres parties intervenantes.

La Cour européenne des droits de l'homme rappelle tout d'abord qu'« [e]n ce qui concerne le sens à donner à la notion de "juridiction" au sens de l'article 1 de la Convention, [...] du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale. Elle est présumée s'exercer normalement sur l'ensemble du territoire de l'État concerné » (§ 185). Elle souligne néanmoins qu'elle a déjà admis, dans sa jurisprudence, un certain nombre de circonstances exceptionnelles liées aux faits particuliers de la cause permettant la reconnaissance d'un exercice extraterritorial de leur juridiction par les États parties (§§ 186-188)⁸¹.

Appliquant ces principes au cas d'espèce, et se penchant dès lors sur « la possibilité qu'elle a admis que l'obligation de l'État au titre de l'article 1 de reconnaître les droits découlant de la Convention soit "fractionnée et

⁸⁰ L. ROBERT, « Enfants de "djihadistes" retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 796.

⁸¹ Voy. not., sans exhaustivité, Cour eur. D.H. (gde ch.), 5 mai 2020, déc. *M.N. et autres c. Belgique*, §§ 98-99 et 101-102 ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 21 janvier 2021, arrêt *Géorgie c. Russie (I)*, § 82. Voy. aussi les références citées aux notes 39 et 42 de notre contribution.

adaptée” » (§ 189), la Cour procède à l’analyse des éléments suivants : le contrôle de la France sur la zone où sont détenus les proches des requérants, le lien juridictionnel découlant de l’ouverture des procédures en France et le lien de rattachement à l’État (nationalité et compétence diplomatique et consulaire) au regard des dispositions en jeu (§ 190).

Concernant le premier élément, la Cour aboutit au constat que la France n’exerce pas de contrôle effectif sur le territoire du nord-est de la Syrie, pas plus qu’elle n’exerce d’autorité ou de contrôle sur les proches des requérants qui y sont retenus (§§ 191 et 192)⁸². Comme le Comité des droits de l’enfant, la Cour ne retient pas une compétence extraterritoriale de l’État français fondée sur un contrôle factuel du territoire ou des personnes.

Quant au deuxième élément, elle considère que les procédures pénales ouvertes en France à l’encontre des filles des requérants pour participation à une association de malfaiteurs à caractère terroriste ainsi que les procédures intentées devant les juridictions internes par les requérants en vue d’obtenir le rapatriement de leurs proches ne suffisent pas à établir la juridiction de la France et, par conséquent, l’application de la CEDH (§§ 193-196).

La Cour se penche ensuite sur l’existence d’un lien de rattachement à l’État et examine dans ce contexte si des circonstances exceptionnelles, tenant à la nationalité française des proches des requérants ainsi qu’à la compétence diplomatique de la France à leur égard pour les protéger des traitements subis dans les camps et les en sortir, sont susceptibles d’emporter la compétence *ratione loci* de la Cour pour examiner les requêtes lui soumises.

Pour le grief tiré de l’article 3 de la CEDH, la Cour européenne des droits de l’homme estime que la nationalité française des proches des requérants n’est pas un facteur de rattachement suffisant permettant d’établir un lien juridictionnel entre eux et la France. Décider du contraire reviendrait, selon la Cour, à exiger de la France le respect de l’article 3 de la CEDH en dépit du fait qu’elle n’exerce aucun contrôle dans les camps du nord-est de la Syrie où sont infligés les mauvais traitements dénoncés. Elle ajoute que le refus des autorités françaises de rapatrier les proches des requérants ne place pas ces derniers dans le champ d’application de la juridiction de l’État français : ni le droit interne ni le droit international ne mettent à charge de l’État une obligation de rapatriement et la CEDH ne garantit pas le droit à une protection diplomatique ou consulaire (§§ 108-203).

⁸² Présageant cette conclusion, mais avec un regard critique : L. ROBERT, « Enfants de “djihadistes” retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l’homme ? », *op. cit.*, pp. 785 et s.

Par conséquent, la Cour déclare irrecevable le grief tiré de l'article 3 de la CEDH (§ 215). L'on notera, sur ce point, que la Cour de Strasbourg s'éloigne du Comité des droits de l'enfant qui avait précisément pris en compte dans les éléments lui permettant de fonder la juridiction de la France au titre de l'article 2 de la CIDE, la nationalité des enfants concernés et la capacité et le pouvoir de la France de protéger les droits de ces enfants, en prenant des mesures pour rapatrier les enfants ou en adoptant d'autres mesures consulaires.

Ensuite, en ce qui concerne le grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 à la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme observe que, si « la nationalité française de L. et M., et leur souhait de rentrer en France, en toute connaissance de cause, après y avoir vécu toute leur vie, pour rejoindre leur famille qui y réside constituent des éléments de rattachement juridiques et factuels forts à l'État défendeur aux fins de l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 », la nationalité ne saurait constituer un titre de juridiction autonome (§§ 205-206). Elle poursuit son raisonnement en relevant que le refus des autorités françaises de rapatrier les proches des requérants n'a pas formellement privé ceux-ci du droit d'entrer sur le territoire (§ 207). Rappelant cependant le principe selon lequel la CEDH et ses protocoles garantissent des droits effectifs et, concrets et non illusoire et théoriques (§§ 208-209) et tenant compte de l'évolution sociétale depuis l'adoption du Protocole n° 4⁸³, la Cour va considérer que « l'interprétation des dispositions de l'article 3 du Protocole n° 4 doit se faire à la lumière de ce contexte, qui pose de nouveaux défis aux États en termes de sécurité et de défense dans le domaine de la protection diplomatique et consulaire, du droit international humanitaire et de la coopération internationale » (§ 210). Dans un tel contexte, elle va alors considérer que l'existence de certaines circonstances tenant à la situation particulière de la personne qui prétend entrer sur le territoire de l'État dont elle est ressortissante peut faire naître un lien juridictionnel avec cet État, ces circonstances devant s'apprécier *in concreto* (§ 212). C'est à ce titre que la Cour va reconnaître la juridiction de la France pour le grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 dans cette affaire (§ 214). Elle relève, en effet, qu'outre le lien de rattachement juridique entre l'État et ses nationaux, il existe en l'espèce des circonstances particulières, liées à la situation des camps du nord-est syrien : les requérants ont effectué plusieurs demandes officielles de retour et d'assistance auprès des autorités nationales ; ces demandes ont été formulées « sur le fondement des valeurs fondamentales des

⁸³ « Depuis cette époque, la mobilité internationale n'a cessé de s'intensifier, dans un monde de plus en plus interconnecté, où de nombreux ressortissants s'installent ou voyagent à l'étranger » (§ 210).

sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe, alors que la vie et l'intégrité physique de leurs proches étaient menacées de manière réelle et immédiate tant du point de vue des conditions de vie et de sécurité dans les camps, considérées comme incompatibles avec le respect de la dignité humaine [...], que de la situation d'extrême vulnérabilité dans laquelle ils se trouvaient, compte tenu de leur âge, s'agissant des enfants [...], et de leur santé » ; les proches des requérants ne sont pas en mesure de quitter l'endroit où ils sont détenus sans l'assistance des autorités françaises ; enfin, les autorités kurdes ont indiqué leur volonté de remettre les femmes détenues de nationalité française et leurs enfants aux autorités françaises (§ 213). À cet égard, la Cour rejoint le Comité des droits de l'enfant en prenant en compte, dans son arrêt, « l'extrême vulnérabilité » des personnes détenues dans les camps, particulièrement celle des enfants, et les conditions dramatiques dans lesquelles elles vivent, qui menacent leur vie et leur intégrité.

3. Sur la violation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4

Sur le fond, les requérants soutenaient que l'inaction des autorités françaises privait arbitrairement leurs proches du droit d'entrer sur le territoire national alors qu'elles avaient l'obligation de les rapatrier pour protéger effectivement leur droit au retour en France.

Pour rappel, l'article 3 du Protocole n° 4 est libellé comme suit :

- « 1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant.
2. Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ».

Après avoir exposé les principes relatifs à l'interprétation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 (§§ 243-252), la juridiction de Strasbourg, refusant de lui conférer une « interprétation dynamique »⁸⁴, constate sans ambages « qu'aucune obligation de droit international conventionnel ou coutumier ne contraint les États à rapatrier leurs ressortissants. Il en résulte que les citoyens français retenus dans les camps du nord-est de la Syrie ne sont pas fondés à réclamer le bénéfice d'un droit général au rapatriement au titre du droit d'entrer sur le territoire national garanti par l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. À cet égard, la Cour prend note des préoccupations du Gouvernement défendeur et des gouvernements tiers sur le risque qu'il y

⁸⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « Chronique CEDH : rapatriement des mères djihadistes et de leurs enfants détenus en Syrie », *op. cit.*

aurait, en consacrant un tel droit, d'aboutir à la reconnaissance d'un droit individuel à la protection diplomatique qui irait à l'encontre du droit international et du pouvoir discrétionnaire des États » (§ 259)⁸⁵.

La Cour précise néanmoins, dans un second temps, que la protection offerte par cette disposition peut faire naître à la charge de l'État certaines obligations positives à l'égard de ses ressortissants « lorsque, eu égard aux particularités d'un cas donné, le refus de cet État d'entreprendre toute démarche conduirait le national concerné à se retrouver dans une situation comparable, *de facto*, à celle d'un exilé » (§ 260). Toutefois, poursuit la Cour, pareille exigence imposée au titre de cette disposition doit être interprétée étroitement et nécessite la présence de circonstances exceptionnelles, « par exemple lorsque des éléments extraterritoriaux menacent directement l'intégrité physique et la vie d'un enfant placé dans une situation de grande vulnérabilité », outre que, « dans l'examen de la question de savoir si un État a respecté son obligation positive de garantir l'exercice effectif du droit d'entrer sur son territoire protégé par l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 en présence de pareilles circonstances exceptionnelles, le contrôle se limitera à l'existence d'une protection effective contre l'arbitraire dans la manière dont l'État en question s'est acquitté de son obligation positive au titre de cette disposition » (§ 261).

Appliquant ces principes au cas d'espèce, la Cour va vérifier le respect des deux conditions épinglées : 1° la présence de circonstances exceptionnelles (§§ 264-271) et 2° les garanties contre l'arbitraire (§§ 272-276). En ce qui concerne la première condition, « compte tenu de la présence d'éléments extraterritoriaux caractérisant l'existence d'un risque d'atteinte à l'intégrité physique et à la vie des proches des requérants, en particulier celles de leurs petits-enfants » (§ 271), la Cour conclut à l'existence de circonstances exceptionnelles susceptibles d'engendrer l'obligation d'entourer le processus décisionnel de garanties appropriées contre l'arbitraire, en retenant les éléments suivants : premièrement, « les camps du nord-est de la Syrie sont placés sous le contrôle d'un groupe armé non étatique, les FDS, soutenues par une coalition d'États, dont la France, et aidées par le CICR et des organisations humanitaires. Cette situation se distingue

⁸⁵ Dans les différents arguments épinglés à l'appui de cette décision (§§ 253-258), la Cour constate notamment que, s'il « est vrai qu'il ressort des données dont elle dispose que certains États membres, comme la Belgique par exemple (paragraphe 140 ci-dessus) protègent leurs ressortissants mineurs en leur accordant un droit à une assistance consulaire », et que « le droit de l'Union européenne consacre un droit à une protection consulaire des citoyens européens non représentés qui peut prendre la forme d'un rapatriement en situation d'urgence », il n'existe actuellement pas de consensus au niveau européen à l'appui d'un droit général au rapatriement aux fins d'entrer sur le territoire national au sens de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4.

des contextes classiques de protection diplomatique ou consulaire et des mécanismes de coopération en matière pénale comme l'extradition ou le transfèrement des personnes condamnées, et se rapproche d'une zone de non-droit [...]. La seule protection dont bénéficient les proches des requérants relève de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et du droit international humanitaire coutumier [...] » (§ 265) ; deuxièmement, « les conditions générales dans les camps doivent être considérées comme incompatibles avec les normes applicables en vertu du droit international humanitaire » (§ 266) ; troisièmement, « à ce jour, aucun tribunal ou autre organe international d'enquête n'a été mis en place pour décider du sort des femmes détenues dans les camps comme L. et M. » (§ 267) ; quatrièmement, « les autorités kurdes ont appelé à plusieurs reprises les États à rapatrier leurs ressortissants » ; cinquièmement, « plusieurs organisations internationales et régionales, dont les Nations Unies, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ont appelé dans leurs textes et leurs déclarations les États européens à rapatrier leurs ressortissants détenus dans les camps [...]. Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, quant à lui, a par ailleurs affirmé que la France doit assumer une responsabilité concernant la protection des enfants français qui y sont retenus et que son refus de les rapatrier viole le droit à la vie ainsi que le droit à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants [...]. Dans cette décision du 8 février 2022, il a en outre souligné l'importance pour l'État français de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la CIDE soit une considération primordiale dans l'examen d'une demande de rapatriement [...] » (§ 269) ; enfin, « la France a officiellement indiqué que les mineurs français en Irak ou en Syrie ont droit à la protection de la République et peuvent être pris en charge et rapatriés » (§ 270).

Compte tenu de ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que les autorités françaises se devaient d'entourer le processus de décision quant aux demandes de rapatriement de garanties appropriées contre l'arbitraire (§ 272)⁸⁶. Cela implique, pour la Cour, que le rejet d'une demande de rapatriement nécessite « un examen individuel approprié, par un organe indépendant et détaché des autorités exécutives de l'État, sans pour autant qu'il doive s'agir d'un organe juridictionnel »⁸⁷ (§ 276) destiné à évaluer les éléments « factuels et autres » (*sic*) ayant amené à rejeter la demande. En outre, l'organe indépendant doit pouvoir contrôler la légalité

⁸⁶ Voy. cependant la prudence de la Cour à cet égard dans les considérations développées aux paragraphes 273 à 275.

⁸⁷ Il aurait été intéressant que la Cour précise cette affirmation : quel organe non juridictionnel pourrait présenter des garanties suffisantes d'indépendance qui soient conformes à la CEDH ?

de la décision, soit que les autorités compétentes aient refusé d'y faire droit, soit qu'elles se soient efforcées d'y donner suite, mais sans résultat. La Cour ajoute que ce contrôle doit également permettre au requérant de prendre connaissance, « même sommairement », des motifs de la décision et de vérifier par là même que ceux-ci reposent sur « une base factuelle suffisante et raisonnable » (§ 276). Surtout, lorsque la demande de retour est faite au nom de mineurs, « ce contrôle doit en particulier permettre de vérifier que les autorités compétentes ont effectivement pris en compte, dans le respect du principe d'égalité s'agissant du droit d'entrer sur le territoire national [...], l'intérêt supérieur des enfants ainsi que leur particulière vulnérabilité et leurs besoins spécifiques [...] » (§ 276). En conclusion, il doit exister un « mécanisme de contrôle des décisions ne donnant pas suite aux demandes de retour sur le territoire national qui permet de vérifier que les motifs tirés de considérations impérieuses d'intérêt public ou de difficultés d'ordre juridique, diplomatique et matériel que les autorités exécutives pourraient légitimement invoquer sont bien dépourvus d'arbitraire » (§ 276).

Dans l'affaire commentée, la Cour arrive à la conclusion que les garanties dont ont bénéficié les requérants n'étaient pas appropriées contre l'arbitraire (§ 278). Elle relève tout d'abord que les requérants n'ont reçu aucune réponse des autorités exécutives (le président de la République et le ministre de l'Europe et des Affaires étrangères), pourtant interpellées à plusieurs reprises, pour demander le rapatriement de leurs proches, et souligne que le seul document reçu par l'avocat des requérants est un document de politique générale expliquant la position du gouvernement sur les demandes de rapatriement des citoyens français partis en Syrie et en Irak (§ 279). Les requérants n'ont ainsi reçu « aucune explication du choix qui sous-tend la décision prise par le pouvoir exécutif à leur égard hormis celle, implicite, qui ressort de la mise en œuvre de la politique suivie par la France, qui a pourtant assuré le retour de plusieurs mineurs sur le sol national. Ils n'ont pas non plus obtenu d'information de la part des autorités françaises qui aurait été de nature à contribuer à la transparence du processus décisionnel » (§ 280). La Cour constate par ailleurs que la situation ne pouvait être rectifiée par les procédures engagées devant les juridictions internes dès lors que ces dernières avaient décliné leur compétence en invoquant la théorie de l'acte de gouvernement⁸⁸ qui veut qu'« en vertu du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, les juridictions administratives et judiciaires ne sont pas compétentes pour examiner la légalité d'actes non détachables de la conduite des relations

⁸⁸ Voy., à cet égard, *supra*, note de bas de page n° 50 de cette contribution.

extérieures de la France »⁸⁹. Partant, poursuit la Cour, les requérants n'ont pas eu accès à « un contrôle indépendant des décisions implicites de refus de rapatriement prises à leur égard permettant d'examiner s'il existait des raisons légitimes et raisonnables dépourvues d'arbitraire justifiant ces décisions au regard des obligations positives découlant, dans le cas d'espèce et compte tenu des circonstances exceptionnelles exposées ci-dessus, du droit d'entrer sur le territoire national garanti par l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 » (§ 281). La Cour en déduit « qu'en l'absence de toute décision formalisée de la part des autorités compétentes du refus de faire droit aux demandes des requérants, l'immunité juridictionnelle qui leur a été opposée par les juridictions internes, alors qu'ils fondaient leur prétention devant elles sur le respect du droit posé par l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 et les obligations mises à la charge de l'État par cette disposition, les a privés de toute possibilité de contester utilement les motifs qui ont été retenus par ces autorités et de vérifier qu'ils ne reposent sur aucun arbitraire »⁹⁰ (§ 282) et, partant, que « l'examen des demandes de retour effectuées par les requérants au nom de leurs proches n'a pas été entouré de garanties appropriées contre l'arbitraire » (§ 283). Par quatorze voix contre trois, elle conclut dès lors à la violation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. Il en résulte, pour l'État partie, non pas une obligation

⁸⁹ F. MERLOZ, « Demandes de rapatriement des familles françaises de djihadistes retenus en Syrie : nécessité de procéder à un examen individuel indépendant des demandes », *Dalloz Actualités*, 20 septembre 2022, disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/>. La Cour précise néanmoins qu'« [e]n ce qui concerne l'application de la théorie des actes de gouvernement dans les présentes affaires, qui repose sur des fondements constitutionnels, il n'appartient pas à la Cour de s'immiscer dans l'équilibre institutionnel entre le pouvoir exécutif et les juridictions de l'État défendeur ni de porter une appréciation générale sur les hypothèses dans lesquelles elles déclinent leur compétence. Ce qui importe uniquement est de savoir si les intéressés ont eu accès à un contrôle indépendant des décisions implicites de refus de rapatriement prises à leur égard permettant d'examiner s'il existait des raisons légitimes et raisonnables dépourvues d'arbitraire justifiant ces décisions au regard des obligations positives découlant, dans le cas d'espèce et compte tenu des circonstances exceptionnelles exposées ci-dessus, du droit d'entrer sur le territoire national garanti par l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 » (§ 281). Cela étant, l'arrêt montre les limites de cette théorie au regard du respect de la CEDH : « Affirmer que l'acte d'État ou les doctrines similaires ne peuvent empêcher la justiciabilité et la protection nationale adéquate des droits fondamentaux garantis par la Convention revêt une importance cruciale » (opinion concordante commune aux juges PAVLI et SCHEMBRI ORLAND).

⁹⁰ Elle précise néanmoins que « l'exercice d'un tel contrôle n'implique pas nécessairement que le juge saisi se reconnaisse compétent pour ordonner, le cas échéant, le rapatriement » (§ 282).

de rapatrier ses ressortissants, mais celle de mettre en place un droit de recours contre les décisions de refus de rapatriement permettant de lutter contre tout arbitraire dans le processus décisionnel⁹¹.

L'on notera que, sur le fond, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme va beaucoup moins loin que le Comité des droits de l'enfant. Ayant refusé la condition de juridiction au titre de l'article 3 de la CEDH, elle n'a pas pu constater les traitements inhumains et dégradants subis par les proches des requérants détenus dans les camps syriens. En revanche, les deux organes de protection se rejoignent en ce sens qu'aucun d'entre eux ne reconnaît une obligation positive de rapatrier les enfants et leurs mères. À nouveau cependant, le Comité de Genève est plus clair que la Cour de Strasbourg : il ne se limite pas à condamner l'État français à une obligation purement procédurale, mais il demande à l'État partie d'offrir aux auteurs et aux enfants victimes une réparation effective pour les violations subies et d'empêcher que de telles violations se reproduisent, tout en formulant, dans cet objectif, plusieurs recommandations dont l'une vise à mettre en œuvre de bonne foi les actions positives et urgentes permettant le rapatriement des enfants victimes.

4. Sur la prise en compte des droits de l'enfant

Dans son analyse du cadre et de la pratique juridique pertinents, la Cour se réfère expressément à la CIDE, et plus particulièrement aux articles 2 (non-discrimination), 3 (intérêt supérieur de l'enfant) et 10 (regroupement familial), ainsi qu'à l'observation générale conjointe n° 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant et à l'observation générale conjointe n° 4 (2017) et n° 23 (2017) des mêmes comités. La Cour fait également état des décisions et constatations prononcées par le Comité des droits de l'enfant à propos des demandes de rapatriement d'enfants de nationalité française détenus dans les camps du Rojava.

Outre une mention, dans son examen de la juridiction de la France, relative à l'extrême vulnérabilité des enfants détenus dans des conditions de vie et de sécurité incompatibles avec le respect de la dignité humaine, c'est à l'occasion de la reconnaissance de circonstances exceptionnelles de nature à déclencher l'obligation d'entourer le processus décisionnel de garanties contre l'arbitraire que la Cour reviendra sur la question des droits de l'enfant. Elle mentionne ainsi le fait que le Comité des droits de

⁹¹ C.-A. CHASSIN, « Pas de rapatriement automatique pour les enfants de djihadistes », *op. cit.*

l'enfant a affirmé que la France devait assumer une responsabilité concernant la protection des enfants français retenus dans les camps et que son refus de procéder à leur rapatriement violait le droit de ces enfants à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants. Elle ajoute que le Comité a par ailleurs souligné l'importance pour l'État français de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant, garanti par l'article 3 de la CIDE, soit une considération primordiale dans l'examen d'une demande de rapatriement (§ 269).

Enfin et surtout, la Cour a pu considérer que, lorsque la demande de retour est faite au nom de mineurs, le contrôle par un organe indépendant de la légalité de la décision de rejet doit permettre de vérifier si les autorités compétentes ont effectivement pris en compte, dans le respect du principe d'égalité s'agissant du droit d'entrer sur le territoire national, l'intérêt supérieur des enfants ainsi que leur particulière vulnérabilité et leurs besoins spécifiques (§ 276).

Même si l'arrêt est en « demi-teinte »⁹² voire décevant, en termes d'effectivité des droits fondamentaux en général, et des droits de l'enfant en particulier, on ne peut que se réjouir de ce que la Cour ait ainsi intégré, comme elle le fait depuis de nombreuses années déjà⁹³, la CIDE, mais aussi les observations et décisions du Comité des droits de l'enfant dans son *corpus* de normes de références, d'une part, qu'elle ait pris le soin d'exiger un contrôle plus poussé des décisions de refus de rapatriement concernant des enfants, impliquant de vérifier si les autorités compétentes ont effectivement pris en compte leur intérêt supérieur et leur particulière vulnérabilité, d'autre part.

Par ailleurs, et certains juges dissidents semblent le regretter, à tort selon nous⁹⁴, le fait, pour la Cour, de confirmer en cette affaire sa jurisprudence constante qui impose la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant,

⁹² C. GENONCEAU, « Condamnation en demi-teinte de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme au titre de la violation du droit d'entrer dans son pays commise à l'encontre de ses ressortissants présents en Syrie », *op. cit.*

⁹³ Voy. p. ex. à cet égard : G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, p. 176.

⁹⁴ Voy., pour une critique, l'opinion en partie dissidente commune aux juges YUDKIVSKA, WOJTYCZEK et ROOSMA : « Ainsi, en exigeant un contrôle indépendant et plutôt étendu, selon les lignes directrices énoncées par la Cour, celle-ci semble en fait établir des critères permettant d'apprécier si les États se sont conformés aux obligations correspondant au droit matériel à être rapatrié : toute décision de refus de rapatriement doit reposer sur une base factuelle suffisante et raisonnable et, dans le cas où des enfants sont impliqués, leur intérêt supérieur doit avoir été effectivement pris en compte. En d'autres termes, une décision de refus de rapatriement qui ne repose pas sur une base factuelle suffisante et raisonnable ou ne prend pas en compte l'intérêt supérieur des enfants semble emporter violation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. Il s'agit, pour nous, d'une analyse de la proportionnalité qui est bien

ne fût-ce que dans son volet procédural, ouvre une lueur d'espoir : comment justifier le refus de rapatrier les enfants détenus dans ces camps où leurs droits sont constamment et gravement violés et où leur vie est en danger, tout en respectant leurs intérêts supérieurs ?

5. Les limites de l'arrêt

Les quelques notes positives épinglées ci-dessus ne sauraient toutefois occulter le fait que la Cour n'a pas saisi l'opportunité qui lui était donnée de faire évoluer sa jurisprudence concernant l'application extraterritoriale de la Convention et l'existence d'une obligation positive d'assurer le retour des mineurs et de leurs mères détenus en Syrie, se limitant à consacrer une obligation positive purement procédurale, et non matérielle⁹⁵. Nous regrettons, avec les juges Pavli et Schembri Orlan, que la Cour ait ainsi réduit son contrôle à la protection contre l'arbitraire procédural sans parvenir à « établir les obligations matérielles qui imposent à l'État de protéger ses propres ressortissants mineurs en prenant des mesures de bonne foi pour mettre fin à leur situation d'exil de fait »⁹⁶. Les juges Pavli et Schembri Orlan soulignent à cet égard que « l'adoption du critère de l'arbitraire ne peut que servir à faciliter le refus par les États d'entreprendre des démarches même lorsque leur action est justifiée pour garantir l'exercice effectif par leurs ressortissants de leur droit d'entrer sur le territoire national »⁹⁷.

En réalité, force est de constater que la Cour a fait montre d'une grande prudence⁹⁸ : d'une part, en restant cantonnée à une approche purement factuelle, et non fonctionnelle, de la juridiction de l'État partie, excluant les critères de nationalité et de capacité à agir⁹⁹ et refusant dès lors de statuer sur les mauvais traitements perpétrés dans les camps ainsi que sur l'éventuelle atteinte à la vie privée et familiale¹⁰⁰, d'autre part, en refusant

plus exigeante que le simple fait de s'assurer que le processus décisionnel est entouré de garanties appropriées contre l'arbitraire. Il semble également qu'il s'agisse d'un droit matériel au rapatriement, même si celui-ci est pour l'instant limité » (§ 16).

⁹⁵ F. MERLOZ, « Demandes de rapatriement des familles françaises de djihadistes retenus en Syrie : nécessité de procéder à un examen individuel indépendant des demandes », *op. cit.*

⁹⁶ Opinion concordante commune aux juges PAVLI et SCHEMBRI ORLAND, § 5.

⁹⁷ *Ibid.*, § 3.

⁹⁸ En ce sens : F. MERLOZ, « Demandes de rapatriement des familles françaises de djihadistes retenus en Syrie : nécessité de procéder à un examen individuel indépendant des demandes », *op. cit.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ En ce sens : C.-A. CHASSIN, « Pas de rapatriement automatique pour les enfants de djihadistes », *op. cit.*

de reconnaître un droit général au rapatriement dans le souci manifeste de préserver le « pouvoir discrétionnaire de l'État dans la conduite des relations internationales »¹⁰¹. Dans ce contexte, comme le relève pertinemment Jean-Pierre Marguénaud, l'exigence « de garanties suffisantes contre l'arbitraire dans l'examen des demandes de retour, fait figure de compensation concédée *in extremis* au nom de l'intérêt supérieur des enfants qui étaient nombreux en l'espèce. Compensation qui, en dépit de ces heureuses et récentes retombées pratiques, resterait inquiétante d'un point de vue théorique puisque selon deux juges dissidents¹⁰², elle ouvrirait la voie à des exils non arbitraires alors que l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 est censé avoir été écrit pour mettre en œuvre une prohibition absolue de l'exil des nationaux »¹⁰³. Ces mêmes juges concluent leur opinion séparée en écrivant très pertinemment que « [l]a menace très réelle que le terrorisme fait peser sur les nations européennes a fait resurgir le spectre du bannissement parmi nous. L'un des défis majeurs de notre époque est de savoir si nous pouvons vaincre ce fléau sans empoisonner notre corps politique »¹⁰⁴.

L'arrêt de la Cour est ainsi loin de clore le débat :

« Il y a une question évidente à laquelle l'arrêt ne répond pas : les États européens du vingt et unième siècle peuvent-ils choisir d'exiler effectivement leurs propres ressortissants soupçonnés de participation à des activités terroristes, voire les membres de leurs familles, y compris de très jeunes enfants ? Cette question devra être tranchée une autre fois. Le problème revêt pourtant une urgence encore plus grande à l'égard de mineurs dans une situation particulièrement vulnérable qui les expose à un risque direct d'atteinte à l'intégrité physique et à la vie et relève de "circonstances exceptionnelles" qui font naître en l'espèce des obligations positives à la charge de l'État »¹⁰⁵.

Il reste à espérer que, dans ses futurs arrêts, la Cour mettra au premier plan le respect concret et effectif des droits des individus dont elle est la gardienne. En ces temps de recul généralisé des droits humains, la responsabilité des organes de protection de ces droits est en effet considérable.

¹⁰¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Chronique CEDH : rapatriement des mères djihadistes et de leurs enfants détenus en Syrie », *op. cit.*

¹⁰² Il s'agit en réalité de l'opinion concordante commune aux juges PAVLI et SCHEMBRI ORLAND.

¹⁰³ J.-P. MARGUÉNAUD, « Chronique CEDH : rapatriement des mères djihadistes et de leurs enfants détenus en Syrie », *op. cit.*

¹⁰⁴ Opinion concordante commune aux juges PAVLI et SCHEMBRI ORLAND, § 5.

¹⁰⁵ *Ibid.*

Conclusion

Les décisions commentées rappellent à nouveau à quel point la situation dans les camps d'Al-Hol et de Roj du Rojava est véritablement indigne et requiert des actions urgentes de la part des États européens. Il s'agit ni plus ni moins de garantir le droit à la vie de femmes et de jeunes enfants dont « le seul crime est d'être né de parents terroristes »¹⁰⁶, qui font face à un risque de mort imminent¹⁰⁷. L'immobilisme général des États, bien qu'il y ait eu récemment quelques progrès, et les refus répétés de rapatriement sont éminemment critiquables.

Comme nous l'avons exposé au fil des lignes qui précèdent, ces décisions sont imparfaites, particulièrement celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Elles constituent cependant un pas important en faveur d'un plus grand respect des droits des enfants concernés, ainsi que des droits de leurs mères en les « (ré)-incluant au sein de l'humanité et de l'ordre juridique international »¹⁰⁸. Nous espérons qu'elles inciteront ainsi la France et les autres États concernés, dont la Belgique, à « s'engager de manière plus constructive dans l'impératif moral et de sécurité d'assurer la protection de ces enfants »¹⁰⁹.

Concrètement, il est encore un peu tôt pour évaluer l'impact des décisions prises par Genève et Strasbourg sur le gouvernement français, mais certains événements récents sont encourageants. La France n'avait en effet, depuis 2019, rapatrié que trente-cinq enfants « orphelins, isolés ou cas humanitaires » par vagues successives. Or, le 5 juillet 2022, le rapatriement de trente-cinq enfants et de seize mères a été organisé et, comme déjà mentionné en introduction, le 20 octobre 2022, quarante enfants supplémentaires et quinze femmes adultes ont été rapatriés¹¹⁰. Le 24 janvier 2023, la France a encore procédé à une nouvelle opération de retour sur son territoire en rapatriant 32 enfants français et 15 mères qui se

¹⁰⁶ L. ROBERT, « Enfants de "djihadistes" retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 796.

¹⁰⁷ C.D.E., 12 septembre 2022, P. N., K.K. et O.M. c. Finlande, comm. n° 100/2019, § 11.4.

¹⁰⁸ E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *op. cit.*, p. 902, qui écrit cette phrase à propos du sauvetage des migrants dans la mer.

¹⁰⁹ H. DUFFY, « Les enfants français dans les camps syriens : le Comité des droits de l'enfant et le borbier juridictionnel. Communications n° 79/2019 et 109/2019 L.H. et autres c. France et 77/2019 F.B. et autres c. France », *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁰ Voy. <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-syrie/evenements/actualites-2022/>.

trouvaient dans les camps du nord-est de la Syrie¹¹¹. La corrélation entre ces rapatriements et les décisions est évidemment difficile à établir, mais la circonstance que la France ait entrepris trois rapatriements de grande ampleur dans les mois qui ont suivi sa condamnation par le Comité des droits de l'enfant et par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas anodine.

Espérons que ces rapatriements récents seront le début d'un retour massif des derniers enfants et mères détenus dans le Rojava et qu'un soutien à la réintégration et la réinstallation sera ensuite mis en œuvre par les autorités compétentes.

L'urgence est là, depuis déjà plus de cinq ans pour certains. Plusieurs observateurs épinglent que la situation des camps d'Al-Hol et de Roj peut être comparée à celle du camp de Guantanamo :

« Des dizaines de milliers de femmes et d'enfants capturés dans des territoires anciennement contrôlés par [l'EI] [...] sont détenus sans inculpation et, comme ceux qui sont illégalement détenus pour association terroriste à Guantanamo Bay, ne bénéficient d'aucun droit légal et sont placés hors de la protection de la loi. [...] Comme les personnes détenues à Guantanamo Bay, ces femmes et ces enfants sont soumis à des traitements et à des conditions qui ont été classés par les experts internationaux comme constituant un traitement cruel, inhumain et dégradant »¹¹².

C'est pourquoi, cher Professeur Colson, très cher Bruno, au terme de cette réflexion qui oscille entre violence, désespoir et petite lueur à l'horizon, nous plaidons pour un rapatriement rapide de tous les enfants détenus dans les camps du nord-est de la Syrie, avec leurs familles le cas échéant. Il y va de la dignité humaine et du respect fondamental d'enfants qui se trouvent dans une situation d'extrême vulnérabilité. Comme l'a si bien écrit Kofi Annan, « [r]ien n'est plus important que de bâtir un monde dans lequel tous nos enfants auront la possibilité de réaliser pleinement leur potentiel et de grandir en bonne santé, dans la paix et dans la dignité »¹¹³.

¹¹¹ Voy. <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/syrie/evenements/actualites-2023/article/rapatriement-d-enfants-et-de-meres-du-nord-est-syrien-24-01-23>.

¹¹² Rights & Security International, « Europe's Guantanamo: The indefinite detention of European women and children in North East Syria », février 2021, p. 3, cité par L. COOLS, « The existence under the CRC of a positive obligation for France to repatriate the remaining French children being held in the northeast Syrian detention camps », *op. cit.* (traduction libre).

¹¹³ K.A. ANNAN, ancien Secrétaire général des Nations unies, *Nous les enfants. Honorer les promesses du Sommet mondial pour les enfants*, New York, UNICEF, 2001, p. 100.