

## 8. Völkerrecht und Europarecht/Droit international public et droit européen

### 8.12. Menschenrechte im Völkerrecht/Droits de l'homme en droit international public

#### 8.12.2. EMRK/CEDH

Juridiction, droit au retour et rapatriement de « voyageurs du djihad » suisses et leurs enfants : *quo vadis* ?

Commentaire de l'arrêt GC CourEDH, H.F. et autres c. France, 14.9.2022

Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, H.F. et autres c. France du 14. septembre 2022.



KASTRIOT LUBISHTANI\*



ANNE-LAURENCE GRAF\*\*

*Selon la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, la juridiction de la France n'est pas donnée sous l'angle de l'art. 3 CEDH s'agissant de son refus de rapatrier ses ressortissants, partis combattre pour l'organisation terroriste État islamique, et leurs enfants, aujourd'hui détenus dans des conditions manifestement contraires à ladite disposition. Elle a ainsi nié l'existence d'un droit au, respectivement une obligation de rapatriement. En revanche, la Cour est d'avis que la France exerce sa juridiction concernant l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH qui consacre le droit de revenir dans son pays, tout en emportant des obligations de nature procédurale. Faute pour la France d'avoir procédé à un examen, entouré de garanties, de la requête visant le rapatriement des intéressés, ce droit a été violé. Sans révolutionner le concept de « juridiction » au sens de l'art. 1 CEDH, cet arrêt n'en a pas moins des conséquences importantes en termes juridique et politique y compris pour la Suisse qui n'a pas ratifié ce protocole.*

## I. En fait

En 2014 et 2015, les filles des requérants, L. et M., ressortissantes françaises, quittent la France pour la Syrie avec leurs compagnons afin de rejoindre le territoire contrôlé par l'État islamique en Irak et au Levant (EIIL). Elles y donnent naissance à des enfants et font toutes deux l'objet d'une procédure pénale diligentée par les autorités françaises. Depuis le début de l'année 2019 et la chute militaire de l'EIIL, elles seraient détenues sur place avec leurs jeunes enfants dans des camps (Al-Hol et Roj), puis pour M. dans une prison du nord-est de la Syrie. Ces zones sont sous le contrôle militaire des Forces démocratiques syriennes (FDS), dominées par la milice kurde Unités de protection du peuple (YPG), qui sont en outre soutenues par une coalition internationale à laquelle la France participe. La gestion des camps est assurée par l'Administration autonome du nord-est syrien (AANES) qui domine le Kurdistan syrien, région autonome de fait. Toutefois, le CICR, ainsi que divers intervenants gouvernementaux et non-gouvernementaux, mettent en exergue les conditions humanitaires de ces camps qui sont telles que la vie et la santé des personnes qui s'y trouvent retenues est mise en danger, tout comme la situation sécuritaire critique sur place.

Les requérants demandent à la France le rapatriement en urgence de leurs filles et petits-enfants (les proches). Les juridictions internes rejettent ces demandes en se déclarant incompétentes pour en connaître, au motif qu'elles concernent des actes qui sont indissociables de la conduite par la France de ses relations internationales (théorie de l'acte de gouvernement). Après avoir épuisé les voies de recours internes, les requérants saisissent, en mai 2019 et octobre 2020, la Cour européenne des droits de l'homme en alléguant que le refus de rapatrier leurs proches emporte violation de l'art. 3 CEDH et de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH, tandis que l'absence de recours interne effectif pour contester cette décision est constitutive selon eux d'une violation de l'art. 13 CEDH *cum* art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH. La section de la Cour à qui les requêtes ont été attribuées s'en dessaisit au profit de la Grande chambre qui joint ensuite les deux causes.

## II. En droit

### A. Juridiction au titre de l'art. 1 CEDH

Après avoir établi l'existence de circonstances exceptionnelles permettant de reconnaître aux requérants la qualité pour agir en tant que représentants de leurs proches et rejeté l'exception relative à l'absence de *locus standi* des requérants (§§ 144 ss), la Cour examine la question au cœur de

\* KASTRIOT LUBISHTANI, MLaw, avocat stagiaire et doctorant en droit au Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne.

\*\* ANNE-LAURENCE GRAF, Dr. iur, avocate stagiaire.

l'affaire qui est de savoir si les proches relèvent de la juridiction de la France au titre de l'art. 1 CEDH. Elle présente les thèses des parties, soit du Gouvernement qui nie exercer sa juridiction sur ceux-ci (§ 156 ss), puis des requérants qui au contraire soutiennent son existence (§ 162 ss), pour en dernier lieu faire état des observations des tiers intervenants à la procédure (§ 169 ss).

### 1. Principes applicables

Dans un premier temps, la Cour débute par un rappel *in abstracto* des principes qu'elle a établis en relation à la notion de « juridiction » de l'art. 1 CEDH (§ 184 ss). Selon cette disposition, l'engagement des États contractants se borne à « reconnaître » (« *to secure* ») aux personnes relevant de leur « juridiction » les droits et libertés de la Convention, si bien que son exercice est une condition *sine qua non* pour qu'un État puisse être tenu responsable d'une violation d'un de ces droits ou libertés (§ 184). Si la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale du point de vue du droit international public, ce dernier n'exclut pas l'exercice extraterritorial de sa juridiction. La Cour reconnaît, par exception au principe de territorialité, que des actes d'un État partie accomplis ou produisant des effets en dehors de son territoire peuvent, selon les faits particuliers d'une espèce, s'analyser en un exercice de sa juridiction au titre de l'art. 1 CEDH lorsque se présentent des circonstances exceptionnelles (§ 185).

La jurisprudence de la Cour reconnaît que la juridiction au sens de l'art. 1 CEDH peut s'étendre aux actes de ses organes déployant leurs effets en dehors de son territoire. Elle peut ainsi naître, premièrement, des actes de ses agents diplomatiques ou consulaires présents en territoire étranger s'ils exercent une autorité et un contrôle sur autrui. Il en va de même, deuxièmement, lorsque, en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, un État assume l'ensemble ou certaines des prérogatives de puissance publique normalement exercées par le premier. En outre, le recours à la force par des agents d'un État opérant hors de son territoire peut également, dans certaines circonstances, faire naître sa juridiction pour toute personne se trouvant sous leur contrôle. Dès qu'un État exerce son contrôle et son autorité sur un individu par le biais de ses agents ou assume des fonctions exécutives ou judiciaires sur un territoire autre que le sien, il exerce par conséquent sa juridiction, de sorte que pèse sur lui une obligation de reconnaître à cet individu les droits et libertés garantis par la Convention. Dès lors que les faits lui sont imputables à lui et non à l'État territorial, il peut être tenu pour responsable d'une violation de la CEDH. C'est

ainsi que les droits et libertés découlant de la Convention peuvent être « fractionnés et adaptés » (§ 186).

De plus, la Cour reconnaît que l'exercice d'une juridiction par un État est donné lorsque celui-ci exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire à la suite d'une action militaire, indépendamment du fait de savoir si ce contrôle s'exerce directement par ses forces armées ou par le biais d'une administration locale subordonnée (§ 187).

Se référant à l'affaire *M.N. et autres*, la Cour souligne que des circonstances particulières d'ordre procédural peuvent également justifier l'application de la CEDH pour des faits survenus à l'extérieur du territoire d'un État. À cet égard, l'engagement par un individu d'une procédure dans un État avec lequel il n'a aucun lien de rattachement ne suffit pas à établir la juridiction de cet État à son égard, à défaut de quoi une application quasi-universelle de la Convention serait consacrée sur la base du choix unilatéral de tout individu où qu'il se trouve dans le monde. Toutefois, l'existence d'une procédure civile devant les juridictions nationales a pour effet que l'État est tenu, par l'art. 6 CEDH, de garantir dans le cadre de cette procédure le respect des droits protégés par l'art. 6 CEDH. La Cour estime en effet qu'il existe indiscutablement un « lien juridictionnel » au sens de l'art. 1 CEDH dès qu'une personne introduit une action civile devant les juridictions d'un État. Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure pénale par les organes étatiques d'une partie contractante à raison d'un décès s'étant produit en dehors de sa juridiction peut suffire à l'établissement d'un lien juridictionnel entre l'État en question et les proches de la victime saisissant ultérieurement la Cour. Des « circonstances propres » à l'espèce peuvent justifier qu'il en aille également ainsi en l'absence même de l'ouverture d'une telle procédure (§ 188).

### 2. Application en l'espèce

Pour déterminer si la Convention et ses Protocoles additionnels s'appliquent *in concreto*, la Cour examine successivement chacun des aspects suivants : le « contrôle » de la France sur la zone dans laquelle les proches sont détenus, le lien juridictionnel découlant de l'ouverture de procédures, et, enfin, le lien de rattachement à l'État (nationalité et compétence diplomatique ou consulaire) au regard de chacune des dispositions en jeu (§ 190).

#### a. Contrôle de la France sur zone

Tout d'abord, la Cour observe qu'il n'est ni établi que des soldats de l'armée française mènent des opérations dans les camps d'Al-Hol ou de Roj ni que l'administration locale serait subordonnée aux autorités françaises. Celles-ci

n'exercent donc aucun « contrôle » sur les proches (§ 191). Par conséquent, la Cour conclut à l'absence d'exercice de « contrôle effectif » par la France sur le nord-est de la Syrie, mais aussi d'« autorité » ou de « contrôle » sur les proches retenus sur place (§ 192).

#### **b. Lien juridictionnel découlant de l'ouverture des procédures**

Ensuite, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la Cour est d'avis que les procédures pénales diligentées par les autorités françaises contre leurs filles et l'engagement par eux de procédures visant le rapatriement de leurs proches devant les autorités juridictionnelles françaises, respectivement la décision de ne pas rapatrier leurs proches, n'entraîne pas pour la France l'exercice de sa juridiction (§ 193). D'une part, les procédures pénales en question ne portent pas sur les violations alléguées devant la Cour et n'ont pas d'impact quant au fait de savoir si les faits dénoncés relèvent de la juridiction de la France. À ce sujet, la Cour prend note des craintes des gouvernements, défendeur comme intervenants, qui soulignent qu'une interprétation contraire reviendrait à dissuader les États d'ouvrir des procédures contre des personnes impliquées dans des actes de terrorisme (§ 194). D'autre part, le seul engagement de procédures au niveau national ne suffit pas, en soi, à établir la juridiction de la France à l'égard des proches en ne constituant pas une circonstance suffisante pour déclencher un lien juridictionnel extraterritorial entre ceux-ci et la France (§ 195).

Eu égard à ces motifs et en l'absence d'autres circonstances d'ordre procédural de nature à fonder un lien juridictionnel, la Cour conclut que l'engagement de procédures au niveau national, tant par les autorités françaises que les requérants, n'entraîne pas la juridiction de la France et, partant, l'application de la Convention (§ 196).

#### **c. Existence d'un lien de rattachement à l'État**

S'agissant de l'existence de circonstances exceptionnelles – qui emporteraient la compétence *ratione loci* de la France – tenant au lien de nationalité unissant les proches à cet État, ainsi qu'à sa compétence diplomatique pour les protéger des traitements subis au nord-est syrien et les rapatrier, la Cour procède à une analyse séparée sous l'angle de l'art. 3 CEDH et de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH (§ 197).

##### *i. Article 3 CEDH*

Sur le plan de l'art. 3 CEDH, la Cour est d'avis que la nationalité française des proches des requérants n'est pas un facteur de rattachement suffisant à l'État pour établir l'exercice de sa juridiction à leur égard, car, à défaut, l'État serait au

tenu au respect de l'art. 3 CEDH même s'il n'exerce aucun « contrôle » (§ 198).

Par ailleurs, la capacité opérationnelle de la France de rapatrier les proches ne suffit pas non plus à caractériser l'existence d'une circonstance exceptionnelle de nature à déclencher un lien juridictionnel extraterritorial. Pour les trois motifs suivants, le refus d'intervenir de la France n'est pas constitutif selon la Cour d'une omission fondant l'exercice de sa juridiction à l'égard du grief tiré de l'art. 3 CEDH (§ 199). Premièrement, le fait que des décisions nationales ont eu un impact sur la situation de personnes se trouvant à l'étranger n'est pas de nature à établir la juridiction de l'État concerné à leur égard à l'extérieur de son territoire (§ 200). Deuxièmement, en dépit des opérations de rapatriement effectuées par la France qui démontreraient selon les requérants l'exercice par elle d'un contrôle et d'une autorité sur ses ressortissants détenus dans les camps syriens, ni le droit interne ni le droit international n'impose à l'État d'agir en faveur de ses ressortissants et de les rapatrier (§ 201). Troisièmement, le fait que seule la France est susceptible de porter assistance aux proches n'est pas de nature à établir sa juridiction à leur égard, car, malgré la volonté des autorités locales que les États rapatrient leurs ressortissants, la France doit négocier avec elles le principe et les conditions de toute opération et il lui incomberait en outre d'organiser sa mise en œuvre qui se déroulera inévitablement en Syrie (§ 202).

Partant, la Cour conclut que la seule décision des autorités françaises de ne pas rapatrier les proches n'a pas pour résultat de les placer dans le champ d'application de la juridiction de la France s'agissant des traitements subis dans les camps syriens sous contrôle kurde, une telle extension du champ d'application de la Convention ne trouvant aucun appui dans la jurisprudence (§ 203).

##### *ii. Article 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH*

Sur le terrain de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH ensuite, la Cour débute par rappeler son libellé, lequel prévoit que « nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant » (§ 204). La Cour observe à titre liminaire que cette disposition concerne spécifiquement les « ressortissants » d'un État partie, à l'exclusion des étrangers, et diffère ainsi du principe se dégageant de l'art. 1 CDH qui accorde le bénéfice de la Convention à tout personne quelle que soit sa nationalité. Il s'ensuit que la nationalité française des filles des requérants et leur souhait de rentrer en France, après y avoir vécu tout leur vie, pour rejoindre leur famille qui y réside, constituent des éléments de rattachement juridiques et factuels forts à la France aux fins de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH. Selon la Cour tou-

tefois, le seul fait que cette disposition ne s'applique qu'aux nationaux n'est pas une circonstance suffisante aux fins d'établir la juridiction de la France (§ 205).

La nationalité constitue certes un élément ordinairement pris en compte pour fonder l'exercice extraterritorial de sa juridiction par un État, mais il ne constitue pas pour autant un titre de juridiction autonome. La Cour souligne à cet égard que la protection des proches passe par l'engagement de négociations avec les autorités kurdes qui les détiennent, voire une intervention sur le territoire qu'elles administrent (§ 206). Par ailleurs, elle constate que la décision de refus opposée aux requérants n'a pas formellement privé leurs proches du droit d'entrer sur le territoire ni ne les a empêchés de le faire, la France ayant au demeurant indiqué qu'ils pourraient entrer sur le territoire national s'ils se présentaient à la frontière (§ 207).

Cela étant, se pose la question de savoir si la situation extra-frontalière des proches peut avoir des conséquences sur la compétence *ratione loci* et *ratione personæ* de la France, laquelle doit être résolue en tenant compte du fait que l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH appartient à un traité visant la protection effective des droits de l'homme et que la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses dispositions. La Cour doit également prêter attention au but et au sens de la disposition en cause qui doit être analysée de manière à rendre les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusives (§ 208).

La Cour observe que limiter l'invocabilité du droit consacré par l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 aux ressortissants d'un État se trouvant déjà sur son territoire ou son contrôle effectif reviendrait à rendre cette disposition inopérante sans offrir aucune protection réelle du droit d'entrer pour les personnes voulant revenir sur le territoire de l'État de nationalité qui sont celles qui auraient le plus besoin de cette protection. Tant l'objet que la portée de ce droit supposent qu'il puisse bénéficier aux ressortissants de l'État qui se trouvent en dehors de sa juridiction (§ 209). En outre, l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH trouve son origine dans la volonté d'interdire définitivement l'exil et une longue période s'est écoulée depuis sa rédaction, alors que la mobilité internationale n'a cessé de s'intensifier, dans un monde de plus en plus interconnecté où de nombreux ressortissants s'installent ou voyagent à l'étranger. C'est pourquoi l'interprétation de cette disposition doit se faire à la lumière de ce contexte de mondialisation croissante posant de nouveaux défis aux États en termes de sécurité et de défense dans les domaines de la protection diplomatique et consulaire, du droit international humanitaire et de la coopération internationale (§ 210). Qui plus est, le droit d'entrer se trouve au cœur de problématiques liées à la lutte contre le terrorisme

et à la sécurité nationale, ainsi que le démontre l'adoption de législations relatives au contrôle et la prise en charge des retours sur le territoire national de personnes parties à des fins de terrorisme. L'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH se trouverait donc privé d'effet utile à l'égard des phénomènes contemporains précités s'il s'appliquait seulement aux ressortissants à la frontière ou dépourvus de document de voyage (§ 211).

Au regard de ce contexte, la Cour est donc d'avis qu'il ne peut être exclu que certaines circonstances tenant à la situation de la personne prétendant entrer sur le territoire de l'État dont elle est la ressortissante, en se fondant sur l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH, puisse faire naître un lien juridictionnel avec cet État aux fins de l'art. 1 CEDH, sans qu'elle ne doive pour autant déterminer *in abstracto* ces circonstances qui dépendront nécessairement des spécificités de chaque cause (§ 212).

Dans le cas d'espèce, outre le lien de rattachement juridique entre l'État et ses nationaux, les circonstances particulières suivantes, liées à la situation des camps nord-est syrien, doivent être prises en compte. Premièrement, les requérants ont effectué plusieurs demandes officielles de retour et d'assistance en faveur de leurs proches auprès des autorités nationales. Deuxièmement, ces demandes ont été formulées sur le fondement des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques formant le Conseil de l'Europe, alors que la vie et l'intégrité physique de leurs proches étaient menacées de manière réelle et immédiate tant du point de vue des conditions de vie et de sécurité dans les camps, considérées comme incompatibles avec le respect de la dignité humaine, que de la situation d'extrême vulnérabilité dans laquelle ils se trouvaient, compte tenu de leur âge, s'agissant des enfants, et de leur santé. Troisièmement, les proches ne sont pas en mesure, sans l'assistance de la France, de quitter les camps pour rejoindre le territoire national et se trouvent, ainsi, dans l'impossibilité matérielle de rejoindre la frontière française ou d'un autre État de laquelle ils seraient ensuite remis à la France. Enfin, la Cour note que les autorités kurdes ont fait part de leur volonté de remettre les femmes détenues de nationalité française et leurs enfants aux autorités nationales (§ 213).

Partant, la Cour en conclut qu'il existe des circonstances propres à établir la juridiction de la France au sens de l'art. 1 CEDH concernant le grief tiré de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH (§ 214).

#### d. Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que les proches des requérants ne relèvent pas de la juridiction de la France à l'égard du grief tiré de l'art. 3 CEDH, de sorte que la requête est irrecevable (§ 215). En revanche, la Cour

estime que la juridiction de la France est établie s'agissant de la violation alléguée de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH et que les proches se trouvent, aux fins de cette disposition, sous sa juridiction au titre de l'art. 1 CEDH (§ 216).

## B. Violation alléguée de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH

Déclarant recevable le grief des requérants tiré de la violation alléguée de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH (§§ 218 s.), la Cour l'examine ensuite au fond en présentant les thèses des parties qui s'opposent sur la nature des obligations de l'État découlant de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH. Pour les requérants, cette disposition consacre des obligations positives pesant dans le chef de l'État (actions concrètes – le rapatriement – en vue de mettre en œuvre le droit au retour ; § 222), tandis qu'aucune obligation de cette nature ne peut en être tirée pour le Gouvernement (§ 225). La Cour poursuit en exposant les observations des tiers intervenants à la procédure (§§ 229 ss).

### 1. Interprétation

Ensuite, la Cour procède à l'interprétation de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH (§ 243) en constatant que seuls les nationaux peuvent s'en prévaloir à l'égard de leur État de nationalité (§ 245) et que son champ d'application n'est pas limité aux cas de d'une « expulsion » antérieure (§ 246). Cela fait, la Cour met en lumière le caractère absolu du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont on est le ressortissant, dès lors que ce droit est reconnu en des termes qui n'admettent pas d'exception à la différence de l'art. 12 § 4 du PIDCP qui interdit les privations « arbitraires » du droit de rentrer dans son propre pays (§ 248).

Interprété littéralement, l'interdiction de priver du droit d'entrer sur le territoire national de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH correspond à une obligation négative (§ 250). Toutefois, certaines obligations positives inhérentes à l'art. 3 § 2 du Protocole n° 4 CEDH pèsent déjà sur l'État afin de garantir effectivement l'entrée sur le territoire national, notamment l'obligation pour l'État de délivrer des documents de voyage aux nationaux en vue de leur garantir le passage à la frontière (§ 251). À cet égard, la Cour précise que l'exercice effectif des droits garantis par la Convention peut, dans certaines circonstances, imposer à l'État de mettre en œuvre des mesures opérationnelles. Ainsi, l'étendue des obligations positives varie inévitablement en fonction de la diversité des situations, tout comme les mesures positives concrètes, dont le choix relève en principe de la marge d'appréciation de l'État (§ 252).

### 2. Existence d'un droit au rapatriement

Pour déterminer s'il existe un droit général au rapatriement découlant de l'art. 3 § 2 du Protocole n° 4 CEDH comme le soutiennent les requérants, la Cour note qu'un tel droit ne résulte pas des instruments internationaux relatifs à la traite des êtres humains, car les États restent les acteurs de l'assistance consulaire. Cela étant, les proches des requérants ne sont pas éligibles à réclamer un droit à l'assistance consulaire faute pour la France d'avoir d'agents consulaires sur place (§ 256). En outre, la faisabilité concrète d'opérations d'assistance, démontrée à l'occasion de plusieurs rapatriements effectués par la France, n'est pas un fondement au droit au rapatriement. Il en va de même du droit international relatif à la protection diplomatique et d'autres instruments internationaux pertinents en l'espèce, à l'instar du PIDCP (§ 257). La Cour observe l'absence de consensus au niveau européen à l'appui d'un droit général au rapatriement aux fins d'entrer sur le territoire national au sens de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH (§ 258).

Ainsi, la Cour constate qu'aucune obligation de droit international conventionnel ou coutumier ne contraint les États à rapatrier leurs ressortissants. Il en résulte que les citoyens français retenus dans les camps du nord-est de la Syrie ne sont pas fondés à réclamer le bénéfice d'un droit général au rapatriement au titre du droit d'entrer sur le territoire national garanti par l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 (§ 259).

### 3. Autres obligations découlant de cette disposition dans le cadre du cas d'espèce

La Cour rappelle toutefois qu'elle a admis que l'art. 3 § 2 du Protocole n° 4 CEDH peut mettre à la charge de l'État concerné certaines obligations positives à l'égard de ses ressortissants afin de rendre l'exercice de leur droit d'entrer concret et effectif. Selon les travaux préparatoires, l'objet du droit d'entrer sur le territoire de l'État d'un ressortissant est d'interdire l'exil des nationaux. La Cour en conclut donc que cette disposition peut faire naître une obligation positive à la charge de l'État lorsque, eu égard aux particularités d'un cas donné, le refus de cet État d'entreprendre toute démarche conduirait le national concerné à se retrouver dans une situation comparable, *de facto*, à celle d'un exilé (§ 260).

Eu égard à la nature et la portée du droit protégé par l'art. 3 § 2 du Protocole n° 4 CEDH et à l'absence d'un droit général au rapatriement en droit international, la Cour considère que l'obligation positive de rapatrier un individu dans une situation donnée ne peut être exigée que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque l'intégrité physique et la vie d'un enfant placé dans une situation de grande vulnérabilité sont menacées. En présence de telles circonstances

exceptionnelles, le contrôle de la Cour se limite à l'existence d'une protection effective contre l'arbitraire dans la manière dont l'État en question s'est acquitté de son obligation positive au titre de cette disposition (§ 261).

#### a. Présence de circonstances exceptionnelles

En ce qui concerne l'existence de circonstances exceptionnelles de nature, le cas échéant, à déclencher en l'espèce l'obligation d'entourer le processus décisionnel de garanties appropriées contre l'arbitraire, la Cour relève les six éléments suivants : la situation dans le nord-est de la Syrie se rapproche d'une zone de non-droit (§ 265) ; les conditions générales dans les camps au nord-est de la Syrie sont incompatibles avec les normes applicables en vertu du droit international humanitaire, notamment en ce qui concerne la sécurité et les soins de santé ainsi que la protection générale de la dignité de la personne et l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants (§ 266), la France étant tenue de faire tout ce qui est « raisonnablement en [son] pouvoir » pour mettre fin aux violations du droit international humanitaire ; à ce jour, aucun tribunal ou autre organe international d'enquête n'a été mis en place pour décider du sort des femmes détenues dans ces camps à l'instar des filles des requérants (§ 267) ; les autorités kurdes ont appelé à plusieurs reprises les États à rapatrier leurs ressortissants (§ 268) ; plusieurs organisations internationales et régionales ont appelé dans leurs textes et leurs déclarations les États européens à rapatrier leurs ressortissants détenus dans les camps (§ 269) ; la France a officiellement indiqué que les mineurs français en Irak ou en Syrie ont droit à la protection de la République et peuvent être pris en charge et rapatriés (§ 270). Au vu de tout ce qui précède et compte tenu d'un risque d'atteinte à l'intégrité physique et à la vie des proches, en particulier des petits-enfants des requérants, la Cour conclut à l'existence de circonstances exceptionnelles en l'espèce (§ 271).

#### b. Garanties contre l'arbitraire

Dès lors, la Cour considère qu'il revenait aux autorités françaises, au titre de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH, d'entourer le processus de décision quant aux demandes de retour de garanties appropriées contre l'arbitraire (§ 272). En l'occurrence, la Cour est d'avis que le rejet d'une demande de retour doit pouvoir faire l'objet d'un examen individuel approprié, par un organe indépendant et détaché des autorités exécutives de l'État, sans pour autant qu'il doive s'agir d'un organe juridictionnel. L'organe indépendant saisi doit pouvoir contrôler la légalité d'une décision rejetant une telle demande. Un tel contrôle devrait aussi permettre au requérant de prendre connaissance, même sommairement, des motifs de la décision et ainsi de vérifier que ceux-ci re-

posent sur une base factuelle suffisante et raisonnable. La Cour ajoute que lorsque la demande de retour est faite au nom de mineurs, ce contrôle doit permettre de vérifier que les autorités compétentes ont effectivement pris en compte l'intérêt supérieur des enfants, ainsi que leur particulière vulnérabilité et leurs besoins spécifiques (§ 276).

#### 4. Application au cas d'espèce

Dans le cas d'espèce, la Cour constate d'entrée de jeu que les requérants n'ont pas bénéficié de garanties appropriées dans le contexte des procédures engagées par eux devant les autorités françaises (§ 278). Après s'être adressé aux autorités exécutives à plusieurs reprises, les requérants n'ont obtenu aucune réponse de leur part, sans explication sur les raisons de ce silence, et n'ont reçu en tout et pour tout qu'un document de politique générale expliquant la position du Gouvernement sur les demandes de rapatriement (§§ 279 s.). La Cour constate que cette situation ne pouvait être rectifiée par les procédures engagées devant les juridictions internes qui ont décliné leur compétence sur le fondement de la théorie française des actes de gouvernement. Les requérants n'ont en effet pas eu accès, ni devant le Conseil d'État ni le tribunal judiciaire de Paris, à un contrôle indépendant des décisions implicites de refus de rapatriement prises à leur égard qui aurait dû permettre d'examiner s'il existait des raisons légitimes et raisonnables dépourvues d'arbitraire justifiant ces décisions (§ 281).

La Cour en conclut que les requérants ont été privés de toute possibilité de contester utilement les motifs retenus par ces autorités et de vérifier qu'ils ne reposent sur aucun arbitraire (§ 282). L'examen des demandes de retour effectuées par les requérants au nom de leurs proches n'a donc pas été entouré de garanties appropriées contre l'arbitraire (§ 283). Il s'ensuit que l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH a été violé (§ 284).

#### C. Force obligatoire et exécution des arrêts (art. 46 CEDH) et dispositif

Ayant constaté que ni les modalités de l'examen des demandes de rapatriement effectué par l'exécutif ni le contrôle juridictionnel de la décision prise par ce dernier n'ont permis de vérifier l'absence d'arbitraire, la Cour considère qu'il incombe à la France de reprendre l'examen de ces demandes dans les plus brefs délais en les entourant de garanties appropriées contre l'arbitraire (§ 295).

Par ces motifs, la Cour, [...]

2. *Déclare*, à l'unanimité, les requêtes irrecevables quant au grief tiré par les requérants de l'article 3 de la Convention ;

3. *Déclare*, à la majorité, les requêtes recevables quant au grief tiré par les requérants de l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 au nom de leurs filles et de leurs petits-enfants ;

4. *Dit*, par quatorze voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 de la Convention.

### III. Commentaire : analyse critique et portée pour la Suisse

L'objet de ce commentaire est d'esquisser les différentes nuances d'ombres et de lumières que cet arrêt de principe de la Grande Chambre de la CourEDH jette sur la situation helvétique. Indépendamment de son faible nombre de « voyageurs du djihad », la Suisse est également confrontée à cette problématique. En effet, plusieurs de ses ressortissants se trouvent, avec leurs enfants, détenus ou retenus sans décision judiciaire dans des camps au nord-ouest de la Syrie en raison de leur affiliation à l'État islamique ou de celle de leur(s) parent(s)<sup>1</sup>. À ce jour, il s'agirait d'une dizaine de personnes, dont trois enfants<sup>2</sup>.

D'entrée de jeu, il convient de relever que la Confédération n'ayant pas ratifié le Protocole n° 4 CEDH dont la violation est constatée dans cet arrêt, la portée de ce dernier sera nécessairement différente pour la Suisse. Dans l'hypothèse d'une requête aux circonstances similaires devant la Cour, le grief tiré de la violation alléguée de cette disposition devrait donc être déclaré irrecevable. Cela ne signifie pas pour autant que cet arrêt n'a aucune portée pour la Suisse. Pour le comprendre, les éléments suivants seront successivement abordés : l'absence de juridiction sous l'angle de l'art. 3 CEDH (A) ; la juridiction établie pour l'art. 3 § 2 du Protocole n° 4 CEDH et les obligations qui en sont tirées pour d'autres normes, internationale et constitutionnelle, aux buts similaires (B) ; et, enfin, le scénario envisageable d'une potentielle future requête contre la Suisse principalement fondée sur la violation de l'art. 13 CEDH (C).

#### A. Art. 3 CEDH : absence critiquable de juridiction

En présence d'une requête émanant de la Suisse fondée sur une violation alléguée de l'art. 3 CEDH, la Cour devra, comme dans le présent arrêt, examiner la question préliminaire et fondamentale de la « juridiction » (art. 1 CEDH)

de la Confédération sur la situation en jeu. À cet égard, il importe de souligner que la Cour a établi que les conditions des camps syriens en question sont incompatibles au regard de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, mais aussi que pèse dans ce contexte une obligation dans le chef des États de nationalité (art. 1 commun aux Conventions de Genève<sup>3</sup> cum art. 3 commun CG) (§ 266). Cependant, elle a exclu dans cet arrêt l'existence d'un tel lien juridictionnel entre les ressortissants d'un État partie à la Convention et ce dernier sous l'angle de l'art. 3 CEDH. Selon la Cour en effet, la nationalité et la capacité opérationnelle de procéder aux rapatriements ne constituent pas un fondement suffisant pour attirer les personnes concernées dans la juridiction de l'État.

À notre avis, le raisonnement de la Cour est critiquable dans la mesure où la conception de la notion de « juridiction » au sens de l'art. 1 CEDH esquissée au fil de sa jurisprudence aurait permis de conclure à l'existence de la juridiction de l'État français en lien avec l'art. 3 CEDH dans le cas présent<sup>4</sup>. En effet, selon la conception jurisprudentielle établie par la Cour jusqu'à maintenant, la juridiction d'un État partie est principalement territoriale et n'est extraterritoriale que de manière exceptionnelle<sup>5</sup>. La Cour a reconnu une telle application extraterritoriale de la CEDH dans deux principaux cas de figure. Tel est premièrement le cas à l'occasion d'un contrôle ou d'une autorité exercée sur un individu par des agents de l'État en dehors du territorial national, soit lorsque l'État a l'individu « entre ses mains »<sup>6</sup> par exemple lors de son arrestation, mais aussi en raison de toute autre action de la part d'agents consulaires ou diplomatiques légalement présents sur un territoire étranger<sup>7</sup>. Il en va de même, deuxièmement, en présence d'un contrôle sur un territoire situé à l'extérieur de celui de

<sup>1</sup> KASTRIOT LUBISHTANI/GAËLLE SAUTHIER/DAMIEN SCALIA/ANNE-LAURENCE GRAF, Le droit au retour en Suisse des « voyageurs du djihad » et de leurs enfants: vers une obligation de rapatriement pour la Confédération ?, RDS 2021 I, 301 ss, 341.

<sup>2</sup> DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE LA DÉFENSE, DE LA PROTECTION DE LA POPULATION ET DES SPORTS, Terrorisme, 31.5.2022, Internet : <https://www.vbs.admin.ch/fr/securite/recherche-reseignements/voyageurs-djihad.html> (consulté le 1.2.2022).

<sup>3</sup> CG (CG I : RS 0.518.12 ; CG II : RS 0.518.23 ; CG III : RS 0.518.42 ; CG IV : 0.518.51).

<sup>4</sup> LUBISHTANI/SAUTHIER/SCALIA/GRAF (n. 1), 329. Dans le même sens : ANNICK PIJNENBURG, HF and Others v France: Extraterritorial Jurisdiction without Duty to Repatriate IS-Children and their Mothers, EJIL:Talk !, 14.10.2022, Internet : <https://www.ejiltalk.org/hf-and-others-v-france-extraterritorial-jurisdiction-without-duty-to-repatriate-is-children-and-their-mothers/> (consulté le 7.2.2023).

<sup>5</sup> GC CEDH, 52207/9, 12.12.2001, *Banković et autres c. Belgique*, §§ 61 et 67 ; GC CEDH, 55721/07, 7.7.2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, § 133.

<sup>6</sup> GC CEDH, 27765/09, 23.2.2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, § 81 (notion de « contrôle continu et exclusif, tant de jure que de facto, des autorités italiennes ») ; GC CEDH, 3394/03, 29.3.2010, *Medvedyev et autres c. France* § 67 ; GC CEDH, 46221/99, 12.5.2005, *Öcalan c. Turquie*, § 91 ; CEDH, 61498/08, 30.6.2009, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, §§ 86 ss.

<sup>7</sup> GC CEDH, 52207/9, 12.12.2001, *Banković et autres c. Belgique*, § 73 ; GC CEDH, 55721/07, 7.7.2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, § 134.

l'État, à l'instar d'une situation d'occupation militaire<sup>8</sup>. En d'autres termes, le fait pour l'État d'intervenir directement dans la sphère de l'individu, certes en dehors de son territoire national, n'a pas pour effet d'annihiler sa responsabilité quant aux garanties découlant de la CEDH. La jurisprudence de la Cour oscille à cet égard entre l'exigence d'un contrôle effectif ou général et celle d'une action continue ou ponctuelle, selon les circonstances du cas d'espèce, la question délicate étant de déterminer à partir de quand l'État exerce un contrôle suffisant sur autrui ou sur la situation pour emporter sa juridiction. Ainsi, dans un arrêt très critiqué portant sur des « *push-backs* » par l'Espagne vers le Maroc et confrontée à l'argument de l'Espagne selon lequel les migrants ne se trouvaient pas sur la frontière espagnole lorsqu'ils avaient été empêchés de franchir la frontière, la Cour a rappelé que « dès lors qu'il y a un contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle *de jure* exercé par l'État en question sur les individus concernés »<sup>9</sup>, entraînant l'exercice par l'État de sa juridiction au sens de l'art. 1 CEDH.

À l'instar de MORENO-LAX auquel nous nous sommes ralliés<sup>10</sup>, certains auteurs de doctrine ont, sur la toile de fond de cette jurisprudence, élaboré une conception *fonctionnelle* de la juridiction, selon laquelle la « juridiction » caractérise « *the governmental 'functions' through which the power of the state finds concrete expression in a given case* »<sup>11</sup>. C'est sur ce fondement que s'appuie cette auteure pour fonder la juridiction de l'Italie dans l'affaire actuellement pendante devant la Cour en relation aux « *pull-back* » des autorités

libyennes<sup>12</sup>. Selon cette conception fonctionnelle, pour fonder un lien juridictionnel, il convient d'établir que les actes de l'État, qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission, ont des conséquences directes en termes de droits des personnes. Une telle conception n'est pas seulement une construction doctrinale. Elle reflète les bases conceptuelles de la ligne jurisprudentielle de la Cour sur cette question<sup>13</sup>. Elle correspond de surcroît à celle élaborée par le Comité onusien des droits de l'homme, dans la mesure où celui-ci tient compte de la relation de cause à effet entre l'action d'un État et les conséquences sur les droits de la personne<sup>14</sup>.

Force est de constater que le refus de la France de rapatrier ses ressortissants entraînait sans aucun doute et de manière directe des conséquences *de jure* et *de facto* pour les droits de ses ressortissants. La libération de ces personnes a en effet été subordonnée par les FDS, puissance détentrice au sens du droit international humanitaire et exerçant une autorité à tout le moins de fait à leur égard, à la condition *sine qua non* que l'État de nationalité les rapatrie. C'est ainsi que procéder à leur rapatriement aurait mis un terme aux violations alléguées, mais aussi établies, des droits des personnes concernées. L'absence critiquable de « juridiction » de la France entraîne toutefois une absence d'*imputabilité* à son encontre desdites violations.

Il n'existerait pas à notre avis de danger d'une application quasi-universelle de la CEDH à cet égard, non seulement en raison du fait que la capacité opérationnelle de rapatrier appartient uniquement, dans les circonstances extraordinaires ici en cause, à l'État de nationalité, mais aussi compte tenu des circonstances exceptionnelles telles que reconnues par la Cour dans la présente espèce en relation à l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH (§§ 265-270). Toutefois,

<sup>8</sup> GC CEDH, 15318/89, 23.3.1995, *Loizidou c. Turquie*, § 62 ; GC CEDH, 55721/07, 7.7.2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, § 136.

<sup>9</sup> CEDH, 8675/15 et 8697/15, 3.10.2017, *N.D. et N.T. c. Espagne*, § 54. La Grande chambre, à laquelle a été renvoyé l'arrêt, a confirmé l'existence de l'exercice par l'Espagne de sa « juridiction » dans son propre arrêt du 13 février 2020 (§§ 104-110). Cf. aussi dans GC CEDH, 55721/07, 7.7.2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, § 137 : « *whenever the State, through its agents, exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section I of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be «divided and tailored»* ».

<sup>10</sup> LUBISHTANI/SAUTHIER/SCALIA/GRAF (n. 1), 328 ss.

<sup>11</sup> 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, 385 ss. 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, 141 ss, 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*, 120/2019, 779 ss, 788 s.

<sup>12</sup> CEDH, 21660/18, pendant, *S.S. et autres c. Italie*. MORENO-LAX (n. 10) est d'avis que l'Italie exerce un contrôle sur cette situation, quand bien même il n'y a pas d'interception de migrants au sens physique du terme par les ses autorités ou agents, étant donné que contrôle de la gestion des flux migratoires est opéré par les autorités libyennes dans le cadre d'un accord avec l'Italie qu'elle examine.

<sup>13</sup> Voir en ce sens les propos MARKO MILANOVIC, *European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko*, EJIL:Talk !, 23.9.2021, disponible sous Internet : <https://www.ejiltalk.org/european-court-finds-russia-assassinated-alexander-litvinenko/> (consulté le 7.2.2023) (« *But note the framing – jurisdiction is 'physical power and control over his life.' This smacks of the functional approach to jurisdiction as control over rights* ») en relation à l'arrêt CEDH, 20914/07, 21.9.2021, *Carter c. Russie*.

<sup>14</sup> MORENO-LAX (n. 10), 405 s., cite les décisions suivantes du Comité des droits de l'homme de l'ONU : CCPR/C/OP/2/1990, 31.3.1983, *Lichtensztejn c. Uruguay* ; CCPR/C/60/D/692/1996, 11.8.1997, *A.R.J. c. Australie* ; CCPR/C/78/D/829/1998, 13.8.2003, *Judge c. Canada* ; CCPR/C/88/D/1416/2005, 10.11.2006, *Alzery c. Suède* ; CCPR/C/96/D1539/2006, 30.7.2009, *Mohammad Munaf c. Roumanie*.

l'analyse relative à l'art. 3 CEDH par la Cour aurait également dû se pencher sur ces circonstances. Qui plus est, trois circonstances additionnelles auraient également dû être prises en compte et permis, peut-être, d'aboutir à une conclusion autre : la sollicitation des États de nationalité par la puissance détentrice des personnes détenues à rapatrier leurs ressortissants ; l'incapacité de cette puissance à garantir à ces personnes des conditions de détention compatibles avec l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants<sup>15</sup> ; l'obligation juridique, découlant du droit international humanitaire conventionnel et coutumier, pour la Suisse comme pour tout État de nationalité, de collaborer (art. 1 commun CG) avec la puissance détentrice à la libération et au rapatriement de leurs ressortissants (art. 118 § 1 CG III *cum* règle 128C étude CICR)<sup>16</sup>. Particulièrement significative, cette dernière circonstance a été passée sous silence par la Cour et sa présentation des règles applicables du droit international humanitaire (§§ 122-124) n'en tient nullement compte de façon regrettable. En effet, ni l'art. 118 CG III ni son équivalent pour les conflits armés non internationaux, à savoir la règle de droit coutumier 128C de l'étude du CICR, ne figurent dans l'arrêt. Or cela aurait sans doute permis à la Cour de constater que le refus de la France de rapatrier ses ressortissants concrétise une violation d'une obligation du droit international humanitaire pesant sur elle qui engendre, par conséquent, la persistance d'une situation contraire au droit international public et qui n'a d'effets directs et concrets sur nuls autres que les ressortissants français encore détenus ou retenus en Syrie.

Ce sont pour toutes ces raisons que la situation du présent arrêt se distingue très clairement de l'arrêt *M.N. c. Belgique* évoqué par la Cour et dans lequel des requérants – non-ressortissants belges ne pouvant se prévaloir d'une vie privée ou familiale en Belgique – avaient déposé une demande de visa humanitaire auprès d'une représentation diplomatique belge au Liban. Dans ce dernier arrêt, la Cour avait en effet jugé que le refus de l'octroi d'un visa humanitaire ne suffisait pas à attirer les requérants sous la juridiction de la Belgique, quand bien même pareille décision déployait effectivement un impact sur leur situation<sup>17</sup>.

Si la Cour avait suivi la conception fonctionnelle de la notion de « juridiction » et retenu que celle-ci était donnée sous l'angle de l'art. 3 CEDH dans le cas précis d'un

refus de rapatrier ses ressortissants sujets à des traitements contraires à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, son raisonnement aurait également fait écho à celui du Comité des droits de l'enfant sur cette même question. Cet organe a en effet considéré que la France exerçait sa juridiction, au sens de l'art. 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>18</sup>, sur les enfants se trouvant dans des camps syriens en raison de la capacité et du pouvoir de la France de procéder à leur rapatriement<sup>19</sup>. Le fait que la Cour n'ait pas emprunté ce chemin, alors qu'il était juridiquement possible, s'explique probablement en raison de la voie ouverte par l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH qui a dû lui paraître bien moins escarpée. Il aurait été particulièrement intéressant de connaître l'appréciation de la Cour dans une affaire où l'État défendeur, comme la Suisse, n'était pas partie au Protocole n° 4 CEDH, contrairement à la France. Il nous semble que la Cour aurait pu favoriser une appréciation plus généreuse relativement à la juridiction de l'État défendeur dans l'espèce, tant il paraît peu probable que la Cour aurait rendu un arrêt ne constatant aucune violation et, partant, cautionnant sans appréciation critique une inaction – tant matérielle par l'absence de rapatriement que formelle par l'absence de tout examen d'un tel refus – d'un État partie au regard des circonstances telles que celles en cause ici. Les mots de la Cour sont particulièrement éloquents sur ce point : les demandes de rapatriement « ont été formulées sur le fondement des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe, alors que la vie et l'intégrité physique de leurs proches étaient menacées de manière réelle et immédiate tant du point de vue des conditions de vie et de sécurité dans les camps, considérées comme incompatibles avec le respect de la dignité humaine » (§ 213).

Malheureusement, la Cour a coupé court à toute discussion en privilégiant ce que les juges Pavli et Schembri Orland ont critiqué à juste titre dans leur opinion concordante comme relevant d'une « approche fortement procéduraliste » pour souligner que « les faits de l'espèce justifi[ai]ent une conclusion plus énergique » (Opinion concordante, § 1). Il aurait en effet été non seulement plus logique, mais aussi plus judicieux de la part de la Cour de laisser ouverte la question de la juridiction de la France sous l'angle de l'art. 3 CEDH plutôt que de la fermer, semble-t-il, pour l'ensemble des États, dont la Suisse, n'ayant pas ratifié le Protocole n° 4 CEDH. Indépendamment des critiques qui peuvent être

<sup>15</sup> LUBISHTANI/SAUTHIER/SCALIA/GRAF (n. 1), 316 s.

<sup>16</sup> LUBISHTANI/SAUTHIER/SCALIA/GRAF (n. 1), 324 s. Voir également : JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier*. Volume I : Règles, Bruxelles 2006, 595 ss; JEAN-MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*. Volume II : Practice. Part 2, Cambridge 2005, 2864 ss.

<sup>17</sup> GC CEDH, 3599/18, 5.5.2020, *M.N. c. Belgique*, §§ 118 ss.

<sup>18</sup> RS 0.107.

<sup>19</sup> Comité des droits de l'enfant de l'ONU, CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019, 2.11.2020, *L.H. et autres c. France*, § 9.7, Internet: [http://www.ejiltalk.org/wp-content/uploads/2020/12/CRC\\_C\\_85\\_D\\_79\\_2019\\_E-1.pdf](http://www.ejiltalk.org/wp-content/uploads/2020/12/CRC_C_85_D_79_2019_E-1.pdf) (consulté le 11.1.2023).

formulées à l'endroit du raisonnement de la Cour, force est d'admettre que l'arrêt *H. F. et autres c. France* constitue un tournant qui de toute évidence ne peut être ignoré. Dans le cadre d'une requête similaire contre la Suisse, la Cour parviendra très vraisemblablement à la conclusion de l'absence d'un tel lien juridictionnel sous l'angle de l'art. 3 CEDH. C'est pourquoi l'interdiction du *forum shopping* (art. 35 § 2 CEDH) conduira certainement d'éventuelles requêtes venant de Suisse à être déposées ailleurs qu'à Strasbourg, c'est-à-dire devant les Comités de l'ONU des droits de l'enfant ou des droits de l'homme, organes devant lesquels ces requêtes sont susceptibles de conduire à une meilleure, car effective, protection des droits humains

#### B. Art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH, juridiction et obligations : *quid* des art. 24 al. 2 Cst. et 12 § 4 PIDCP ?

Sous l'angle de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH, l'arrêt est riche d'enseignements tant en ce qui concerne la reconnaissance d'une juridiction en relation à cette disposition qu'aux obligations, dont les « garanties contre l'arbitraire », qui découlent, dans des circonstances exceptionnelles, du droit de retourner dans son propre pays. Après avoir établi l'existence d'un lien juridictionnel s'agissant de cette disposition, la Cour énonce notamment le droit de voir la décision gouvernementale refusant un rapatriement, respectivement l'absence d'une telle décision, examinée par une autorité indépendante, afin d'éviter qu'un acte de gouvernement ne serve à dissimuler un arbitraire dans le traitement des ressortissants. Cela implique qu'une telle décision, parce que sujette à examen, soit motivée. De ce fait, une décision qui consisterait en une politique générale en la matière est insuffisante. Il appartient à l'État de se prononcer « sur le terrain du droit – et pas seulement de la politique – à la lumière des circonstances propres à chaque cas individuel » ainsi que nous l'avons d'ores et déjà relevé<sup>20</sup>.

Les garanties contre l'arbitraire permettant de donner pleinement effet au « droit au retour » ne découlent pas seulement de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH tel qu'interprété par la Cour. En effet, elles sont aussi exigées par l'art. 12 § 4 PIDCP<sup>21</sup> auquel la Suisse est partie : « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Selon le Comité de l'ONU des droits de l'homme qui surveille la mise en œuvre de cet instrument, cela signifie que le droit d'entrer dans son propre pays ne peut être

restreint que de manière « raisonnable »<sup>22</sup>. Outre cet instrument international, l'art. 24 al. 2 Cst. consacre également un droit au retour en Suisse en faveur des Confédérés<sup>23</sup>.

Ainsi, il existe d'autres sources d'obligations, de nature internationale et constitutionnelle, que l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH exigeant des autorités helvétiques que la décision visant le refus du rapatriement de ses ressortissants en danger soit rendue dans le respect de l'interdiction de l'arbitraire. Compte tenu des circonstances exceptionnelles telles que mises en avant par la Cour dans le présent arrêt, ainsi que des trois autres soulignées par nous *infra*, la juridiction de la Suisse devrait également être considérée comme étant établie tant en relation à l'art. 24 al. 2 (*cum* art. 35 al. 2 Cst.) qu'à l'art. 12 § 4 PIDCP<sup>24</sup>.

Cela étant dit, se pose la question de la portée que la Suisse et le Comité des droits de l'homme, en cas de requête émanant de Suisse, offriront à ce qui est le pendant de l'art. 3 § 2 Protocole n° 4 CEDH, à savoir les art. 24 al. 2 Cst. et 12 § 4 PIDCP. Force est d'admettre que ces deux dispositions – s'inscrivant pour l'une dans un catalogue des droits fondamentaux et pour l'autre dans un instrument de cette nature – doivent également garantir l'interdiction de l'arbitraire. À cet égard, la jurisprudence *H.F. et autres c. France* permet de délimiter la portée de cette obligation positive de nature procédurale : l'État doit dans tous les cas rendre une décision motivée susceptible d'examen par une autorité indépendante de la première. Selon la Cour, il ne doit pas nécessairement s'agir d'une autorité judiciaire, mais il va de soi que le contrôle opéré par une autorité judiciaire satisfait en tout cas à la condition de l'indépendance.

Dans le contexte helvétique et bien que la Suisse n'ait pas ratifié le Protocole n° 4 CEDH, cet arrêt jette sans conteste une lumière permettant d'éclairer les contours des obligations procédurales pesant sur la Suisse selon d'autres sources de droit consacrant également le droit au retour. La Confédération ne saurait ainsi refuser de prendre position sur une demande de rapatriement en prétextant qu'il s'agit d'un acte de souveraineté échappant à tout contrôle. Elle doit, pour assurer l'effectivité du droit au retour selon la Constitution fédérale et le PIDCP, examiner de manière rigoureuse la situation de la personne et s'assurer que la prise de décision soit entourée de garanties contre l'arbitraire (motivation, recours possible auprès d'une instance indépendante, prise en compte du principe de proportionnalité, etc.).

<sup>20</sup> LUBISHTANI/SAUTHIER/SCALIA/GRAF (n. 1), 340.

<sup>21</sup> RS 0.103.2.

<sup>22</sup> Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 27 sur la liberté de circulation (art. 12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999.

<sup>23</sup> LUBISHTANI/SAUTHIER/SCALIA/GRAF (n. 1), 314 ss.

<sup>24</sup> LUBISHTANI/SAUTHIER/SCALIA/GRAF (n. 1), 315 ss pour l'art. 24 Cst. et 326 s. pour l'art. 12 § 4 PIDCP.

Par ailleurs, l'arrêt *H. F. et autres c. France* est intéressant en ce qu'il admet que des obligations positives de nature matérielle découlent pour l'État, dans certaines circonstances concrètes, du droit au retour dans son pays pour les ressortissants, sous l'angle de l'art. 3 Protocole n° 4 CEDH. Cela s'explique par l'argument de l'*effectivité* des droits consacrés par la CEDH. Or, sur ce point, si la Cour a nié dans son arrêt ici commenté un droit général au rapatriement pour des ressortissants en droit international, elle a cependant concédé que dans certaines situations le rapatriement peut constituer l'unique moyen d'assurer l'effectivité du droit au retour et éviter l'exil *de facto* d'un ressortissant (cf. § 260).

Pour terminer, le constat de la Cour selon lequel il n'existerait pas « d'obligation de droit international conventionnel ou coutumier » contraignant « les États à rapatrier leurs ressortissants » (§ 259) est également critiquable, en ce qu'il semble méconnaître un pan du droit international public et non des moindres. En effet, le droit international humanitaire consacre une telle obligation lorsque les personnes concernées sont détenues dans le contexte d'un conflit armé, qu'il soit interne ou international<sup>25</sup>. À cet égard, les États de nationalité ont l'obligation d'autoriser, et dès lors d'assurer, le rapatriement de leurs ressortissants partis rejoindre l'État islamique qui souhaiteraient à présent rentrer, conformément à l'art. 1 commun CG et le droit international humanitaire coutumier. Dès lors que la libération des ressortissants suisses est subordonnée par la puissance détentrice (les FDS) à l'acceptation par la Confédération de leur rapatriement, le refus de rapatrier les siens a pour effet que la Suisse participe à la perpétuation d'une détention contraire au droit international. Ce faisant, l'État dépositaire des Conventions de Genève commet une violation du droit international humanitaire. Le constat de la Cour du fait que les personnes concernées se trouvent dans « une zone de non-droit »<sup>26</sup> et que la seule protection dont ils bénéficient relève de l'art. 3 CG commun et du droit international coutumier aurait dû l'inviter à porter une plus grande attention au droit dans la guerre compte tenu des conséquences drastiques qu'emportent les conclusions de la Cour en relation à cette discipline juridique.

### C. Art. 13 CEDH, une voie inexplorée : quelles chances de succès ?

Une voie inexplorée dans le présent arrêt et permettant possiblement de saisir la Cour européenne des droits de l'homme depuis la Suisse est l'art. 13 CEDH consacrant un droit à un recours effectif. Dès lors que la Suisse n'a pas ratifié le Protocole n° 4 CEDH et que « les actes [...] du Conseil fédéral ne peuvent pas être portés devant le Tribunal fédéral », sauf exceptions légales (art. 189 al. 4 Cst.), cette disposition peut s'avérer pertinente en présence d'une requête contre la Confédération ensuite d'une décision gouvernementale refusant le rapatriement, respectivement l'absence d'une telle décision.

À cet égard, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser dans des affaires relatives au non-refoulement d'étrangers qu'il découle du volet procédural de l'art. 3 *cum* art. 13 CEDH une obligation pour les États de mettre en place et de respecter des garanties contre le « refoulement arbitraire »<sup>27</sup>. Ces garanties consistent notamment, selon la Cour, en un examen rigoureux et attentif de la demande<sup>28</sup> aboutissant à une décision permettant (exigence de motivation) l'exercice effectif d'un droit de recours auprès d'une autorité indépendante de la première<sup>29</sup>.

Selon nous, une absence de décision motivée et susceptible de recours dans le contexte qui nous intéresse aurait pour effet que la situation juridique serait à la fois similaire à celle des affaires de non-refoulement en termes de garanties contre l'arbitraire découlant de l'art. 13 *cum* art. 3 CEDH, tout en étant à distinguer. Dans le cas d'un rapatriement en effet, il s'agirait de l'effet inverse du principe de non-refoulement de l'art. 3 CEDH, car cette disposition serait invoquée pour mettre un terme aux traitements inhumains et dégradants par le biais du rapatriement plutôt que pour empêcher le refoulement aux frontières<sup>30</sup>. Certes, la notion de juridiction constituerait toujours le premier obstacle à franchir. Néanmoins, la situation serait certainement appréciée sous un angle différent que pour le seul art. 3 CEDH puisqu'il s'agirait d'invoquer la juridiction des autorités compétentes helvétiques en relation au seul prononcé d'une décision administrative en relation au rapatriement et non pas s'agissant du rapatriement lui-même. Le fait de saisir les autorités d'une demande suffirait, selon nous, pour attirer les personnes concernées sous la juridiction de la Suisse s'agissant du droit à un recours effectif. En effet, le

<sup>25</sup> Voir l'analyse complète de LUBISHTANI/SAUTHIER/SCALIA/GRAF (n. 1), 320 ss.

<sup>26</sup> Dans l'arrêt présentement commenté, la Cour écrit en effet que la présente situation « se distingue des contextes classiques de protection diplomatique ou consulaire et des mécanismes de coopération en matière pénale comme l'extradition ou le transfèrement des personnes condamnées, et se rapproche d'une zone de non-droit [...] » (§ 265 ; italique ajoutée).

<sup>27</sup> GC CEDH, 43611/11, 23.3.2016, *FG c. Suède*, § 117.

<sup>28</sup> GC CEDH, 22414/93, 15.11.1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, §§ 79 ss.

<sup>29</sup> GC CEDH, 13163/87, 30.10.1991, *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, § 122 ; CEDH, 29094/09, 5.7.2016, *A. M. c. Pays-Bas*, § 62 et § 70.

<sup>30</sup> Sur cet effet inverse de l'art. 3 CEDH, cf. : ROBERT (n. 11), 795.

seuil d'applicabilité de l'art. 13 *cum* art. 3 CEDH est relativement bas étant donné qu'un « grief défendable » (« *arguable claim* ») s'agissant d'une violation de l'art. 3 CEDH suffit pour passer le test de recevabilité de l'art. 13 CEDH<sup>31</sup>. Ce seuil étant plus bas que celui de l'art. 3 CEDH considéré de manière indépendante, une requête émanant de Suisse fondée sur l'art. 13 *cum* art. 3 CEDH apparaît donc avoir de meilleures chances de succès du point de vue de sa recevabilité devant la Cour. Cela étant dit, l'application combinée des art. 13 et 3 CEDH n'aurait que pour effet de contraindre un État partie à la CEDH, dont la Suisse, à rendre une décision motivée sujette à recours, sans garantir *in fine* un rapatriement.

#### D. Conclusion

En constatant une violation, l'arrêt *H.F c. France* est apparu à première vue comme une victoire pour les droits humains et une défaite pour les politiques des États refusant le rapatriement des leurs soumis vivant dans des conditions inhumaines. Son analyse conduit néanmoins à un constat bien plus nuancé, dès lors que la Cour a fermé la porte de la juridiction de la Suisse – comme des autres États – à l'égard des « voyageurs du djihad » et de leurs familles sous l'angle de l'art. 3 CEDH, mais qu'elle a aussi, et surtout, nié pour l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe l'existence d'une obligation de droit international pour les États de rapatrier leurs ressortissants. L'exercice périlleux auquel la Cour s'est adonnée donne donc en réalité raison aux États dans leur refus, même non-dit, de rapatrier les leurs, y compris les plus vulnérables. En refusant de reconnaître un véritable droit au rapatriement tout en affirmant qu'il suffit pour les autorités de rendre une décision motivée sujette à examen par une tierce autorité indépendante, la Cour empêche stratégiquement de porter la contestation plus avant. Sur l'ensemble du territoire du Conseil de l'Europe au regard de la CEDH, les autorités appelées à statuer savent donc qu'elles ne sont en rien contraintes *matériellement* à rapatrier les personnes concernées et qu'il est uniquement de leur devoir de motiver pareil refus et le soumettre à examen d'une tierce autorité indépendante. Cela ne revient ni plus ni moins qu'à reconnaître *le droit à un recours effectif d'obtenir et de faire examiner une décision de refus de rapatriement motivée* dont l'issue négative est d'ores et déjà écrite. Les juges Pavli et Schembri Orland décrivent parfaitement le sentiment qui habite tout lecteur de cet arrêt en demi-teinte : « de grandes injustices ont été perpétrées, tout au long de l'histoire de l'humanité, sur la

base de procédures apparemment correctes » (Opinion concordante, § 1).

Cela étant dit, cet arrêt a renforcé l'impératif de garanties contre l'arbitraire et l'existence d'obligations positives pour assurer l'effectivité du droit au retour. L'interprétation de la Cour a des implications importantes pour la Suisse, car si l'art. 3 Protocole n° 4 CEDH ne lui est pas opposable, les garanties qui en découlent s'avèrent également pertinentes dans le contexte des art. 24 Cst. et 12 § 4 PICDP. Reste à savoir si, saisies d'un recours, les autorités judiciaires et, en dernière instance le Tribunal fédéral, donneront à l'art. 24 al. 2 Cst. (en dépit de l'écueil de l'art. 189 al. 4 Cst.) le même champ d'application que celui reconnu par la Cour à l'art. 3 Protocole n° 4 CEDH en termes d'obligations positives pesant sur la Suisse, voire même si elles iront au-delà.

À ce jour, seul le pouvoir judiciaire semble en mesure de mettre un terme à une situation kafkaïenne compte tenu de la réticence du Conseil fédéral qui a adopté une approche sécuritaire pouvant être résumée par celle du « risque zéro ». Pourtant, les « voyageurs du djihad » représentent moins d'une poignée de personnes et ce alors même que le droit suisse est largement en mesure d'appréhender leurs comportements répréhensibles tant du point de vue du droit pénal par la poursuite pénale que du droit public avec le retrait de nationalité pour les plurinationaux (art. 42 LN<sup>32</sup> *cum* art. 30 OLN<sup>33</sup>), y compris pour les personnes ayant été condamnées au terme d'une procédure simplifiée (art. 352 ss CPP)<sup>34</sup> et, enfin, l'expulsion pour les ex-Confédérés (art. 62 ou 68 LEI<sup>35</sup>). Les instruments juridiques permettent de garantir la sécurité publique à tous les points de vue même en cas de rapatriement. Ce sont certainement ces considérations qui ont récemment conduit de nombreux gouvernements à rapatrier de plus en plus leurs ressortissants, isolant la Suisse dans son approche et rendant sa position d'autant moins compréhensible alors que sont en jeu les droits humains les plus élémentaires de ses ressortissants, au mépris parfois des droits d'enfants suisses en bas âge.

<sup>31</sup> ANNE-LAURENCE GRAF/AURÉLIE MARIOTTI, Célérité des nouvelles procédure d'asile et droits humains, Jusletter 15.4.2019, N 14.

<sup>32</sup> Loi fédérale du 20 juin 2014 sur la nationalité (LN ; RS 141.0).

<sup>33</sup> Ordonnance du 17 juin 2016 sur la nationalité (OLN ; RS 141.01).

<sup>34</sup> TF, 1C\_457/2021, 25.3.2022 = SJ 2022 609.

<sup>35</sup> Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20).