



HAL
open science

Enfants de “ djihadistes ” détenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l’homme ?

Loïc Robert

► To cite this version:

Loïc Robert. Enfants de “ djihadistes ” détenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l’homme ?. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2019, n° 120, p. 779-796. hal-04040267

HAL Id: hal-04040267

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-04040267>

Submitted on 3 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Enfants de « djihadistes » retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ?

Children of "jihadists" detained in Syria: towards a repatriation obligation in European Human Rights Law?

Résumé

Plusieurs centaines d'enfants européens sont aujourd'hui retenus dans des camps contrôlés par les Forces démocratiques syriennes. Le présent article se propose de discuter de l'existence d'une obligation de rapatriement sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme.

Abstract

Hundreds of children are currently detained in camps controlled by the Syrian Democratic Forces. This article proposes to discuss the existence of a repatriation obligation under the European Human Rights Convention.

Les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme ont-ils l'obligation de rapatrier leurs nationaux mineurs actuellement retenus en Syrie ? Telle est la question qui s'est progressivement imposée à l'agenda des différents gouvernements européens confrontés au cas de leurs ressortissants partis combattre dans les rangs de Daesh.

A titre liminaire, il importe de rappeler que depuis 2014, plusieurs milliers d'Européens ont rejoint l'Iraq et la Syrie. Si nombre d'entre eux sont morts au combat et que d'autres sont parvenus à rejoindre leur Etat de nationalité, beaucoup ont été capturés à la suite des défaites militaires de l'Etat islamique. Partant, s'est très vite posée la question d'un éventuel rapatriement des hommes et des femmes adultes détenus¹. A l'appui d'arguments sécuritaires dont on peut légitimement questionner le bien-fondé – le risque d'évasion, tant des camps syriens que des prisons iraqiennes, ne saurait être sous-estimé –, la plupart des Etats européens ont adopté une ligne de conduite identique, aux termes de laquelle leurs nationaux doivent être jugés là où leurs crimes ont été commis. Derrière cette antienne, il faut sans doute voir l'idée selon laquelle les personnes impliquées dans la mouvance djihadiste ne sont pas des criminels ordinaires mais des « traîtres à la nation »² ne pouvant donc compter sur une quelconque assistance de l'Etat dont ils ont la nationalité.

Sur le plan juridique, la situation des adultes commande de distinguer les cas syrien et iraqien. S'agissant de l'Iraq, on peut déjà nourrir quelques réserves quant au refus de requérir l'extradition dans la mesure où les procès des combattants européens de l'EI apparaissent assez éloignés des standards internationaux du procès équitable³ et qu'ils

¹ F. SAFI, « Le retour des djihadistes français en France, ou quand il faut choisir entre la politique et le droit », *Dr. pén.* 2018, étude 4.

² Y. THREARD, « Traîtres à la nation », *Le Figaro*, 23 janvier 2018.

³ Voy. notamment le communiqué de presse de Human Rights Watch : « Irak : Des Français affirment avoir subi torture, coercition », 31 mai 2019. L'Union européenne elle-même notait dans son rapport « pays par pays » annexé à son rapport annuel sur la démocratie et les droits de l'homme dans le monde pour l'année 2017 : « Critical human rights problems persist especially in the fields of [...] lack of due process and fair trial standards ». Voy. Country Updates on Human Rights and Democracy 2017, p. 152, annexé à Conseil

ont déjà conduit, à plusieurs reprises, à des condamnations à mort⁴. Le cas syrien se révèle encore plus problématique puisque la rhétorique européenne du « juger sur place » s'avère difficile à mettre en œuvre dès lors que les individus concernés sont détenus par un groupe non étatique – les Forces démocratiques syriennes (FDS) –, qui ne peut juger ces individus faute de disposer d'une quelconque institution judiciaire.

Quoiqu'il en soit, la question du sort des adultes a vite laissé place à celle de leurs enfants. En particulier, le sort des enfants retenus dans les camps de Al-Hol, Roj et Ain Issa, au Nord-Est de la Syrie, ne peut qu'interpeler. Il ne fait aucun doute que leurs conditions de rétention sont en elles-mêmes tout à fait incompatibles avec les exigences minimales tenant au respect de la dignité humaine et de l'intérêt supérieur de l'enfant : difficultés d'accès aux soins, malnutrition, absence de scolarisation ou encore risque de traitements inhumains et dégradants.

Face à cette situation, les familles des enfants ont multiplié les démarches pour tenter d'obtenir leur rapatriement. Cependant, jusqu'à présent, les Etats européens n'ont pas manifesté, c'est un euphémisme, une réelle volonté d'accéder à ces demandes. Si le Gouvernement français a un temps laissé entendre qu'il envisageait un retour de l'ensemble des enfants concernés⁵, il est finalement revenu à sa position originelle, celle du « cas par cas ». Ainsi, quelques enfants ont été rapatriés en mars 2019⁶ puis en juin 2019⁷, mais un retour général n'est pas envisagé. On retrouve les mêmes hésitations dans d'autres Etats européens, notamment en Allemagne⁸ ou encore en Belgique où quelques trois cents universitaires ont demandé que les enfants soient rapatriés⁹. Le Danemark a pour sa part envisagé de priver les enfants concernés de leur nationalité danoise¹⁰.

Les tergiversations des gouvernements européens envers le rapatriement de leurs ressortissants mineurs ont pu être justifiées par l'argument, ô combien contestable, qu'au vu de leurs traumatismes, ils pouvaient être des bombes à retardement. L'attitude des Etats s'explique sans doute d'avantage par l'hostilité des opinions publiques européennes et la crainte, somme toute fondée, que le rapatriement des enfants implique également celui de leurs mères. En tout état de cause, les refus opposés aux familles ayant sollicité le retour des mineurs devaient nécessairement déboucher sur la formulation de recours juridictionnels. C'est ainsi que tant en Belgique qu'en France, les juridictions internes ont eu à se prononcer sur la question du rapatriement des mineurs.

européen, 28 mai 2018, Rapport annuel de l'Union européenne sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde pour l'année 2017, doc. n°9122/18.

⁴ H. SALLON, « La condamnation à mort de djihadistes français en Irak met la position de Paris à l'épreuve », *Le Monde*, 4 juin 2019.

⁵ E. VINCENT et M. SEMO, « Vers une exfiltration des enfants de djihadistes français retenus en Syrie », *Le Monde*, 24 octobre 2018.

⁶ E. VINCENT et N. GUIBERT, « La France a rapatrié de Syrie cinq enfants orphelins de djihadistes », *Le Monde*, 15 mars 2019.

⁷ M. SEMO, « Rapatriement de douze orphelins liés à l'EI : l'approche au cas par cas, "position constante" de la France », *Le Monde*, 10 juin 2019.

⁸ N. VERSIEUX, « Vers un retour d'enfants de djihadistes », *Le Temps*, 15 mai 2019.

⁹ M. VAN BUGGENHOUT, M. VL KOPLEWICZ et al., « Il est urgent de rapatrier les enfants belges de Syrie », *La Libre Belgique*, 10 mai 2019

¹⁰ A.-F. HIVERT, « Le Danemark veut priver de nationalité les enfants de djihadistes », *Le Monde*, 28 mars 2019.

En Belgique, deux mères, retenues avec leurs enfants dans le camp d'Al-Hol, ont saisi le Tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles. Face au refus de celui-ci de prononcer leur rapatriement conjoint, elles ont par la suite sollicité uniquement celui de leurs enfants. Dans une ordonnance du 19 juillet 2018, confirmée en appel, le Président du Tribunal a cependant rejeté leur demande au motif notamment que les juridictions civiles ne peuvent imposer une intervention militaire en territoire étranger et que la Belgique n'a pas, en droit international, l'obligation de faire respecter les droits fondamentaux des intéressés dès lors que ceux-ci ne se trouvent pas sous sa juridiction¹¹. Les deux mères ont par la suite de nouveau saisi le Tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles qui, dans une ordonnance remarquée du 26 décembre 2018, a enjoint, sous astreinte, au Gouvernement belge de procéder au rapatriement des enfants et de leurs mères¹². La décision a cependant été réformée par la Cour d'appel de Bruxelles, qui, sans se prononcer sur le fond, a estimé dans son arrêt du 27 février 2019 que la nouvelle demande formulée par les requérantes était identique à celle ayant donné lieu à son arrêt du 12 septembre 2018¹³. A noter cependant que dans une ordonnance en date du 11 juin 2019, le Tribunal de première instance de Bruxelles, section francophone cette fois, a enjoint au gouvernement belge de rapatrier une mineure enlevée par son père, en se fondant, non pas sur la Convention européenne des droits de l'homme – jugée inapplicable en l'espèce – mais sur l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'article 22 bis de la Constitution belge¹⁴.

En France, plusieurs requérants se sont tournés vers le Tribunal administratif de Paris afin d'obtenir le retour des enfants et de leurs mères retenus dans les camps de Roj et Al-Hol. Les requérants se fondaient notamment sur la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Dans quatre ordonnances rendues les 9 et 10 avril 2019¹⁵, le Tribunal a pris soin de souligner que l'Etat est le garant du principe de dignité humaine et de l'intérêt supérieur de l'enfant, obligations s'imposant à lui « au titre de son devoir général de protection de ses ressortissants sur le territoire français, mais également hors de ses frontières ». Il a cependant décliné sa compétence au motif que « le rapatriement de ressortissants français retenus sur un territoire étranger relève de négociations préalables entre l'Etat français et les autorités qui contrôlent ce territoire, et le déploiement de moyens spécifiques, éventuellement militaires, sur le territoire concerné ». Partant, le Tribunal administratif a estimé que « l'organisation ou l'absence d'organisation du rapatriement des personnes concernées ne sont pas détachables de la conduite des relations extérieures de la France ». Il a été suivi par le Conseil d'Etat, qui, dans quatre ordonnances en date du 23 avril 2019¹⁶, a également considéré que la décision de rapatrier ou non les enfants constituait un acte de gouvernement. Depuis lors, les

¹¹ Sur l'ordonnance du Tribunal et l'arrêt de la Cour d'appel, voy. les commentaires de Jacques Fierens : J. FIERENS, « A cause des péchés des pères », *J.D.J* n° 381, janvier 2019, pp. 8-9.

¹² Civ. néerl. Bruxelles. (10^e ch. réf.), 11 juin 2019.

¹³ Bruxelles (18^e ch.), 27 février 2019, 2019/KR/4.

¹⁴ Civ. fr. Bruxelles. réf., 11 juin 2019, 19/37/C.

¹⁵ TA Paris, ord., 9 avril 2019, *Mmes. A. et B.*, n° 1906076/9 ; TA Paris, ord., 9 avril 2019, *Mme. A.*, n° 1906077/9 ; TA Paris, ord., 10 avril 2019, *M. A.A.*, n° 1906335/9 ; TA Paris, ord., 10 avril 2019, *M. A.A. et Mme. B.A.*, n° 1906679/9. Pour un commentaire, voy. M.-L. BASILLEN-GAINCHE et S. SLAMA, « Familles de "djihadistes" français : quels devoirs et obligations pour la France ? », *Le club des juristes*, 15 avril 2019.

¹⁶ CE, ord., 23 avril 2019, n° 429668, 429669, 429674, 429701 ; *Dr. adm.*, juillet 2019, n° 7, comm 38, obs. C. SAUNIER ; *A.J.D.A.*, 2019, p. 1644, note S. SLAMA.

demandes similaires ont été rejetées sur le même fondement par les juges de première instance¹⁷.

L'ensemble de ces décisions contrastent avec la position exprimée par différents organes, aussi bien au niveau national qu'europpéen ou international. En France, le Défenseur des droits a considéré dans une décision du 22 mai 2019 que la rétention d'enfants dans les camps sous le contrôle des forces démocratiques syriennes et ses conditions constituent des atteintes caractérisées à différents droits protégés par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ainsi qu'aux articles 3 et 5 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸. Dans le même sens, le Président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) a adressé au Premier Ministre une lettre en date du 27 mai 2019, dans laquelle il exhorte le Gouvernement à procéder au rapatriement des enfants¹⁹. Le Premier Ministre a cependant opposé une fin de non-recevoir à cette demande²⁰. C'est aussi la position exprimée par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe²¹ et la Haute Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme²².

Le décalage entre, d'une part, les positions des proches des enfants retenus et des organes consultatifs spécialisés, et, d'autre part, celles défendues par les gouvernements européens et les juridictions nationales, invite naturellement à s'interroger sur la solution que pourrait adopter la Cour européenne des droits de l'homme. La question est d'autant plus d'actualité que dans les affaires françaises, les avocats des requérants, Mes. Marie Dosé, Henri Leclerc, Catherine Bauer-Violas et Denis Garreau, ont indiqué avoir introduit un recours devant la Cour²³. Celui-ci fait d'ailleurs suite à la saisine, dans d'autres affaires similaires, du Comité des droits de l'enfant au mois de février 2019²⁴ et du Comité des Nations Unies contre la torture en mars 2019²⁵.

Dans l'attente de la décision de la Cour, il est d'ores et déjà possible d'envisager les principales questions auxquelles devront répondre les juges de Strasbourg. D'une part, il conviendra de déterminer si les mineurs concernés relèvent bien de la « *jurisdiction* » – au sens de l'article 1^{er} de la Convention – des Etats européens, ce qui suppose de s'interroger sur l'effectivité de leur contrôle concernant ces mineurs (I). D'autre part, il faudra trancher la question de l'existence d'une obligation de rapatriement au profit des enfants (II).

I – De l'effectivité du contrôle des Etats

Au vu des circonstances factuelles et de la jurisprudence actuelle de la Cour, sa compétence *ratione loci* ne paraît pas établie, faute pour les Etats européens d'exercer un contrôle effectif sur le *territoire* du Nord-Est syrien ou sur les *individus* concernés (A).

¹⁷ Voy. notamment : TA Châlons-en-Champagne, ord., 30 avril 2019, *Mmes. Touama et Derna*, n° 1900975.

¹⁸ Décision du Défenseur des droits, 22 mai 2019, n°2019-129.

¹⁹ Lettre du Président de la CNCDDH à M. le Premier Ministre, 29 mai 2019.

²⁰ Lettre du Premier Ministre au Président de la CNCDDH, 14 juin 2019.

²¹ Déclaration du Commissaire aux droits de l'homme, 28 mai 2019.

²² Déclaration de la Haute Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies lors de l'ouverture de la 41^{ème} session du Conseil des droits de l'homme, 24 juin 2019.

²³ B. LUTAUD, « Rapatriement d'enfants de djihadistes : un recours inédit contre la France devant la CEDH », *Le Figaro*, 6 mai 2019

²⁴ Comité des droits de l'enfant, communication n° 79/2019.

²⁵ O. DUFOR, « Enfants de djihadistes, les avocats en appellent à l'ONU », *Gaz. Pal.*, 19 mars 2019, p. 10.

Cependant, la juridiction des Etats européens pourrait être retenue en l'espèce si la Cour admettait sa compétence en cas de contrôle sur la *situation* en cause (B).

A) L'absence de contrôle effectif sur le territoire et les individus

Alors que la situation des enfants dans les camps syriens ne peut que susciter l'empathie et que l'on peut s'accorder pour dire que, même dans ces camps, ceux-ci continuent de jouir de leurs droits fondamentaux, il importe de déterminer qui sont les débiteurs de ces droits. Il ne fait aucun doute que leurs conditions de rétention engageraient la responsabilité d'un Etat partie à la Convention si elles prenaient place sur son territoire²⁶. Cependant, cela ne doit pas faire oublier que les droits protégés par la Convention ne sont que « le corollaire de l'obligation conventionnelle souscrite par l'État »²⁷. Sous l'angle de la responsabilité internationale, il convient donc de déterminer si les faits peuvent être imputés aux Etats européens de nationalité des mineurs retenus. Or, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour, il ne semble pas que ce soit le cas.

La compétence de la Cour en l'espèce apparaît, de prime abord, des plus incertaines au vu de l'absence de « juridiction » des Etats européens concernés sur leurs nationaux retenus en Syrie. La compétence juridictionnelle des Etats parties à la Convention est « principalement territoriale »²⁸, si bien que, par principe, ceux-ci n'ont pas vocation à engager leur responsabilité pour des faits commis en Syrie. Certes, la Cour a développé une importante jurisprudence sur l'applicabilité extraterritoriale de la Convention. Cependant, elle ne reconnaît l'applicabilité de la Convention pour des faits commis dans un Etat tiers que « dans des circonstances exceptionnelles »²⁹.

En premier lieu, un Etat partie à la Convention exerce sa juridiction sur le territoire d'un Etat tiers dès lors qu'il exerce un contrôle effectif sur le territoire de celui-ci. Ainsi, le Royaume-Uni³⁰ et les Pays-Bas³¹ ont vu leur juridiction reconnue par la Cour pour des faits commis en Iraq durant la seconde guerre du Golfe. De même, la Cour a estimé que la Turquie exerçait bien sa juridiction sur le Nord de l'île de Chypre³², tandis que la Russie pouvait se voir imputer des faits commis en Transnistrie³³. Cependant, toutes ces affaires se caractérisent par la présence militaire de l'Etat dont la juridiction est reconnue. D'ailleurs, la Cour précise elle-même qu'afin d'établir l'existence d'un contrôle effectif d'un Etat sur le territoire d'un autre, elle « se réfère principalement au nombre

²⁶ Sur les conditions de rétention des mineurs, voy. notamment : Cour eur. dr. h., arrêt, *Popov c. France*, 19 janvier 2012 ; Cour eur. dr. h., arrêt, *H.A. et autres c. Grèce*, 28 février 2019.

²⁷ D. SZYMCAK, S. TOUZE, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international (2010) », *A.F.D.I.*, vol. 57, 2011, p. 628.

²⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *Banković et autres c. Belgique et autres*, 12 décembre 2001, § 59 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juillet 2004, § 312 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 23 février 2012, § 71 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, 29 janvier 2019, § 178. Sur la « territorialisation » de la juridiction de la Cour : G. COHEN-JONATHAN, « La "territorialisation" de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 52, 2002, pp. 1069-1082.

²⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *Banković et autres c. Belgique et autres*, préc., § 67.

³⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*, 16 septembre 2014.

³¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jaloud c. Pays-Bas*, 20 novembre 2014.

³² Cour eur. dr. h., *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Güzelyurtlu et autres c. Chypre et Turquie*, préc.

³³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, préc. ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Catan et autres c. Moldova et Russie*, 19 octobre 2012.

de soldats déployés »³⁴. Or, si l'on peut supposer qu'un certain nombre d'Etats européens ont pu envoyer quelques-uns de leurs militaires dans les camps tenus par les FDS, leur nombre reste en tout état de cause marginal. La présence militaire ne saurait donc, en l'espèce, constituer l'élément factuel permettant de caractériser le contrôle effectif.

Certes, la présence militaire ne constitue qu'un indice parmi d'autres du contrôle effectif. Cependant, d'une part, il reste l'indice le plus probant pour caractériser l'existence d'un tel contrôle³⁵. D'autre part, en l'absence d'un contrôle militaire, il convient à tout le moins de démontrer un lien de subordination entre l'Etat et l'administration locale en cause³⁶. Or, s'il ne fait guère de doute que les Etats européens entretiennent des liens étroits avec les FDS, qu'ils leur ont fourni des armes³⁷ et qu'ils leur ont apporté un soutien tant politique qu'économique³⁸ – types de soutiens pris en compte par la Cour dans son arrêt *Ilaşcu*³⁹ – cela ne saurait constituer un véritable lien de subordination. En effet, contrairement aux cas transnistriens et chypriotes par exemple, l'administration locale – les FDS – ne peut être considérée comme subordonnée à un seul Etat. Dit autrement, admettre un tel lien de subordination reviendrait à considérer que l'ensemble des Etats, dont au moins l'un de leurs ressortissants est retenu dans les camps, exercent un contrôle effectif sur le Nord-est de la Syrie.

En second lieu, les Etats parties à la Convention exercent leur juridiction dès lors qu'ils exercent un contrôle effectif sur les individus⁴⁰. Ainsi, l'arrestation par des agents turcs d'Abdullah Öcalan au Kenya⁴¹, le contrôle « absolu et exclusif » exercé par des militaires français sur l'équipage d'un navire cambodgien dans l'affaire *Medvedyev*⁴² ou encore l'arraisonnement d'un navire par l'Italie dans l'affaire *Hirsi Jamaa*⁴³ suffisent à caractériser la juridiction de l'Etat. Néanmoins, s'agissant des enfants retenus dans les camps syriens, force est de constater qu'ils sont placés sous le contrôle et la surveillance des FDS et non des Etats dont ils ont la nationalité. La situation factuelle dans les camps ne saurait donc être assimilée à celles pour lesquelles la Cour a conclu à l'exercice par un Etat de sa juridiction en dehors de ses frontières.

Au vu de ce qui précède, il faudrait ainsi admettre l'incompétence de la Cour *ratione loci*. D'ailleurs, le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles a considéré dans son ordonnance du 11 juin 2019 qu'« [il] n'est pas établi, en l'espèce, que l'Etat belge pourrait exercer au sein du camp "Al-Hol" [...] un quelconque contrôle effectif ou une quelconque autorité au travers de l'un de ses agents »⁴⁴. C'est aussi la position exprimée par le Premier Ministre français dans sa réponse au Président de la Commission

³⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Catan et autres c. Moldova et Russie*, préc., § 107.

³⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, préc., § 139.

³⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, préc., § 314.

³⁷ Y. BOURDILLON et A. BAUER, « Londres et Paris livrent des armes aux Kurdes contre les djihadistes en Irak », *Les Echos*, 13 août 2014.

³⁸ Voy. par exemple, concernant la France : Elysée, « Entretien du Président de la République avec une délégation des Forces démocratiques syriennes engagées en première ligne contre Daech », Communiqué de presse, 19 avril 2019.

³⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, préc., §§ 386-394. Voir aussi Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mozer c. République de Moldova et Russie*, 23 février 2016, §§ 101-112.

⁴⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, préc., § 137.

⁴¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, § 91.

⁴² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Medvedyev et autres c. France*, 29 mars 2010, § 67

⁴³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, préc., §§ 76-82.

⁴⁴ Civ. fr. Bruxelles. réf., 11 juin 2019, préc., p. 15.

consultative des droits de l'homme. Celui-ci considère en effet que les droits de la Convention « ne sauraient être opposé[s] à la France qu'à l'égard de mineurs relevant de sa juridiction »⁴⁵, ce qui suppose d'établir au préalable l'existence d'un contrôle effectif de la France sur ceux-ci. Or, selon le Premier Ministre, un tel contrôle n'est pas caractérisé en l'espèce puisque « [l]e simple fait que la France soit l'un des membres d'une coalition internationale qui entretient un partenariat opérationnel avec les FDS en matière de lutte contre le terrorisme ne signifie pas qu'elle exerce une influence décisive sur ce territoire »⁴⁶.

En définitive, il semble donc que ni l'exception du contrôle sur le territoire, ni celle du contrôle sur les individus ne peut permettre de fonder la compétence *ratione loci* de la Cour. Cependant, au vu de la philosophie générale qui entoure la notion de juridiction en droit de la Convention, l'affirmation de la compétence de la Cour apparaît possible, en s'attachant moins à l'autorité *territoriale* ou *personnelle* qu'exercent les Etats européens qu'à leur contrôle sur une *situation* déterminée.

B) L'existence d'un contrôle effectif sur la situation

Afin de caractériser la compétence de la Cour, il pourrait-être tentant de considérer qu'un Etat exerce sa juridiction dès lors que sont en cause ses nationaux. La nationalité, en tant que « lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »⁴⁷, constituerait un facteur rattachement nécessaire et suffisant à l'Etat, qui exercerait ainsi, en tout temps et en tout lieu sa juridiction dès lors que ses ressortissants sont concernés. Une telle solution nous semble cependant devoir être rejetée dès lors qu'elle imposerait aux Etats de protéger les droits conventionnels de leurs ressortissants dans des situations sur lesquelles ils n'ont pourtant aucun contrôle. Or, l'existence d'un contrôle effectif constitue la pierre angulaire de l'exercice de la juridiction étatique.

Cela étant dit, dans la mesure où l'application extraterritoriale de la Convention se fonde sur une situation factuelle⁴⁸ et au vu du pragmatisme qui caractérise la jurisprudence de la Cour, il ne paraît pas absurde de considérer que les Etats européens exercent bien leur juridiction dans le cas des enfants retenus dans les camps syriens. Plus précisément, s'ils n'exercent pas un contrôle effectif sur le *territoire* ou sur les *individus*, ils exercent incontestablement un contrôle sur la *situation* en cause.

Tout d'abord, le simple fait que des Etats aient pu rapatrier certains enfants démontre qu'ils ont la faculté de le faire. C'est d'ailleurs l'un des arguments mis en avant par le Défenseur des droits pour conclure à l'exercice par la France de sa juridiction et à l'applicabilité de la Convention⁴⁹. La situation se distingue ainsi clairement de

⁴⁵ Lettre du Premier Ministre au Président de la CNCDH, 14 juin 2019.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ C.I.J., arrêt *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, 6 avril 1955, p. 23

⁴⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Catan et autres c. Moldova et Russie*, préc., §107.

⁴⁹ Recommandations générales du Défenseur des droits au titre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, annexée à la Décision du Défenseur des droits, 22 mai 2019, préc., § 16 : « L'influence décisive de la France sur les forces démocratiques syriennes a en outre été précisée dans un communiqué du 15 mars 2019 dans lequel le ministère de l'Europe et des affaires étrangères indique que "La France a procédé ce jour au retour de plusieurs mineurs orphelins et isolés, âgés de 5 ans et moins, qui se trouvaient dans des camps du nord-est de la Syrie", tout en remerciant "les Forces démocratiques syriennes de leur coopération, qui a rendu possible cette issue" ».

l'hypothèse où des Européens seraient détenus par un Etat ou un groupe non-étatique refusant toute extradition ou rapatriement. Incontestablement, il y a bien un contrôle effectif de la situation par la France ou encore la Belgique, qui, chaque fois qu'ils l'ont décidé, ont pu rapatrier leurs ressortissants. Dit autrement, on peut sans doute affirmer les autorités françaises et belges « approuvent, formellement ou tacitement »⁵⁰ les actes des FDS, si bien que dans le cas où ceux-ci violent les droits garantis par la Convention, « la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention »⁵¹.

Ensuite, les liens entre un certain nombre d'Etats européens et les FDS sont avérés. Ainsi par exemple, le Président de la République française a « assuré les FDS du soutien de la France, en particulier pour la stabilisation de la zone de sécurité au nord-est de la Syrie, dans le cadre d'une gouvernance inclusive et équilibrée »⁵². Ce soutien est clairement assumé par la France. Devant le Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat le 6 mars 2019, l'ancien directeur de la Direction générale des services extérieurs, Bernard Bajolet, affirmait que la France avait « beaucoup aidé » les Kurdes et qu'elle continuait de les soutenir⁵³.

Enfin, il faut tenir compte de la position constamment exprimée par les FDS, selon laquelle ils souhaitent que les Etats européens rapatrient leurs ressortissants⁵⁴. En clair, il n'y a aucune opposition de la part des Kurdes au rapatriement des ressortissants européens, tout au contraire. D'ailleurs, s'agissant des Français, le représentant des FDS en France a affirmé en octobre 2018 qu'eu égard à la relation privilégiée entretenue avec la France, il n'appelait pas celle-ci à rapatrier ses ressortissants contrairement aux autres Etats⁵⁵. Il faut ainsi en déduire que les Français présents dans les camps syriens y sont retenus à la demande de la France, qui aurait ainsi tout à fait la faculté d'en demander le rapatriement.

Tous ces éléments montrent que, bien qu'ils n'exercent pas un contrôle effectif sur les individus ou sur le territoire, les Etats parties à la Convention, et la France en particulier, exercent incontestablement un contrôle sur la situation de leurs ressortissants retenus en Syrie. Or, le critère du contrôle effectif, tel que développé jusqu'alors par la Cour, permet d'éviter que les Etats parties à la Convention ne puissent échapper au contrôle de la Cour au seul motif que leurs actions ou omissions se sont déroulés en dehors de leur territoire⁵⁶. Partant, si l'on s'accorde pour dire que les Etats européens, parce qu'ils exercent un contrôle effectif sur la situation, ont la faculté d'assurer le retour de leurs ressortissants mineurs, il n'y a aucune raison de dénier à la Cour sa compétence. Celle-ci devrait ainsi faire évoluer sa jurisprudence de manière à appréhender une situation inédite. Il ne s'agirait en aucun cas d'un revirement jurisprudentiel mais d'une évolution

⁵⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, préc., § 318.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Elysée, « Entretien du Président de la République avec une délégation syrienne », Communiqué de presse, 30 mars 2018.

⁵³ Sénat, « Comptes rendus de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées », 14 mars 2019. Cité dans les Recommandations générales du Défenseur des droits, préc., § 16.

⁵⁴ A. KAVAL, « Les Kurdes demandent le départ des djihadistes étrangers détenus en Syrie », *Le Monde*, 8 octobre 2018 ; A. KAVAL, « "C'est donc là qu'ils vivent..." : de Paris à la Syrie, le périple des Lopez, grands-parents en quête des enfants du djihad », *Le Monde*, 28 juin 2019.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Issa et autres c. Turquie*, 16 novembre 2004, § 71.

logique dans le cadre de l'interprétation dynamique de la Convention qui caractérise la jurisprudence de la Cour⁵⁷.

Evidemment, on comprend bien qu'un tel pas jurisprudentiel serait particulièrement audacieux, et, plus encore, qu'il risquerait d'étendre significativement la « juridiction » des Etats parties à la Convention. C'est en substance l'argument développé par le Premier Ministre français qui estime que : « [c]onsidérer que la France dispose d'un contrôle effectif sur les personnes détenues par une partie à un conflit armé dès lors qu'elle coopère avec cette dernière aurait pour conséquence d'étendre, au-delà du raisonnable, le champ de ses obligations internationales ».⁵⁸ La crainte paraît cependant infondée dès lors qu'il ne s'agit en aucun cas d'imputer aux Etats européens des faits sur lesquels ils n'ont aucune prise. A titre d'exemple, d'éventuelles exactions commises par les FDS lors de combats ne pourraient en aucun cas être imputées aux Etats européens, faute pour eux d'exercer tout contrôle. Plus encore, le critère du contrôle effectif sur la situation permettrait d'exclure toute responsabilité d'un Etat pour des mauvais traitements infligés au sein des camps à des individus autres que ses nationaux. Autrement dit, alors que le critère de la nationalité est, on l'a dit, insuffisant pour caractériser la juridiction de l'Etat, il serait en revanche nécessaire pour restreindre celle-ci aux cas de ses seuls ressortissants.

En clair, il ne s'agit donc pas d'ouvrir une boîte de Pandore qui rendrait les Etats européens responsables de toutes les violations des droits de l'homme en tous lieux de la planète, mais uniquement d'aller au bout de la logique du contrôle effectif. Si la Cour devait s'engager dans cette voie, il resterait encore à caractériser l'existence d'une obligation de rapatriement, ce qui implique de tenter d'en identifier les fondements.

II – Des fondements de l'obligation de rapatriement

Avant toute chose, il convient de préciser que les requérants français devraient très certainement invoquer la violation de leurs droits procéduraux. En effet, la mobilisation de la théorie des actes de gouvernement⁵⁹ ou encore l'absence de motivation face aux demandes de saisine, à titre préjudiciel ou consultatif, de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁰, pourrait être de nature à porter atteinte aux exigences du procès équitable. Cependant, un constat de violation de l'article 6 ne renseignerait pas sur une éventuelle obligation de rapatriement. Il s'agira donc de se concentrer sur les droits substantiels.

⁵⁷ F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, 335.

⁵⁸ Lettre du Premier Ministre au Président de la CNCDH, 14 juin 2019.

⁵⁹ Sur la compatibilité des actes de gouvernement avec la Convention, voy. C. SAUNIER, « La théorie des actes de gouvernement face aux droits fondamentaux », *Dr. adm.*, Juillet 2019, n° 7, comm. 38 et S. Slama, « L'acte de gouvernement à l'épreuve du droit européen », *A.J.D.A* 2019, p. 1644.

⁶⁰ Dans deux des quatre ordonnances rendues par le Conseil d'Etat le 23 avril 2019, les requérants ont demandé au Conseil « de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement de l'article 1er du protocole n° 16 » et « de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne portant sur la conformité de la théorie des actes de gouvernement par rapport aux droits protégés par les Charte des droits fondamentaux ». Le Conseil d'Etat n'a cependant apporté aucune réponse à ces deux demandes, se bornant à affirmer qu'« une juridiction [y compris donc la Cour EDH et la CJUE ?] n'est pas compétente pour connaître [du refus opposé à la demande de rapatriement] ». Pour un constat de violation de l'article 6 du fait de l'absence de motivation d'un refus de transmettre une question préjudicielle à la Cour de justice, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Dhahbi c. Italie*, 8 avril 2014 ; arrêt *Schipani et autres c. Italie*, 21 juillet 2015.

Dans sa réponse au Président de la CNCDH, le Premier Ministre estime « qu’aucune des stipulations conventionnelles invoquées ne prévoit d’obligation de rapatriement »⁶¹. Une telle assertion n’est pas dénuée de fondement si l’on s’arrête à la lettre même du texte conventionnel. Elle doit néanmoins être discutée eu égard à la jurisprudence de la Cour. En effet, de l’atteinte incontestable portée aux droits conventionnels des enfants retenus (A), découle très probablement une obligation positive de rapatriement (B).

A) L’atteinte incontestable portée aux droits fondamentaux des enfants

Eu égard aux éléments dont on dispose concernant les conditions de rétention des enfants dans les camps syriens, on ne peut être que frappé par la multitude des droits conventionnels mis en cause, dont on rappellera qu’il convient de les interpréter à la lumière de la Convention internationale relative aux droits de l’enfant⁶².

En premier lieu, les conditions de rétention apparaissent en contradiction frontale avec les exigences de l’article 3 de la Convention. C’est en tout cas le constat auquel est parvenu le Défenseur des droits⁶³ en se fondant sur les informations rapportées par le bureau de la coordination des affaires humanitaires de l’Organisation des Nations Unies⁶⁴, par le Comité des droits de l’enfant⁶⁵ ou encore sur le rapport de la Commission d’enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne⁶⁶. Il en ressort que les conditions de vie dans les camps sont marquées par l’insuffisance de l’accès aux soins, des conditions d’hygiène insuffisantes, une surpopulation, un risque de propagation des maladies et de pénurie d’eau ou encore par l’absence de soutien psychologique prodigué aux intéressés. Dit autrement, on est bien loin ici de satisfaire à l’obligation positive d’assurer « la santé et le bien-être du prisonnier [...] de manière adéquate, notamment par l’administration des soins médicaux requis »⁶⁷.

Plus encore, l’Organisation mondiale de la santé a fait état, au mois de janvier 2019, du décès d’au moins 29 enfants, dû notamment aux conditions climatiques hivernales⁶⁸. Par ailleurs, le 25 juin 2019, devant le Conseil de sécurité, le Secrétaire général adjoint des Nations Unies aux affaires humanitaires a dit avoir « reçu de nombreuses informations indiquant que des femmes accouchent seules, la nuit, dans leurs tentes »⁶⁹. Aussi, au-delà même du droit de ne pas subir de mauvais traitements, les conditions de rétention apparaissent susceptibles de mettre en cause le droit à la vie des enfants concernés. Rappelons à cet égard que l’article 2 impose « l’obligation positive de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes »⁷⁰. Partant, il pèse sur l’Etat une obligation de vigilance d’autant plus accrue que sont concernées des personnes

⁶¹ Lettre du Premier Ministre au Président de la CNCDH, 14 juin 2019.

⁶² Cour eur. dr. h., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 juin 2007, § 120.

⁶³ Recommandations générales du Défenseur des droits au titre de l’article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, annexée à la Décision du Défenseur des droits, 22 mai 2019, préc., §§ 62-64.

⁶⁴ OCHA (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs) : « Syria: humanitarian response in al hol camp », Situation Report No. 3-As of 1 May 2019

⁶⁵ Comité des droits de l’enfant des Nations Unies, « Concluding observations on the fifth periodic report of the Syrian Arab Republic », 6 mars 2019, CRC/C /SYR/CO/5.

⁶⁶ Rapport de la Commission d’enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne, 1^{er} février 2018, A/HRC/37/72.

⁶⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, §94.

⁶⁸ Communiqué de l’Organisation Mondiale de la Santé, « WHO concerned over critical health situation in Al-Hol camp, Al-Hasakeh », 31 janvier 2019.

⁶⁹ Conseil de sécurité des Nations Unies, Réunion du 25 juin 2019, S/PV.8561, p. 4.

⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Semache c. France*, 21 juin 2018, § 67.

vulnérables⁷¹, telles que des enfants, qui bénéficient, au titre de l'article 6 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du droit à la survie et au développement.

En deuxième lieu, la rétention de mineurs dans les camps syriens ne semble pas compatible avec les dispositions de l'article 5 de la Convention. Dès le mois de février 2018, la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne notait que parmi les personnes internées par les FDS figuraient des enfants dont le maintien en détention « constitue une privation arbitraire de liberté et une détention illégale »⁷². En effet, en l'absence de toute institution et de tout cadre juridique, les mineurs – tout comme leurs mères d'ailleurs – sont aujourd'hui privés de leur liberté sans qu'aucun fondement juridique ne puisse être identifié. Or, s'il est vrai que les Etats européens ne sont pas directement responsables de la privation de liberté subie par leurs ressortissants mineurs, la Cour considère que « la première phrase de l'article 5 § 1 de la Convention doit être comprise comme imposant à l'Etat l'obligation positive de protéger la liberté de ses ressortissants »⁷³.

En troisième et dernier lieu, les requérants ayant saisi la Cour ont indiqué avoir invoqué l'article 3 du Protocole n°4, et plus précisément son second paragraphe qui stipule que « [n]ul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant ». Le moins que l'on puisse dire, c'est que cette disposition n'a pas fait l'objet d'un important contentieux. Elle avait été invoquée par Victor Emmanuel de Savoie qui souhaitait rejoindre l'Italie alors même que la Constitution italienne interdisait l'entrée et le séjour en Italie des descendants masculins de la Maison de Savoie. Cependant, l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle n° 1 du 23 octobre 2002 abrogeant les dispositions en cause a eu pour conséquence la radiation de l'affaire⁷⁴. L'article 3 § 2 du Protocole n°4 a également été invoqué sans succès dans deux affaires similaires, concernant le bannissement des descendants de la famille impériale d'Autriche⁷⁵ et le refus d'entrée sur le territoire roumain de l'ex-roi Michel⁷⁶. Il a enfin été soulevé, en vain également, dans deux autres affaires où la requête était manifestement mal fondée⁷⁷.

En l'absence de tout précédent jurisprudentiel exploitable, on ne peut donc que remarquer que la reconnaissance d'une violation de l'article 3 § 2 du Protocole n°4 impliquerait la reconnaissance d'une obligation positive à la charge de l'Etat. *A priori*, il n'y a aucun obstacle à ce que la théorie des obligations positives soit mise en œuvre concernant cette disposition, si ce n'est qu'une telle obligation ne saurait en tout état de cause constituer un fardeau insupportable ou excessif pour l'Etat. On ne saurait donc exiger de l'Etat qu'il procède lui-même au rapatriement de l'ensemble de ses ressortissants où qu'ils se trouvent et dans n'importe quelle situation. Il n'est cependant pas déraisonnable de considérer qu'en l'espèce, au vu de la vulnérabilité des enfants et

⁷¹ *Ibid*, § 96.

⁷² Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne, 1^{er} février 2018, A/HRC/37/72, § 59.

⁷³ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, § 102 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Medova c. Russie*, 15 janvier 2009, § 123.

⁷⁴ Cour eur. dr. h., arrêt (radiation) *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie*, 24 avril 2003.

⁷⁵ Comm. eur. dr. h., décision *Habsburg-Lothringen c. Autriche*, 14 décembre 1989.

⁷⁶ Cour eur. dr. h., décision *Association "Regele Mihai" c. Roumanie*, 4 septembre 1995.

⁷⁷ Comm. eur. dr. h., décision *S. c. République fédérale d'Allemagne*, 17 octobre 1986 ; Cour eur. dr. h., décision *Roldan Texeira et autres c. Italie*, 26 octobre 2000.

de la possibilité pratique d'assurer leur retour en Europe, les Etats européens soient bien débiteurs d'une telle obligation. Un constat de violation de cette disposition impliquerait dès lors, de manière automatique, une obligation positive de rapatriement. Il en va différemment pour les autres dispositions mises en cause.

B) L'implication corrélative d'une obligation positive de rapatriement

Que les droits conventionnels des enfants retenus soient atteints est une chose. Que les Etats parties à la Convention soient responsables de leur violation et qu'il leur incombe de rapatrier leurs ressortissants en est une autre. C'est pourtant là l'enjeu principal si l'on se place du point de vue des requérants. Afin de déterminer si les Etats concernés sont effectivement dans l'obligation de procéder au rapatriement, il importe ici de distinguer selon les dispositions invoquées.

Comme on l'a dit, dans l'hypothèse où la Cour considèrerait qu'il a été porté atteinte à l'article 3 § 2 du Protocole n°4, l'atteinte serait nécessairement imputable à l'Etat puisqu'elle résulterait précisément du refus de ce dernier de procéder au rapatriement. Partant, il y aurait inévitablement violation de cette disposition.

Il en va différemment s'agissant des articles 2, 3 et 5 de la Convention. En effet, l'atteinte portée à ces derniers ne peut constituer une violation de la Convention que si l'Etat est considéré comme responsable de celle-ci, ce qui ne va pas de soi. En réalité, l'imputation à un Etat des multiples atteintes aux droits fondamentaux des mineurs retenus dans les camps passe nécessairement par la consécration d'une obligation positive de rapatriement. A défaut, dans la mesure où l'Etat ne contrôle ni les FDS, ni les camps, on ne saurait lui reprocher les conditions dans lesquelles les enfants sont retenus, fussent celles-ci inhumaines.

Certes, jusqu'à présent, la Cour n'a jamais affirmé l'existence d'une telle obligation. Il nous semble cependant que si la Cour en arrive à ce stade de son raisonnement – et qu'elle s'est donc reconnue compétente – elle devrait en toute logique s'engager dans cette voie.

En premier lieu, cette obligation positive pourrait être vue comme le pendant de l'interdiction d'éloigner un individu vers un Etat dans lequel il risque d'être soumis à de mauvais traitements⁷⁸. Il ne fait aucun doute en effet qu'un Etat partie à la Convention ne saurait, pour quelque motif que ce soit, expulser un enfant vers un Etat dans lequel il risquerait de subir des traitements semblables à ceux qui prévalent dans les camps syriens. Dans le souci « de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁷⁹, le recours à la théorie des obligations positives en l'espèce ne paraîtrait pas absurde. En tout état de cause, il ne nous semble pas qu'une telle obligation soit de nature à faire peser sur l'Etat un fardeau excessif.

En second lieu, la vulnérabilité des enfants milite, nous semble-t-il, pour la consécration d'une obligation positive à la charge des Etats parties à la Convention. On le sait, la vulnérabilité irrigue désormais le droit de la Convention et a pour conséquence de renforcer les devoirs de l'Etat à l'égard des personnes vulnérables – dont font bien

⁷⁸ Cour eur. dr. h., Plen., arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989.

⁷⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 24.

entendu partie les enfants – à travers des obligations positives strictes⁸⁰. Or, il ne fait guère de doute que seule l'affirmation d'une telle obligation serait de nature à protéger les enfants concernés. Autrement dit, et pour reprendre le vocabulaire de la Cour, en refusant de procéder à leur rapatriement, les Etats concernés n'ont pas fait, jusqu'à présent en tout cas, tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'eux pour protéger efficacement les droits de leurs ressortissants vulnérables.

Si la Cour doit aboutir au constat de la violation d'une des dispositions de la Convention en raison de la méconnaissance de l'obligation positive de rapatriement, il nous semble que l'exigence de *restitutio in integrum* imposera à l'Etat défendeur de faciliter le retour des mineurs concernés par le constat de violation, mais aussi celui de l'ensemble des autres enfants. Certes, cela impliquerait d'exiger que l'Etat intervienne directement ou indirectement en Syrie. La Cour n'a cependant pas hésité, sur le fondement de l'article 46 de la Convention, à indiquer à la France l'obligation d'entreprendre toutes les démarches possibles pour obtenir des autorités d'un Etat tiers – l'Algérie en l'occurrence – l'assurance qu'un individu ne fera pas l'objet de traitements contraires à l'article 3⁸¹. Elle s'autorise donc à prescrire des mesures d'exécution devant être mise en œuvre dans un Etat tiers. On pourrait ainsi imaginer que la Cour, de manière fort audacieuse il faut l'admettre, indique aux Etats mis en cause non seulement une mesure individuelle – le rapatriement « dans les plus brefs délais »⁸² des enfants concernés par la requête – mais aussi une mesure générale – le rapatriement de l'ensemble de leurs ressortissants mineurs. Les Etats n'auraient alors d'autres choix, pour exécuter correctement l'arrêt, que de procéder effectivement au retour de leurs nationaux.

En définitive, il ressort de cette étude que le principal obstacle à l'existence d'une obligation de rapatriement réside dans la difficulté d'établir la juridiction des Etats parties à la Convention et, partant, la compétence de la Cour. On peut certes légitimement douter que la Cour soit effectivement compétente *ratione loci*, mais l'affirmation de l'applicabilité de la Convention ne saurait être écartée d'un revers de main au vu du contrôle effectif que la France ou encore la Belgique exerce sur la situation de leurs ressortissants⁸³. Quoi qu'il en soit si la Cour devait se reconnaître compétente, au prix d'une évolution de sa jurisprudence relative à l'application extraterritoriale de la Convention, elle devrait vraisemblablement conclure à l'existence d'une obligation positive d'assurer le retour des enfants. Evidemment, une telle décision ne manquerait pas de susciter l'hostilité d'une partie (majoritaire ?) des opinions publiques européennes, d'autant que l'on pourrait légitimement s'interroger sur la nécessité corrélative de faire revenir leurs mères. En tout état de cause, même en

⁸⁰ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *V.C. c. Italie*, 1^{er} février 2018, § 110. Sur la vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour, voy. notamment C. RUET, « La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n° 102, 2015, pp. 317-340.

⁸¹ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *M. A. c. France*, 1^{er} février 2018, § 91.

⁸² Dans certaines circonstances, en particulier lorsque le requérant est privé arbitrairement de sa liberté, la Cour n'hésite pas en effet à user de cette formule. Pour un exemple récent, voy notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Gömi c. Turquie*, 19 février 2019, § 100.

⁸³ On pourrait d'ailleurs imaginer qu'un juge national conclut pour sa part à l'applicabilité de la Convention sans que la Cour ne se soit prononcée sur la question, ce qui placerait la juridiction strasbourgeoise dans une position délicate. Dans l'hypothèse où la Cour s'estimerait incompétente, elle irait à l'encontre du juge de droit commun de la Convention – le juge national – en faisant peu de cas du principe de subsidiarité. On retrouve une problématique similaire dans l'affaire *M.N. c. Belgique*, actuellement pendante devant la Grande chambre, au sujet des « visas asile ».

l'absence d'une obligation *juridique* de rapatriement, le cas des enfants retenus en Syrie continuera de poser la question d'une obligation *éthique* de faire revenir en Europe ceux dont le seul crime est d'être nés de parents terroristes.