

Le droit au retour en Suisse des «voyageurs du djihad» et de leurs enfants: vers une obligation de rapatriement pour la Confédération?*

KASTRIOT LUBISHTANI**/GAËLLE SAUTHIER***/
DAMIEN SCALIA*****/ANNE-LAURENCE GRAF*****

Mots-clés: terrorisme, voyageurs du djihad, nationalité suisse, obligation de rapatriement, juridiction, extraterritorialité, droit constitutionnel, droit international des droits humains, droits de l'enfant, droit international humanitaire, droits diplomatique et consulaire

A. Introduction

Alors même que la guerre qui a impliqué l'organisation terroriste «État islamique» au Moyen-Orient est dite «terminée» pour nombre d'États y ayant participé, elle n'a pas pour autant fini de faire souffrir et de soulever d'épineuses questions juridiques et humaines. En effet, la présence des contingents militaires occidentaux et russes, ainsi que les armées des États de la région qui sont toujours au combat, révèlent le fossé entre les déclarations officielles et la réalité d'une guerre pas tout à fait finie. Dans une perspective juridique qui plus est, les problèmes que pose cette situation sont symptomatiques de l'achèvement de conflits armés, qu'il s'agisse du contrôle des territoires, de la répression des crimes perpétrés durant le conflit et des réparations qui s'en suivront.

Un des drames humains qui se joue actuellement dans le contexte de la guerre en Syrie et en Irak tient au fait que des «voyageurs du djihad» euro-

* Cette contribution engage les opinions personnelles des autrices et auteurs indépendamment des institutions au service desquelles elles et ils œuvrent.

** MLaw, doctorant en droit au Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne.

*** Docteure en droit, brevet d'avocate, collaboratrice scientifique à l'Université de Genève et Présidente de l'Autorité intercommunale de protection de l'enfant et de l'adulte, Martigny.

**** Professeur à l'Université Libre de Bruxelles et Professeur invité à l'Université de Lausanne.

***** Docteure en droit, collaboratrice scientifique au Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Université de Neuchâtel.

péens – aussi appelés «combattants terroristes étrangers» – sont partis combattre pour l’État islamique, mais souhaitent aujourd’hui revenir dans leur État d’origine ou de résidence. Pour complexifier encore plus cette situation, des enfants ont été emmenés ou sont nés sur place et se retrouvent, eux aussi, privés de liberté et dans un *no-man’s land* juridique. La Suisse ne fait pas exception avec près d’une centaine de personnes (92 exactement) depuis 2001 parties rejoindre une organisation terroriste sur le théâtre de ses opérations, dont environ un tiers (30) sont des ressortissants helvétiques, avec 16 personnes revenues, une dizaine de personnes s’y trouvant encore, avec en tout cas 7 enfants¹. En revanche, il n’existe pas de chiffres relatifs aux naissances d’enfants de parents suisses sur place.

Or les conditions dans lesquelles ces personnes sont détenues, notamment dans le camp d’Al-Hol en Syrie, interpellent. Selon plusieurs organisations non gouvernementales, les conditions sanitaires sont non seulement déplorables, mais aussi inhumaines, en ce que les besoins vitaux, à l’instar de l’eau, la nourriture et les soins médicaux, ne sont pas garantis, au point de mettre la vie de leurs résidants en danger². En outre, la sécurité des personnes détenues dans ces camps, dans l’attente d’être renvoyées vers leurs pays d’origine, n’est pas garantie, en plus du fait que leur détention ne repose sur aucune base légale ou jugement³. C’est donc dans ces conditions que les gouvernements européens ont été invités par les autorités détenant ces personnes à les rapatrier au plus vite⁴.

L’objet de la présente contribution est de déterminer, d’une part, les droits des «voyageurs du djihad» suisses et de leurs enfants en particulier, et, d’autre part, les obligations de la Confédération envers ces personnes. Il s’agit plus pré-

-
- 1 SERVICE DE RENSEIGNEMENT DE LA CONFÉDÉRATION, Terrorisme (Novembre 2020), disponible sous <https://www.vbs.admin.ch/fr/themes/recherche-reseignements/voyageurs-djihad.html> (consulté le 20.12.2020).
 - 2 En 2019, l’International Rescue Committee a dénombré au 1^{er} décembre 2019 le décès de 339 enfants dans le camp d’Al Hol, cf.: <https://www.rescue.org/press-release/data-analyzed-irc-reveals-staggering-health-and-humanitarian-needs-children-al-hol> (consulté le 20.12.2020).
 - 3 Au sujet de ces conditions de détention, voir: FRANCESCO MILAN, ISIS Foreign Fighters after the Fall of the Caliphate, *Armed Conflict Survey 6/2020*, p. 23 ss, p. 25 ss; MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, Syria: MSF teams treat women for gunshot wounds amid violence and unrest in Al Hol camp, 30.9.2019 (<https://www.doctorswithoutborders.org/what-we-do/news-stories/story/syria-msf-teams-treat-women-gunshot-wounds-amid-violence-and-unrest>) [consulté le 20.12.2020]; MÉDECINS SANS FRONTIÈRES, Syria: Women and children suffer amid poor conditions in Al Hol camp, 16.5.2019 (<https://www.doctorswithoutborders.org/what-we-do/news-stories/news/syria-women-and-children-suffer-amid-poor-conditions-al-hol-camp>) [consulté le 20.12.2020]; ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, Syria crisis. Who’s Response in Al-Hol Camp, Al-Hasakeh Governorate, 5/2019 (https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/COPub_SYR_crisis_6_2019_EN.pdf) [consulté le 20.12.2020]).
 - 4 Voir notamment: ALLAN KAVAL, Les Kurdes demandent le départ des djihadistes étrangers détenus en Syrie, *Le Monde*, 8.10.2018, disponible sous https://www.lemonde.fr/international/article/2018/10/08/djihadistes-et-rangers-detenus-en-syrie-les-kurdes-demandent-leur-rapatriement_5366374_3210.html (consulté le 20.12.2020).

cisement d'étudier la question de savoir s'il existe un droit au, respectivement une obligation de, rapatriement. Si ce questionnement est fondamental d'un point de vue juridique, il est crucial de garder à l'esprit qu'il ne concerne qu'une poignée d'individus. Cela étant, ce sont des vies humaines qui sont en jeu et leur nombre, aussi faible soit-il, ne change rien au fait que la question est à la fois politique et humaine, appelant chacun des acteurs de ce dossier éminemment complexe à ses responsabilités. Pour l'heure, et après avoir tergiversé, le Conseil fédéral s'en tient à la stratégie qu'il a élaborée en mars 2019 consistant à dire qu'il n'interdirait pas le retour des «voyageurs du djihad» et leurs enfants de nationalité suisse, mais qu'il refusait d'intervenir activement pour leur rapatriement⁵. Par conséquent, il sied d'analyser si cette décision politique est conforme au droit constitutionnel suisse et au droit international.

Dans le cadre de cette contribution, nous examinerons dans un premier temps le droit suisse (*infra* B.), avant d'analyser le droit diplomatique et consulaire (*infra* C.), puis les obligations découlant pour la Confédération du droit international humanitaire (*infra* D.), ainsi que du droit international des droits humains, notamment les droits de l'enfant (*infra* E.). À toutes fins utiles, précisons que nous ne traiterons pas la question du jugement pénal des personnes parties rejoindre une organisation terroriste, car il s'agit d'un autre sujet sortant du cadre de la présente contribution. Enfin, nous présenterons nos conclusions (*infra* F.).

B. Droit suisse

Sur le plan interne, les «voyageurs du djihad» suisses jouissent, en leur seule qualité de Confédéré, d'un droit fondamental et constitutionnel particulier pouvant leur permettre de revenir en Suisse: la liberté d'établissement (art. 24 Cst.)⁶. Dès lors que la titularité de cette liberté constitutionnelle dépend de la nationalité suisse, cette dernière revêt une importance capitale, cela d'autant plus parce que la question du retrait de la nationalité est de plus en plus évoquée concernant ces personnes.

5 CONSEIL FÉDÉRAL, Voyageurs à motivation terroriste: stratégie et objectifs du Conseil fédéral, 8.3.2019, disponible sous <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-74258.html>> (consulté le 20.12.2020; ci-après: CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie).

6 MARCEL BOSONNET, Combattants de l'EI et droit au retour, Plaidoyer 6/2019, p. 12–15, p. 13; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER/PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^e éd., Bâle 2016, N 1737; BSK BV-RUDIN, Art. 24 N 16 et 24, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria/Astrid Epiney (édit.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015 (cité: BSK BV-AUTEUR); SG Komm. BV-EGLI, Art. 24 N 8, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zurich 2014 (cité: SGK BV-AUTEUR); ANDREAS AUER/GIORGI MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse. Les droits fondamentaux. Volume II, 3^e éd., Berne 2013, N 775; PASCAL MAHON, art. 24 N 8, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité: PC Cst.-AUTEUR).

Ainsi, il convient de s'arrêter dans un premier temps sur la question de la nationalité (*infra* I.) et de n'aborder que dans un second temps seulement la portée et les limites de la liberté d'établissement relativement au retour (*infra* II.).

I. Nationalité suisse

Dans l'analyse relative à la nationalité suisse, il convient d'examiner en premier lieu son acquisition (*infra* 1.), car au-delà des «voyageurs du djihad» suisses dès leur départ, différentes personnes ont pu l'acquérir, auquel cas elles seraient fondées à invoquer les droits que leur confère le droit constitutionnel suisse, en particulier la liberté d'établissement. Dans un deuxième temps, il s'agira d'étudier le possible retrait de nationalité (*infra* 2.), étant donné que cet instrument est utilisé dans la pratique par les autorités pour priver les «voyageurs du djihad» suisses des droits spécifiques attachés à la nationalité et, ainsi, les empêcher de revenir sur le territoire suisse.

1. Acquisition de la nationalité

a. Conditions in abstracto

En droit suisse, la nationalité s'acquiert «originellement» par filiation⁷ (art. 1 LN⁸). Elle peut également s'acquérir par décision de l'autorité: c'est la naturalisation, laquelle peut être ordinaire (art. 9 ss LN) ou facilitée (art. 20 ss LN). Celle-ci suppose en principe un séjour d'un certain nombre d'années sur le territoire suisse (cf. art. 9 al. 1 let. b et 21 al. 1 let. b LN)⁹.

b. Analyse in concreto

Ce sont en particulier deux situations distinctes qu'il convient d'approfondir *in concreto*: d'une part, celle des enfants de père ou de mère de nationalité suisse nés sur le territoire que gérait l'État islamique (*infra* aa.); d'autre part, celle des personnes de nationalité étrangère ayant contracté un mariage avec un ressortissant suisse sur ce même territoire (*infra* bb.). Précisons que nous n'évoquerons pas plus en profondeur le cas des «voyageurs du djihad» eux-mêmes ou des enfants dont la nationalité suisse ne nécessite pas d'être discutée du fait qu'elle est

7 FF 1920 V 1, 37; 1951 II 665, 667; CÉLINE GUTZWILLER, Droit de la nationalité suisse. Acquisition, perte et perspectives, Zurich 2016, p. 9 s.; CÉLINE GUTZWILLER, art. 1 N 1, in: Amarelle Cesla/Min Son Nguyen (édit.), Code annoté de droit des migrations. Volume V: Loi sur la nationalité (LN), Berne 2014 (cité: Code annoté LN-AUTEUR). Voir aussi: JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, Ausbürgerung terroristischer Kämpfer Möglichkeiten nach der geltenden und nach der revidierten Bürgerrechtsgesetzgebung, PJA 1/2017, p. 73–89, p. 76 ss.

8 Loi fédérale du 20 juin 2014 sur la nationalité suisse; RS 141.0.

9 GUTZWILLER (note 7), p. 64 ss.

déjà inscrite au registre de l'état civil (cf. art. 8 let. n OEC¹⁰) et donc attestée par un registre officiel. Dans ces deux hypothèses, la Confédération ne peut en aucun cas remettre en cause l'existence de la nationalité.

aa. Enfant d'une personne de nationalité suisse

Pour les enfants de «voyageurs du djihad» nés en Syrie ou en Irak et qui se trouvent encore aujourd'hui à l'étranger, le mode d'acquisition par filiation (art. 1 LN) de la nationalité est le seul susceptible d'entrer en ligne de compte, l'hypothèse de la naturalisation devant être exclue faute de séjour en Suisse. En outre, l'acquisition de la nationalité suisse d'un enfant via un parent suit un chemin différent selon qui de la mère (*infra* aaa.) ou du père (*infra* bbb.) est suisse et du statut marital de ce dernier avec la mère (*infra* ccc.).

aaa. Mère suisse

Pour les enfants dont la mère est suisse, le lien de filiation avec cette dernière résulte de la seule naissance (art. 252 al. 1 CC¹¹). Partant, l'enfant est suisse dès sa naissance (art. 1 al. 1 let. b LN) dans ce premier cas, indépendamment du fait de savoir si la mère est mariée avec le père biologique ou si l'enfant est né hors-mariage¹².

En théorie, cette première hypothèse ne soulève guère de difficulté, puisqu'il suffit d'établir que la mère est suisse. Toutefois, encore faut-il démontrer le lien biologique liant la mère à l'enfant. Or, à défaut de registre officiel certifiant le lien de parenté biologique, cela pourrait soulever des difficultés d'ordre pratique nécessitant l'apport d'une preuve matérielle à cet égard, à l'instar d'un test de maternité. Cela étant, il est illusoire qu'un tel test puisse être réalisé dans les conditions dans lesquelles vivent les «voyageurs du djihad» qui se trouvent dans des camps de réfugiés ou dans des lieux de détention.

bbb. Père suisse marié à la mère étrangère

Dans le cas du père de nationalité suisse marié à une mère de nationalité étrangère, la nationalité du père passe également directement à son enfant (art. 1 al. 1 let. a LN). La loi ne fait certes pas explicitement référence au «mariage», mais est évoqué dans la disposition le fait que les parents sont «conjoints», soit des personnes «déjà marié[e]s» lors de la naissance de l'enfant¹³.

Ainsi, à la nationalité suisse du père s'ajoute la condition supplémentaire que le père soit marié avec la mère biologique. Cet élément peut représenter une difficulté en plus par rapport au premier cas de figure relativement à la

10 Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil; RS 211.112.2.

11 Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210.

12 Code annoté LN-GUTZWILLER (note 7), art. 1 N 5.

13 FF 2011 2639, 2661.

preuve du mariage. En effet, dans le cas particulier des «voyageurs du djihad» s'étant mariés sur un territoire administré temporairement par l'État islamique, il est presque certain que le mariage a eu lieu sans reconnaissance formelle de la part d'une autorité étatique quelconque et reconnue par la Suisse. Il est même possible qu'il n'y ait aucune trace quelconque de ce mariage. Dans l'hypothèse où un tel mariage est attesté par un document de l'État islamique, se pose la question de savoir s'il peut être retenu dans le cadre de l'art. 1 al. 1 let. a LN. À cet égard, il est impératif de ne pas perdre de vue que la question juridique principale a trait à l'éventuelle transmission de la nationalité de pères suisses à des enfants se trouvant aujourd'hui en Syrie ou en Irak et détenus dans des conditions *a priori* incompatibles avec les standards requis en matière de dignité humaine. Il ne s'agit donc pas de reconnaître formellement l'existence d'un mariage en droit suisse et c'est pourquoi la réserve de l'ordre public (art. 17 *cum* art. 27 LDIP¹⁴) ne saurait faire obstacle au fait de «retenir» *in fine* une telle union conjugale dans la seule perspective de déterminer la nationalité de l'enfant¹⁵. En effet, une interprétation conforme à la Constitution et aux droits fondamentaux (cf.: art. 11 al. 1 Cst.)¹⁶ et au droit international¹⁷ de l'art. 1 al. 1 let. a LN doit conduire dans les circonstances telles que celles examinées ici à admettre que la nationalité suisse du père est transmise à l'enfant.

Cela dit, en l'absence de tout élément de preuve attestant l'existence du mariage, une telle union ne pourrait être retenue et l'enfant ne peut acquérir la nationalité suisse de son père. Il obtiendrait donc uniquement celle de sa mère étrangère.

ccc. Père suisse non-marié à la mère

Enfin, lorsque le père suisse n'est pas marié à la mère étrangère¹⁸, l'enfant acquiert la nationalité suisse par l'établissement du lien de filiation avec le père conformément aux art. 252 ss CC (art. 1 al. 2 LN). Concrètement, cela suppose une reconnaissance ou un jugement de paternité (art. 252 al. 2 *cum* 260 ss CC).

14 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé; RS 291.

15 Selon nous, il est possible de faire appel par analogie au droit des étrangers, au sein duquel il est tenu compte du «mariage coutumier» ou du «mariage religieux», cf.: TF, 2C_916/2019 du 7.2.2020, c. 6.4; TAF, F-6587/17 du 30.9.2019, c. 8.4; TF, 2C_866/2016 du 6.6.2017, c. 4.3. En doctrine voir: MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Commentaire CEDEF, art. 16 N 33, *in*: Maya Hertig Randall/Michel Hottelier/Karine Lempen (édit.), La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Genève/Zurich/Bâle 2019.

16 Sur l'interprétation conforme à la Constitution et aux droits fondamentaux, cf.: ATF 139 I 16; LUC GONIN, L'interprétation de la Constitution, PJA 4/2016, p. 462–475, p. 466; GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zum EMRK, ZBl 114/2013, p. 316–337, p. 316 ss; VINCENT MARTENET, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, RDS 2011 I, p. 243–285 ss, p. 247 ss.

17 Voir *infra* D. et E.

18 Ou que le mariage entre le père suisse et la mère étrangère dans le cadre de l'art. 1 al. 1 let. a LN n'a pas été «retenu» dans l'hypothèse discutée sous *supra* bbb.

Or l'ouverture d'une procédure administrative ou judiciaire en reconnaissance de paternité comme l'exige la loi¹⁹ paraît irréaliste dans le cas de pères «voyageurs du djihad» se trouvant détenus dans des geôles syriennes ou irakiennes, voire tués dans le cadre de combats. Ainsi, l'acquisition de la nationalité suisse par l'enfant par cette voie-là ne semble pas envisageable, même si elle n'est pas à exclure. Selon toute vraisemblance toutefois, l'enfant acquerra donc la nationalité de la mère.

bb. Conjoint d'une personne de nationalité suisse ayant contracté un mariage

La situation est tout autre s'agissant des conjoints – homme ou femme – de nationalité étrangère ayant contracté un mariage avec une ou un «voyageur du djihad» de nationalité suisse sur place. Sans avoir séjourné en Suisse cinq ans durant (art. 21 al. 1 let. b LN), ils ne peuvent prétendre à l'obtention de la nationalité qu'à la condition qu'ils puissent justifier de «liens étroits» avec la Suisse et d'une union conjugale de six ans pour accéder à la nationalité suisse (art. 21 al. 2 LN). Précisée à l'art. 11 OLN²⁰, la notion de «liens étroits» suppose notamment trois séjours en Suisse de cinq jours au moins au cours des six années ayant précédé la demande d'obtention de la nationalité (let. a), ainsi que d'entretenir des contacts avec des Suisses (let. d).

À supposer que ces personnes aient contracté leur mariage sur le territoire contrôlé par l'organisation État islamique, elles n'étaient donc assurément pas en mesure de voyager en Suisse. Qui plus est, elles se trouvent aujourd'hui encore à l'étranger et peut-être détenues. L'existence de «liens étroits» avec la Suisse est manifestement douteuse. Il s'ensuit qu'il est peu probable, voire impossible, que la nationalité puisse être transmise aux conjoints étrangers des «voyageurs du djihad» de nationalité suisse.

2. *Retrait de nationalité*

Avant cette dernière décennie d'attentats de l'État islamique sur le sol européen, le retrait de nationalité, ancré aujourd'hui à l'art. 42 LN, était un instrument relativement méconnu en Suisse²¹. Il est désormais devenu un enjeu majeur de politique de sécurité à mesure du rétrécissement du territoire de l'État islamique et de sa défaite militaire, avec en toile de fond l'émergence de la problématique

19 Pour la reconnaissance d'un enfant à l'étranger, cf.: OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Mémento n° 152.2 sur la reconnaissance d'un enfant à l'étranger, Berne juillet 2014, disponible sous <http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/zivilstand/merkblaetter/kindesanerkennung/m-b-auslandskindesanerkennung-f.pdf> (consulté le 20.12.2020).

20 Ordonnance du 17 juin 2016 sur la nationalité suisse; RS 141.01.

21 NICOLE SCHWALBACH, Die politische Aberkennung des Bürgerrechts, Bâle/Hochwald 2017, p. 51 ss. Voir également: TIEFENTHAL (note 7), p. 75 s.; ALBERTO ACHERMANN, Kurzgutachten zum Entzug des Bürgerrechts nach Artikel 48 BÜG, Zuhanden des Staatssekretariats für Migration, Berne 2015, p. 4 ss, disponible sous [http://static.nzz.ch/files/0/7/0/Kurzgutachten+Acher mann_Entzug+Bürgerrecht+\(2\)_1.18775070.pdf](http://static.nzz.ch/files/0/7/0/Kurzgutachten+Acher mann_Entzug+Bürgerrecht+(2)_1.18775070.pdf) (consulté le 20.12.2020).

du retour des «voyageurs du djihad». La classe politique suisse, comme celle d'autres pays européens²², s'est donc saisie de la question du retrait, afin d'empêcher le retour des personnes concernées²³. La succession des interventions parlementaires en la matière ces dernières années peut s'expliquer par la méconnaissance de l'art. 48 aLN qui n'a jamais été utilisé au cours de l'histoire²⁴. Cet instrument a été «réveillé» dans le contexte actuel de la lutte contre le terrorisme dans ce qui s'apparente à une forme de «course à la déchéance de nationalité» à l'échelle européenne entre États²⁵ pour écarter toute menace pouvant émaner des «voyageurs du djihad» et, ainsi, se dédouaner de toute responsabilité à cet égard pour la faire porter par d'autres États.

Au mois de septembre 2019, le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) a, pour la première fois de l'histoire, ouvert une procédure de retrait de la nationalité suisse contre une personne condamnée pour propagande et recrutement de combattants en faveur de l'État islamique²⁶; la décision a été contestée, puis confirmée par le Tribunal administratif fédéral le 31 mai 2021 dans la cause F-5427/2019, alors que le présent article était déjà sous presse. En octobre 2019, une même procédure a été ouverte contre une «voyageuse du djihad»²⁷. Notifiée par voie édictale²⁸, elle n'a pas été contestée et est entrée en force de chose décidée. Il s'agit de ce fait du premier retrait de nationalité de l'histoire. À ce jour selon les informations obtenues des autorités, environ dix procédures sont en cours d'examen devant le SEM.

Seront examinées ci-après les conditions d'application de l'art. 42 LN *in abstracto* (*infra* a.) pour ensuite analyser *in concreto* les effets de cette disposition dans le cas des «voyageurs du djihad» et de leurs enfants (*infra* b.).

-
- 22 À ce sujet, voir l'aperçu des développements récents de certains pays en la matière par TIEFENTHAL (note 7), p. 86 s.
- 23 Motion 14.3705 du 11.9.2014; initiative parlementaire 14.450 du 26.9.2014; question 19.5162 du 13.3.2019; motion 19.3301 du 22.3.2019.
- 24 TIEFENTHAL (note 7), p. 81. Le retrait de la nationalité existe pourtant depuis les années 1940 au moment où il s'est agi de contrer la menace que faisait planer le Troisième Reich et la «cinquième colonne», d'abord dans des arrêtés du Conseil fédéral, avant d'être pérennisés dans la loi fédérale du 29 septembre 1952 sur la nationalité (art. 48 aLN) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1953 (RO 1952 1115). Cet auteur considère toutefois qu'il paraît douteux que les conditions d'un retrait n'aient jamais été données, mais émet l'hypothèse que l'instrument n'a pas été utilisé au motif que les autorités n'avaient pas d'intérêt à la faire connaître au public et, incidemment, à devoir justifier son application.
- 25 Voir à cet égard: RTS, La Suisse arrive trop tard pour retirer la nationalité à un djihadiste, 25.4.2020, disponible sous <<https://www.rts.ch/info/suisse/11274257-la-suisse-arrive-trop-tard-pour-retirer-la-nationalite-a-un-djihadiste.html>> (consulté le 20.12.2020).
- 26 SECRÉTARIAT D'ÉTAT AUX MIGRATIONS (SEM), Le SEM retire la nationalité suisse à un double national pour appartenance à une organisation terroriste, 11.9.2019, disponible sous <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-76358.html>> (consulté le 20.12.2020; cité: SEM, Retrait nationalité).
- 27 MARC MENICHENI, Une Genevoise radicalisée sous le coup d'un retrait de nationalité, RTS, 23.10.2019, disponible sous <<https://www.rts.ch/info/suisse/10806144-une-genevoise-radicalisee-sous-le-coup-d-un-retrait-de-nationalite.html>> (consulté le 20.12.2020).
- 28 FF 2019 6583.

a. *Conditions in abstracto*

Selon l'art. 42 LN, le SEM «peut, avec l'assentiment de l'autorité du canton d'origine, retirer la nationalité suisse et le droit de cité cantonal et communal à un double national si sa conduite porte gravement atteinte aux intérêts ou au renom de la Suisse». Ainsi, le retrait de la nationalité est subordonné à trois conditions cumulatives: l'approbation de l'autorité du canton d'origine, une nationalité d'un autre État (*infra* aa.) et une conduite portant gravement atteinte aux intérêts ou au renom de la Suisse²⁹ (*infra* bb.). Si la première condition, d'ordre formel, ne paraît pas devoir être discutée, il en va autrement pour les deux autres.

aa. Nationalité d'un autre État

S'agissant de la condition de la nationalité d'un autre État, il est fait usage à l'art. 42 LN de l'expression «double national» en français, «*Doppelbürger*» en allemand et la version italienne évoque «*una persona che possiede anche la cittadinanza di un altro Stato*». Le SEM précise que «la personne doit être ressortissante d'un autre État et possède par conséquent une double nationalité»³⁰. Il s'agit ici d'éviter un cas d'apatridie³¹. L'existence d'une autre nationalité est donc nécessaire en vertu de l'art. 42 LN. Dès lors, une personne ne saurait être déchue de sa nationalité suisse faute, au moment de la décision de retrait, de nationalité étrangère, cela indépendamment de la question de savoir si une autre nationalité pourrait théoriquement être obtenue³².

bb. Atteinte grave aux intérêts ou au renom de la Suisse

En outre, il faut que la conduite du double national «porte gravement atteinte aux intérêts ou au renom de la Suisse». Comprenant une notion juridique indéterminée, cette condition matérielle n'a pas été précisée par la pratique ou la

29 SECRETARIAT D'ÉTAT AUX MIGRATIONS (SEM), Manuel sur la nationalité, Chapitre 8. Perte de la nationalité par décision de l'autorité et annulation (art. 36, 37 ss et 42 LN), 1.1.2018, disponible sous <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/buergerrecht/hb-bueg20-kap8-f.pdf> (consulté le 20.12.2020) (cité: SEM, Manuel).

30 SEM, Manuel (note 29), p. 8.

31 VÉRONIQUE BOILLET, Partie I Généralité – Partie II Le statut de l'apatride, in: Véronique Boillet/Pablo Amaiz/Minh Son Nguyen (édit.), Actualité du droit des étrangers. Les apatrides – Staatenlose, Berne 2016, p. 1–29, p. 1 ss.

32 GUTZWILLER (note 7), p. 85; Code annoté LN-NGUYEN (note 7), art. 48 N2. Notons que le Royaume-Uni connaît une solution différente, l'art. 40 par. 4A du *British Nationality Act 1981* du 30 octobre 1981 permettant le retrait de la nationalité britannique, même sans l'existence d'une autre nationalité, s'il existe de «*reasonable grounds for believing that the person is able, under the law of a country or territory outside the United Kingdom, to become a national of such a country or territory*». Voir à ce sujet: décision Special Immigration Appeals Commissions, *Shamina Begum c. The Secretary of State for the Home Department* (n° SC/163/2019) du 7.2.2020 et, dans la même cause, jugement United Kingdom Supreme Court [2021] UKSC 7 du 26.2.2021.

doctrine, puisqu'aucun retrait de nationalité n'a jamais été prononcé sous l'empire de l'ancien droit, en vigueur jusqu'à fin 2017. Il a fallu attendre la révision de l'actuelle Loi sur la nationalité suisse et l'adoption d'une ordonnance d'exécution pour l'explicitier à l'art. 30 OLN³³. Si sous l'angle du principe de la légalité la démarche doit être saluée, car elle contribue à la clarté du droit, il aurait été préférable que les critères matérialisant cette condition soient directement insérés dans la loi formelle et non pas dans une ordonnance.

L'art. 30 al. 1 OLN précise qu'il est gravement porté atteinte aux intérêts de la Suisse lors de la commission de diverses infractions énumérées exhaustivement aux let. a à d³⁴. Pour ce qui relève en particulier du terrorisme, il n'est en revanche renvoyé à aucune infraction pénale en particulier et l'art. 30 al. 1 let. b OLN évoque seulement un «crime grave dans le cadre d'activités terroristes, d'extrémisme violent ou de criminalité organisée». En l'absence de jurisprudence, seul le Manuel du SEM définit les «activités terroristes»: il s'agit des «crimes graves à l'encontre notamment des civils ou des biens civils commis afin d'intimider une population, en faisant régner la peur et la terreur, en contraignant un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou en modifiant l'État et la société»³⁵. Cette définition ne correspond à aucune incrimination *per se* en vigueur en droit pénal suisse.

Dernièrement, le retrait de nationalité est en principe subordonné à une condamnation entrée en force et relative à des activités terroristes, selon l'art. 30 al. 2 OLN. Toutefois, cette même disposition prévoit une exception dans des situations exceptionnelles et autorise le retrait même sans condamnation: dans les cas «où la poursuite pénale ne pourrait pas aboutir, l'État dans lequel les actes ont été commis n'ayant pas la volonté ou n'étant pas en mesure de mener à son terme une procédure pénale ou de répondre aux exigences d'une demande d'entraide judiciaire étrangère, du fait notamment du dysfonctionnement de la totalité ou d'une partie substantielle de l'appareil juridique indépendant»³⁶.

b. *Analyse in concreto*

L'analyse de la situation concrète sera limitée à la seule condition matérielle de l'atteinte grave, dans la mesure où les deux premières conditions que sont l'approbation cantonale et l'existence d'une autre nationalité ne nécessitent pas da-

33 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET DE POLICE, Rapport explicatif du Projet d'ordonnance relative à la loi sur la nationalité, avril 2016, p. 2, disponible sous <<https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/bu>

ev/entw-ber-f.pdf> (consulté le 20.12.2020; cité: DFJP, Rapport explicatif pOLN).

34 L'art. 30 al. 1 let. a OLN vise les art. 266, 266^{bis}, 272 à 274, 275, 275^{bis} et 275^{ter} du Code pénal (RS 311.0; CP), la let. c les art. 264, 264a, 264c et 264d à 264h CP et la let. d l'art. 296 CP.

35 SEM, Manuel (note 29), p. 11 s.

36 À ce sujet, cf.: SEM, Manuel (note 29), p. 9; DFJP, Rapport explicatif pOLN (note 33), p. 33.

vantage d'éclaircissements. Dans ce contexte, il y a cependant lieu de distinguer la situation des «voyageurs du djihad» (*infra* aa.) de celle de leurs enfants (*infra* bb.).

aa. «Voyageurs du djihad»

Le fait, pour les «voyageurs du djihad» ou leur conjoint, d'avoir rejoint l'organisation terroriste État islamique sur le territoire qu'il a administré *de facto* pendant une période donnée est constitutif d'une infraction de participation ou de soutien, d'une part, à l'organisation État islamique au sens de l'art. 2 al. 1 LAQEI³⁷ et, d'autre part, à une organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} CP³⁸. La jurisprudence retient en effet que l'infraction est réalisée par toute personne menant une vie volontaire (*freiwilliges Leben*) sur le territoire de l'État islamique, dès lors que son comportement contribue au bon fonctionnement de l'organisation terroriste, cela même si l'activité de cette personne «sur place» n'est pas illicite en soi³⁹.

Les deux infractions précitées prévoient une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire et il s'agit donc d'un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP qui satisfait, sur ce point, à l'exigence de l'art. 30 al. 1 OLN. Reste encore à déterminer s'il est «grave dans le cadre d'activités terroristes» au sens de cette même disposition. La question n'est pas dénuée d'importance, compte tenu du fait qu'il est difficile de pouvoir démontrer l'implication des «voyageurs du djihad» à des crimes violents commis «sur place».

Le SEM exige implicitement la commission d'un acte de violence, en évoquant des «crimes graves à l'encontre notamment des civils ou des biens civils». Pour expliciter l'art. 30 al. 1 let. b OLN, il est en outre fait référence à l'art. 260^{quinquies} CP⁴⁰ où l'expression d'«actes de violence criminelle» est employée. Le Conseil fédéral l'a traduite comme une infraction «impliquant l'usage de la violence» et recouvrant notamment «les crimes contre la vie et l'intégrité corporelle, le chantage, la séquestration, l'enlèvement, de même que les crimes représentant une menace pour la collectivité»⁴¹.

Compte tenu de ce qui précède, il nous paraît difficile de soutenir que commet un «crime grave dans le cadre d'activités terroristes» toute personne qui se rendrait coupable de participation ou de soutien à une organisation criminelle ou terroriste au sens des art. 2 LAQEI et 260^{ter} CP. Le vaste champ d'application de ces incriminations n'exige pas, en effet, d'acte de violence. D'ailleurs, la

37 Loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes «Al-Qaïda» et État islamique; RS 122.

38 À ce sujet, voir: KASTRIOT LUBISHTANI, Terrorisme et droit pénal des mineurs: une équation complexe valant le détour par Winterthour, *forumpenale* 2/2020, p. 141–148, p. 145 ss.

39 TPF, SK.2017.43 du 15.12.2017, c. 2.4.

40 SEM, Manuel (note 29), p. 11. Voir aussi: URSULA CASSANI, Droit pénal économique. Éléments de droit suisse et transnational, Bâle 2020, N 8.26 ss.

41 FF 2002 5014, 5062.

Task force TETRA (Terrorist Tracking), dont le SEM fait partie, semble également se rallier à ce point de vue, en considérant, pour que la nationalité suisse soit retirée à des individus, qu'il doit être «avéré qu'ils ont[ai]ent commis des actes terroristes ou des atrocités à l'étranger ou y [ai]ent participé dans une large mesure»⁴². Ainsi, la participation à un crime grave impliquant la violence devrait impérativement être démontrée aux termes de l'art. 30 al. 1 let. b OLN selon nous. Pourtant, dans la procédure de retrait évoquée *supra* contre un «voyageur du djihad», le SEM s'est écarté de ses propres lignes directrices, en optant pour une interprétation large de la disposition précitée. Il a considéré que la seule appartenance à une organisation terroriste suffisait pour retirer la nationalité⁴³, étant toutefois précisé que la personne faisant l'objet du retrait a aidé des combattants à rejoindre des zones de guerre en Syrie et en Irak⁴⁴.

bb. Enfants

S'agissant des enfants emmenés par des «voyageurs du djihad» ou qui sont nés suisses de par la loi⁴⁵ en Syrie ou en Irak, ils n'ont pas pris d'eux-mêmes la décision de rejoindre l'État islamique ou de contribuer à son bon fonctionnement. En y vivant, ils ne commettent pas de ce seul fait une infraction aux art. 2 LA-QEI et art. 260^{er} CP et on ne saurait leur imputer le comportement de leurs parents. Ainsi, ils ne portent pas gravement atteinte aux intérêts de la Suisse, raison pour laquelle leur nationalité ne peut leur être retirée à cet égard à moins d'avoir eux-mêmes commis un crime grave. Indépendamment de cette question, il y a lieu de se demander si leur sort peut suivre celui de leur parent par hypothèse déchu.

Sur la base des principes généraux du droit, la déchéance de nationalité est une décision individuelle et concrète ne pouvant déployer d'effets que sur la personne qui en est l'objet. Le retrait de nationalité étant une mesure prononçable en dernier ressort⁴⁶, il doit impérativement être prévu par la loi et être soumis à des conditions précises. En l'occurrence, la loi règle exhaustivement les cas dans lesquels la nationalité suisse peut être retirée et la seule hypothèse dans laquelle l'enfant peut la perdre ensuite de celle de son parent est la libération, c'est-à-dire lorsque le parent demande lui-même que sa propre nationalité suisse lui soit retirée (art. 38 LN). Cette hypothèse ne correspond de toute évidence pas au retrait de nationalité par les autorités.

42 TETRA, Mesures de lutte prises par la Suisse contre le terrorisme à motivation djihadiste. Second rapport, Berne octobre 2015, p. 23, note de bas de page 10.

43 SEM, Retrait nationalité (note 26).

44 SONIA IMSENG, Premier double-national déchu, *Le Temps*, 11.9.2019, disponible sous <<https://www.letemps.ch/suisse/premier-doublenational-dechu>> (consulté le 20.12.2020).

45 *Supra* 1/a/aa. À cet égard, le moment du retrait de nationalité du parent est déterminant, car s'il n'est plus suisse au moment de donner la vie à son enfant, la nationalité ne peut avoir été transmise.

46 FF 2011 2639, 2676. Voir également: SEM, Manuel (note 29), p. 8.

Par conséquent, il n'existe pas de base légale pour retirer à l'enfant la nationalité suisse qu'il a acquise dès sa naissance ensuite du retrait de nationalité d'un ou de ses parents, lequel reste donc sans incidence sur la nationalité suisse de l'enfant⁴⁷.

II. Liberté d'établissement

À teneur de l'art. 24 Cst., la liberté d'établissement confère aux Suisses et aux Suissesses le droit de s'établir en un lieu quelconque du pays» (al. 1) et «de quitter la Suisse ou d'y entrer» (al. 2). La titularité de la liberté d'établissement est, partant, réservée aux seules personnes physiques détentrices du passeport rouge à croix blanche⁴⁸. Ainsi, avec l'art. 25 Cst. protégeant les ressortissants suisses «contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement», l'art. 24 Cst. ne consacre pas un «droit de l'homme»⁴⁹ ou de la personnalité⁵⁰, mais un «véritable» droit du citoyen» («*echten Bürgerrechte*»)⁵¹ helvétique. Aucun ressortissant d'un État étranger ne peut se prévaloir de cette liberté d'établissement sur sol suisse⁵².

Il s'agit à présent d'examiner *in abstracto* la portée de la liberté d'établissement dans une double optique, à savoir celle de ses titulaires et leurs droits, d'une part, et, d'autre part, de la Confédération et ses obligations corollaires potentielles (*infra* 1.), pour traiter, ensuite, les implication pratiques *in concreto* (*infra* 2.).

1. Portée *in abstracto*

a. Droit au retour

Trois droits peuvent être déduits de la liberté d'établissement du point de vue spatial. En Suisse, il existe tout d'abord le droit d'aller et venir sur l'ensemble du territoire (art. 24 al. 1 Cst.), puis le droit de ne pas faire usage de cette faculté en quittant le territoire suisse (art. 24 al. 2 Cst.). Enfin, hors de Suisse, est garanti le droit d'y revenir pour qui l'a quittée ou d'y venir pour qui n'a jamais foulé le territoire helvétique auparavant (art. 24 al. 2 Cst.): il s'agit d'un véritable «droit au retour»⁵³. Cela signifie concrètement le droit de (re)franchir la

47 Dans le même sens, cf.: TIEFENTHAL (note 7), p. 84 s.

48 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (note 6), N 1735 s.; BSK BV-RUDIN (note 6), Art. 24 N 16; SG Komm. BV-EGLI (note 6), Art. 24 N 11; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 6), N 775. Voir aussi: TIEFENTHAL (note 7), p. 76 s.

49 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 6), N 775.

50 PC Cst.-MAHON (note 6), art. 24 N 5, note de bas de page 15.

51 BSK BV-RUDIN (note 6), Art. 24 N 16.

52 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (note 6), N 1740; BSK BV-RUDIN (note 6), Art. 24 N 43 ss; SG Komm. BV-EGLI (note 6), Art. 24 N 12; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 6), N 776; PC Cst.-MAHON (note 6), art. 24 N 5.

53 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 6), N 780. Pour ne pas exclure les Suisses de l'étranger qui sont nés hors des frontières helvétiques, la disposition constitutionnelle n'évoque que le fait

frontière suisse et de pénétrer (à nouveau) sur le territoire de la Confédération. En revanche, les personnes de nationalité étrangère, fussent-elles les enfants de ressortissants suisses ou au bénéfice de plusieurs années de vie en Suisse, sinon l'intégralité, ne jouissent pas de cette liberté constitutionnelle.

b. Obligations de la Confédération

Droit fondamental individuel, l'art. 24 Cst. est en cela un «droit de défense» (*Abwehrrecht*)⁵⁴ instaurant une obligation négative à charge de la Confédération de ne pas entraver cette liberté. Le droit au retour a donc pour corollaire que la Suisse ne peut pas interdire l'entrée sur le territoire à des ressortissants suisses, cela même s'il s'agit de personnes ayant participé aux activités d'une organisation terroriste. Le Conseil fédéral a lui-même rappelé au sujet des «voyageurs du djihad» suisses qu'il était «impossible de leur interdire l'entrée pour des motifs de sécurité intérieure ou extérieure»⁵⁵.

Au-delà du pur «droit de défense» que consacre la liberté d'établissement, la doctrine reconnaît que dérive de l'art. 24 al. 2 Cst. une obligation positive à charge de la Confédération de fournir une prestation (*Leistungspflichten*)⁵⁶ pour effectivement permettre à ses ressortissants de concrétiser l'exercice de la liberté d'établissement. Ainsi, la Confédération a l'obligation de délivrer tous les documents de voyage nécessaires à ses ressortissants pour quitter le pays⁵⁷, sous réserve des cas dûment prévus par la loi⁵⁸. Quand bien même la littérature n'évoque que cette obligation en relation au voyage hors de Suisse, cette obligation de la Suisse de fournir des documents de voyage existe aussi à l'étranger, par le biais des représentations suisses, concernant ses ressortissants souhaitant revenir en Suisse⁵⁹. À défaut, le droit au retour consacré par l'art. 24 al. 2 Cst. ne pourrait être effectif, alors même que les représentations suisses assument à l'étranger une tâche de la Confédération et qu'elles sont tenues, à ce titre, de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (art. 35 al. 2 Cst.).

d'«entrer» en Suisse, car «revenir» ou «rentrer» implique un départ préalable. Le Conseil fédéral avait proposé dans son projet de révision de la Constitution fédérale l'expression «droit de quitter la Suisse et d'y revenir» (FF 1997 I 1, 600), mais l'Assemblée fédérale a préféré le verbe «entrer» pour les Suisses nés à l'étranger, cf.: BSK BV-RUDIN (note 6), Art. 24 N 5.

54 BSK BV-RUDIN (note 6), Art. 24 N 15.

55 Réponse du Conseil fédéral du 30.11.2018 à la question 18.1069 d'Albert Rösti du 28.9.2019.

56 GIOVANNI BIAGGINI, Art. 24 N 5, in: Giovanni Biaggini (édit.), BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2^e éd., Zurich 2017; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (note 6), N 1738; BSK BV-RUDIN (note 6), Art. 24 N 15.

57 BIAGGINI (note 56), Art. 24 N 5; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (note 6), N 1738; BSK BV-RUDIN (note 6), Art. 24 N 15.

58 Nous pensons ici aux art. 6 ss de la Loi fédérale du 22 juin 2001 sur les documents d'identité (LID; RS 143.1), cf.: BIAGGINI (note 56), Art. 24 N 5.

59 Dans le même sens en droit allemand par rapport à l'art. 11 de Loi fondamentale allemande, voir: MARKO BAUMERT, Völker- und verfassungsrechtliche Fragen der Rückübernahme deutscher IS-Anhänger, NVwZ 3/2020, p. 110–116, p. 115.

2. Analyse in concreto

Par rapport aux «voyageurs du djihad» suisses et à leurs enfants suisses, l'art. 24 al. 2 Cst. leur garantit le droit de revenir en Suisse⁶⁰. Ce droit est absolu et ne souffre aucune exception. Il existe donc indépendamment des actes répréhensibles que ses titulaires auraient commis, ce que le Conseil fédéral reconnaît lui-même pour les «voyageurs du djihad»⁶¹.

Or ces personnes ne peuvent actuellement quitter leur lieu de détention pour rejoindre la frontière suisse et y exercer ce droit au retour. Il s'impose donc d'examiner si ce droit englobe également un droit au rapatriement et une obligation positive corollaire pour la Confédération. Cela pose la question de l'éventuelle nature extraterritoriale des droits fondamentaux constitutionnels suisses à raison de l'inaction de l'État et ainsi d'une éventuelle obligation d'agir, alors qu'elle est indéterminée selon la doctrine et encore peu étudiée en Suisse⁶².

Tout d'abord, les «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants suisses qui se trouvent à l'étranger ont le droit d'obtenir des documents de voyage pour pouvoir effectivement rentrer en Suisse. En effet, la Confédération a l'obligation de leur fournir ces documents sur la base de l'art. 24 al. 2 Cst. Les difficultés pratiques liées à l'absence de représentation suisse en Syrie ou en Irak ne sont pas un motif anéantissant ce droit, dès lors qu'elles peuvent être surmontées par la coopération avec divers acteurs sur place⁶³.

Ensuite, rien dans les travaux préparatoires de la Constitution fédérale ne laisse penser *a priori* que le droit au retour en tant que tel a une portée extraterritoriale qui obligerait, dans son versant positif, la Confédération à rapatrier ses ressortissants à l'étranger. Néanmoins, l'interprétation de la portée de l'art. 24 al. 2 Cst. nécessite de prendre en compte toutes les circonstances du cas d'espèce, ainsi qu'en particulier les droits fondamentaux en jeu qui peuvent ainsi être combinés.

À cet égard, force est de constater en premier lieu que cette liberté constitutionnelle sous l'angle du droit de revenir en Suisse revêt en soi un caractère extraterritorial. En effet, ses titulaires doivent se trouver à l'étranger pour pouvoir

60 Dans le même sens: BOSONNET (note 6), p. 13.

61 CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie (note 5); réponses du Conseil fédéral à la question 19.5163 du 13.3.2019 et à la motion 19.3306 du 22.3.2019.

62 JÖRG KÜNZLI, Vom Umgang des Rechtsstaats mit Unrechtsregimes. Völker- und landesrechtliche Grenzen des Verhaltensspielraums der schweizerischen Aussenpolitik gegenüber Völkerrecht missachtenden Staaten, Berne 2008, p. 443 ss. Voir également à ce sujet: CR Cst.-MARTENET, art. 35 N 22, in: Vincent Martenet/Bernard Dubey (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité: CR Cst.-AUTEUR); VERONIKA MOSER, Menschen-schmuggel in die Schweiz. Staatliches Vorgehen gegen Schleusungen und menschenrechtliche Verpflichtungen, Thèse, Zurich/Bâle/Genève 2019, N 458.

63 Dans le même sens en droit allemand: TIMO SCHWANDER, Die Pflicht zur Rückholung Deutscher aus dem vormaligen IS-Gebiet, in: NVwZ 17/2019, p. 1260–1262, p. 1262 (cité: SCHWANDER, Pflicht zur Rückholung).

en bénéficiaire, car la Constitution subordonne la naissance de ce droit à la présence hors sol suisse. À première vue, il apparaît donc que le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale n'est pas limité au territoire national et peut, en fonction de la nature du droit en cause et des circonstances, s'étendre au-delà, comme le reconnaissent quelques auteurs de doctrine⁶⁴.

Relatif à la «réalisation des droits fondamentaux», l'art. 35 Cst. conforte cette interprétation, en ce que ni la réalisation par l'État des droits fondamentaux (al. 1) ni leur respect ou la contribution à leur réalisation par celui-ci (al. 2) n'est limitée dans l'espace. De la même manière qu'en droit constitutionnel allemand⁶⁵, l'idée que le constituant helvétique aurait arrêté les droits fondamentaux aux frontières du pays, en permettant aux autorités (notamment les représentations suisses) de les méconnaître au-delà, paraît fondamentalement étrangère à l'esprit même de la Constitution fédérale. Ainsi, la Confédération a l'obligation (négative), toujours et partout, de ne pas violer les droits fondamentaux constitutionnels chaque fois qu'elle déploie sa puissance publique à l'étranger, notamment par le biais de ses représentations suisses, ses agents du renseignement ou ses contingents armés⁶⁶. Quant à l'obligation d'agir pour réaliser ces droits fondamentaux, celle-ci est limitée, car il n'est pas possible en toutes circonstances d'universaliser la protection des droits fondamentaux constitutionnels suisses⁶⁷. En suivant KÜNZLI, nous sommes d'avis qu'elle est fonction de l'existence d'un lien spécial avec la Suisse qui ne peut découler de la seule nationalité suisse, mais qui relève de quatre critères supplémentaires: la menace, en raison d'actions ou d'omissions d'une tierce personne ou d'un État tiers, d'une violation des droits fondamentaux; la connaissance par la Suisse de cette menace de violation ou le fait qu'elle aurait dû savoir; la possibilité juridique et factuelle pour cette dernière de prévenir la violation; le fait de savoir si des moyens proportionnés ont été mis en place pour prévenir la violation⁶⁸.

Dans la situation des «voyageurs du djihad» suisses et de leurs enfants, il sied de relever que la Confédération n'exerce aucun contrôle sur les territoires en Syrie et en Irak où se trouvent ces personnes, mais qu'il est tout aussi douteux que ces derniers pays exercent leur propre souveraineté sur ces mêmes territoires. Qui plus est, les conditions de détention de ces personnes, selon les sources disponibles, ont pour effet que leurs droits constitutionnels absolus à la vie (art. 10 al. 1 Cst.), à l'intégrité physique et psychique (al. 2) et l'interdiction

64 SGK BV-SCHWEIZER (note 6), Art. 35 N 6, pour autant que la Suisse ait au moins un «*Befehlsgewalt und Kontrolle*», sans approfondir la question; KÜNZLI (note 62), p. 443 ss.

65 Par rapport à l'art. 1 ch. 3 de la Loi fondamentale allemande, cf.: TIMO SCHWANDER, *Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem*, Thèse, Berlin 2018, p. 280 s. (cité: SCHWANDER, *Extraterritoriale Wirkungen*).

66 CR Cst.-MARTENET (note 62), art. 35 N 22 et 31.

67 ANDREAS KIND, *Der diplomatische Schutz Zwischenstaatlicher Rechtsdurchsetzungsmechanismus im Spannungsfeld von Individualrechten, Ausseninteressen, Staatsangehörigkeit und Schutzpflichten*, Thèse Zurich/St-Gall 2014, p. 181.

68 KÜNZLI (note 62), p. 450.

de la torture ou de tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants (al. 3) sont sérieusement mis en danger, alors que le premier est «la condition indispensable de l'exercice» de tous les autres⁶⁹. À cela, encore faut-il ajouter qu'il ne peut être fait abstraction non seulement des violations de ces droits suprêmes par l'autorité étrangère qui les détient *de facto* à raison d'omissions, mais aussi et surtout de son incapacité, faute de moyens, à protéger les droits en cause. C'est dans ce contexte que les plus hautes instances helvétiques ont été invitées par ladite autorité à rapatrier ses ressortissants, en annonçant pour le surplus refuser leur libération à défaut de rapatriement. Or en décidant de refuser tout rapatriement, la Suisse a, par ce biais, déployé des effets concrets et directs dans la sphère juridique de ces personnes⁷⁰ en contribuant, à tout le moins indirectement, à l'impossibilité pour elles d'exercer leur droit au retour en premier lieu.

En outre, la Confédération a connaissance du danger grave et imminent à la vie et à l'intégrité corporelle de ces personnes, même si elle n'est pas elle-même à l'origine des violations de leurs droits. En plus, elle a la capacité à la fois juridique et opérationnelle de remédier à la violation de ces droits impérieux en rapatriant ces personnes, ainsi que l'attestent les exemples d'États européens ayant récemment rapatrié leurs ressortissants. Cette capacité résulte notamment du fait que la Suisse a été sollicitée pour rapatrier ces individus par l'autorité les détenant, faute pour elle d'être en mesure d'assurer le respect de leurs droits fondamentaux et donc dans le but de mettre un terme à ces mêmes violations.

Tout à fait exceptionnelles, ces circonstances fondent ainsi un lien spécial entre ces personnes et la Suisse qui a pour effet de créer selon nous une véritable obligation dans le chef de la Suisse. En se refusant à agir, la Confédération est responsable de la persistance des violations précitées tant et aussi longtemps qu'elle ne rapatrie pas ces personnes en raison de la nature des droits en cause. Partant, l'application combinée des art. 10, al. 1, 2 et, 3, et 24, al. 2 Cst. crée un droit subjectif au rapatriement pour les «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants et une obligation corollaire pour la Confédération.

Pour conclure cette analyse du droit constitutionnel, il est intéressant de constater que la doctrine et la jurisprudence allemandes présentent des réponses au sujet de l'extraterritorialité des droits fondamentaux constitutionnels qui pourraient se révéler pertinentes dans le cadre de la présente étude⁷¹. En parti-

69 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 6), N 281.

70 Dans le même sens: CHRISJE SANDELOWSKY-BOSMAN/TON LIEFAARD, Children Trapped in Camps in Syria, Iraq and Turkey: Reflections on Jurisdiction and State Obligations under the United Nations Convention on the Rights of the Child, *Nordic Journal of Human Rights* 2/2020, p. 141–158, p. 148.

71 Dans la doctrine voir: SCHWANDER, *Extraterritoriale Wirkungen* (note 65), en particulier p. 157 ss. Au sujet des attaques au Yémen de drones américains décollant d'une base militaire en Allemagne, voir dans la jurisprudence: arrêt *Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen* (Allemagne) OVG 4 A 1361/15 du 19.3.2016.

culier, un tribunal supérieur, mais pas la Cour constitutionnelle allemande, s'est prononcé de façon définitive dans une affaire concernant une mère partie rejointe l'État islamique en Syrie avec ses trois enfants. Sur la base de l'obligation générale de protéger les droits fondamentaux constitutionnels (art. 1 ch. 3 Loi fondamentale allemande), l'*Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* a jugé que le gouvernement allemand était tenu de respecter le droit à la vie et à l'intégrité corporelle (art. 2 ch. 2) de ces personnes et par conséquent, au vu des circonstances et en particulier leurs conditions de détention, qu'il avait l'obligation de les rapatrier⁷². SCHWANDER résume cet arrêt par la formule: «*das Grundgesetz ist Verfassung nicht für das Staatsgebiet, sondern für die Staatsgewalt*»⁷³. Bien que cet arrêt concerne un ordre juridique étranger, le fondement constitutionnel sur lequel il s'appuie partage des similitudes avec l'art. 35 al. 2 Cst. et appuie le raisonnement présentement soutenu.

Dégagée à l'aune du seul droit constitutionnel de la liberté d'établissement, l'analyse est incomplète à ce stade, car la Suisse est liée par des obligations internationales qu'elle est tenue de respecter (arts. 5 al. 4 et 190 Cst.) et qu'il convient d'étudier.

C. Droits diplomatique et consulaire

Les «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants pourraient prétendre à la protection diplomatique ou à la protection consulaire⁷⁴ de la Suisse pour exiger d'être rapatriés⁷⁵. Nous examinerons ci-après la protection conférée par les droits diplomatique et consulaire *in abstracto* (*infra* I.), pour en tirer les conséquences *in concreto* (*infra* II.).

72 Arrêt *Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg* (Allemagne) OVG 10 S 43.19 du 6.11.2019. Sur cet arrêt, cf.: SCHWANDER, *Pflicht zur Rückholung* (note 63), p. 1261; BAUMERT (note 59), p. 111.

73 SCHWANDER, *Pflicht zur Rückholung* (note 63), p. 1262; SCHWANDER, *Extraterritoriale Wirkungen* (note 65), p. 284.

74 Pour une distinction de ces deux protections, voir: TAF, A-4385/2016 du 12.12.2018, c. 7.3.2; SAMANTHA BESSON, *Droit international public. Précis de droit et résumés de jurisprudence*, Berne 2019, N 331 ss; KIND (note 67), p. 22 ss; SÉBASTIEN TOUZÉ, *Le régime de la protection diplomatique et consulaire des citoyens de l'Union européenne*, PJA 7/2005, p. 834 ss, p. 835 ss.

75 ALESSANDRA SPADARO, *Repatriation of family members of foreign fighters: individual right or state prerogative?*, *in: International & Comparative Law Quarterly* 1/2021, p. 251–265, p. 253 ss; SANNA MUSTASAARI, *Finnish Children or 'Cubs of the Caliphate'? Jurisdiction and State 'Response-ability' in Human Rights Law, Private International Law and the Finnish Child Welfare Act*, *Oslo Law Review* 1/2020, p. 22–45, p. 32 ss.

I. Protection *in abstracto*

La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques⁷⁶ et son pendant pour les relations consulaires⁷⁷ érigent en fonction élémentaire des missions diplomatiques (art. 3 ch. 1 let. a CVRD) et consulaires (art. 5 ch. 1 let. a CVRC) d'un État la protection de ses ressortissants à l'étranger, en particulier pour les ressortissants mineurs (art. 5 ch. 1 let. h CVRC)⁷⁸. Le droit international ne reconnaît toutefois pas de droit subjectif à la protection diplomatique, le pouvoir discrétionnaire de l'État demeurant une règle à cet égard⁷⁹. En revanche, la protection consulaire est un droit individuel⁸⁰ qui est concrétisé par le droit national⁸¹.

En Suisse, la protection consulaire fait l'objet de la Loi fédérale du 26 septembre 2014 sur les personnes et les institutions suisses à l'étranger⁸². Tout en accordant à ses ressortissants à l'étranger la protection et diverses prestations consulaires (art. 39 ss LSEtr), la Suisse fait de leur responsabilité individuelle un principe cardinal consacré à l'art. 5 LSEtr: «toute personne qui prépare et réalise un séjour à l'étranger ou qui exerce une activité à l'étranger engage sa propre responsabilité»⁸³. De plus, le législateur a expressément ancré dans la loi le principe en vertu duquel «il n'existe aucun droit [subjectif] à la protection consulaire» (art. 43 al. 1 LSEtr)⁸⁴. Néanmoins, la Confédération ne peut refuser ou limiter sa protection consulaire lorsque «la vie ou l'intégrité de la personne concernée sont menacées» (art. 43 al. 3 LSEtr).

76 CVRD; RS 0.191.01.

77 CVRC; RS 0.191.02.

78 BESSON (note 74), N 335; LUKE T. LEE/JOHN QUIGLEY, *Consular Law and Practice*, 3^e éd., Oxford/New York 2008, p. 116 et 131 ss.

79 TAF, A-4385/2016, du 12.12.2018, c. 7.3.1 s.; Conseil fédéral, JAAC 61.75 DU 30.10.1996; BESSON (note 74), N 335; KIND (note 67), p. 216; NOURA KARAZIVAN, *Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially*, *Annuaire canadien de droit international* 2007, p. 299–352, p. 300.

80 BESSON (note 74), N 335. Toutefois, le droit international de la protection consulaire, par la fonction générale de protection des ressortissants, ne répond pas à la question de savoir si l'État a une obligation de leur porter assistance, car, selon LEE/QUIGLEY (note 78), p. 135, «*consular law as a discrete branch of international law does not concern with this matter. The issue falls rather under more general law of State responsibility. States are under obligations to their own nationals under various provisions of human rights law*».

81 MUSTASAARI (note 75), p. 32; LEE/QUIGLEY (note 78), p. 136.

82 LSEtr; RS 195.1. À ce sujet, voir l'étude de KIND (note 67), p. 209 ss.

83 FF 2014 1851, 1864 ss: il est fait mention de la «responsabilité individuelle» à 13 reprises.

84 FF 2014 1851, 1860. Le Département fédéral des affaires étrangères ne dit pas autre chose lorsqu'il indique que «nul ne peut revendiquer un droit aux prestations d'aide de la Confédération», cf.: DFAE, Aide à l'étranger, disponible sous <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/representations-et-conseils-aux-voyageurs/conseils-voyageurs/aide-etranger.html>> (consulté le 20.12.2020). Il peut en aller différemment dans d'autres ordres juridiques, voir: LEE/QUIGLEY (note 78), p. 131 ss. En outre, l'art. 43 LSEtr est discutable à la lumière de l'art. 36 CVRC, voir: CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* du 31.3.2004.

II. Analyse *in concreto*

Les «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants se trouvent précisément dans la constellation envisagée par l'art. 43 al. 3 LSEtr, les conditions de détention des camps où ils vivent étant *a priori* constitutives de violation des droits humains ou de l'homme⁸⁵. Ainsi, la Confédération a l'obligation d'accorder des prestations consulaires à ces personnes. C'est pourquoi le Conseil fédéral a annoncé que, dans les «États où elle peut le faire», la Confédération accordera un soutien aux «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants privés de liberté⁸⁶. Néanmoins, ce soutien est directement tributaire de la situation (incertaine) sur place, car, justement, la Suisse ne dispose d'aucune représentation en Syrie et en Irak.

S'agissant des prestations d'aide couvertes par la protection consulaire, la Suisse «s'efforce d'assurer que le droit à la dignité des conditions de détention», notamment, soit respecté (art. 46 al. 2 let. b LSEtr). En outre, les prestations d'aide peuvent consister en l'assistance générale à l'étranger (art. 45 LSEtr) et le prêt d'urgence pour «financer le voyage de retour» (art. 47 let. a). Par contre, la LSEtr ne consacre aucun droit explicite ou implicite à être rapatrié. C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé le DFAE dans le cadre de la pandémie du coronavirus s'agissant des Suissesses et Suisses à l'étranger souhaitant être rapatriés: «selon la LSEtr, les ressortissants suisses ne peuvent pas revendiquer le droit à un départ organisé d'une zone de crise ou d'une situation de crise»⁸⁷. En effet, les prestations consulaires sont prévues de façon exhaustive dans la loi et le rapatriement n'en fait pas partie. Le droit consulaire, partant, ne consacre pas de droit au rapatriement⁸⁸.

D. Droit international humanitaire

Régissant les droits et obligations en temps de conflit armé, le droit international humanitaire (DIH) impose des obligations aux États qui détiennent des personnes en lien avec un conflit et, par ricochet, aux États dont les ressortissants sont partis combattre à l'étranger, même si leur État n'est pas partie audit conflit. Les États devant non seulement respecter, mais aussi faire respecter le droit international humanitaire en vertu de l'art. 1 commun aux Conventions de Genève⁸⁹, ceux qui ne mettraient pas en œuvre le retour «des leurs» ou s'y op-

85 *Infra* E.

86 CONSEIL FÉDÉRAL, Stratégie (note 5).

87 DFAE, #flyinghome: environ 900 voyageurs suisses sont déjà rentrés – le DFAE organise d'autres vols de retour, 17.3.2020 disponible sous <<https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfa/dfa/aktuell/newsuebersicht/2020/01/corona-virus-archiv.html>> (consulté le 20.12.2020).

88 Notons que la jurisprudence allemande a également écarté le droit consulaire dans le cadre d'une demande de rapatriement, cf.: arrêt OVG 10 S 43.19 du 06.11.2019 (note 72). Voir à cet égard: BAUMERT (note 59), p. 111; SCHWANDER, Pflicht zur Rückholung (note 63), p. 1260 ss.

89 CG I (RS 0.518.12); CG II (RS 0.518.23); CG III (RS 0.518.42); CG IV (RS 0.518.51).

poseraient contreviendraient donc à cette obligation générale⁹⁰. Ainsi, le DIH est opposable à la Suisse relativement à ses ressortissants partis combattre pour une organisation terroriste.

Nous examinerons ci-après la question de la libération et du rapatriement des ressortissants suisses détenues en lien au conflit armé qui a opposé l'État islamique à la Syrie et à l'Irak *in abstracto* tout d'abord (*infra* I.), puis *in concreto* (*infra* II.).

I. Libération et rapatriement *in abstracto*

En matière de DIH, il est nécessaire de distinguer les conflits armés internationaux (CAI) des conflits armés non-internationaux (CANI), car les obligations étatiques en découlant ne sont pas les mêmes: dans le premier cas, les personnes détenues peuvent être considérées comme des «combattants» au sens du DIH, tandis que ce statut n'existe pas dans le second cas⁹¹. Nous devons donc étudier le droit des CAI (*infra* 1.), puis celui des CANI (*infra* 2.).

S'agissant de la Syrie et de l'Irak et des personnes qui s'y sont détenues, plusieurs conflits s'y sont déroulés ou sont encore cours et leur qualification varie, mais celle-ci mérite d'être clarifiée en préambule. *A priori*, et même s'il existe quelques débats doctrinaux à ce sujet, les conflits impliquant l'État islamique doivent être qualifiés de CANI⁹².

1. Dans le cadre d'un CAI

Dans le cadre d'un CAI, la fin de la captivité (Titre IV de la CG) et en particulier la libération et le rapatriement des prisonniers de guerre à la fin des hostilités (Section II de la CG) sont régis aux art. 118 et 119 CG III. L'art. 118 ch. 1 CG III dispose en particulier que «les prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités». Selon l'interprétation communément admise de cette disposition, les États détenteurs de prisonniers de guerre ont l'obligation de les libérer et de les rapatrier vers la Puissance d'origine à la

90 Sur l'art. 1 CG, cf.: KNUT DÖRMANN/JOSÉ SERRAIVO, Common Article 1 to the Geneva Conventions and the obligation to prevent international humanitarian violations, *International Review of the Red Cross* 96/2014, p. 707–736, p. 722 ss.

91 Voir notamment à ce propos: NILS MELZER, *Droit international humanitaire*, Introduction détaillée, Genève 2018, p. 193 ss.

92 Voir notamment: VAIOS KOUTROULIS, The Fight Against the Islamic State and Jus in Bello, *Leiden Journal of International Law* 2016, p. 827–852, p. 843; NOAM LUBELL, The War (?) against Al-Qaeda. International Law and the Classifications of Conflicts, *in*: Elizabeth Wilmschurst (édit.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford 2012, p. 421–454, p. 432 ss; ANNE-LAURE CHAUMETTE, Daech, un «État islamique»? *Annuaire français de droit international* 2014, p. 71–89, p. 72 ss; NOËLLE QUÉNIVET, The Applicability of International Humanitarian Law to Situations of a (Counter-)Terrorist Nature, *in*: Roberta Arnold/Pierre-Antoine Hilbrand (édit.), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts*, Lausanne/Berne/Lugano 2005, p. 25–59, p. 25 ss.

fin des hostilités⁹³. Cette obligation est inconditionnelle⁹⁴ et unilatérale. Elle doit être exécutée sans égard à un quelconque accord entre les parties au conflit ou à une quelconque réciprocité⁹⁵. En outre, cette obligation est précisée par le Commentaire de la CG III relatif à l'art. 118: «les prisonniers de guerre ont le droit inaliénable d'être rapatriés dès la fin des hostilités actives» et «à ce droit correspond [...] l'obligation, pour la Puissance détentrice, de procéder à ce rapatriement et de fournir les moyens nécessaires pour l'exécuter»⁹⁶. Partant, au droit du prisonnier de guerre d'être libéré et rapatrié correspond pour la Puissance détentrice une obligation de libérer le prisonnier de guerre *et* de le rapatrier⁹⁷.

La libération doit être réalisée «sans délai», ce qui signifie que, dès la fin des hostilités⁹⁸, et sans qu'il y ait besoin d'un accord de paix, les combattants faits prisonniers dans le cadre d'un CAI doivent être libérés en vue du rapatriement. Cette obligation est aussi de nature coutumière⁹⁹, ce qui signifie, et nous y reviendrons, qu'elle doit être respectée non seulement dans les CAI, mais aussi les CANI.¹⁰⁰

Notons ici que le consentement du prisonnier de guerre pour être rapatrié est nécessaire: quand bien même l'art. 118 CG III dispose que le prisonnier de guerre *doit* être rapatrié dans son pays d'origine à la fin des hostilités, il convient d'accueillir une interprétation flexible de cette obligation. En effet, le

93 Art. 118 ch. I CG III: «[l]es prisonniers de guerre seront libérés et rapatriés sans délai après la fin des hostilités actives».

94 Le caractère inconditionnel de la libération et du rapatriement des prisonniers de guerre découle de l'art. 118 CG III et est reconnu par de nombreux acteurs internationaux comme l'ONU (cf.: CONSEIL DE SÉCURITÉ, Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1996/15, 1996, p. 2), la Commission des droits de l'homme (COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Résolution 1996/75, 1996, N 7; Résolution 1996/80, 1996, N 3; Résolution 1998/70, 1998, N 7) et le CICR (CICR, Paper presented to the International Conference on the Former Yugoslavia, S/25050, 1993, Annex IV, p. 14 s.). Il n'est ainsi pas possible de lier la libération et le rapatriement des prisonniers de guerre à des conditions.

95 JEAN PICTET, Commentaire. III^e Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève 1958, p. 570.

96 PICTET (note 95), p. 575.

97 PICTET (note 95), p. 576.

98 Un délai est toléré: RUP C. HINGORANI, *Prisoners of War*, 2^e éd., New York 1982, p. 181; CHRISTIANE SHIELDS DELESSERT, *Release and Repatriation of Prisoners of War at the End of Active Hostilities*, Zurich 1977, p. 49.

99 JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume II: Practice. Part 2*, Cambridge 2005, p. 2864 ss. Voir aussi: COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Annuaire de la Commission du droit international. Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session. Volume II. Deuxième partie, A/CN.4/SER.A/1996/Add. 1 (Part. 2)*, New York/Genève 1998, p. 15 ss, disponible sous <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/french/ilc_1996_v2_p2.pdf> (consulté le 20.12.2020). Élaboré en 1996 par la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies, ce texte n'a toutefois jamais été adopté. Il est également disponible sous <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_art.s/7_4_1996.pdf> (consulté le 20.12.2020).

100 HENCKAERTS/DOSWALD-BECK II (note 99), p. 2871 s.

principe d'humanité¹⁰¹, le droit international des droits humains et le droit des réfugiés interdisent aux États de rapatrier une personne qui risquerait des persécutions. Si plusieurs thèses s'opposent depuis lors au sujet de l'absence du consentement du prisonnier¹⁰², les droits humains et le droit des réfugiés ne laissent guère de doute¹⁰³. Une telle interprétation de l'art. 118 CG III est aujourd'hui reconnue non seulement par le CICR¹⁰⁴ et la majorité des auteurs¹⁰⁵, mais aussi par la pratique¹⁰⁶. Le débat relatif au consentement doit ici être pris en compte comme curseur d'interprétation du DIH dans la perspective d'offrir aux personnes concernées la protection la plus grande possible. En l'occurrence, cependant, les «voyageurs du djihad» de Suisse, comme d'ailleurs, et dont nous analysons les cas, souhaitent pour la plupart rentrer.

En définitive, le droit au rapatriement est, dans le cadre d'un CAI, un droit unilatéral et inconditionnel pour la Puissance détentrice d'abord, mais il implique une obligation pour la Puissance d'origine d'accepter le retour des siens et d'aider à ce retour, faute de quoi l'obligation qui pèse sur la Puissance détentrice ne pourrait être mise en œuvre. En cela, la Puissance d'origine bloquant le retour de prisonniers de guerre ne permettrait pas le respect du DIH par la Puissance détentrice et violerait *de facto* et *de jure* l'art. 118 CG III. Cette interprétation nous semble clairement confortée par l'art. 118 par. 4 GC III relatif aux frais de rapatriement et imposant à la Puissance d'origine d'y participer.

2. Dans le cadre d'un CANI

Le droit conventionnel applicable aux CANI ne connaît pas de règles aussi claires. Toutefois, le droit coutumier réglementant les CANI reconnaît une

101 Il est le principe fondateur du DIH, mais aussi un principe reconnu dans le cadre de l'interprétation des dispositions des Conventions de Genève, cf.: HENCKAERTS/DOSWALD-BECK II (note 99), p. 3356 ss.

102 Voir à propos des thèses en présence: CATHERINE MAIA/ROBERT KOLB/DAMIEN SCALIA, La protection des prisonniers de guerre en droit international humanitaire, Bruxelles 2014, p. 501 ss.

103 À ce sujet, voir: CourEDH, *Ahmed c. Autriche* (n° 25964/94), du 17.12.1996; CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (n° 46827/99 et 46951/99), du 4.2.2005, § 67; CourEDH, *Chamaiev c. Géorgie et Russie* (n° 36378/02), du 12.4.2005, § 350 ss.

104 Voir par exemple le cas du rapatriement des soldats russes après la guerre en Afghanistan: MARY ELLEN O'CONNELL, Soviet Prisoners in Afghan Conflict, *Columbia Journal of Transnational Law*, 23/1984–1985, p. 497–504, p. 503.

105 Voir notamment: ROBERT KOLB, *Ius in bello*, Le droit international des conflits armés, 2^e éd., Bâle/Bruxelles 2009, p. 361; JOHN QUIGLEY, Iran and Iraq and the Obligations to Release and Repatriate Prisoners of War after the Close of Hostilities, *American University Journal of International Law and Policy*, 5/1989, p. 73–86, p. 83. Néanmoins, quelques auteurs ont des doutes et désapprouvent une telle interprétation: MILAN SAHOVIC, La question de la libération des prisonniers de guerre entre l'Irak et l'Iran, *Annuaire français de droit international* 1989, p. 159–165, p. 163; YORAM DINSTEIN, Refugees and the Law of Armed Conflict, *Israel Yearbook on Human Rights*, 12/1982, p. 94–109, p. 102.

106 Voir à ce propos: MAIA/KOLB/SCALIA (note 102), p. 513 ss.

même obligation de libération et de rapatriement. En effet, l'obligation énoncée à l'art. 118 CG III est une règle coutumière valant également pour les CANI¹⁰⁷. La règle 128C de l'étude du CICR sur le DIH coutumier prévoit à cet égard que «les personnes privées de leur liberté en relation avec un conflit armé non international doivent être libérées dès que les causes qui ont motivé leur privation de liberté cessent d'exister»¹⁰⁸. Le CICR estime ainsi qu'une libération des personnes détenues en lien avec un CANI doit s'effectuer dans les mêmes termes que la libération des personnes détenues en lien avec un CAI. Si le rapatriement n'est pas ici mentionné, c'est parce que les CANI ne voyaient traditionnellement pas s'opposer des groupes armés à des États tiers. Ainsi, dans l'optique de la règle 128C précitée, les personnes détenues le sont sur leur propre territoire dans le cadre d'un CANI, si bien que la question du rapatriement – jusqu'à très récemment – ne se posait donc pas.

II. Analyse *in concreto*

Ces règles exposées, il sied d'analyser ce qu'elles impliquent par rapport aux «voyageurs du djihad» suisses. Répondre à la question de leur libération et de leur rapatriement en terres helvétiques sur la base du DIH doit se faire en ayant à l'esprit le fait de protéger de la meilleure manière qu'il soit les victimes des conflits armés, parmi lesquels se trouvent également les personnes détenues en lien avec le conflit armé.

En l'occurrence, la fin des hostilités avec l'État islamique a été proclamée par de nombreux États tiers. Partant, les autorités étatiques ou non-étatiques qui détiennent aujourd'hui les «voyageurs du djihad» de nationalité étrangère devraient dès lors les libérer et ceux-ci devraient alors être rapatriés, car, en effet, il existe une obligation de libération et de rapatriement des personnes détenues dans le cadre d'un CANI «sans délai» dès la fin des hostilités. Cette obligation est opposable à la Puissance détentrice des détenus et implique également que les États d'origine, Puissances d'origine, ne fassent pas obstacle à sa mise en œuvre.

À ce titre, les groupes rebelles en Syrie ont déclaré vouloir libérer les prisonniers de nationalités européennes qu'ils détiennent. Que la Suisse s'oppose à tout rapatriement de ses ressortissants, comme d'autres États, a pour effet que la Partie détentrice se refuse à toute libération. Pourtant, la lecture du Commentaire de la règle coutumière 128C énonce clairement à ce propos que «[l]e refus de libérer des détenus lorsque les motifs qui ont entraîné leur privation de liberté ont cessé d'exister constituerait une violation de l'interdiction de la priva-

107 JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier. Volume I: Règles*, Bruxelles 2006, p. 595 ss.

108 HENCKAERTS/DOSWALD-BECK I (note 107), p. 595 ss; HENCKAERTS/DOSWALD-BECK II (note 99), p. 2864 ss.

tion arbitraire de liberté et pourrait aussi constituer une prise d'otages»¹⁰⁹. Par faute de la Suisse, les autorités détentrices violent donc le droit international humanitaire coutumier.

Au-delà, si l'on s'en tient à l'art. 1^{er} commun aux Conventions de Genève, partie intégrante du droit coutumier, donc aussi applicable aux CANI, la Suisse a non seulement le devoir de respecter le droit international humanitaire, mais aussi celui de le faire respecter: cette obligation «consiste à faire respecter les Conventions par d'autres parties à un conflit; les États, qu'ils soient neutres, alliés ou ennemis [...] doivent faire tout ce qui est raisonnablement en leur pouvoir afin de prévenir et faire cesser [l]es violations» du DIH¹¹⁰. Partant, la Suisse a l'obligation d'autoriser le rapatriement de ses ressortissants partis rejoindre l'État islamique qui souhaiteraient rentrer en vertu de l'art. 1^{er} commun et du droit international coutumier interprété à la lumière de l'art. 118 CG III. Elle ne peut y faire obstacle et, puisqu'elle doit respecter et faire respecter le DIH, elle doit tout mettre en œuvre pour que le rapatriement de ses ressortissants ait lieu.

E. Droit international des droits humains et droits de l'enfant

Le droit international des droits humains et de l'enfant présente également des réponses au sujet du rapatriement des «voyageurs du djihad» et de leurs enfants sous l'angle d'un «droit au retour» et d'une éventuelle obligation positive de rapatriement. En la matière, ce sont plusieurs instruments qui entrent en jeu: les Pactes ONU I et II¹¹¹, la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948¹¹², la Convention européenne des droits de l'Homme¹¹³ et, s'agissant des enfants, la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant¹¹⁴.

Dès lors que les «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants ne se trouvent pas actuellement sur le territoire suisse, la question de l'application extraterritoriale de ces différents instruments nécessite d'être examinée (*infra* I.). Ce préalable posé, nous discuterons ensuite des fondements d'une obligation positive de rapatriement de l'État, ainsi que d'éventuelles restrictions (*infra* II.).

109 HENCKAERTS/DOSWALD-BECK I (note 107), p. 595.

110 CICR, Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 2018, art. 1 N 153 s., disponible sous <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=9FDA19119E4EB59AC1257F7D005ED435#_Toc480458655> (consulté le 20.12.2020).

111 RS 0.103.1 et RS 0.103.2.

112 DUDH.

113 CEDH; RS 0.101.

114 CDE; RS 0.107.

I. Lien juridictionnel extraterritorial

La notion de «juridiction» est un maillon essentiel de la relation entre le débiteur (l'État) et le bénéficiaire (l'individu) des obligations en termes de droits humains découlant, notamment, de la CEDH¹¹⁵. Autrement dit, sans lien juridictionnel entre l'État et l'individu, ce dernier ne peut exiger du premier le respect de ses droits¹¹⁶. Ainsi, nous allons examiner l'existence ou non de ce lien juridictionnel extraterritorial dans le cadre du Pacte II (*infra* 1.), puis dans le cadre de la CEDH et de la CDE (*infra* 2.).

1. Pacte II: nature extraterritoriale inhérente au droit au retour

La DUDH et les Pactes I et II forment la «Charte internationale des droits de l'Homme»¹¹⁷. Aussi bien la DUDH en son art. 13 par. 2 que le Pacte II en son art. 12 par. 4 garantissent le droit au retour, à savoir le «droit d'entrer dans son propre pays» («*right to a home country*»)¹¹⁸. La DUDH n'étant pas en soi juridiquement contraignante¹¹⁹, l'analyse qui suit se concentre sur l'art. 12 par. 4 Pacte II qui concrétise, avec une portée juridiquement contraignante, l'art. 13 par. 2 DUDH.

En vertu de l'art. 12 par. 4 Pacte II, «nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays». Cette disposition crée un droit indivi-

115 SAMANTHA BESSON, The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 857–884, p. 860.

116 Cf. par exemple: CourEDH (Grande Chambre), *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* (n° 55721/07) du 7.7.2011, § 130.

117 PASCAL HERREN, L'intervention internationale au nom des droits de l'homme. L'autorité de l'approche finaliste, Thèse, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 415; CHRISTINE KAUFMANN/CHRISTOPHE GOOD, Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen, *PJA* 5/2016, p. 647–664, p. 661; CHRISTOPHER N. J. ROBERTS, The Contentious History of the International Bill of Human Rights, New York 2015, p. ix; STEPHEN GARDBAUM, Human rights as International Constitutional Rights, *The European Journal of International Law* 4/2008, p. 749–768, p. 750.

118 WILLIAM A. SCHABAS, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, *Nowak's CCPR Commentary*, Article 12. Freedom of Movement, 3^e éd., Kehl 2019, N 58; BAPTISTE JOUZIER, Le «droit d'entrer dans son propre pays» à l'épreuve de circonstances sanitaires exceptionnelles: un cadre juridique devant évoluer?, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 14/2020, p. 1–10, p. 1; ECKART KLEIN, Movement, Freedom of, *International Protection*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2007, N 1, 3 et 7 ss, disponible sous <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e851>> (consulté le 20.12.2020); ALISSON KESBY, The Right to Have Rights: Citizenship, Humanity, and International Law, *New York* 2012, p. 24 s.; KATHLEEN LAWAND, The Right to Return of Palestinians in International Law, *International Journal of Refugee Law* 4/1996, p. 532–568, p. 532 ss; REX ZEDALIS, Right to Return: A Closer Look, *Georgetown Immigration Law Journal*, 6/1992, p. 499–517, p. 499 ss.

119 Pour un examen approfondi de son statut, cf.: MARC GAMBARAZA, Le statut de la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Une aventure juridique, Thèse, Paris 2016.

duel¹²⁰ opposable à «son propre pays», expression plus vaste que celle du «pays de nationalité»¹²¹. Outre les nationaux, bénéficient également de ce droit les personnes dont la nationalité a été retirée en violation du droit international, les apatrides, mais également les «quasi-nationaux»¹²² ou résidents de longue durée qui, sans être des «nationaux au sens strict du terme», peuvent se prévaloir d'un lien affectif et durable avec un État qui n'est pas celui de leur nationalité¹²³.

Le droit d'entrer dans son «propre pays» ne peut, par définition, être invoqué que par un individu se trouvant à l'extérieur du territoire du pays concerné¹²⁴. Le critère déterminant pour entraîner l'opposabilité de l'art. 12 par. 4 Pacte II à un État n'est donc pas la présence de l'individu sur le territoire ou le contrôle effectif par l'État sur un individu à l'extérieur de ses frontières¹²⁵, mais l'existence d'un lien de nationalité ou d'un autre type de liens suffisamment «étroits et durables»¹²⁶ entre l'individu et l'État concerné. Ainsi, cette disposition de droit international public a, de façon inhérente, une portée extraterritoriale qui a pour effet que l'État à qui elle est opposée est compétent pour en connaître et, cas échéant, répondre d'une violation. Par conséquent, les personnes de nationalité suisse qui opposent à la Confédération le respect de leur droit au retour sur le fondement de l'art. 12 par. 4 Pacte II relèvent bien de la «jurisdiction» de la Confédération.

120 STIG JAGERSKIOLD, The Freedom of Movement, in: Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York 1981, p. 166–184, p. 180.

121 COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, Observation générale n° 27 (67) sur la Liberté de circulation (art. 12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9**, 1999, N 20; LAWAND (note 118), p. 548 ss; ZEDALIS (note 118), p. 502 ss.

122 MARIE-BÉNÉDICTE DEMBOUR, Étrangers ou quasi-nationaux? Le choix des droits de l'homme, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2002, p. 963–982, p. 963 ss.

123 Communication Comité des droits de l'homme de l'ONU, *Charles E. Stewart c. Canada* (n° 538/1993) du 1.11.1996, § 12.3; *Giosue Canepa c. Canada* (n° 558/1993) du 20.6.1997, § 11.3. Voir également: COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, Observation générale n° 27 (note 121), N 20.

124 NIHAL JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law; national, regional and international jurisprudence*, 2^e éd., Cambridge 2017, p. 481: «*the right to enter one's own country is a right enjoyed by a person who is abroad*».

125 L'art. 2 par. 1 Pacte II dispose que «les États 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». Sur l'interprétation qui est faite de cette disposition par le Comité des droits de l'homme en faveur de l'application extraterritoriale du Pacte II, cf. COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, Observation générale n° 31, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, N 10 (individus sur le territoire ou sous le contrôle effectif de l'État).

126 COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, Observation générale n° 27 (note 121), N 20.

2. CEDH et CDE: capacité d'agir et nationalité

a. CEDH

C'est en des termes différents que se pose la question du lien juridictionnel sous l'empire de la CEDH. En effet, selon l'art. 1 CEDH, les États parties doivent respecter et protéger les droits qui en découlent à l'égard de toute «personne relevant de leur juridiction». L'interprétation de cette expression par la CourEDH a fait et continue de faire couler beaucoup d'encre¹²⁷. Les cas dans lesquels la Cour a retenu une application extraterritoriale de la Convention concernaient, notamment, le renvoi dans un pays dans lequel la personne encourrait un risque sérieux d'être soumise à de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants¹²⁸, une situation d'occupation militaire¹²⁹ ou dans laquelle des agents de l'État ont exercé directement sur des personnes un «contrôle continu et exclusif» en les interceptant par exemple en haute mer¹³⁰. Dans tous ces cas, la personne se trouvait soit sur le territoire de l'État partie et risquait un traitement contraire à la CEDH en cas de renvoi – ce qui ne correspond pas *stricto sensu* à une application extraterritoriale de la CEDH¹³¹ –, soit se trouvait à l'extérieur du territoire de l'État partie, mais était sous le contrôle effectif d'agents de cet État.

La situation que nous analysons est tout à fait singulière, car les «voyageurs du djihad» suisses ne se trouvent ni sur le territoire helvétique ni sous le contrôle direct d'agents de la Confédération. À cet égard, la récente affaire *M.N. et autres c. Belgique* offre des renseignements sur l'application extraterri-

127 Outre BESSON déjà citée (note 115), voir également: VIOLETA MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction, Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the «Operational Model»*, *German Law Journal* 2020, p. 385–416, p. 385 ss; MARKO MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford 2011, p. 1 ss; RALPH WILDE, *The Extraterritorial Application of International Human Rights Law on Civil and Political Rights*, in: Nigel Rodley/Scott Sheeran (édit), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Londres 2013, p. 635–661, p. 635 ss; FRÉDÉRIC KRENC, *La peur du vide: la «juridiction» des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Journal de droit européen* 2005, p. 168–170, p. 168 ss.

128 Arrêt CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni* (n° 14038/88) du 7.7.1989, § 91; arrêt CourEDH, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* (n° 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87) du 30.10.1991, § 103; CourEDH, *Cruz Varaz et autres c. Suède*, (n° 15576/89) du 20.3.1991, § 69 s.

129 Arrêt CourEDH (Grande Chambre), *Loizidou c. Turquie* (n° 15318/89) du 23.3.1995, § 62; arrêt CourEDH (Grande Chambre), *Chypre c. Turquie* (n° 25781) du 10.5.2001, § 76 s.; décision sur la recevabilité CourEDH (Grande Chambre), *Banković et autres c. Belgique et autres* (n° 52207/99) du 12.12.2001, § 71.

130 CourEDH (Grande Chambre), *Hirsi Jamaa c. Italie* (n° 27765/09) du 23.2.2012, § 81. Cf. aussi: Arrêt CourEDH (Grande Chambre), *Öcalan c. Turquie* (n° 46221/99) du 12.5.2005, § 91; CourEDH (Grande Chambre), *Medvedyev et autres c. France* (n° 3394/03) du 29.3.2010, § 67; CourEDH (Grande Chambre), *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* (n° 55721/07) du 7.7.2011, § 136.

131 Cf. sur ce point la remarque de la CourEDH dans l'arrêt (Grande Chambre), *M.N. et autres c. Belgique* (n° 3599/18) du 5.5.2020, § 120.

toriale de la CEDH. En l'espèce, les requérants avaient déposé une demande de visa humanitaire auprès de la représentation diplomatique belge au Liban. La CourEDH a conclu à l'absence de juridiction de la Belgique, en se fondant sur l'absence de tout lien des requérants avec la Belgique, qu'il s'agisse de la nationalité ou d'une vie familiale dans cet État. Le seul fait, selon la Cour, pour les requérants de déposer une demande de visa humanitaire ne suffisait pas à les attirer dans la juridiction de la Belgique au regard de la CEDH¹³². Si c'était le cas, la CEDH aurait une application quasi-universelle qui obligerait les États à admettre sur leur territoire toute personne qui risquerait de subir des violations de la CEDH hors de leur territoire et sans autre lien de rattachement entre cette personne et l'État concerné que cette demande de visa¹³³.

Contrairement à la situation qui dans l'arrêt *M.N. c. Belgique*, les «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants demandant à la Confédération de les rapatrier afin de bénéficier de conditions de détention et d'un procès équitable conformes aux standards de la CEDH ont la nationalité suisse. Certes, la CourEDH ne se positionne pas quant à la question de savoir si la nationalité pourrait suffire à elle seule à fonder la juridiction d'un État partie au sens de l'art. 1 CEDH. Cependant, le lien de nationalité entre ces personnes, et leurs enfants le cas échéant, et la Suisse permet dans le cas concret d'éviter une application quasi-universelle de la CEDH en cas d'allégations de violations commises en dehors du territoire de l'État. Ainsi, l'admission de l'existence d'une juridiction dans cette situation s'inscrirait dans la droite ligne de la jurisprudence récente de la Cour. Pour l'heure, elle ne s'est encore jamais prononcée dans une configuration aussi inédite, mais elle aura l'occasion de trancher la question de la juridiction de la France à l'égard d'une femme et ses enfants détenus dans le camp d'Al-Hol dans le Kurdistan syrien, puisqu'une requête est actuellement pendante¹³⁴.

Selon nous, l'existence de ce lien juridictionnel trouve confirmation dans l'approche dite «fonctionnelle» de la notion de «juridiction». Une partie de la doctrine affirme à juste titre que, lorsque l'État a un contrôle effectif sur une situation, c'est-à-dire qu'il peut influencer de manière significative le cours des événements, il a la juridiction sur les personnes affectées s'agissant de leurs droits humains¹³⁵. Or ce qui fonderait, dans le cas des «voyageurs du djihad» suisses et de leurs enfants, la juridiction de la Confédération est la nationalité

132 Arrêt CourEDH (Grande Chambre), *M.N. et autres c. Belgique* (n° 3599/18) du 5.5.2020, § 118, 121 ss.

133 Arrêt CourEDH (Grande Chambre), *M.N. et autres c. Belgique* (n° 3599/18) du 5.5.2020, § 123.

134 CourEDH, Communiqué aux Parties dans l'affaire *H.F. et M.F. c. France* (n° 24384/19) du 23.1.2020. Il est à noter les nombreuses questions relevées par le greffe concernant la juridiction de la France.

135 MORENO-LAX (note 127), p. 414: «*what makes control «effective» under the functional reading of jurisdiction is its capacity to determine a change in the real and/or legal position of those concerned with human rights-relevant implications*».

de ces personnes, couplée à la capacité juridique et opérationnelle d'agir de la Suisse en vue d'un rapatriement de nature à mettre fin à la violation de leurs droits fondamentaux, étant précisé que cette capacité est notamment créée par l'invitation – et donc l'autorisation – de l'autorité étrangère *de facto* qui détient ces personnes et qui ne peut garantir les droits en cause. À cet égard, la capacité de l'État de mettre fin à une violation dans le chef de ses ressortissants constitue un moyen d'agir sur la sphère juridique des individus qui est de plus en plus reconnu par la doctrine comme entraînant la reconnaissance de la juridiction de l'État sur les personnes¹³⁶. La capacité d'agir de la Suisse pour fonder un lien de juridiction est une condition nécessaire, mais pas suffisante, à défaut de quoi, effectivement, la nature extraterritoriale de la CEDH serait sans frontière¹³⁷.

Cette appréciation de la capacité d'agir de l'État est précisément un aspect controversé de la question qui est âprement débattu devant les juridictions de plusieurs États. En Belgique, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles a retenu que la CEDH s'applique aux «voyageurs du djihad» de Belgique détenus en Syrie. Il a considéré que l'État belge disposait de la capacité tant décisionnelle qu'organisationnelle de mettre un terme aux violations de la CEDH et, par conséquent, d'un certain pouvoir sur la situation¹³⁸. De manière opposée, dans une autre affaire, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que l'État belge n'avait pas un «certain pouvoir» sur ses ressortissants détenus dans des camps en Syrie, puisqu'il n'administre ni le camp ni les personnes s'y trouvant¹³⁹. En France, le Conseil d'État a refusé de se prononcer sur cette question, en retenant que la décision de rapatrier est un «acte de gouvernement» qui, par conséquent, n'est pas susceptible d'un contrôle devant l'autorité judiciaire¹⁴⁰. Toutefois, la Commission nationale (française) consultative des droits de l'Homme a émis un avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens, pour retenir que «le refus de rapatriement relève d'une décision de la France», raison pour laquelle les Français retenus dans les camps relèvent de la

136 Dans ce sens notamment: SANDELOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 148 et 150; LOÏC ROBERT, Enfants de «djihadistes» retenus en Syrie: vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 120, 2019, p. 779–798, p. 788 s.

137 *Contra*: SPADARO (note 75), p. 10 ss.

138 Ordonnance Tribunal de première instance francophone de Bruxelles (Belgique) n° 19/129/C du 30.10.2019.

139 Arrêt Cour d'appel de Bruxelles (Belgique) n° 2019/KR/29 du 30.12.2019, § 44. Critique sur cet arrêt, en considérant que la nationalité suffit à établir un lien juridictionnel en raison de la logique derrière le «droit au retour» consacré par plusieurs traités internationaux: COMITÉ BELGE DE VIGILANCE EN MATIÈRE DE LUTTE CONTRE LE TERRORISME (COMITÉ T), Rapport 2020. Évaluation des mesures visant à lutter contre le terrorisme à la lumière des droits humains, Bruxelles 2020, p. 102, disponible sous <<https://comitet.be/rapport-2020/>> (consulté le 20.5.2020).

140 Arrêts Conseil d'État (France) 429669, 429674 et 429701 du 23.4.2019. Voir: ROBERT (note 136), p. 782 s.

juridiction de la France au sens de l'art. 1 CEDH¹⁴¹. Aux Pays-Bas, la Cour suprême a jugé que l'État néerlandais ne disposait pas de juridiction sur ses nationaux se trouvant au Nord de la Syrie¹⁴².

b. CDE

Sous l'angle de la CDE, «les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune» (art. 2 ch. 1 CDE). La notion de «juridiction» ne doit pas être interprétée de façon trop étroite, eu égard à l'esprit de la Convention tel qu'exprimé dans son préambule: «l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance»¹⁴³.

La stricte limite de la territorialité a été délibérément exclue du texte de la Convention lors des travaux préparatoires, afin que la CDE couvre le plus grand nombre de situations, sans que son champ d'application ne soit illimité pour autant¹⁴⁴. Qui plus est, certaines dispositions de Protocoles facultatifs à la CDE prévoient expressément une compétence extraterritoriale des États parties¹⁴⁵, étant précisé que cette extraterritorialité est limitée en principe à l'existence d'un «contrôle effectif» sur un territoire étranger de l'État partie concerné. Ce n'est *a priori* que dans ce cas de figure que la CDE peut s'appliquer selon le Comité des droits de l'enfant, qui semble se rallier à l'interprétation donnée par la CourEDH de la notion de «juridiction»¹⁴⁶. Tenant compte de la multitude

141 COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (France), Avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens, 11.10.2019, N 13, disponible sous <https://www.le.gifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000039202746> (consulté le 20.5.2020).

142 Arrêt *Hoge Raad* (Pays-Bas) 19/05666 du 26.2.2020, c. 3.4.1 ss. Il est à noter que l'autorité de première instance avait toutefois ordonné au «*Dutch Government to engage actively in the repatriation of the children, insofar as possible*», mais sur la base du droit civil néerlandais, cf.: SANDELOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 155 ss.

143 SANDELOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 150.

144 SANDELOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 149 s.; MAARTEN DEN HEIJER/RICK LAWSON, Extraterritorial Human Rights and the Concept of 'Jurisdiction', in: Malcolm Langford et al. (édit.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge 2013, p. 153–191, p. 157 et 161; BRUCE ABRAMSON, Article 2. The Right of Non-Discrimination, in: André Alen et al. (édit.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 2 The Right of Non Discrimination*, Leiden/Boston 2008, p. 127 s.; SHARON DETRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the «Travaux Préparatoires»*, Dordrecht 1992, p. 147.

145 Art. 3 ch. 1 du Protocole facultatif à la CDE concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants du 25.5.2000, ratifié par la Suisse et entré en vigueur le 19.10.2006 (RS 0.107.2).

146 Voir en outre COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale conjointe n° 23 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 (2017) sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationale, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017, N 12; COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observations finales, Israël, CRC/C/15/Add.195, 2002, N 58; SANDE-

des situations possibles, le Comité a toutefois nuancé son propos pour les «cas exceptionnels», en ce sens que la compétence d'un État partie peut également être reconnue lorsque celui-ci n'exerce pas de contrôle effectif¹⁴⁷.

Selon nous, le raisonnement tenu dans le cadre de l'interprétation de l'art. 1 CEDH et du droit constitutionnel suisse peut être repris ici *mutatis mutandis* et l'existence d'un lien juridictionnel entre la Suisse et les enfants de «voyageurs du djihad» (s'ils n'en sont pas eux-mêmes) est donné. Il est donné par le fait que la Confédération a, en plus de la capacité opérationnelle de rapatrier les enfants qui se trouvent en Syrie, en raison du lien de nationalité qui lie la Suisse et ces enfants, été invitée par l'autorité de fait détenant une position de garant vis-à-vis de ces enfants à remédier aux violations – dont ils sont responsables au premier chef – des droits de ces enfants, mais qu'ils ne peuvent eux-mêmes assurer¹⁴⁸.

Cette interprétation de l'art. 2 CDE quant à la notion de «juridiction» a été confirmée en novembre 2020 par le Comité des droits de l'enfant. En effet, celui-ci a déclaré recevable la requête de grands-parents réclamant le rapatriement en France de leurs petits-enfants depuis des camps au nord de la Syrie, en ayant recours aux critères de la capacité et du pouvoir de la France, comme pays de nationalité des enfants concernés, de protéger les droits de ces enfants en les rapatriant sur le sol français¹⁴⁹.

II. Vers une obligation de rapatriement?

Dans les développements qui suivent, nous nous poserons deux questions distinctes, en raison du fait que le Pacte II consacre un droit au retour, tandis que le Protocole n° 4 à la CEDH, qui énonce un droit semblable, n'a pas été ratifié par la Suisse: premièrement, dans quelle mesure le Pacte II comporte une obligation positive de rapatriement, corollaire du «droit au retour» (*infra*, 1.)?; deuxièmement, dans quelle mesure la CEDH et la CDE comportent une obligation de même nature (*infra*, 2.)?

LOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 149 s. Sur la position de la CourEDH, cf. arrêt CourEDH, *Catan and Others/Republic of Moldova* App (n° 43370/04, 8252/05 et 18454/06) du 19.10.2012, § 103.

147 COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT (note 145), N 12. Voir: SANDELOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 149 s.

148 Dans le sens même dans le cas de l'État néerlandais, voir: SANDELOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 150.

149 COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Communications n° 79/2019 et 109/2019 (CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019) du 2 novembre 2020, N 9.7. Critique: MARKO MILANOVIC, *Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights*, EJIL:Talk, disponible sous <<https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>> (consulté le 20.12.2020).

1. Dans le cadre du Pacte II

a. Portée in abstracto du droit au retour

L'art. 12 par. 4 Pacte II confère aussi bien le droit de rentrer dans son propre pays après l'avoir quitté que celui d'y entrer pour la première fois¹⁵⁰. Corollairement, il engendre une obligation négative de l'État de s'abstenir de priver arbitrairement quiconque d'entrer dans son propre pays¹⁵¹, notamment en rendant une décision individuelle refusant un rapatriement¹⁵². Le Comité des droits de l'Homme a également reconnu, dans l'affaire *Jiménez Vaca c. Colombie*, qu'il découle de l'art. 12 par. 4 Pacte II l'obligation positive à charge de l'État de faire respecter le droit d'un individu à retourner dans son pays¹⁵³. Ainsi, l'État doit prendre toutes les mesures nécessaires permettant à une personne d'exercer son droit de *quitter* son propre pays (en délivrant notamment un passeport¹⁵⁴), mais aussi son droit d'y *entrer* ou d'y *revenir*. En cas de détention à l'étranger, l'État de «son propre pays» doit entrer en négociations avec l'autre État afin de permettre le retour de la personne, car elle ne pourrait, autrement, jouir de façon effective de son droit au retour¹⁵⁵. En effet, seul «son» État est en mesure de traiter d'égal à égal avec l'État où elle est détenue, raison pour laquelle il lui incombe à d'entreprendre les démarches en ce sens¹⁵⁶.

Le droit d'entrer dans son propre pays n'est pas absolu et peut être restreint, sous réserve de l'«arbitraire». Conformément à l'interprétation de cette notion par le Comité, la restriction du droit au retour doit, en plus d'être prévue par la loi, rester «raisonnable» au vu des circonstances particulières et être conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte¹⁵⁷. Or, selon le Comité et la doctrine, les cas dans lesquels une privation du droit au retour est «raisonnable»

150 KLEIN (note 118), N 7 s.; KESBY (note 118), p. 17 s.; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, Observation générale n° 27 (note 121), N 19.

151 KLEIN (note 118), N 6; JOUZIER (note 118), p. 5.

152 ERIC ROSAND, *The Right to Return under International Law Following Mass Dislocation: the Bosnian Precedent?*, in: *Michigan Journal of International Law* 4/1998, p. 1094–1139, p. 1129.

153 Dans cette affaire, l'État colombien n'avait pas pris de mesures en termes de protection de la sécurité du requérant contre des menaces et des atteintes à sa vie en Colombie, empêchant celui-ci de retourner en Colombie depuis son exil forcé au Royaume-Uni, cf.: communication *Jiménez Vaca c. Colombie* (n° 859/1999) du 25.3.2002, § 7.4. Ce même organe a également retenu que des obligations positives existaient de par l'effet de l'art. 2 par. 1 Pacte II, cf.: observation générale n° 31 (80) sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, N 6. Voir également: JOUZIER (note 118), p. 5.

154 Comm. Pacte II-DELAS, Article 12, p. 285 ss, p. 297 ss, in: Emmanuel Decaux (édit.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques: commentaire art. par art.*, Paris 2011; JAYAWICKRAMA (note 124), p. 466.

155 JAYAWICKRAMA (note 124), p. 481 s.

156 JAYAWICKRAMA (note 124), p. 482.

157 COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, Observation générale n° 27 (note 121), N 21; Comm. Pacte II-DELAS Article 12 (note 154), p. 305; COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Analysis of the current trends and developments regarding the right to leave any country including one's own, and to return to one's own country, and some other rights or considerations arising therefrom*. Final report prepared by C. L. C. Mubanga-Chipoy. E/CN. 4/Sub.2/1988/35, 1988, N 49.

sont rares¹⁵⁸. En outre, il faut tenir compte du fait que les restrictions prévues à l'art. 12 par. 3 Pacte II ont été exclues à l'égard de l'art. 12 par. 4¹⁵⁹, en raison du fait que le droit au retour dans son «propre» pays ne devait souffrir aucune exception selon les vues de certains États au moment de la rédaction du Pacte¹⁶⁰. Dès lors, la possibilité de restreindre le droit au retour selon l'art. 12 par. 4 Pacte II doit être interprétée de manière extrêmement restrictive, c'est-à-dire de manière plus restreinte que les conditions prévues par l'art. 12 par. 3 Pacte II¹⁶¹.

b. Analyse in concreto

Dans le cas des «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants, leur rapatriement constitue la seule mesure permettant d'assurer le respect de leur droit au retour. En effet, ces personnes sont retenues dans des camps et n'ont pas la possibilité de voyager librement pour revenir sur le territoire de la Confédération. Le rapatriement est ainsi une mesure nécessaire pour faire respecter le droit au retour, si bien qu'il en découle une obligation de rapatriement dans le cadre du Pacte II. Compte tenu de la capacité opérationnelle de la Suisse d'assurer le rapatriement de ces personnes, la mise en œuvre de cette obligation positive de rapatriement n'excède pas ce qui peut être raisonnablement attendu de la Suisse.

Demeure néanmoins la question de la restriction possible de ce droit au retour. À cet égard, il convient de rappeler que le Pacte II garantit notamment le droit à la vie (art. 6 par. 1) et l'interdiction de la torture, des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7 par. 1). Or ces droits ne sont manifestement pas garantis en ce qui concerne les conditions de détention et vie des «voyageurs du djihad» et de leurs enfants en territoires syrien et irakien. Ainsi, restreindre le droit au retour des «voyageurs du djihad» suisses apparaît déraisonnable, étant donné que cette restriction perpétuerait une situation contraire aux droits protégés par le Pacte II, de surcroît parmi les plus fondamentaux.

158 COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, Observation générale n°27 (note 121), N21; JAYAWICKRAMA (note 124), p.484.

159 *A contrario*, selon l'art. 12 Pacte II, «quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence» (par. 1) et «toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien» (par. 2). Ces droits peuvent être l'objet de restrictions en vertu de l'art. 12 par. 3 Pacte II, à condition d'être «prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte».

160 JAYAWICKRAMA (note 124), p. 484. Voir à ce sujet les explications et la référence au travail du Troisième Comité à la note de bas de page 120 de l'étude de cet auteur: «*the general consensus, however, was that the right is not absolute but that it should not be made subject to the same kind of restrictions as the other rights defined in this article. It was thought inconceivable, for example, that a state should prohibit one of its own nationals from entering its territory for reasons of health or morality*».

161 COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, Observation générale n°27 (note 121), N21; JAYAWICKRAMA (note 124), p.484.

Si une telle restriction du droit au retour des «voyageurs du djihad» devait toutefois apparaître raisonnable en raison de leur appartenance à une organisation terroriste et/ou de leur implication dans des actes de terrorisme, voire des crimes internationaux, encore faudrait-il procéder à un examen au cas par cas en tenant compte des circonstances particulières pour limiter le droit en réponse à une éventuelle demande. Qui plus est, un tel raisonnement ne saurait valoir pour les enfants de ces personnes, sauf à démontrer que ces derniers ont aussi commis des crimes. Ne pas rapatrier les enfants des «voyageurs du djihad» ne semble en aucun cas correspondre à une restriction licite au droit au retour selon l'art. 12 par. 4 Pacte II et constitue, dans tous les cas de figure, une violation de ce droit.

2. Dans le cadre de la CEDH et la CDE

a. CEDH

La Suisse n'ayant pas ratifié le Protocole n° 4 à la CEDH qui consacre le droit au retour de façon absolue – à la différence de l'art. 12 par. 4 Pacte II –, les fondements d'une éventuelle obligation positive pour la Confédération de rapatrier les «voyageurs du djihad» et leurs enfants sur la base de la CEDH doivent donc être cherchés ailleurs. Si une telle obligation existe, il s'agit en premier lieu de déterminer les droits de la CEDH qui sont concernés dans le cas des «voyageurs du djihad» et dont le respect effectif, dans un second temps, requiert le rapatriement par l'État de ses ressortissants.

Le premier droit dont la pertinence semble évidente dans ce contexte est l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH) en raison des conditions de détention des «voyageurs du djihad» et de leurs enfants. Ainsi que cela ressort de nos propos en introduction, ces conditions ne sont pas compatibles avec les standards européens en la matière. Dans ce sens, l'obligation de rapatrier serait le pendant inverse du principe de non-refoulement¹⁶²: une mesure non explicitement prévue par l'art. 3 CEDH, mais qui s'avère en l'occurrence absolument nécessaire pour respecter le contenu de la norme, laquelle ne souffre aucune exception ou dérogation¹⁶³. Dans cette perspective, les effets extraterritoriaux de l'obligation de rapatrier à l'égard de ressortissants situés à l'étranger seraient semblables à ceux du principe de non-refoulement à l'égard d'étrangers renvoyés dans un pays étranger.

Le deuxième droit concerné dans le cas des «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants est le respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) dans le pays dont ils possèdent la nationalité. En cas de refus à leur demande de rapatriement opposé par leur État de nationalité, il existe sans conteste une ingérence dans leur droit à une vie privée et familiale dans leur pays. Si ces per-

162 Dans ce sens: ROBERT (note 136), p. 795.

163 Arrêt CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni* (n° 14038/88) du 7.7.1989, § 88 ss.

sonnes devaient être déchues de leur nationalité, l'existence d'une vie privée et familiale préalable en Suisse ne serait pas pour autant remise en cause, étant donné qu'ils y auraient passé, sinon l'intégralité, une grande partie de leur vie. Ainsi, l'obligation de la Suisse de rapatrier ces personnes serait une mesure nécessaire pour assurer le respect de leur vie privée et familiale¹⁶⁴. Pas absolu, ce droit peut néanmoins être restreint de façon justifiée si les conditions de limitation prévues par l'art. 8 par. 2 CEDH sont respectées, notamment celle de la proportionnalité entre l'intérêt privé de la personne à être rapatriée dans son pays d'origine et l'intérêt public de l'État à lui refuser ce retour en raison d'impératifs de sécurité publique par exemple qui entrent en considération s'agissant des «voyageurs du djihad». Compte tenu de la marge de manœuvre dont disposent les États, une telle restriction serait probablement proportionnée et donc admissible pour les adultes, mais vraisemblablement pas pour les enfants.

Enfin, le droit à un procès équitable garanti par l'art. 6 CEDH peut également entrer en jeu afin de fonder une obligation positive de rapatriement dans le cas où le noyau dur des droits procéduraux ne seraient pas garantis aux «voyageurs du djihad» à l'étranger¹⁶⁵. En l'occurrence, ces personnes sont détenues sans jugement et sans base légale en vue de leur retour dans le pays d'origine. Ainsi, de même que pour l'art. 3 CEDH, l'obligation de rapatrier découlerait du pendant inverse de l'obligation de non-refoulement, celle-ci s'appliquant aussi, selon la jurisprudence de la CourEDH, aux cas de violations flagrantes des garanties procédurales essentielles¹⁶⁶. À cet égard, ces garanties procédurales essentielles correspondent à celles devant être garanties en temps de conflit armé¹⁶⁷. Compte tenu du fait qu'il s'agit d'un noyau dur, aucune restriction ne pourrait être invoquée par l'État pour ne pas rapatrier les personnes.

b. CDE

La CDE reconnaît à l'enfant relevant de la juridiction de l'État partie une série de droits particulièrement pertinents dans le contexte des enfants de «voyageurs

164 De la même manière que l'octroi d'une autorisation d'entrée et de séjour d'un étranger sur le territoire d'un État partie à la CEDH peut s'avérer nécessaire pour respecter la vie privée et familiale de cet étranger en raison de ses liens avec une personne déjà établie sur le territoire de cet État. Dans ce cas de figure, la Cour considère qu'il existe une prétention au respect de la vie privée et familiale de la part de la personne étrangère qui ne soulève aucun doute relatif à la «juridiction» de l'État concerné), cf.: arrêt CourEDH (Grande Chambre), *M.N. et autres c. Belgique* (n° 3599/18) du 5.5.2020, § 109.

165 CR Cst.-PÉREZ/NGUYEN (note 62), art. 24 N 107.

166 Arrêt CourEDH, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* (n° 8139/09) du 17.1.2012, § 258 ss. Dans le même sens: CR Cst.-PÉREZ/NGUYEN (note 62), art. 24 N 107.

167 Art. 75 Protocole additionnel I aux Conventions de Genève (RS 0.518.521), reflétant le droit coutumier, notamment le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial respectant des garanties procédurales telles que, notamment, le droit d'être informé sans délai des charges pesant contre soi, la présomption d'innocence, le droit de ne pas être jugé selon une loi appliquée de manière rétroactive, etc.

du djihad» retenus dans des camps en Syrie ou ailleurs. En effet, ces enfants sont détenus dans des conditions sanitaires déplorables mettant en danger leur santé, voire leur vie, de manière indéterminée et sans base légale et sans jugement. Ces enfants voient ainsi plusieurs de leurs droits essentiels garantis par la CDE mis en péril, à l'instar du droit à la vie (art. 6 CDE), à l'intégrité physique et mentale (art. 19, 24 et 37 CDE) et, de manière liée, à la liberté (art. 37 let. b CDE)¹⁶⁸.

Outre la nature des droits concernés dans la situation concrète, la portée des obligations découlant de la CDE est également pertinente, puisqu'il s'agit de déterminer si certains de ces droits entraînent une obligation positive de rapatriement. À cet égard, force est d'insister sur le fait que la Convention ne se limite pas à garantir des droits, mais elle crée également des obligations positives à charge des États parties de prendre toutes les mesures de protection, de respect et de mise en œuvre de ce droit. Cela découle en particulier de l'art. 4 CDE qui exige de l'État partie qu'il prenne toutes les mesures nécessaires, afin de mettre en œuvre les droits reconnus par la CDE. Dans le même esprit, l'art. 3 par. 2 CDE dispose que l'État partie s'engage à assurer la protection et les soins nécessaires au bien-être de l'enfant en prenant à cette fin toutes les mesures adéquates, cette obligation devant être guidée dans son interprétation par le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 par. 1 CDE). De plus, l'art. 19 CDE concrétise cette même nécessité de prendre «toutes les mesures» qui s'imposent pour assurer de manière effective la protection de l'enfant contre toutes les formes de violence physique et psychique, de mauvais traitements et de négligence¹⁶⁹.

Qui plus est, les obligations positives en cas de conflit armé de tous les États parties deviennent plus importantes, dans la mesure où ils sont tenus, conformément à l'art. 38 par. 4 CDE, de prendre «toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants qui sont touchés par un conflit armé bénéficient d'une protection et de soins». Selon le texte clair de la norme, cette obligation ne vise pas seulement les États sur le territoire desquels se déroule ledit conflit armé, mais elle s'étend à tous «les États parties» à la CDE (art. 38 par. 1), y compris ceux qui ne prennent pas part au conflit armé.

Dans ce contexte, l'objectif de protection de l'enfant contre des mauvais traitements, qui irradie et inspire toute la CDE, doit guider le rayon d'action de l'État. Or ce dernier a, comme on l'a vu dans le cadre de la «juridiction», une capacité de rapatrier les enfants en tant qu'État de nationalité. À ce titre, l'application combinée des art. 11 et 35 CDE indiquant les mesures à prendre par l'État en cas de «non-retour illicite» de l'enfant est envisagée à juste titre par

168 SANDELOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 146 ss; MUSTASAARI (note 75), p. 27 ss.

169 MUSTASAARI (note 75), p. 27 s. Voir également SANDELOWSKY-BOSMAN/LIEFAARD (note 70), p. 151 s.

MUSTASAARI, dès lors que «*the taking of the children abroad amounts to abuse of parental authority*»¹⁷⁰.

Compte tenu des droits mis en jeu par la détention des enfants dans les camps syriens et ailleurs, leur rapatriement dans leur pays de nationalité apparaît comme l'unique moyen pour assurer le respect de leurs droits découlant de la CDE ou, en d'autres termes, pour faire cesser les nombreuses violations de la CDE à leur égard. C'est à ce titre qu'il existe selon nous une obligation de rapatriement par l'État de nationalité des enfants dont les droits importants garantis par la CDE sont en danger¹⁷¹.

La mise en œuvre de cette obligation de rapatriement, en tant que moyen d'assurer les droits de l'enfant, ne saurait être battue en brèche par l'État en raison du caractère illicite des activités des parents, voire du caractère dangereux de l'influence des convictions des parents sur le comportement de l'enfant. En effet, le principe de non-discrimination dans la mise en œuvre de la CDE en raison des activités ou des convictions des parents, inscrit explicitement à l'art. 2 par. 2 CDE, oblige l'État à considérer l'enfant comme une personne à protéger indépendamment de la personne de ses parents. En outre, la plupart des droits mis en jeu dans le cas des enfants des «voyageurs du djihad» retenus avec leur(s) parent(s) dans des camps syriens ne souffrent aucune exception selon la CDE. Il en est ainsi de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants à l'égard de l'enfant (art. 37 let. a CDE), ainsi que de l'interdiction de la privation illégale ou arbitraire de sa liberté (art. 37 let. c CDE).

La Confédération a affirmé, par le biais du DFAE, vouloir procéder à l'examen au cas par cas s'agissant du rapatriement des enfants, tout en indiquant s'être heurtée au refus des parents de permettre à leurs enfants de rentrer en Suisse sans eux. À cet égard, il sied de rappeler les limites de l'autonomie des parents, mais aussi que le droit de l'enfant à vivre auprès de ses parents (art. 9 CDE) peut faire l'objet de restrictions si l'intérêt supérieur de l'enfant l'exige. Dans le cas des enfants de «voyageurs du djihad» suisses, tel est précisément le cas et l'État peut en effet s'immiscer dans le rapport parents/enfants pour restreindre l'autorité parentale, car celle-ci est une «concession de l'État en faveur des parents» autorisant l'autorité à intervenir lorsque le bien-être de l'enfant est menacé¹⁷². En l'occurrence, le refus des parents de permettre le rapatriement de

170 MUSTASAARI (note 75), p. 27.

171 Cette opinion est partagée par l'ancien Président du Comité des droits de l'enfant, Jean Zermatten (cf.: <https://www.rts.ch/info/suisse/11104112-pour-les-mineurs-suissees-en-syrie-il-y-a-un-devoir-humanitaire-d-intervenir-.html>), mais aussi par Michelle Bachelet, Haut-Commissaire des Nations-Unies aux droits de l'Homme (cf.: <https://news.un.org/fr/audio/2019/06/1046191>) et par la Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Dunja Mijatović (cf.: <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/council-of-europe-member-states-should-urgently-repatriate-their-under-age-nationals-stranded-in-northern-syria>) (sites consultés le 20.12.2020).

172 GAËLLE SAUTHIER, La violence des enfants envers leurs parents, analyse juridique de droit suisse, Thèse, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 62.

leurs enfants en Suisse est manifestement contraire à leur intérêt et, pour reprendre les mots de Jean Zermatten, les enfants sont ici les «victimes de leurs parents»¹⁷³. La Confédération a l'obligation positive d'agir activement et de passer outre le refus des parents.

Nonobstant l'obligation juridique de la Suisse de rapatrier ces enfants, le gouvernement reste inactif pour des motifs politiques, alors que d'autres pays se sont montrés plus ouverts que la Suisse et ont rapatrié les enfants, à l'instar de la France et la Belgique¹⁷⁴.

F. Conclusion

Toute la complexité de l'étude des droits des «voyageurs du djihad» suisses et de leurs enfants, ainsi que des obligations de la Suisse réside dans la distance qui sépare les premiers du territoire helvétique. Toutefois, le fait que ces personnes se trouvent à des milliers de kilomètres de la Suisse n'est pas pertinent, car l'analyse du droit constitutionnel suisse et du droit international démontre que ces instruments sont applicables au regard des circonstances exceptionnelles que présente cette situation parfaitement inédite. En effet, la nationalité de ces personnes est un lien objectif suffisamment fort pour éviter une application universelle des droits fondamentaux pesant dans le chef de la Suisse et, plus généralement, des autres pays concernés. Cette application extraterritoriale des droits fondamentaux est en outre limitée par l'exigence d'une véritable capacité juridique et opérationnelle d'agir de l'État qui trouve son fondement notamment dans la sollicitation de la Suisse par les autorités administrant ces camps en raison de leur incapacité à assurer les droits fondamentaux les plus élémentaires.

Ainsi, les «voyageurs du djihad» suisses et leurs enfants jouissent non seulement d'un droit au retour, mais aussi d'un droit au rapatriement. Ce droit subjectif a pour corollaire une obligation juridique de la Suisse de rapatrier ses ressortissants qui souhaitent y revenir, en particulier leurs enfants ou, à tout le moins, de mettre en œuvre diverses actions à l'aide de divers acteurs pour par-

173 MENICHINI/JULIE BANGERTER, Pour les mineurs suisses en Syrie, «il y a un devoir humanitaire d'intervenir», RTS, 19.2.2020, disponible sous <<https://www.rts.ch/info/suisse/11104112-pour-les-mineurs-suissees-en-syrie-il-y-a-un-devoir-humanitaire-d-intervenir.html>> (consulté le 20.12.2020).

174 MARC SEMO, Rapatriement de douze orphelins liés à l'EI: l'approche au cas par cas, «position constante» de la France, Le Monde, 10.6.2019, disponible sous <https://www.lemonde.fr/international/article/2019/06/10/les-kurdes-de-syrie-remettent-a-la-france-12-orphelins-de-familles-djihadistes_5474162_3210.html> (consulté le 20.12.2020); LOUIS COLART, Rapatrier les enfants du djihad sans leurs mères? «Inconcevables», Le Soir, 11.2.2020, disponible sous <<https://plus.lesoir.be/279195/article/2020-02-11/rapatrier-les-enfants-du-djihad-sans-leurs-meres-inconcevable>> (consulté le 20.12.2020).

venir à cette fin. À notre sens, l'existence de cette obligation a pour effet de renverser les termes du débat actuel, aussi bien en Suisse qu'à l'étranger.

La question de la portée de l'extraterritorialité des droits fondamentaux est controversée et la position soutenue dans la présente contribution suscitera assurément le débat tant sur le plan politique que juridique. Si à l'impossible nul ne peut être tenu, au possible l'État doit l'être lorsque les droits fondamentaux suprêmes de ses ressortissants, d'enfants qui plus est, sont en jeu et qu'il a non seulement connaissance de cette situation, mais aussi qu'il a été sollicité pour remédier aux violations de ces droits par les mêmes autorités responsables de ces dernières et d'assurer leur respect. Dans ce contexte, tout un chacun est invité à se demander si les postures juridiques et politiques auraient été les mêmes si la discussion ne concernait pas des personnes ayant fait le choix de rejoindre une organisation terroriste. Aussi méprisable et légitimement condamnable cette décision fut-elle, il apparaît véritablement que ce sont des considérations tenant à la politique de sécurité qui déterminent le chemin emprunté par le Conseil fédéral et les États dans cette question.

À cet égard, il ne s'agit pas, d'un côté, de plaider pour un acte d'humanité et, de l'autre, de refuser de considérer ces personnes comme de «véritables» citoyens suisses en poursuivant des buts sécuritaires. La question est toute autre, car il s'agit pour la Suisse et les États de respecter le cadre normatif en vigueur et, en cas de refus, d'argumenter sur le terrain du droit – et pas seulement de la politique – à la lumière des circonstances propres à chaque cas individuel. Cela est d'autant plus important que ces personnes ne sont pas vouées à demeurer le reste de leur vie sur les territoires syrien ou irakien et qu'il est fort probable qu'elles puissent, un jour, regagner la Suisse. Enfin, les autorités qui détiennent ces personnes et sollicitent leur rapatriement par les États, dont la Suisse, ne cherchent qu'à expulser des étrangers du territoire qu'elles contrôlent. Prérrogative souveraine, l'expulsion est un mécanisme que la Suisse et les États européens connaissent et utilisent et, face à une telle expulsion, un État ne peut refuser de reprendre ses propres ressortissants¹⁷⁵. Les autorités suisses et européennes auraient donc tort d'oublier cette donnée essentielle, même si le flou régnant sur place et la décomposition de l'appareil étatique syrien et irakien leur permet de ne pas devoir immédiatement faire face à la responsabilité du retour des leurs.

175 Sur l'obligation internationale coutumière d'un État de reprendre ses propres ressortissants, cf.: BAUMERT (note 59), p. 110 ss.

Résumé

Garanti constitutionnellement, le droit au retour des Suisses et Suissesses n'a, pour l'heure, pas amené le Conseil fédéral à prendre toutes les mesures en son pouvoir pour rapatrier les «voyageurs du djihad» suisses partis combattre pour l'organisation terroriste État islamique en Syrie et en Irak et leurs enfants. Ne pas interdire leur retour, mais ne pas intervenir activement pour les rapatrier, tel est le mot d'ordre du gouvernement. Peut-être conforme aux attentes d'une grande partie de la population et à une politique sécuritaire, mais aussi calquée sur l'(in)action d'autres gouvernements européens, cette position n'en est pas moins incompatible avec divers instruments juridiques obligeant la Confédération. En effet, l'étude des droits fondamentaux consacrés par la Constitution fédérale démontrent qu'ils peuvent avoir une portée extraterritoriale qui, en l'occurrence, «contraignent» les autorités suisses à agir. Au-delà, l'examen du droit international humanitaire, de même que du droit international des droits humains (Pacte ONU II et CEDH), ainsi que de la Convention relative aux droits de l'enfant, aboutit à constater également l'existence d'une obligation positive de la Suisse de prendre des mesures pour effectivement permettre un retour et donc à un droit au, respectivement une obligation de, rapatriement.

Zusammenfassung

Das von der Verfassung garantierte Recht auf Rückkehr von Schweizerinnen und Schweizern war bisher für den Bundesrat kein Anlass, alles in seiner Macht Stehende zu tun, um schweizerische «Dschihad-Reisende», die das Land verliessen, um für die terroristische Organisation Islamischer Staat in Syrien und Irak zu kämpfen, und ihre Kinder zurückzuholen. Ihre Rückkehr nicht verbieten, aber auch nicht aktiv intervenieren, um sie zurückzuholen: Das ist die Devise der Regierung. Dies mag den Erwartungen eines grossen Teils der Bevölkerung und einer Sicherheitspolitik entsprechen und lehnt sich auch an das (Nicht-)Handeln anderer europäischer Regierungen an. Aber dennoch ist diese Haltung unvereinbar mit verschiedenen Rechtsakten, die für die Eidgenossenschaft verbindlich sind. Betrachtet man nämlich die Grundrechte näher, die in der Bundesverfassung verankert sind, ergibt sich, dass sie eine extraterritoriale Tragweite haben können, die im konkreten Fall die Schweizer Behörden zum Handeln «zwingt». Darüber hinaus ergibt eine Prüfung des humanitären Völkerrechts sowie des internationalen Menschenrechts (UNO-Pakt II und EMRK) und der Kinderrechtskonvention das Bestehen einer positiven Verpflichtung der Schweiz, Massnahmen zu ergreifen, um eine Rückkehr effektiv zu ermöglichen und damit ein Recht auf bzw. eine Pflicht zur Rückführung.