

Paris, le 10 juillet 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-125

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment les articles 1, 3, 13 et 3 § 2 du Protocole n° 4 ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

Ayant pris connaissance de la requête *H.F. et M.F c. France* (n° 24384/19) devant la Cour européenne des droits de l'homme, communiquée au Gouvernement le 23 janvier 2020, portant sur la situation des enfants et de leurs mères, ressortissants français, retenus dans les camps situés au nord de la Syrie et sous le contrôle des forces démocratiques syriennes,

Autorisé à déposer une tierce-intervention dans la procédure,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour.

Jacques TOUBON

Tierce-intervention du Défenseur des droits dans l'affaire *H.F. et M.F. c. France* (requête n° 24384/19)

Le Défenseur des droits est une autorité administrative indépendante de la République française créée par la loi organique du 29 mars 2011. L'une de ses cinq missions est la protection des droits et de l'intérêt supérieur de l'enfant, protégés notamment par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Le Défenseur des droits a été saisi de plusieurs réclamations portant sur la rétention d'enfants français et de leurs mères dans les camps au nord de la Syrie, sous le contrôle des forces démocratiques syriennes (« FDS »), qui sont identiques à la requête *H.F. et M.F. c. France*.

A l'issue de l'instruction de ces réclamations, il a rendu, le 22 mai 2019, une décision aux termes de laquelle il a constaté plusieurs violations de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention ») et de la Convention internationale des droits de l'enfant (« la CIDE ») et adressé des recommandations au Gouvernement français¹. Depuis cette décision, le Défenseur des droits a reçu d'autres saisines similaires.

La requête *H.F. et M.F. c. France* soulève plusieurs questions : I - la juridiction de la France à l'égard de la situation des enfants français retenus dans les camps au nord de la Syrie (article 1^{er} de la Convention), II - leur situation et les obligations positives de l'Etat au regard de l'article 3 de la Convention, le respect du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat de sa nationalité (article 3 § 2 du Protocole n° 4) et III - l'effectivité des recours internes (article 13 de la Convention).

I. La juridiction de la France au sens de l'article 1^{er} de la convention

L'article 1^{er} de la Convention dispose que les Etats parties reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés protégés par la Convention et/ou ses protocoles. La juridiction est une condition nécessaire pour qu'un Etat puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et libertés énoncés dans la Convention.²

La Cour rappelle systématiquement que la juridiction des Etats membres au sens de l'article 1^{er} est principalement territoriale. Cependant, elle admet dans des circonstances exceptionnelles que cette juridiction puisse s'exercer à l'égard d'actes étatiques qui sont accomplis ou qui produisent des effets en dehors de leurs frontières.³

C'est toujours au regard des faits particuliers de chaque affaire que la Cour apprécie l'existence de circonstances exceptionnelles exigeant et justifiant qu'elle conclut à un exercice extraterritorial de sa juridiction par l'Etat.⁴

¹ Décision 2019-129 en annexe des présentes observations.

² *N.D. et N.T. c. Espagne* [GC], nos 8675/15 et 8697/15, 13 février 2020 pour un rappel de la jurisprudence.

³ *M.N. et autres c. Belgique* [GC], n° 3599/18, 5 mai 2020 ; *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], §§ 131-132, no 55721/07, CEDH 2011.

⁴ *Ibid.*

Dans la présente affaire, la juridiction de la France à l'égard de la situation des enfants, ressortissants français, retenus dans les camps au nord de la Syrie, peut être établie au regard des éléments développés ci-dessous.

- *L'existence d'une influence décisive de la France sur les FDS contrôlant les camps*

Aux termes d'une analyse développée dans sa décision du 22 mai 2019 et présentée ci-dessous, le Défenseur des droits a conclu que la France exerce une influence militaire et politique dans la zone du nord de la Syrie concernant le contrôle de la situation des enfants français et de leurs mères retenus par les FDS et qu'elle a, dès lors, des obligations conventionnelles à leur égard.

La jurisprudence constante de la Cour relative à l'application extraterritoriale de la Convention aux Etat parties, à raison du pouvoir exercé sur une zone géographique, retient leur « *lien de responsabilité* » quant au sort de leurs ressortissants, du fait de « *l'influence décisive* » dont ils disposent sur l'autorité qui les retient ou les détient, et ce même en dehors des limites de leur territoire national dans une partie d'un autre Etat.⁵

L'obligation d'un Etat partie à la Convention d'assurer hors de ses frontières, dans cette zone, le respect des droits et libertés garantis par ce texte résulte du contrôle qu'il exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat ou par le biais d'une administration locale subordonnée. Dès lors que l'Etat « *assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre* », la Cour considère que celui-ci engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle.⁶

Comme indiqué précédemment, le point de savoir si un Etat contractant exerce ou non un contrôle effectif sur un territoire hors de ses frontières est une question factuelle. Pour se prononcer, la Cour prend en compte un certain nombre d'éléments qui ne se limitent pas au nombre de soldats déployés par l'Etat sur le territoire en cause, d'autres éléments peuvent aussi entrer en ligne de compte, tels que la mesure dans laquelle le soutien militaire, économique et politique apporté par l'Etat à l'administration locale subordonnée assure à celui-ci une influence et un contrôle dans la région.⁷ En tout état de cause, la Cour n'exige pas une participation directe des agents de l'Etat aux événements allégués et vérifie entre autres si l'Etat « *n'a pas agi pour empêcher les violations prétendument commises* ». ⁸

Dans la situation qui a fait l'objet des réclamations individuelles et de la présente requête, le Défenseur des droits a fait le constat suivant dans sa décision du 22 mai 2019.

La France intervient dans le nord de la Syrie dans le cadre de l'opération militaire *Chammal* depuis la décision en ce sens du président de la République du 8 septembre 2015 et dans le cadre de la résolution 2249 (2015) adoptée par le Conseil de sécurité des Nations unies, qui lui permet de prendre toutes mesures nécessaires à la lutte contre le terrorisme en Syrie⁹.

⁵ *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, CEDH 2004-VII ; *Mozer c. République de Moldova et Russie* [GC], no 11138/10, 23 février 2016.

⁶ *Mozer c. République de Moldova et Russie*, précité, §§ 106-107.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, précité, § 393.

⁹ Ministère des Armées, Dossier de presse - Opération Chammal, février 2018 ; Conseil de sécurité des Nations unies, Résolution 2249 (2015), 20 novembre 2015, S/RS/2249 (2015).

La France « oeuvre pour la stabilisation des zones libérées de Daech dans le nord de la Syrie », ainsi que pour la structuration d'une « gouvernance » dans cette zone.¹⁰ A cette fin, la France a mis en place un partenariat militaire et diplomatique avec les FDS, notamment dans l'établissement d'un dialogue avec la Turquie.¹¹

Selon les déclarations du ministre de l'Europe et des affaires étrangères, ce partenariat consiste à mener avec les FDS un « combat commun » contre le terrorisme. En ce sens, l'ancien directeur de la Direction générale des services extérieurs a souligné lors de son audition par la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées du Sénat le 6 mars 2019, que « la France a [...] soutenu un certain nombre de groupes d'opposition. En particulier les Kurdes, pas pour des raisons idéologiques mais parce qu'il s'agit des partenaires les plus fiables dans la lutte contre Daesh que nous n'aurions pas pu vaincre sans eux. [...] C'est grâce aux Kurdes, aux [FDS] aussi, que Daesh a été chassé du nord de la Syrie. Nous les avons beaucoup aidés, la France était à Kobané bien avant les Américains »¹². L'importance et la continuité de ce soutien et de cette collaboration ont également été évoquées lors d'une conférence de presse conjointe le 25 février 2019 avec le Président de la République d'Irak, s'agissant de la situation de certains ressortissants français capturés au nord de la Syrie puis transférés en Irak¹³.

L'influence décisive de la France sur les FDS au sens de l'article 1^{er} de la Convention a en outre été précisée dans un communiqué du 15 mars 2019, dans lequel le ministère de l'Europe et des affaires étrangères a indiqué 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 [FDS] de leur coopération, qui a rendu possible cette issue »¹⁴.

Cette influence décisive a été confirmée dans un communiqué de presse du 19 avril 2019 de la présidence de la République, relatant la réception d'une délégation des FDS durant laquelle « [le président de la République] les a assurés de la poursuite du soutien actif de la France dans la lutte contre Daech, qui continue de représenter une menace pour la sécurité collective, et notamment dans la gestion des combattants terroristes faits prisonniers et de leurs familles »¹⁵.

Il résulte de ce qui précède que la France exerce une influence décisive sur les FDS contrôlant les camps et que, de ce fait, sa juridiction au sens de l'article 1^{er} de la Convention est établie concernant la situation des enfants français et de leurs mères qui y sont retenus.

¹⁰ Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, Point Presse 30 mars 2018.

¹¹ Elysée, Entretien du Président de la République avec une délégation syrienne, CP, 30 mars 2018.

¹² Sénat, *Comptes rendus de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées*, 14 mars 2019.

¹³ Elysée, Conférence de presse conjointe d'Emmanuel Macron et Barham Saleh, Président de la République d'Irak, CP, 25 février 2019.

¹⁴ Ministère de l'Europe et des affaires étrangères, Communiqué, 15 mars 2019.

¹⁵ Elysée, Entretien du Président de la République avec une délégation des FDS engagées en première ligne contre Daech, CP, 19 avril 2019. Voir également la lettre de la Rapporteuse onusienne, A. Callamard, au Gouvernement français du 8 août 2019, UA FRA 5/2019.

- *Autres éléments établissant un lien juridictionnel entre la France et la situation des enfants, ressortissants français, retenus dans les camps au nord de la Syrie*

D'autres éléments pourraient établir la juridiction de la France à l'égard de la situation des enfants français retenus dans les camps au nord de la Syrie.

Les autorités nationales se sont opposées à la demande de rapatriement des enfants, fondée sur le droit d'entrer sur le territoire de la France dont ils sont ressortissants, garanti par l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 à la Convention, et ce en vue notamment de ne plus être soumis à des traitements inhumains et dégradants.

Cette décision interne établit un lien juridictionnel entre la France et la situation de ces enfants. En effet, l'article 3 § 2 précité garantit aux seuls ressortissants d'un Etat le droit d'entrer sur le territoire de celui-ci.¹⁶ Protégé en droit international et consacré également par la Cour de justice de l'Union européenne, ce droit est lié à la nationalité et à la relation spéciale d'un individu à l'égard de l'Etat de sa nationalité.¹⁷ La Cour internationale de justice définit la nationalité comme « *un 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* ». ¹⁸

Eu égard à la nature même du droit garanti à l'article 3 § 2 du Protocole n° 4, lorsqu'un individu demande à entrer sur le territoire de l'Etat de sa nationalité, il relève nécessairement de la juridiction de cet Etat, et ce quel que soit l'endroit où il se trouve.

Cette analyse est confortée par les éléments suivants. Bien que la jurisprudence de la Cour relative à l'article 3 § 2 précité soit rare, il en ressort que la question de la juridiction de l'Etat mis en cause n'est jamais discutée lorsqu'elle est saisie d'une requête formulée sur le fondement de cet article.¹⁹

La Cour pourrait également se rapporter aux décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, qui est chargé de veiller au respect du Pacte international des droits civils et politiques, notamment de l'article 12 § 4, dont les dispositions sont presque similaires à celles de l'article 3 § 2 du Protocole n°4²⁰. Selon une jurisprudence constante, la Cour interprète en effet la Convention et ses protocoles en harmonie avec les règles relatives à la protection internationale des droits de l'homme, telles que le Pacte.²¹

La Cour constatera que les décisions du Comité des droits de l'homme vont dans le sens d'une reconnaissance de la juridiction de l'Etat. Saisi sur le fondement de l'article 12 § 4 du Pacte, le Comité s'est ainsi estimé compétent pour examiner une requête visant les autorités uruguayennes concernant un refus de délivrance de passeport opposé à une ressortissante uruguayenne qui résidait à l'étranger. Selon lui, la question de la délivrance d'un passeport à un citoyen uruguayen relève clairement de la juridiction des autorités uruguayennes et celui-

¹⁶ Association "Regele Mihai" contre la Roumanie, 26916/95, 4 septembre 1995.

¹⁷ Voir notamment Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers ; article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; CJUE, *Van Duyn*, jugement du 4 décembre 1974, affaire 41/74 ; CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

¹⁸ CIJ, arrêt *Nottebohm*, 1955.

¹⁹ Voir notamment *De Savoie c. Italie*, 53360/99.

²⁰ « *Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays* ».

²¹ Voir par exemple *Siliadin c. France*, no 73316/01, CEDH 2005-VII ; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], no 41615/07, § 131, CEDH 2010.

ci est soumis à leur juridiction à cet égard au sens de l'article 2 du Pacte²². Il considère qu'en raison de la nature même du droit inscrit à l'article 12 § 4, il impose des obligations à l'Etat de nationalité lorsque le requérant est à l'étranger.²³ Le Comité en conclut que l'article 2 du Pacte ne peut être interprété comme limitant les obligations de l'Etat uruguayen au titre de l'article 12 aux personnes se situant sur son territoire.

Il résulte de ce qui précède que la demande de retour des enfants français et de leurs mères dans le pays de leur nationalité sur le fondement de l'article 3 § 2 du Protocole n° 4, relève de la juridiction de la France au sens de l'article 1^{er} de la Convention, et que celle-ci l'a exercée en leur opposant un refus.

L'existence de ce lien juridictionnel ne saurait par ailleurs être contestée, la France ayant déjà exercé sa juridiction à cet égard, en organisant le retour d'enfants français qui se trouvent dans la même situation. Cette autorité ne semble pas être non plus contredite par les FDS.²⁴

En outre, ainsi que la Cour l'a déjà rappelé dans *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, la responsabilité de l'Etat peut aussi se voir engagée en raison d'actes nationaux qui ont des répercussions suffisamment proches sur les droits garantis par la Convention, même si ces répercussions se manifestent en dehors de sa juridiction.²⁵

Cela a été le cas dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, qui concernait l'extradition d'un individu vers un Etat non contractant. La Cour a considéré qu'un Etat partie se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention s'il remettait consciemment un fugitif à un autre Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'il court un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants²⁶. Dès lors, un Etat partie peut engager sa responsabilité au titre de la Convention lorsque les effets extraterritoriaux de ses actes ou omissions entraînent ou peuvent entraîner une violation de l'article 3 de la Convention.²⁷ La Cour l'a reconnu dans d'autres situations.²⁸

Dans la présente affaire, un lien juridictionnel peut être établi en raison de l'effet extraterritorial du refus la France de permettre le rapatriement de ses ressortissants français, sur leur situation et leurs droits.²⁹ En effet, en leur opposant ce refus, la France leur nie le droit d'entrer dans leur pays, pourtant garanti par 3 § 2 du Protocole n°4, et fait perdurer une situation de traitements inhumains et dégradants contraire à l'article 3 de la Convention, qui met leur vie en danger ; situation dont la France a parfaitement connaissance et sur laquelle elle exerce une autorité *de jure* en tant qu'Etat de la nationalité des personnes concernées et *de facto* en raison des précédents rapatriements d'enfants effectués par la France avec l'accord des FDS.

²² « 1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte (...) »

²³ UNHRC, *Vidal Martins c. Uruguay*, communication 57/79 ; voir aussi communications 108/1981, 77/1980, 106/1981.

²⁴ Voir la décision du Défenseur des droits et/ou les développements plus haut.

²⁵ *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, précité, § 317.

²⁶ *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 35, §§ 88-91.

²⁷ Cette responsabilité peut également se poser sur le terrain des articles 2 (droit à la vie) et 1 du Protocole n° 6 (abolition de la peine de mort) mais également de l'article 6 de la Convention - qui protège le droit à un procès équitable - lorsque la personne risque de subir un déni de justice flagrant en cas de transfert vers l'Etat tiers.

²⁸ Voir par exemple *Nada c. Suisse* (10593/08) concernant le refus d'entrée des autorités suisses sur le territoire opposé à un ressortissant de nationalités italienne et égyptienne ou encore *Romanczyk c. France* (7618/05) s'agissant de manquements des autorités françaises dans l'exécution de jugements polonais ordonnant à un particulier résidant en France le versement d'une pension alimentaire au bénéfice d'une ressortissante polonaise, résidant en Pologne.

²⁹ Voir à cet égard les exemples cités par M. den Heijer, *The extraterritorial applicability of human rights*, 2011.

Par ailleurs, on ne pourrait pas conclure différemment eu égard au caractère absolu et indérogeable de l'interdiction de traitements inhumains et dégradants inscrite à l'article 3,³⁰ à l'extrême vulnérabilité des enfants retenus dans les camps et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Plusieurs experts onusiens ont reconnu la juridiction des Etats à l'égard de leurs ressortissants nationaux au titre du principe de non-refoulement et leur ont rappelé qu'ils devaient prendre toutes les mesures nécessaires pour intervenir en leur faveur, y compris en organisant un rapatriement.³¹ C'est également l'avis des rapporteuses onusiennes, F. Ní Aoláin et A. Callamard ; selon elles, la responsabilité de l'Etat au titre de la Convention peut être engagée lorsqu'il est démontré qu'il a la capacité de protéger le droit à la vie de ses ressortissants retenus dans les camps à l'étranger et que ses actions influencent directement ce droit.³²

L'autre lien juridictionnel entre la France et la situation des enfants français et des mères retenus dans les camps est l'existence de procédure(s) judiciaire(s) ouverte(s) à l'encontre de ces dernières, au regard de l'article 6 de la Convention qui garantit le droit à un procès équitable, en application de la jurisprudence *Markovic et autres c. Italie*.³³ En présence de telles procédures, la France est en effet tenue de garantir le respect des droits protégés par l'article 6, notamment le droit pour tout accusé d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui et de participer de manière effective à sa défense, en étant présent sur le territoire et en participant à son procès.³⁴ L'exercice de la juridiction de l'Etat à cet égard devrait être apprécié à la lumière des circonstances de l'espèce, notamment l'absence de procédure judiciaire à l'encontre de l'intéressé dans la zone concernée, la volonté de ce dernier d'être remis aux autorités françaises et l'accord des autorités le détenant.

Il résulte de ce qui précède que la juridiction de la France au sens de l'article 1^{er} de la Convention est établie à l'égard de la situation des enfants français et de leurs mères retenus dans les camps au nord de la Syrie.

II. Obligations de l'Etat français à l'égard des enfants, ressortissants français, retenus dans les camps au nord de la Syrie

Dans sa décision du 22 mai 2019, le Défenseur des droits a fait état des conditions de rétention dramatiques des enfants dans les camps situés au nord de la Syrie. Cette situation est notoirement connue et largement documentée et relayée par diverses sources.³⁵

En janvier 2020, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (« APCE ») a fait état de cette situation dans un rapport qui a donné lieu à des recommandations aux Etats sur les « obligations internationales relatives au rapatriement des enfants des zones de guerre et de conflits (...) » :

« Dans le seul camp de réfugiés et de détention d'Al-Hol, dans le nord-est de la Syrie, plus de la moitié des plus de 60 000 résidents sont des enfants de moins de 12 ans. Beaucoup d'entre eux sont orphelins et/ou non accompagnés. Des centaines, sinon des milliers, sont des enfants

³⁰ Voir également A/70/303, 7 août 2015.

³¹ Joint Statement on Human Rights and Humanitarian Concerns Related to Conflict Affected Women and Children in Syria and Iraq, 11 novembre 2019; voir aussi Key principles for the protection, repatriation, prosecution, rehabilitation and reintegration of women and children with links to United Nations listed terrorist groups, avril 2019.

³² Voir également L. Robert, Enfants de "djihadistes" retenus en Syrie: vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme, RTDH, 120/2019.

³³ *Markovic et autres c. Italie* [GC], no 1398/03, § 54, CEDH 2006-XIV ; *M.N. et autres c. Belgique*, précité, § 107.

³⁴ Voir par exemple *Hermi c. Italie* [GC], no 18114/02, §§ 58-59, CEDH 2006-XII.

³⁵ Voir également le rapport de la Commission indépendante internationale d'enquête sur la Syrie, "They have erased the dreams of my children": children's rights in the Syrian Arab Republic, janvier 2020.

de ressortissants de pays européens et/ou de citoyens de l'Union européenne. Ces enfants sont en profonde détresse humanitaire. Seuls quelques gouvernements d'États membres du Conseil de l'Europe portent la considération nécessaire à leur situation et à leurs droits. Ils manquent de nourriture, d'abris, d'eau potable et n'ont pas accès aux services médicaux et à l'éducation. Leur situation se dégrade encore avec l'hiver et la recrudescence des combats et des actes terroristes dans la région. Ils sont exposés aux risques de violence endémique, d'exploitation et d'abus sexuels, de harcèlement, de trafic et de radicalisation, pour n'en citer que quelques-uns. Leur accès à la santé, à l'éducation et à la sécurité est pratiquement nul. Ils souffrent de troubles de stress post-traumatique et d'autres conséquences mentales, physiques et sociales découlant du fait qu'ils vivent depuis de nombreuses années dans une zone de guerre. »³⁶

La situation que les enfants retenus dans ces camps subissent depuis un long moment est constitutive de traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention, et met leur vie en danger au regard de l'article 2.³⁷ Cette situation qui s'est aggravée avec la pandémie de COVID-19³⁸ est également constitutive d'atteintes aux droits protégés par la CIDE³⁹ : le droit à la vie (article 6) ; le droit de ne pas être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 37 a)) ; le droit d'être protégé contre toute forme de violence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle (article 19) ; le droit à une protection de l'Etat (article 20) ; le droit à la santé (article 24) ; le droit de ne pas être privé de liberté de façon illégale ou arbitraire (article 37 b), voir également article 5 de la Convention).

- *L'obligation de protection de la France à l'égard des enfants français retenus dans les camps syriens*

Selon une jurisprudence constante de la Cour, les Etats parties ont une obligation de protection à l'égard des enfants au titre de l'article 3 de la Convention, lequel interdit tout traitement inhumain ou dégradant, mais également au titre de la CIDE, à laquelle la France est partie ; en effet, la Cour interprète la Convention et les exigences qui en résultent à la lumière des autres règles internationales de protection des droits de l'homme, notamment de la CIDE et de ses protocoles.⁴⁰

Cela entraîne pour la France plusieurs obligations, notamment des obligations positives en matière de protection des enfants. Plusieurs d'entre elles sont précisées dans la CIDE :

Au titre des articles 6 et 37 de la CIDE, les Etats garantissent le droit à la vie de tout enfant et veillent à ce qu'il ne soit pas soumis à des traitements inhumains ou dégradants. L'article 19 demande aux Etats de prendre toutes les mesures appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteintes ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle. L'article

³⁶ APCE, Doc. 15055, 29 janvier 2020, résolution 20321 (2020) ; voir également le rapport de la Commission indépendante internationale d'enquête sur la Syrie précité ainsi que l'article du Figaro « Syrie: des familles demandent de "rapatrier d'urgence" les enfants français comme ceux de Wuhan », 14 février 2020, mentionnant la présence d'environ 300 enfants français dans les camps au nord de la Syrie.

³⁷ En janvier 2020, la garde des Sceaux indiquait qu'une telle situation n'était pas acceptable dans un entretien à Libération le 10 janvier 2020.

³⁸ International Crisis Group, "Virus Fears Spread at Camps for ISIS Families in Syria's North East", 7 avril 2020; Appel de plusieurs organisations, « La France devrait d'urgence rapatrier une enfant française gravement malade détenue dans un camp du nord-est de la Syrie », 21 avril 2020.

³⁹ Il est renvoyé à la décision du Défenseur des droits du 22 mai 2019 en annexe.

⁴⁰ Voir, par exemple, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A no 18 ; *Nada c. Suisse* [GC], no 10593/08, § 169, CEDH 2012 ; *Maumousseau et Washington c. France*, no 39388/05, 6 décembre 2007.

20 dispose que tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat.

L'article 39 de la CIDE demande également à ce que des mesures appropriées soient prises pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant.

Aux termes de l'article 3 de la CIDE, l'intérêt supérieur de l'enfant qui est un des principes directeurs de la Convention, doit toujours être une considération primordiale dans les décisions concernant les enfants.

La France a également une obligation de protection au regard du Protocole facultatif à la Convention concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, qu'elle a ratifié. La Syrie est le théâtre d'un conflit armé depuis plus de neuf ans. En présence d'un risque avéré d'enrôlement des enfants français retenus dans les camps syriens dans des groupes ou forces armés, la France a l'obligation de prendre des mesures permettant de l'empêcher.⁴¹

Enfin, le droit international humanitaire a également vocation à s'appliquer. La France ayant ratifié les Conventions de Genève et leurs protocoles additionnels, elle est également tenue de respecter la IV^{ème} Convention de Genève, en particulier son article 132, aux termes duquel elle doit s'efforcer, en tant qu'Etat membre de la coalition internationale, de conclure des accords en vue de la libération, du rapatriement, du retour au lieu de domicile ou de l'hospitalisation en pays neutre des enfants, des femmes enceintes et des mères avec nourrissons et enfants en bas âge.

Il résulte de ce qui précède que la France a une obligation de protection à l'égard des enfants français retenus dans les camps au nord de la Syrie.

Dès lors, en présence d'une situation avérée de traitements inhumains et dégradants - comme c'est le cas de ces enfants qui se situent au surplus dans une zone de conflit armé -, la France a l'obligation de prendre des mesures propres à mettre fin à ces traitements dans les meilleurs délais et de les protéger. La Cour a rappelé cette obligation dans l'affaire *Khan c. France*, ajoutant : « *L'article 3 combiné avec l'article 1 doit permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables, et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance* ». ⁴²

Dans la présente situation, cette protection ne sera efficace au regard de l'article 3 de la Convention qu'en mettant fin aux traitements inhumains et dégradants des enfants résultant des conditions de rétention et en prenant des mesures adéquates à cet égard. L'une d'entre elles est à l'évidence l'organisation de leur retour sur le sol français et leur prise en charge par

⁴¹ Voir par exemple <https://www.unhcr.org/sy/11542-innocent-victim-child-recruitment.html>; F. Capone, *The children (and wives) of foreign ISIS fighters: Which obligations upon the States of nationality?* QIL, Zoom-in 60 (2019).

⁴² *Khan c. France*, précité, § 73, 92. Voir également les exigences résultant de la Convention contre la torture ; F. Sudre, Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, RTDH, 1995, p. 363

les services compétents. Cette mesure est tout à fait réalisable au vu des rapatriements d'enfants précédemment opérés par la France.

Dans sa décision du 22 mai 2019, le Défenseur des droits a considéré que le manque de diligence de la France dans l'adoption de mesures nécessaires visant à mettre fin à ces traitements et à la détention arbitraire des enfants français et de leurs mères, au regard des conditions de rétention dans les camps était constitutif d'une violation de l'article 3. Bien conscient des préoccupations relatives à la sécurité nationale, partagées par les autorités et la population, il rappelle que chacune des situations individuelles des personnes revenant de cette zone de conflit est systématiquement soumise aux autorités judiciaires françaises.

Les recommandations formulées dans la décision du 22 mai 2019 n'ont pas été suivies d'effet. En réponse, le 18 juin 2019, le Premier ministre a indiqué ne pas partager l'analyse du Défenseur des droits.

Dans son rapport sur la visite de la France du 8 mai 2019, la Rapporteuse spéciale des Nations unies, F. Ní Aoláin, a relevé qu'en raison de son manque d'initiative concernant la situation et le statut de ces ressortissants français en Syrie, la France n'assumait pas sa responsabilité envers ses citoyens, y compris mineurs, qui sont détenus dans des conditions très difficiles et dont bon nombre doivent recevoir, en vertu du droit international, un traitement spécial en raison de leur âge, de leur indigence et de leur vulnérabilité. Elle a recommandé aux autorités françaises de mettre en place une protection juridique et diplomatique active pour les ressortissants français se trouvant dans des zones de conflit à l'étranger, en particulier des enfants.⁴³

Soulignant les engagements conventionnels des Etats membres du Conseil de l'Europe, l'APCE a rappelé, cette année, cette obligation de protection : « *[les Etats membres] ont (...) pris l'engagement de protéger tous les enfants et de prendre toutes les mesures possibles en pratique pour garantir que les enfants touchés par les conflits armés bénéficient d'une protection et d'une prise en charge* ». Elle les a invités à prendre un certain nombre de mesures à l'égard des enfants, notamment celle de les rapatrier en compagnie de leur mère.⁴⁴ Plusieurs instances partagent cette analyse et n'ont eu de cesse de rappeler ces obligations.⁴⁵

La Cour relèvera également que le 28 février 2019, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies chargé de veiller au respect de la CIDE et de ses protocoles, recommandait à la Belgique « *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 (...) conformément à l'article 9 de la Convention* ».⁴⁶ En mars 2020, le Comité onusien contre la torture, saisi d'une réclamation d'une ressortissante belge retenue dans un camp au nord de la Syrie, ordonnait des mesures provisoires de protection à la Belgique afin de permettre son retour.

Relevons que c'est en ce sens que le 6 novembre 2019, la plus haute juridiction de l'ordre administratif allemand a jugé que le gouvernement devait rapatrier une citoyenne allemande

⁴³ Rapport de la Rapporteuse onusienne, F. Ní Aoláin, sur sa visite en France, A/HRC/40/52/Add.4, 8 mai 2019.

⁴⁴ APCE, résolution 2321 (2020), Obligations internationales relatives au rapatriement des enfants des zones de guerre et de conflits.

⁴⁵ Le rapport de l'APCE mentionne ces instances, rapport, Doc. 15055, § 11. Voir également CNCDH, Avis sur les enfants retenus dans les camps syriens, septembre 2019.

⁴⁶ CRC/C/BEL/CO/5-6. Voir également le rapport de la Rapporteuse F. Ní Aoláin, sur sa visite en Belgique, A/HRC/40/52/Add.5, 8 mai 2019.

ainsi que ses trois enfants mineurs, détenus dans le camp d'Al-Hol en Syrie, en s'appuyant sur le devoir de protection de l'Etat.⁴⁷

S'agissant de la situation des mères qui sont aux côtés des enfants français retenus dans les camps, conformément aux principes et aux droits inscrits dans la CIDE, le retour en France de ces enfants doit se faire avec le consentement de la mère, et celui-ci doit être décidé en respectant l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit de ne pas être séparé de ses parents⁴⁸.

En conclusion, en l'absence de mesures de protection propres à faire cesser les traitements inhumains et dégradants des enfants français retenus dans les camps, la France engage sa responsabilité au titre de l'article 3 de la Convention.

- *Le droit des enfants français d'entrer sur le territoire de l'Etat dont ils sont ressortissants*

Aux termes de l'article 3 § 2 du Protocole n°4 à la Convention, « *nul peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant* ». Comme indiqué plus haut, ce droit garanti en droit international est directement lié à la nationalité et à la relation spéciale existant entre un individu et l'Etat de sa nationalité.

Dans le rapport explicatif du protocole n°4, le Comité d'experts sur les droits de l'homme a indiqué que cet article ne pouvait être invoqué qu'à l'égard de l'Etat dont la victime d'une violation de ses dispositions est ressortissante.⁴⁹ La Commission a également précisé que cet article vise les privations du droit des individus d'entrer dans le pays dont ils ont la nationalité.⁵⁰ C'est bien ici la situation des enfants retenus dans les camps syriens qui sont des ressortissants français et qui se sont vus refuser leur retour en France par les autorités nationales.

Or, cette décision semble méconnaître les dispositions de l'article 3 § 2 du Protocole n° 4.

Les dispositions de cet article « *Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant* », telles qu'elles sont formulées, ne semblent autoriser aucune limitation à ce droit. Dès lors, la décision de la France de ne pas rapatrier les enfants français emporte violation de cet article.

Si toutefois ce droit n'est pas considéré comme un droit absolu par la Cour, la limitation à ce droit devrait être exceptionnelle et faire l'objet d'un contrôle strict de la Cour. En tout état de cause, elle ne devrait pas porter une atteinte à la substance même de ce droit et le priver de son effectivité.

Dans le cadre de son contrôle, la Cour pourrait vérifier notamment si la mesure a un caractère arbitraire, ainsi qu'un certain nombre d'éléments :

- L'existence d'une base légale sur laquelle s'est fondée la décision et les motifs la justifiant, ainsi que leur recevabilité au regard des exigences de la Convention ;

⁴⁷ Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, 6 novembre 2019.

⁴⁸ Article 9 de la CIDE ; voir également article 8 de la Convention.

⁴⁹ Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention, Strasbourg, 16.IX.1963. Voir également S. c. *La République Fédérale d'Allemagne*, 17 octobre 1986, 11659/85, décision, Commission.

⁵⁰ *C.B. c. Allemagne*, 11 janvier 1994, 22012/93.

- L'existence d'un examen concret par les autorités de la demande des enfants, de leur situation et des atteintes à leurs droits, en prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit être une considération primordiale au regard de l'article 3 de la CIDE ;
- La prise en compte de la situation d'extrême vulnérabilité des enfants qui doivent être considérés avant tout comme des victimes. Ainsi que l'APCE le souligne, ces derniers ne sont pas responsables des actes de leurs parents, ni des situations dans lesquelles ils se trouvent ; leurs droits ne sauraient être compromis par les actions de leurs parents ;⁵¹
- La prise en compte de la situation des enfants isolés ou orphelins, qui doivent pouvoir être autorisés à entrer sur le territoire national et bénéficier d'une réunification familiale ;⁵²
- L'absence de protection consulaire dans la zone ainsi que l'absence de perspective de solution quant à leur situation ;
- L'absence de garanties procédurales afin de faire valoir leur droit d'entrée sur le territoire national, les juges nationaux se déclarant incompétents à cet égard.

Eu égard à ce qui précède et de ce qu'il ressort des situations des enfants français retenus dans les camps, le refus des autorités nationales de permettre leur retour en France semble méconnaître les dispositions de l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 et pourrait engager leur responsabilité à ce titre.

III. L'absence de recours interne effectif permettant le retour des enfants en France et l'arrêt des traitements inhumains et dégradants dont ils sont victimes

Par plusieurs ordonnances du 23 avril 2019, le Conseil d'Etat a déclaré, en application de la théorie des actes de gouvernement, l'incompétence des juges pour statuer sur une demande de retour sur le territoire national d'enfants français accompagnant leur mère, retenus dans les camps au nord de la Syrie : « *les mesures demandées en vue d'un rapatriement [...] ne sont pas détachables de la conduite des relations internationales de la France. En conséquence, une juridiction n'est pas compétente pour en connaître* »⁵³.

Il en résulte que les enfants et leurs mères ne disposent pas de recours juridictionnel pour accéder à un juge et obtenir une décision sur le bien-fondé de leurs demandes tel que garanti par l'article 6 § 1 de la Convention.⁵⁴ L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement a pour effet de soustraire arbitrairement l'action des requérants à la compétence des tribunaux ; ce qui constitue une restriction disproportionnée au droit d'accès au juge au sens de cet article⁵⁵.

Les enfants et leurs mères ne disposent pas non plus d'un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention. Les autorités françaises ont, à plusieurs reprises, indiqué au Défenseur des droits, dans le cadre des réclamations portées devant lui, que « *la France ne disposant plus de représentation en Syrie depuis 2012, les autorités françaises ne sont actuellement pas en mesure d'exercer la protection consulaire telle que prévue par la Convention de Vienne de 1963 à l'égard des ressortissants français* ». Sur ce fondement, elles ont ainsi justifié les fins de non-recevoir adressées aux familles qui servent d'intermédiaire aux enfants et à leurs mères, les invitant à saisir la Croix rouge internationale.

⁵¹ APCE, résolution 2321 (2020) ; voir également CEDH, *Menesson c. France*, no 65192/11, § 99, CEDH 2014.

⁵² CJUE, arrêt du 27 juin 2006, C-540/03, Rec. p. I-5769, § 57.

⁵³ Conseil d'Etat, ordonnances du 23 avril 2019, n°429668, 429669, 429674 et 429701.

⁵⁴ *Károly Nagy c. Hongrie* [GC], no 56665/09, § 60, 14 septembre 2017 ; 60 *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, §65, série A no 294-B; *Markovic et autres c. Italie*, précité, § 113.

⁵⁵ *A. c. Royaume-Uni*, no 35373/97, §63, CEDH 2002-X CEDH. Voir également S. Slama, L'acte de gouvernement à l'épreuve du droit européen, AJDA 2019, p.1644.

Pourtant, l'article 13 de la Convention exige la mise à disposition d'un recours interne permettant aux requérants d'obtenir l'examen du contenu de griefs défendables fondés sur la Convention et d'empêcher la survenance ou la continuation des violations alléguées ou fournir un redressement approprié pour toute violation déjà produite.⁵⁶ Les exigences de cet article sont plus élevées lorsqu'on est en présence de griefs tirés de l'article 3 de la Convention. Ce recours doit être suffisamment certain, effectif en pratique comme en droit, et garantir un examen indépendant et rigoureux.⁵⁷

Dans sa décision du 22 mai 2019, le Défenseur des droits a dès lors recommandé l'adoption de mesures effectives permettant de faire cesser les traitements inhumains et dégradants ainsi que la détention arbitraire des enfants français et de leurs mères dans les camps au nord de la Syrie. Il a également préconisé de garantir par tout moyen que les recours portés devant les autorités françaises soient effectifs pour faire cesser et réparer ces atteintes aux articles 3 et 5 de la Convention.

Ces recommandations n'ont pas été suivies d'effet. En réponse, le Gouvernement a indiqué être en désaccord avec l'analyse du Défenseur des droits.

Considérant qu'une telle situation n'est pas conforme à la Convention, plusieurs parlementaires ont déposé une proposition de loi visant à créer un droit au recours juridictionnel à l'encontre des actes de gouvernement au regard de la protection des droits fondamentaux.⁵⁸

L'absence de recours interne effectif permettant aux enfants et à leurs mères retenus dans les camps au nord de la Syrie d'obtenir un examen par le juge des griefs tirés de l'article 3 de la Convention et de l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 porte atteinte à l'article 13 de la Convention.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à l'attention de la Cour.

Jacques TOUBON

⁵⁶ *Kudła c. Pologne* [GC], no 30210/96, § 158, CEDH 2000-XI.

⁵⁷ *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], no 30696/09, § 288, 293, CEDH 2011.

⁵⁸ Assemblée nationale, Proposition de loi portant création d'un droit au recours juridictionnel à l'encontre des actes de Gouvernement au regard de la protection des droits fondamentaux, enregistré le 21 janvier 2020.