

L'ARRÊT *H.F. ET AUTRES C. FRANCE* : BEAUCOUP DE BRUIT... POUR RIEN ?

par

Mathilde HARDT

Avocate et assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles (CIRC)

et

Cécile JADOT

Avocate et assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles (CIRC)

– COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE
L'HOMME [GC], ARRÊT N^{os} 24384/19 ET 44234/20
DU 14 SEPTEMBRE 2022

R. Spano (prés.), J. Fr. Kjølbros, S. O'Leary,
G. Ravarani, K. Turković, G. Yudkivska,
K. Wojtyczek, Y. Grozev, M. Mits, S. Mourou-
Vikström, A. Bårdsen, D. Pavli, E. Wennerström,
L. Schembri Orland, P. Roosma, M. Guyomar,
I. Ktistakis.

Pl : M^e Dosé, M^e Pettiti, M. Alabrune,
Mme Mijatović, Sir James Eadie, Mme Koopman
et M. Van Drooghenbroeck.

e.c. : *H.F. et autres c. France*

**Droits et libertés – Convention européenne des
droits de l'homme – Juridiction extraterritoriale –
Articles 1^{er} et 3 C.E.D.H. – Non applicables – Lien de
rattachement insuffisant – Dialogue des juges – Vide
juridique**

**Droits et libertés – Convention européenne des droits
de l'homme – Juridiction extraterritoriale – Articles 1^{er}
C.E.D.H. et 3, § 2, du Protocole n^o 4 C.E.D.H. – Applicables
– Rapatriement – Théorie de l'acte de gouvernement
– Procéduralisation des droits fondamentaux**

**Actes administratifs – Actes de gouvernement – Statut
juridique – Au regard de la C.E.D.H.**

Dans un arrêt condamnant la France à réexaminer les demandes de rapatriement des mères et enfants français enfermés dans les conditions épouvantables des camps de Roj et Al-Hol du nord-est syrien, la Cour européenne des droits de l'homme constate (pour la première fois) l'existence d'un lien juridictionnel au sens de l'article 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'égard du grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n^o 4 de ladite

Convention. Elle conclut ensuite à la violation par la France de cette disposition en raison du caractère inapproprié de sa procédure applicable aux demandes de rapatriement. D'une part, les requérants n'ont jamais reçu de réponse individualisée à leur demande et, d'autre part, le recours devant les juridictions internes n'a pas rectifié cette défaillance puisqu'elles se sont déclarées incompétentes sur la base de la théorie de l'acte de gouvernement.

INTRODUCTION

Par un arrêt du 14 septembre 2022, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») condamne la France à réexaminer les demandes de rapatriement des mères et enfants français enfermés dans les conditions épouvantables des camps de Roj et Al-Hol du nord-est syrien¹.

Les requérants de l'espèce sont deux couples dont les filles ont rejoint la frontière entre l'Irak et la Syrie avec leurs partenaires en 2014 et 2015, en soutien à l'État islamique en Irak et au Levant (EIIL). Leurs conjoints sont depuis lors portés disparus ou morts. En 2019, lorsque les forces démocratiques syriennes reprirent le contrôle de la zone nord-est syrienne, les femmes et enfants des combattants furent transférés dans le camp de Al-Hol (§§ 12-15)². Parmi eux se trouvaient les filles des requérants, L., ses deux enfants, M. et son enfant. La pression sur l'annexe

¹ La Cour rappelle que 371 enfants seraient décédés en 2019 à Al-Hol et que ce taux aurait triplé en août 2020. Les enfants y souffrent « de malnutrition, de déshydratation, parfois de blessures de guerre et de stress post-traumatique » et sont exposés à des « conditions météorologiques extrêmes », ainsi qu'à un risque réel de violence physique et d'exploitation sexuelle. Certaines organisations humanitaires comparent leur détention à des conditions de torture similaires à celles de détenus dans les couloirs de la mort (voy. les §§ 22-25 de l'arrêt commenté).

² Ce camp abritait alors 62 000 personnes, dont deux tiers d'enfants et 10 000 ressortissants de pays tiers, placés dans une zone « annexe » du camp exclusivement peuplée de personnes étrangères et de membres de Daesh.

surpeuplée du camp de Al-Hol mena au transfert d'une partie de ses résidents, dont M. et son enfant, dans le camp de Roj, nettement moins peuplé, mais bien plus isolé.

Entre 2019 et juillet 2022, les autorités françaises détachèrent cinq missions de rapatriements, avec la coopération des responsables locaux, les Forces démocratiques syriennes (FDS). Trente-cinq enfants mineurs français et seize mères furent rapatriés (§§ 26-28). Les proches des requérants n'en firent pas partie malgré les demandes introduites par leurs parents auprès des autorités nationales. Après épuisement des voies de recours internes, ils saisirent alors la Cour européenne des droits de l'homme par deux requêtes dirigées contre la France et alléguèrent que le refus de l'État défendeur de rapatrier leurs filles et petits-enfants les exposait à des traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « la Convention ») et violait leur droit d'entrer sur le territoire dont ils sont ressortissants, garanti par l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 additionnel à la Convention (ci-après « Protocole n° 4 »)³.

Aux termes de cet arrêt, la Cour constate pour la première fois l'existence d'un lien juridictionnel au sens de l'article 1^{er} de la Convention à l'égard du grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, tout en l'écartant à l'égard des autres griefs soulevés. Elle conclut ensuite à la violation de cette disposition par la France, mais uniquement en raison du caractère inapproprié de sa procédure applicable aux refus opposés aux demandes de rapatriement et non pour des motifs plus substantiels. La France est condamnée, certes, mais sans doute sur le fondement le plus étriqué que l'on eût pu concevoir. Telle est au demeurant la lecture de l'arrêt que s'employa rapidement à ventiler le Quai d'Orsay⁴.

³ Ils invoquèrent aussi la violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 estimant ne pas avoir disposé de recours interne effectif pour contester la décision de ne pas les rapatrier. Les requérants J.D. et A.D. relevèrent aussi la violation du respect de leur vie familiale sauvegardé par l'article 8 de la Convention.

⁴ Voy. par exemple le site du ministère français de l'Europe et des Affaires étrangères qui, dans un communiqué du 14 septembre 2022, indiqua que le Gouvernement « prend acte de l'arrêt de la Cour [qui] considère que la France ne peut pas être tenue pour responsable des conditions de vie dans ces camps du nord-est de la Syrie puisqu'elle n'y exerce pas sa juridiction » avant de poursuivre : « les engagements internationaux de la France en matière de protection des droits de l'Homme n'imposent pas à celle-ci de procéder au rapatriement des personnes retenues dans le nord-est syrien, mais uniquement de procéder à un nouvel examen de ces demandes » (voy. « Syrie – Cour européenne des droits de l'homme – Q&R – Extrait du point de presse », *Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères : France Diplomatie*, 14 septembre 2022, disponible sur <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/syrie/actualites-2022/article/syrie-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-q-r-extrait-du-point-de-presse-14>).

Le présent commentaire propose une analyse critique et contextualisée du raisonnement adopté par la Cour à la lumière des perspectives qu'il suscitait.

L'arrêt *H.F. et autres c. France* soulève des enjeux politiques et diplomatiques évidents et fut donc très attendu sur la scène internationale. Pour cause, par l'intermédiaire de la question des rapatriements, il était en réalité demandé aux juges strasbourgeois de s'immiscer dans les questions politiques sensibles de lutte contre le terrorisme⁵.

L'affaire charrie également des questions juridiques fondamentales. En effet, les États ne semblaient jusqu'à présent pas voir d'incitants dans le droit international des droits fondamentaux à agir en faveur des milliers de personnes qui demeurent coincées dans les camps. Les efforts déployés pour rapatrier les nationaux ont été pour le moins irréguliers⁶ et les procédures initiées au niveau national ont connu des fortunes diverses, les principaux motifs de rejet allant de l'absence de preuve de nationalité ou de juridiction à la théorie des actes du gouvernement⁷.

Une clarification des obligations conventionnelles de la France, mais aussi des autres États membres de la Convention, dont des nationaux sont enfermés dans les camps du nord-est syrien, était donc bienvenue. Dans la foulée de la décision *M.N. e.a. c. Belgique*⁸ et après avoir botté

⁵ Cette préoccupation apparaît en filigranes de plusieurs considérants de l'arrêt. Voy. not. l'argument mobilisé par la France selon lequel la reconnaissance du lien juridictionnel reviendrait à mettre à risque les agents de l'État qui se déplacent et à les exposer au terrorisme (§ 159) ou à dissuader les États de poursuivre les terroristes (§ 173), auquel la Cour est sensible (§ 194). Argumentant sur le fondement de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, la France estime que les mères doivent être jugées en Syrie car un retour prématuré risquerait d'offrir à Daesh une capacité d'action sur le territoire français (§ 226). À cet égard, examinant les garanties contre l'arbitraire, la Cour se dit « particulièrement consciente » des préoccupations tenant à la protection des citoyens contre le terrorisme (§ 273). La validité de l'argument tiré de la protection de la sécurité nationale est relativisée par les juges Pavli et Schembri Orland dans leur opinion partiellement concordante commune à l'arrêt commenté (§ 5 *in fine*).

⁶ S. BAGHERI et A. BISSET, « International Legal Issues Arising from Repatriation of the Children of Islamic State », *Journal of Conflict and Security Law*, 2022, vol. 27, pp. 380-384. Deux opérations de rapatriements se sont succédées en France suite à sa condamnation : quinze femmes et quarante enfants le 20 octobre 2022 et trente-deux enfants et quinze femmes le 24 janvier 2023 (voy. « Rapatriement d'enfants et de mères du nord-est syrien », *Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères : France Diplomatie*, 20 octobre 2022 et 24 janvier 2023, disponible sur www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/syrie/actualites-2023/article/rapatriement-d-enfants-et-de-meres-du-nord-est-syrien-24-01-23).

⁷ L. ROBERT, « Enfants de "djihadistes" retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 120/2019, pp. 181-184.

⁸ Cour eur. D.H. [GC], décision du 5 mars 2020, *M.N. e.a. c. Belgique*. Pour un commentaire de cette décision, voy. P. DUCOULOMBIER, « Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *M.N. e.a. c. Belgique*, 5 mai 2020) », *Rev. trim. dr. h.*, 2021/1, pp. 77-96 ; J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA, « Des frontières aux droits ou des droits aux frontières ? La décision de la Cour européenne des droits

en touche sur la question de la juridiction dans l'affaire *Aarras c. Belgique*⁹, la Cour devait d'abord clarifier l'application de l'article 3 de la Convention en présence d'un contrôle exercé sur une situation à l'étranger. À tout le moins il lui revenait de tracer les premières lignes interprétatives du lien juridictionnel entre un État et ses ressortissants à l'égard d'un grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. Nous reviendrons dans un premier temps sur les arguments évoqués par les parties sous cet angle et résumerons l'accueil que la Cour leur a réservé. Convenons d'emblée que les espoirs de voir la Cour dynamiser sa jurisprudence sur la question de la juridiction des États à l'égard de griefs tirés de l'article 3 de la Convention ont été quelque peu déçus, la Cour préférant raisonner en vase clos et s'isoler de ses homologues onusiens (I).

L'affaire commentée offrait aussi l'opportunité à la Cour d'actualiser sa maigre jurisprudence sur la portée du droit de retourner dans le pays dont on est le ressortissant, sauvegardé par l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. À cette occasion, il lui appartenait de se positionner sur la possibilité pour les États de se retrancher derrière la théorie des actes du gouvernement. Nous verrons que la réponse apportée par la Cour à cet égard flirte avec les limites des exigences d'effectivité des droits fondamentaux. Il s'agit sans doute du résultat de la périlleuse recherche de dialectique entre le souhait de faire cesser la violation des droits fondamentaux des personnes parmi les plus vulnérables et la crainte de préserver la marge de manœuvre des États dans les questions politiquement sensibles (II).

I. RETOUR SUR L'INSONDABLE QUESTION DE LA JURIDICTION

Un État ne peut être tenu responsable de la violation d'un droit conventionnel que s'il est préalablement admis qu'il exerce sa juridiction à l'égard de la situation de l'espèce, en vertu de l'article 1^{er} de la Convention. Ainsi, l'établissement d'un lien de juridiction constitue une condition *sine qua non*

pour qu'un État contractant devienne débiteur des droits consacrés dans la Convention ou ses Protocoles additionnels.

Avec l'arrêt *H.F. et autres*, la Cour devait apporter une importante contribution à son abondante jurisprudence en la matière.

Après avoir contextualisé brièvement l'arrêt à l'aune de la jurisprudence de la Cour, nous décrivons la manière dont elle se positionne quant à la juridiction de la France sur les camps de Roj et Al-Hol à l'égard de l'article 3 de la Convention (A) et de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 (B). Les développements qui suivent critiqueront ce raisonnement, aux croisées des perspectives que suggérerait sa propre jurisprudence, mais aussi celle des autres organes internationaux de protection des droits fondamentaux (C).

A. LA COUR CONFIRME SA RÉTICENCE À APPLIQUER L'ARTICLE 1^{er} DE MANIÈRE DYNAMIQUE À L'ÉGARD DE L'ARTICLE 3 DE LA CONVENTION...

La notion de juridiction répond à un principe de territorialité : un État est présumé l'exercer sur l'ensemble de son territoire¹⁰. La Cour a progressivement tracé les contours de ce principe dans sa jurisprudence relative à l'article 1^{er} de la Convention. Ce faisant, elle a reconnu, par exception au principe de territorialité, que les actes ou omissions des États contractants qui produisent des effets sur le territoire d'un État tiers et qui remplissent un certain nombre de critères sont de nature à fonder l'exercice d'une juridiction extraterritoriale au sens de l'article précité.

La situation des requérants et de leurs proches est inédite à Strasbourg. À défaut de pouvoir appliquer la jurisprudence bien établie du contrôle territorial ou personnel (1), les requérants ont tenté de se frayer un passage entre les enseignements quelque peu épars relatifs aux autres actes extraterritoriaux qui, dans des « circonstances exceptionnelles », relèvent de l'exercice d'un pouvoir juridictionnel par un État contractant. Ils invoquèrent en effet l'existence de circonstances procédurales particulières (2) ou à tout le moins de divers facteurs qui, conjointement, devaient mener à la naissance d'un lien de rattachement entre la France et leurs proches (3).

de l'homme *M.N. c. Belgique* du 5 mai 2020 sur les visas humanitaires », *J.T.*, 2020/39, pp. 821-825 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2022/14, p. 215.

⁹ Cf. *infra*, point A.3. ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 215.

¹⁰ Cour eur. D.H. [GC], décision du 12 décembre 2001, *Banković e.a. c. Belgique*, § 67 ; R. LAWSON, « Live after *Banković*: On the Extraterritorial Application of the European Convention of Human Rights », *op. cit.*

1. Pas de contrôle territorial ou personnel de la France dans les camps Roj et Al-Hol

Traditionnellement, la Cour admet qu'un État exerce sa juridiction sur un territoire ou la fraction d'un territoire étranger qu'il contrôle de manière effective (modèle spatial)¹¹. Pour apprécier le critère du contrôle effectif, la Cour analyse généralement la présence des militaires de l'État partie dans l'État tiers et/ou l'influence qu'il exerce sur l'administration locale, éventuellement subordonnée (soutien militaire, économique et politique)¹².

Il en est de même lorsqu'un État exerce son contrôle et son autorité sur un individu¹³. Ce contrôle est qualifié de *personnel* (modèle personnel). Il se manifeste alors par l'intermédiaire d'agents d'États exerçant en dehors des frontières nationales, qu'ils soient membres des forces armées, de la sécurité nationale ou de la police¹⁴. Il peut aussi résulter de la présence d'agents diplomatiques ou consulaires à l'étranger qui contrôlent, exercent une autorité ou ont recours à la force sur des personnes à l'étranger¹⁵.

Dans l'affaire *H.F. et autres c. France*, les requérants ne contestent pas se trouver en dehors du champ d'application des modèles de contrôle spatial et/ou personnel (§ 162). La Cour abonde dans le même sens : la France n'exerce ni de contrôle territorial effectif sur le territoire concerné, ni de contrôle personnel sur les proches des requérants situés dans les camps (§§ 191-192)¹⁶.

¹¹ Voy. entre autres Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 19 octobre 2012, *Catan e.a. c. Moldova* ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Skeini e.a. c. Royaume-Uni* ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 23 mars 1995, *Lozidou c. Turquie* ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 20 novembre 2014, *Jaloud c. Pays-Bas* ; Cour eur. D.H. [GC], décision du 12 décembre 2001, *Banković e.a. c. Belgique*.

¹² Voy. not. Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Skeini e.a. c. Royaume-Uni*, § 139 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 8 juillet 2004, *Ilascu e.a. c. Moldova et Russie*, § 314 ; comp. Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, §§ 130-131.

¹³ Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Skeini e.a. c. Royaume-Uni*, précité, § 137.

¹⁴ Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 29 mars 2010, *Medvedev e.a. c. France*, § 67 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 23 février 2012, *Hirsi Jamaa e.a. c. Italie*, §§ 76-82 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, § 91 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Skeini e.a. c. Royaume-Uni*, précité, §§ 133-140 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, précité, § 115 ; Cour eur. D.H. [GC], décision du 28 septembre 2006, *Isaak e.a. c. Turquie* ; Cour eur. D.H. [GC], décision du 28 juin 2007, *Pad e.a. c. Turquie* ; Cour eur. D.H. [GC], décision du 3 juin 2008, *Andreou c. Turquie* ; Cour eur. D.H., décision du 24 juin 2008, *Solomou e.a. c. Turquie*, §§ 48-51.

¹⁵ Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Skeini e.a. c. Royaume-Uni*, précité, § 136.

¹⁶ Dans l'affaire commentée, la Cour retient les indices suivants : pas de présence militaire française importante au sein de la coalition ; la France n'a pas mené d'opération militaire dans les camps de l'espèce ; et l'absence de lien de subordination apparent entre les FDS et les autorités françaises (§ 191).

2. Pas de circonstances procédurales de nature à établir un lien juridictionnel entre la France et les requérants

La Cour a déjà admis que certaines circonstances d'ordre procédural pouvaient faire naître un lien de juridiction extraterritorial. Ainsi, le fait d'engager une procédure civile en dommages et intérêts devant ses juridictions nationales, sur le fondement du droit national, pour dénoncer des événements qui se sont déroulés à l'étranger, peut mener à l'existence d'un titre de juridiction sous l'angle de l'article 6 de la Convention et sous cet angle uniquement¹⁷. Les demandes de rapatriements n'étant des procédures de nature ni civiles ni pénales, elles échappaient au champ d'application *ratione materiae* de l'article 6 précité. Par conséquent, cet enseignement n'était pas non plus applicable à l'affaire commentée.

La Cour a également reconnu dans les affaires *Güzelyurtlu et autres c. Turquie*¹⁸, *Gray c. Royaume-Uni*¹⁹ et *Carter c. Russie*²⁰ qu'une enquête pénale initiée par les autorités nationales pouvait déclencher un titre de juridiction sous l'angle du volet procédural de l'article 2 de la Convention, même lorsque le décès est survenu en dehors du territoire de l'État concerné²¹. Dans l'affaire commentée, la Cour disqualifie l'argument tiré de l'engagement d'une procédure pénale à l'encontre des proches de requérants (§ 163) et l'analogie suggérée avec les arrêts *Güzelyurtlu et autres* et *Gray*, car les griefs soulevés dans le cadre de ces procédures pénales étaient étrangers à ceux soulevés devant elle (§ 193).

Enfin, elle a jugé en faveur de l'applicabilité extraterritoriale des articles 2 et 3 de la Convention dans le cadre d'extradition de nationaux, d'expulsion ou de renvoi de ressortissants d'États tiers vers des pays étrangers²². Toutefois, les enseignements

¹⁷ Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 14 décembre 2006, *Marković e.a. c. Italie*, §§ 49-55.

¹⁸ Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 29 janvier 2019, *Güzelyurtlu e.a. c. Chypre et Turquie*, § 188-189.

¹⁹ Dans cette affaire, ni le Gouvernement allemand, ni la Cour n'ont tiré d'argument de l'article 1^{er} de la Convention lorsqu'il s'agissait de déterminer si l'Allemagne avait l'obligation positive d'enquêter sur un décès non intentionnel survenu au Royaume-Uni (Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 22 mai 2014, *Gray c. Royaume-Uni*). Pour un commentaire de cet arrêt, voy. not. M. MILANOVIC, « Gray v. Germany and the Extraterritorial Positive Obligation to Investigate », *EJIL: Talk!*, 28 May 2014, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/gray-v-germany-and-the-extraterritorial-positive-obligation-to-investigate/>.

²⁰ Cour eur. D.H., arrêt du 21 septembre 2021, *Carter c. Russie*, §§ 133-135.

²¹ Voy. ég. Cour eur. D.H., arrêt du 9 juillet 2019, *Romeo Castaño c. Belgique*, § 37.

²² Voy. not. Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 7 juillet 1986, *Soering c. Royaume-Uni*, § 91 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 20 mars 1991, *Cruz Varas e.a. c. Suède*, §§ 69 et 70 ; Cour eur. D.H., arrêt du 30 octobre 1991, *Vilvarajah e.a. c. Royaume-Uni*, § 103.

de ces affaires n'étaient pas transposables à la problématique des rapatriements de nationaux depuis des territoires non soumis au contrôle de la Cour qui présentent des enjeux « fondamentalement différent[s] »²³, les personnes extradées, expulsées ou refoulées se trouvant « par hypothèse sur le territoire de l'État concerné [...] – ou à la frontière de celui-ci et relèvent dès lors manifestement de sa juridiction »²⁴.

La Cour ne semble jusqu'à présent pas encore avoir admis l'existence d'un lien de juridiction extraterritorial fondé sur des circonstances procédurales à l'égard d'un grief tiré du volet procédural de l'article 3 de la Convention²⁵ en dehors des cas précités d'extradition, d'expulsion ou de refoulement.

Dans l'affaire commentée, la Cour évite la question et se borne à constater que « l'engagement de procédures au niveau national n'a pas d'incidence directe sur la question de savoir si les griefs matériels des requérants relèvent de la juridiction de la France » (§ 195)²⁶.

3. Absence de lien de rattachement au sens des enseignements tirés a contrario de la décision M.N. e.a. c. Belgique

L'affaire *M.N. e.a.*, dite « des visas humanitaires », semblait ouvrir une dernière voie d'interprétation des circonstances exceptionnelles, qui ne serait ni liée au modèle territorial ou personnel, ni à l'ouverture d'une procédure pénale ou civile devant les juridictions nationales. *M.N. e.a.* soutenaient en effet qu'en refusant de délivrer des visas ou de rapatrier des personnes situées dans l'ambassade belge au Liban, la Belgique et la France exerçaient respectivement leur « puissance publique », quand bien même ils ne se trouvaient

pas effectivement sous le contrôle physique de ces autorités nationales. Ils invitaient ainsi la Cour à déduire un nouveau titre de compétence de l'exercice, par un État contractant, de prérogatives de puissance publique qui ont des effets sur des personnes situées à l'étranger.

Si la Cour n'a pas souscrit à cette thèse à l'occasion de l'affaire des visas humanitaires, elle ouvrait néanmoins « quelques petites portes »²⁷.

Elle rappelait d'abord que les circonstances exceptionnelles propres à conclure à un exercice extraterritorial de la juridiction relevaient « avant tout d'une question de fait qui nécessite de s'interroger [d'une part] sur la nature du lien entre les requérants et l'État défendeur et de déterminer [d'autre part] si celui-ci a effectivement exercé son autorité ou son contrôle sur eux ». Appliquant ces principes à l'espèce, elle soulignait « qu'en statuant sur les demandes de visas », les autorités belges avaient bien exercé « une prérogative de puissance publique », mais que ce constat « à lui seul » ni « la seule circonstance que des décisions prises au niveau national [avaient] eu un impact sur la situation de personnes résidant à l'étranger »²⁸ ne suffisait à établir la juridiction de l'État belge en dehors de son territoire. Elle ajoutait ensuite que les requérants n'entretenaient pas un lien suffisamment étroit avec la Belgique : ils n'avaient pas la nationalité belge, ils ne s'étaient jamais trouvés sur le territoire national de la Belgique et ils ne revendiquaient aucune vie familiale ou privée préexistante avec ce pays²⁹. Le raisonnement qu'empruntait la Cour dans l'affaire des visas humanitaires s'inscrivait dans la lignée de l'affaire *Khan c. Royaume-Uni*³⁰ et s'appuyait sur une « lecture conséquentialiste »³¹ de l'article 1^{er} de la Convention. Elle concluait qu'« en décider autrement aboutirait à consacrer une application quasi universelle de la Convention sur la base du choix unilatéral de tout individu, où qu'il se trouve dans le monde, et donc à créer une obligation illimitée pour les États parties d'autoriser l'entrée sur le territoire de toute personne qui risquerait de subir un traitement contraire à la Convention en

²³ Cour eur. D.H. [GC], décision du 5 mars 2020, *M. N. e.a. c. Belgique*, § 120.

²⁴ Cour eur. D.H., décision du 12 décembre 2001, *Banković e.a. c. Belgique*, §§ 68 et 77.

²⁵ Voy. en ce sens Cour eur. D.H. [GC], décision du 5 mars 2020, *M.N. e.a. c. Belgique*, précité, § 108 ; Cour eur. D.H., décision du 28 janvier 2014, *Abdul Wahab Khan*, § 28.

²⁶ Comp. *M.N. e.a.*, où la Cour se montrait plus convaincante : « La procédure établissant la juridiction de la Turquie dans l'affaire *Güzelyurtlu a. e.*, précitée [...] ne peut davantage être comparée à la procédure administrative engagée en l'espèce par les requérants. En effet, la procédure dont il est question dans l'affaire *Güzelyurtlu* et autres – et qui crée un lien juridictionnel avec la Turquie – était une procédure pénale ouverte à l'initiative des autorités turques (contrôlant la "République turque de Chypre du Nord"). Elle correspond à une démarche d'un État contractant se situant dans le cadre des obligations procédurales découlant de l'article 2. Ceci est très différent d'une procédure administrative engagée à l'initiative de particuliers sans aucun lien avec l'État concerné, si ce n'est la procédure qu'ils ont eux-mêmes entamée de leur plein gré et sans que leur choix de cet État, en l'occurrence la Belgique, ne s'impose au titre d'une quelconque obligation conventionnelle » (Cour eur. D.H. [GC], décision du 5 mars 2020, *M.N. e.a. c. Belgique*, précité, § 122).

²⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'homme : 1^{er} janvier 2021-1^{er} janvier 2022 », *op. cit.*, p. 215.

²⁸ Cour eur. D.H. [GC], décision du 5 mars 2020, *M.N. e.a. c. Belgique*, précité, § 112 (nous soulignons).

²⁹ *Ibid.*, §§ 115, 118 (nous soulignons).

³⁰ Cour eur. D.H. [GC], décision du 28 janvier 2014, *Abdul Wahab Khan c. Royaume-Uni*, précité, §§ 27-28.

³¹ P. DUCOULOMBIER, « Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *M.N. e.a. c. Belgique*, 5 mai 2020) », *op. cit.*, p. 93.

dehors de leur juridiction »³². Prendre au sérieux les indications de la Cour permettait cependant de déduire, *a contrario*, qu'en présence de requérants ayant la nationalité du pays concerné, ou qui s'étaient trouvés sur le territoire, ou qui pouvaient y revendiquer une vie familiale, la juridiction territoriale devenait plaidable. *A fortiori* en était-il ainsi lorsque ces circonstances se cumulaient.

C'est donc sans surprise que le requérant de la récente affaire *Ali Aarrass* s'engouffra dans la brèche et argumenta l'existence d'un « lien de rattachement personnel »³³ entre le Belgo-marocain (emprisonné dans des conditions épouvantables au Maroc) et la Belgique, pour ne pas avoir adopté les mesures diplomatiques nécessaires afin de faire cesser la violation de ses droits fondamentaux. La Cour se débarrassa de la question et déclara la requête irrecevable en raison de son caractère manifestement mal fondé, estimant que la passivité ou l'indifférence des autorités belges n'avait pas été suffisamment démontrée face à la situation de M. Aarrass³⁴. En « supposant » tout de même « qu'une obligation positive [...] puisse être déduite de l'article 1^{er} combiné avec l'article 3 de la Convention »³⁵, la Cour renvoya implicitement la balle à la Grande chambre devant laquelle l'affaire commentée demeurait alors déjà pendante.

Aux termes d'un point « d) sur l'existence d'un lien de rattachement à l'État » de l'affaire commentée, la Cour se saisit donc pleinement de la question, avant de refuser définitivement d'emprunter la voie d'interprétation suggérée par la décision *M.N. e.a. c. Belgique*.

Les requérants de l'affaire *H.F. et autres* invoquaient en effet que les autorités françaises étaient les seules à pouvoir faire cesser les violations des droits fondamentaux de leurs proches. Selon eux, ceux-ci « dépendant » de la collaboration diplomatique de la France, elle exerce bien un contrôle sur leur « situation juridique » (§ 165). À cet égard, ils notaient que les FDS ont à plusieurs reprises pressé la France à collaborer aux rapatriements de leurs nationaux, ce qu'elle a la capacité opérationnelle de faire, mais qu'elle refuse pour des considérations électorales (*ibid.*). Ils concluaient que, conformément aux enseignements tirés

a contrario de la décision *M.N. e.a. c. Belgique*, l'intensité de la nature des liens les unissant à la France, à savoir leur nationalité française et leur vie familiale en France, combinée au refus explicite de les rapatrier fait naître un lien de rattachement entre leur situation juridique et la juridiction de la France (§§ 189 et 197).

Cette thèse était soutenue par un autre argument de taille : deux communications individuelles introduites à l'encontre de la France dans un contexte factuel identique à celui des requérants avaient été déclarées recevables le 30 septembre 2020 et le 4 février 2021 par le Comité des droits de l'enfant³⁶.

L'on ne trouve nulle trace des considérations adoptées par le Comité des droits de l'enfant sur ce point précis dans les considérants de la Cour³⁷. Du reste, elle rejette l'interprétation *a contrario* de la décision *M.N. e.a.* Elle s'en justifie en deux temps.

Premièrement, elle estime que la nationalité française n'est pas un facteur de rattachement suffisant à l'État, car cela « reviendrait à exiger de ce dernier de respecter l'article 3 de la Convention en dépit du fait qu'il n'exerce aucun contrôle » (§ 198) dans les camps où seraient infligés les mauvais traitements. La Cour rappelle ainsi quels que intenses soient les liens qu'un État entretient avec une situation survenant à l'étranger, elle ne souhaite pas se départir du critère central du contrôle factuel sur les personnes à l'étranger³⁸. Le critère de la « nature des liens » évoqué dans *M.N. e.a.* est donc loin d'être autosuffisant.

Deuxièmement, elle estime que le seul fait que la France ait la capacité « opérationnelle » de rapatrier les proches des requérants en conformité avec le droit international public ne suffit pas à « caractériser une circonstance exceptionnelle de nature à déclencher un lien juridictionnel extraterritorial » (§ 200). Trois arguments soutiennent cette étape du raisonnement : (i) outre qu'il n'existe aucune obligation en droit interne, international ou diplomatique d'agir en faveur de ses nationaux à l'étranger (§ 201), (ii) elle juge que la seule faculté d'agir de la France ne pourrait se muter en obligation par le truchement du droit conventionnel. En effet, un rapatriement nécessiterait d'incertaines négociations sur ses conditions et sa mise en œuvre en Syrie (§ 202). Point trop n'en faut (iii) : « une telle

³² Cour eur. D.H. [GC], décision du 5 mars 2020, *M.N. e.a. c. Belgique*, précité, § 123.

³³ Cour eur. D.H., décision du 5 septembre 2021, *Ali Aarrass c. Belgique*, § 36.

³⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 215.

³⁵ Cour eur. D.H., décision du 5 septembre 2021, *Ali Aarrass c. Belgique*, précité, § 41.

³⁶ Com. dr. enfants, 4 décembre 2020, décision relative aux communications n^{os} 79/2019 et 109/2019, *L.H. e.a. c. France* ; Com. dr. enfants, 4 février 2021, décision relative à la communication n^o 77/2019, *F.B. e.a. c. France*.

³⁷ Voy. *infra*, point C.3.

³⁸ Cour eur. D.H. [GC], décision du 5 mars 2020, *M.N. e.a. c. Belgique*, précité, § 118.

extension du champ d'application de la convention ne trouve aucun appui dans la jurisprudence » (§ 203), ce faisant, la Cour écarte aussi – sans le dire – l'application d'une conception causale de la juridiction (voy. *infra*, point C.3).

B. ... MAIS ADMET L'IMPOSSIBILITÉ D'APPLIQUER UNE APPROCHE TERRITORIALE DE LA JURIDICTION À L'ÉGARD DE L'ARTICLE 3, § 2, DU PROTOCOLE N° 4

Le droit d'un national de retourner dans son propre pays est protégé comme droit fondamental dans de nombreux instruments des droits de l'homme³⁹. Avec l'affaire *H.F. et autres*, c'est la toute première fois que la Cour strasbourgeoise fut amenée à se prononcer sur l'existence d'un lien juridictionnel entre un État et ses ressortissants à l'égard de la manifestation conventionnelle de ce droit : l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 (§ 189).

Aux termes de l'article 3 du Protocole n° 4, le système européen de protection des droits de l'homme prévoit que « 1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant. 2. Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant ». Il garantit deux droits distincts : le droit de ne pas être expulsé du territoire de l'État dont on est le ressortissant et le droit d'entrer sur le territoire dudit État. C'est précisément le second qui est engagé dans l'arrêt commenté.

Tout d'abord, la Cour réitère que la protection du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont on est le ressortissant est indissociablement liée à la nationalité de celui-ci, mais ce lien national ne suffit toutefois pas à créer un titre de juridiction autonome au sens de l'article 1^{er} de la Convention, consistant davantage en une condition d'application de ce droit (§ 206).

La Cour reconnaît ensuite l'impossibilité d'appliquer l'approche territoriale de la juridiction⁴⁰

³⁹ On retrouve cette protection à l'article 12, § 4, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ») (voy. ég. l'Observation générale n° 27 du Comité des droits de l'homme, Liberté de circulation (art. 12), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999)), ainsi que dans les nombreux instruments internationaux de protection des droits humains, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 9 : « nul ne peut être arbitrairement arrêté, détenu ou exilé » et art. 13, § 2 : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays »), la Convention interaméricaine des droits de l'homme (art. 22, § 5 : « Nul ne peut être expulsé du territoire de l'État dont il est le ressortissant ni être privé du droit d'y entrer »), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 12, § 2 : « Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques »).

⁴⁰ Pour rappel, la Cour, dans sa jurisprudence relative à l'article 1^{er} de la Convention, estime que la juridiction d'un État répond au principe de terri-

torialité : elle est présumée s'exercer sur l'ensemble du territoire des États et seule l'existence de circonstances exceptionnelles permet de conclure à un exercice de la juridiction de l'État concerné sur une situation extraterritoriale (*cf. supra*, 1.).

à l'égard de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, cette disposition ne déployant ses effets, par définition, que lorsque la personne concernée se situe en dehors du territoire de l'État dont il cherche la protection (§ 209). La Cour précise à cet égard que si l'adoption du Protocole n° 4 qui consacre ce droit procédait à l'époque de la volonté d'interdire définitivement et absolument l'exil des nationaux, elle est tenue aujourd'hui d'en faire une interprétation évolutive et utile. Ce qui l'amène à ajouter que cette disposition n'est pas seulement applicable aux seules situations qu'elle a connues jusqu'alors sur ce fondement, à savoir les cas où le national se rend à la frontière de l'État ou lorsqu'il n'a pas les documents de voyage (§§ 208-209). La Cour évoque sur ce point les défis que posent la mondialisation croissante et l'augmentation de la mobilité internationale qu'est susceptible de rencontrer l'application de cette disposition (§ 210).

Conformément à sa jurisprudence rappelée *supra*, la Cour se penche ensuite sur l'existence de circonstances particulières de nature à emporter en l'espèce un exercice extraterritorial par l'État de sa juridiction pour garantir le droit d'entrer sur le territoire national. Elle retient quatre circonstances lui permettant d'établir la juridiction de la France : l'introduction de demandes officielles de retour et d'assistance auprès des autorités nationales (i) ; le fondement de ces demandes tiré des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques et de la situation d'extrême vulnérabilité des proches des requérants (ii) ; l'impossibilité matérielle de rejoindre le territoire français sans l'assistance des autorités du pays (iii) ; et la coopération des autorités kurdes (iv) (§ 213). La conjonction de ces quatre éléments est, selon la Cour, de nature à créer un lien de juridiction entre la France et les requérants au sens de l'article 1^{er} de la Convention, aux fins de l'application de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4.

C. LA COUR REFUSE LE DIALOGUE AVEC SES HOMOLOGUES ONUSIENS À LA FAVEUR D'UN RAISONNEMENT CONFUS ET PUSILLANIME

Si la force de l'ancrage du caractère exceptionnel de l'application extraterritoriale de la Convention dans la jurisprudence strasbourgeoise invitait, certes, à relativiser l'espoir qu'elle dynamise sa conception traditionnelle de la juridiction,

torialité : elle est présumée s'exercer sur l'ensemble du territoire des États et seule l'existence de circonstances exceptionnelles permet de conclure à un exercice de la juridiction de l'État concerné sur une situation extraterritoriale (*cf. supra*, 1.).

le raisonnement pour lequel la Cour opte dans l'affaire commentée n'en demeure pas moins critiquable.

Premièrement, le fait que la Cour persévère dans son refus d'appliquer l'article 1^{er} à l'égard d'un grief tiré de l'article 3 de manière dynamique⁴¹ lui coûte en transparence et en intelligibilité. Cette réticence est en outre peu audacieuse et détonne des positions pragmatiques qu'elle a parfois pu adopter dans d'autres affaires (1).

Deuxièmement, le fait de fonder sa condamnation sur l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 limite le champ de la protection contre l'arbitraire aux seules personnes dont la nationalité serait clairement déterminée, ce qui n'est pas toujours aussi aisé qu'il y paraît (2).

Troisièmement, l'interprétation que la Cour adopte de la question de la juridiction s'inscrit à rebours de la tendance, en droit international des droits fondamentaux, à l'analyser « au-delà d'un contrôle purement factuel afin de combler les vides juridiques [qui existent] dans une série de situations contemporaines transnationales [et] qui affectent les droits fondamentaux de manière significative »⁴² (3).

1. *Un raisonnement confus et pusillanime*

Premièrement, l'articulation du raisonnement adopté par la Cour sur la question de la juridiction sous l'angle de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, d'une part, et de l'article 3 de la Convention, d'autre part, nous apparaît incohérente ou, à tout le moins, confuse.

Si l'on comprend aisément que la Cour particularise son raisonnement selon la disposition conventionnelle en cause, les approches ainsi différenciées de l'analyse des circonstances exceptionnelles permettant de conclure à un exercice de juridiction extraterritoriale nous semblent difficiles à concilier l'une avec l'autre, dans la mesure où dans un cas, la Cour l'exclut alors que dans l'autre, elle l'accepte. S. Mustasaari dénonce en ce sens l'impossibilité de déterminer les raisons qui expliquent le poids que la Cour donne aux circonstances exceptionnelles dans le champ d'application de l'article 3 de la Convention, par rapport

à celui donné pour l'application de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4⁴³.

Le raisonnement est d'autant plus abscons qu'une autre voie d'interprétation semblait se dessiner à la lecture des considérants relatifs à l'applicabilité de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. En effet, la Cour y reconnaît explicitement l'impossibilité « par nature » d'appliquer le principe de territorialité de la juridiction dans le cadre de la garantie du droit d'entrer sur l'État de sa nationalité (§ 209). Elle insiste aussi longuement sur le fait que la mondialisation croissante place les États face à de nouveaux défis au regard du droit d'entrer sur le territoire national (§ 210). Ensuite, elle revient plus brièvement sur ce constat en se saisissant du fond de la protection accordée par l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. Pour des raisons que nous ignorons, la Cour intègre ces considérations relatives à l'applicabilité de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 dans la partie où elle examine la question de la juridiction de l'État pour finalement tout de même finir par se pencher sur l'analyse des traditionnelles circonstances exceptionnelles de nature à emporter, en l'espèce, un exercice extraterritorial par la France de sa juridiction.

Il nous semble pourtant que la Cour aurait pu, comme le suggéraient les requérants (§ 204), épuiser son propre raisonnement et conclure que l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 s'applique par nature à des situations extraterritoriales impliquant des nationaux à l'étranger, et partant, la libérait de l'examen des habituelles exigences de circonstances exceptionnelles.

Cet imbroglio est sans doute symptomatique du malaise avec lequel elle aborde la nécessité de dépasser les modèles spatial et personnel de la juridiction : certes, elle prend acte de la complexité croissante qu'entraîne la mondialisation sur l'applicabilité de la Convention, mais n'en tire pas de conséquence normative sur le plan de la juridiction. Par cet arrêt, la Cour envoie en réalité un message fort : même en l'absence de précédent jurisprudentiel quant à l'application extraterritoriale de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, elle ne souhaite pas faire preuve de progressisme dans l'interprétation de l'article 1^{er} de la Convention.

⁴¹ P. DUCOULOMBIER, « Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *M.N. e.a. c. Belgique*, 5 mai 2020) », *op. cit.*, p. 82.

⁴² E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme : en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2021/4, n° 128, p. 889.

⁴³ S. MUSTASAARI, « The Issue of Extraterritorial Jurisdiction in the Repatriation of Children Detained in Syrian Camps: Shortcomings in the ECtHR Judgment in *H.F. and Others v. France* », *Strasbourg Observers*, November 2022, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2022/11/01/the-issue-of-extraterritorial-jurisdiction-in-the-repatriation-of-children-detained-in-syrian-camps-shortcomings-in-the-ecthr-judgment-in-h-f-and-others-vfrance%EF%BF%BC/>.

Deuxièmement, on peut regretter que la Cour n'évoque pas réellement la défense des requérants et des associations des droits de l'homme qui consiste à faire de l'« influence déterminante » des autorités françaises sur leur situation, un titre de juridiction.

À nouveau, il est clair qu'un tel raisonnement n'a encore jamais été admis par la Cour⁴⁴ et que sa frilosité à en tirer un quelconque titre de juridiction était prévisible. Mais aussi casuistique que soit la jurisprudence de la Cour sur la question de la juridiction, celle-ci cachait tout de même quelques ressources intéressantes.

La Cour a par exemple jugé, de manière assez originale, dans l'affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*⁴⁵, que, même en l'absence de contrôle effectif de la Russie en Transnistrie, elle exerçait sur la situation juridique des requérants une influence déterminante et par conséquent devait « avec tous les moyens légaux et diplomatiques dont [elle] dispose envers les États tiers et les organisations internationales, d'essayer de continuer à garantir la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention » (§ 333). Avant de poursuivre : « Même s'il n'appartient pas à la Cour d'indiquer quelles sont les mesures les plus efficaces que doivent prendre les autorités pour se conformer à leurs obligations, il lui faut néanmoins s'assurer que les mesures effectivement prises étaient adéquates et suffisantes dans le cas d'espèce. Face à une omission partielle ou totale, la Cour a pour tâche de déterminer dans quelle mesure un effort minimal était quand même possible et s'il devait être entrepris. Pareille tâche est d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit d'une violation alléguée de droits absolus tels que ceux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention » (§ 334).

Bien qu'il s'agisse de situations factuelles bien distinctes, ce raisonnement montre que même en l'absence d'un contrôle effectif parfait, les États parties doivent faire tout ce qui est en leurs moyens pour éviter les violations de la Convention lorsqu'ils exercent une influence décisive sur une situation se déroulant à l'étranger⁴⁶. La Cour peut

donc aussi parfois faire preuve de souplesse et de pragmatisme dans son approche de la question de juridiction, sans pour autant consacrer un revirement jurisprudentiel.

De plus, dans l'affaire commentée, la Cour conclut qu'il n'existe aucune obligation en droit interne, international ou diplomatique d'agir en faveur de ses nationaux à l'étranger (§ 201) et qu'une simple faculté d'agir de la France ne pourrait se muer en obligation par le truchement du droit conventionnel, car un rapatriement nécessiterait d'incertaines négociations sur ses conditions et sa mise en œuvre en Syrie (§ 202).

Si on comprend que la Cour ne peut, pour ces arguments, imposer à la France l'obligation – de résultat – de rapatrier les proches des requérants, elle omet de se prononcer sur la question sous l'angle de l'obligation – de moyen – de coopération et, ce faisant, ignore le jalon posé dans l'affaire *Güzelyurtlu et autres*⁴⁷ précédemment évoquée. La Cour y rappelait qu'il existait des cas dans lesquels les États étaient obligés de coopérer pour éviter que les autorités d'un autre État puissent agir en toute impunité⁴⁸. À nouveau, les contextes factuels de ces affaires diffèrent⁴⁹ et une obligation de coopérer en matière pénale n'emportent sans doute pas des enjeux identiques que sur le plan diplomatique. Il n'en demeure pas moins que le postulat selon lequel les États ne peuvent s'acheter une impunité en jouant de l'absence de coopération⁵⁰ constituait un repère intéressant pour analyser la situation des requérants. La Cour rejette néanmoins l'analogie avec cet arrêt en bloc aux motifs que les enquêtes pénales engagées par les autorités françaises à l'encontre de leurs proches ne portent pas sur les violations alléguées devant

⁴⁴ Cette affaire a par ailleurs été invoquée par les requérants pour démontrer la reconnaissance d'une forme de compétence *personnelle* conforme au droit international public de la France sur la situation de leurs proches (§ 166).

⁴⁵ Sur la position de plusieurs Comités onusiens à cet égard, voy. O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, pp. 198-205.

⁴⁶ L'affaire impliquait deux États parties à la Convention et s'inscrivait dans le contexte d'une enquête pénale sur la mort de ressortissants turcs sur une partie de l'île chypriote contrôlée par les autorités chypriotes.

⁴⁷ Pareille obligation va dans le sens de la protection effective du droit à la vie garantie par l'article 2. De fait, conclure autrement irait à l'encontre de l'obligation qu'impose l'article 2 à l'État de protéger le droit à la vie, combinée avec le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1^{er} de «reconn[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction, les droits et libertés définis [dans] la [...] Convention», avec pour résultat de faire obstacle aux enquêtes sur les homicides illicites, dont les auteurs resteraient alors nécessairement impunis. Pareil résultat pourrait compromettre le but même de la protection assurée par l'article 2 et rendre illusoire les garanties attachées au droit à la vie. Or l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (*Al-Skeini e.a.*, précité, § 162, et *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, § 127, CEDH 2014) » (Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 29 janvier 2019, *Güzelyurtlu e.a. c. Chypre et Turquie*, § 234).

⁴⁴ Il convient néanmoins de souligner qu'en 2011, l'opinion concordante du juge Bonello laissait apercevoir une vision fonctionnelle de la juridiction (Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 7 juillet 2011, *Al-Skeini e.a. c. Royaume-Uni*, précité, opinion concordante du juge Bonello, §§ 9-13 [cf. *infra*, point C.2]).

⁴⁵ Cet arrêt avait été invoqué par les requérantes de l'affaire *L.H. e.a. c. France* devant le Comité des droits de l'enfant dans laquelle celui-ci conclut à l'existence d'un lien de juridiction entre les enfants détenus dans les camps du nord-est syrien et les autorités françaises (cf. *infra*) (Com. dr. enfants, 4 décembre 2020, décision relative aux communications n°s 79/2019 et 109/2019, *L.H. e.a. c. France*, §§ 2.13 et 2.15).

⁴⁶ O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 198.

la Cour et n'ont donc pas d'impact sur le point de savoir si les faits dénoncés par les requérants sur le terrain des articles 3 de la Convention et 3, § 2, du Protocole n° 4 relèvent de la juridiction de la France (§ 194).

Dans l'arrêt commenté, la Cour témoigne sa volonté de se limiter à une analyse purement casuistique lorsqu'une question de juridiction est en jeu et de son habituelle réticence à amener sa théorie générale de la juridiction à un plus haut degré d'abstraction⁵¹. Elle s'inscrit dans ce que R. Sunstein qualifie de « minimalisme décisionnel »⁵², soit de la tendance, pour un juge, « [...] à s'auto-imposer une discipline d'économie de motivation et de procédure se traduisant, au détriment de sa fonction pédagogique, par un refus de dire le droit au-delà de ce qui est nécessaire pour la résolution du litige qui lui est soumis ». La Cour s'est employée à « limiter autant que possible les effets de [sa] décisio[n] au cas d'espèce soumis »⁵³.

Cette filiosité ne peut sans doute être dissociée des enjeux politiques que ces questions entraînent et de la volonté pour la Cour de ne pas s'engager sur un terrain politique sensible. Il n'empêche qu'elle opère au détriment d'une évolution souhaitable sur le plan de l'effectivité des droits humains, de la prévisibilité et de la cohérence de ses arrêts.

2. La nationalité comme clé de voûte de l'accès à une procédure de rapatriement ? Incidences pratiques

Outre que l'analyse casuistique et procédurale privilégiée par la Cour rend ses enseignements difficiles à transposer à d'autres situations, le fait que la France soit condamnée sur la base de

l'article 3 du Protocole n° 4 érige la nationalité en clé de voûte à l'accès à une procédure de rapatriement dénuée d'arbitraire. Ainsi, l'arrêt n'est applicable qu'aux seules situations dans lesquelles la nationalité des candidats au rapatriement ne serait pas contestée ou ne poserait aucune difficulté. Tel s'avère être malheureusement moins souvent le cas qu'il n'y paraît.

Tout d'abord, la détermination de la nationalité des enfants nés dans un camp se révèle parfois être une entreprise délicate. D'aucuns ont d'ailleurs dénoncé les pratiques des États consistant à instrumentaliser les difficultés engendrées par l'absence de documents enregistrant la naissance, les nationalités différentes des parents, ou par les configurations familiales complexes, pour se libérer de leurs obligations en matière de rapatriement⁵⁴. De plus, les droits nationaux n'attribuent pas toujours la nationalité aux enfants nés à l'étranger de manière inconditionnelle⁵⁵.

La Belgique fait ainsi partie des États européens qui recourent aux tests ADN pour déterminer la nationalité des enfants enfermés dans les camps⁵⁶. Cela étant, lorsque les enfants sont nés d'un père belge et d'une mère étrangère, un résultat positif au test ADN ne sera pas nécessairement suffisant. L'application de la présomption de paternité découlant du mariage est en effet subordonnée à la reconnaissance du mariage par l'administration belge⁵⁷, ce qui n'est pas toujours le cas des mariages religieux célébrés sous le califat⁵⁸. Dans cette hypothèse, il faudra alors que le

⁵⁴ S. BAGHERI et A. BISSET, « International Legal Issues Arising from Repatriation of the Children of Islamic State », *op. cit.*, pp. 363-364, 380 ; UN Secretary-general, *Key Principles for the Protection, Repatriation, Prosecution, Rehabilitation and Reintegration of Women and Children with Links to United Nations Listed Terrorist Groups*, Avril 2019, § 4.

⁵⁵ Par exemple, l'article 8, § 1^{er}, du Code de la nationalité belge prévoit que la nationalité belge n'est attribuée à un enfant né à l'étranger de parent(s) belge(s) que si soit l'un des parents est lui-même né en Belgique, soit l'enfant ne possède aucune autre nationalité ou soit une déclaration de nationalité est faite en Belgique par les parents dans les cinq ans de leur naissance, délai sanctionné à peine de forclusion. En outre, on peut lire dans le rapport de réunion entre la Belgique et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes du mois d'octobre 2022 que, « malgré la réforme du Code de la nationalité belge en 1985 visant à permettre aux femmes belges de transmettre leur nationalité à leurs enfants, il semblerait que certaines personnes dont la mère est de nationalité belge, mais le père de nationalité étrangère aient du mal à obtenir la nationalité » (libre traduction de l'anglais). Voy. U.N. Doc., CEDAW/C/SR.1917, 2022, point 50.

⁵⁶ Voy. en ce sens le rapport de la réunion du 14 octobre 2022 entre la Belgique et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, en application de l'article 18 de la CEDAW (U.N. Doc., CEDAW/C/SR.1918, 2022, points 2 et 3).

⁵⁷ Art. 27 à 30 du Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004.

⁵⁸ F. CAPONE, « The Children (and Wives) of Foreign ISIS Fighters: Which Obligations upon the States of Nationality? », *Q.I.L.-Q.D.I.*, 2019, p. 89 ; T. RENARD et R. COOLSAET, « Children in the Levant: Insights from Belgium on the Dilemmas of Repatriation and the Challenges of Reintegration », *EGMONT Royal Institute for International Relations*, 2018, n° 98, pp. 5-6,

⁵¹ Voy. en ce sens « *Their findings, however, do not follow a straight-forward, fundamental tenet, and have generated confusion as for what constitutes "control" that can be deemed "effective" and thus tantamount to an exercise of jurisdiction in the individual circumstances. Rather than "apprais[ing] the facts against [a set of] immutable principles," the Court has been criticized for "fashioning doctrines which somehow seem to accommodate the facts," but reach conclusions in a piecemeal way* » (V. MORENO-LAX, « The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the "Operational Model" », *German Law Journal*, 2020, vol. 21, n° 3, p. 386). Voy. également *infra*, sur la question du « minimalisme judiciaire » (C.1). Comp. Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 7 juillet 2011, *Al Skeini e.a. c. Royaume-Uni*, précité, opinion concordante du juge Bonello, §§ 9-13.

⁵² Concept emprunté à S. Sunstein qu'il oppose au « maximalisme judiciaire », consistant à « trancher les affaires d'une manière qui établit des règles générales pour l'avenir et à donner des justifications théoriques profondes à son résultat » (libre traduction de l'anglais) : C. R. SUNSTEIN, « Foreword: Leaving Things Undecided », (101) *Harv. L. Rev.*, 1996, pp. 14-15.

⁵³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 573-610, citant J.-G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 1993, pp. 36-38.

père reconnaisse officiellement l'enfant, ce qui peut s'avérer d'autant plus complexe lorsqu'il est lui-même décédé. Il n'est dès lors pas surprenant que la Belgique ait pu se libérer de son engagement à rapatrier les enfants nés dans les camps de Roj et Al-Hol en invoquant que leur nationalité n'était pas suffisamment établie⁵⁹.

Encore faut-il enfin préciser que lors de l'élaboration du Protocole n° 4, la possibilité pour un État de priver un ressortissant de sa nationalité afin de l'expulser ou de l'empêcher de rentrer dans son pays n'a pas été exclue⁶⁰. Il demeure donc en théorie possible pour un État de priver un citoyen de sa nationalité pour des infractions liées et, avec elle, de son droit à ne pas être expulsé de son propre pays ou d'y retourner⁶¹.

En définitive, sans ignorer le souci légitime de la Cour à ménager la sensibilité des États pour préserver l'autorité du système européen de protection des droits fondamentaux, il faut reconnaître qu'une condamnation sur la base du Protocole n° 4 édulcore sensiblement l'impact que l'arrêt a sur le droit international des droits fondamentaux et qu'une condamnation sur la base de l'article 3 de la Convention aurait sans doute été plus franche.

3. Une approche dépassée et de plus en plus isolée ?

L'intensification des déplacements et la mondialisation posent, de toute évidence, de nouveaux défis en matière de droits fondamentaux. Celle-ci s'inscrit dans le mouvement de la « transnationalisation des droits », défini comme un « processus d'interaction, de coopération et de transaction transfrontalières croissantes entre les acteurs

étatiques, les acteurs économiques et la société civile »⁶².

L'architecture du droit international des droits fondamentaux se conçoit traditionnellement sous le prisme d'une relation bilatérale entre un détenteur individuel de droits et l'État débiteur. La question de la juridiction s'articule pour sa part autour des deux modèles spatial et personnel préalablement énoncés. Le fait que le droit international des droits fondamentaux soit ainsi essentiellement centré autour de la figure de l'État le rend incapable d'intégrer la transnationalisation des droits et contribue à créer des vides juridiques dans lesquels les titulaires de droits fondamentaux se retrouvent dépourvus de débiteurs tenus de les protéger⁶³.

L'affaire commentée en est une manifestation. À défaut de reconnaître un lien juridictionnel entre les proches des requérants et la France sous l'angle de l'article 3 de la Convention, la Cour témoigne son attachement à la conception traditionnelle de la juridiction mais, rappelons-le, menace d'enfouir dans un véritable vide juridique les enfants dont la nationalité serait complexe à déterminer.

L'analyse que la Cour fait de la question de la juridiction apparaît aussi de plus en plus isolée du reste de la sphère internationale⁶⁴.

La lecture des enseignements que le Comité des droits de l'homme ou le Comité des droits

disponible sur https://www.egmontinstitute.be/app/uploads/2018/07/SPB98-Renard-Coolsaet_v2.pdf?type=pdf.

⁵⁹ E. WAUTERS, « De terugkeer van kinderen en ouder(s) uit Syrië: Nadruk op scheiding en bewijs van afstamming te midden van toenemende consternatie in de detentiekampen (Hof van beroep Brussel, 21 oktober 2020, nr. 2020/KR/2, 2020/KR/16) », *TJK*, 2021/2, pp. 136-142 ; L. DE BRUCKER, « Het recht op consulaire bijstand vanuit nationaal -, Europees - en internationaalrechtelijk perspectief. Naar een subjectief recht op repatriëring voor kinderen van Syriëstrijders? (Hof van beroep Brussel, 5 maart 2020, n° 2020/KR/3) », *TJK*, 2020, liv. 3, pp. 194-210.

⁶⁰ Cf. § 249 de l'affaire commentée.

⁶¹ À cet égard, la Cour temporelle dans l'arrêt commenté « qu'elle n'a [néanmoins] pas exclu qu'une privation de nationalité puisse poser un problème au regard de cette disposition (*Naumov c. Albanie* (déc.), n° 10513/03, 4 janvier 2005). Elle a par ailleurs précisé l'étendue de son contrôle d'une telle mesure sous l'angle de l'article 8 de la Convention en s'assurant qu'elle ne soit pas arbitraire (*K2 c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42387/13, 7 février 2017, *Ghoumid et autres*, précité, *Usmanov c. Russie*, n° 43936/18, § 54, 22 décembre 2020 et *Hashemi et autres c. Azerbaïdjan*, n° 1480/16 et 6 autres, § 47, 13 janvier 2022 ; voir, également, sur la possibilité qu'une privation de nationalité puisse constituer une privation arbitraire du droit d'entrer dans son pays garanti par l'article 12, § 4, du PIDCP, § 21 de l'Observation générale n° 27 [...] » (§ 249).

⁶² T. ALTWICKER, « Transnationalizing Rights: International Human Rights Law in Cross-Border Contexts », *EJIL*, 2018, vol. 29, n° 2, p. 582, citant L. BRUSZT et R. HOLZHACKER, « Three Converging Literatures of Transnationalization and the Varieties of Transnationalization », in L. BRUSZT et R. HOLZHACKER (dir.), *The Transnationalization of Economics, States, and Civil Societies*, 2009, pp. 10-12. Voy. également E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme : en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *op. cit.*, p. 889 (libre traduction de l'anglais) ; V. MORENO-LAX, « The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the “Operational Model” », *op. cit.*, p. 386 ; V. KESSING, « Transnational Operations Carried out from a State's Own Territory: Armed Drones and the Extraterritorial Effect of International Human Rights Conventions », in Th. GAMMELTOFT-HANSEN et J. VEDSTED-HANSEN (dir.), *Human Rights and the Dark Side of Globalisation: Transnational Law Enforcement and Migration Control*, Routledge, Abingdon, 2016, pp. 81-98.

⁶³ T. ALTWICKER, « Transnationalizing Rights: International Human Rights Law in Cross-Border Contexts », *op. cit.*, p. 583.

⁶⁴ P. DUCOULOMBIER, « Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *M.N. e.a. c. Belgique*, 5 mai 2020) », *op. cit.*, pp. 88-96 ; M. DEN HEIJER et R. LAWSON, « Extraterritorial Human Rights and the Concept of “Jurisdiction” », in M. LANGFORD, W. VANDENHOLE, M. SCHEININ et W. VAN GENUGTEN (dir.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 153-191 ; L. COOLS, « The Existence under the CRC of a Positive Obligation for France to Repatriate the Remaining French Children being Held in the Northeast Syrian Detention Camps », *Cahiers de l'EDEM*, May 2022, disponible sur <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie/actualites/coolsmi2022.html>.

de l'enfant apportent sur la question de la juridiction suggérait en effet une autre voie d'interprétation de l'article 1^{er} de la Convention⁶⁵. Historiquement, le Comité des droits de l'homme conçoit la question de la juridiction de manière similaire à la Cour strasbourgeoise, puisqu'elle s'articule également autour d'un modèle spatial et personnel. Mais contrairement à la Cour européenne, le Comité s'en écarte fréquemment à la faveur d'une conception évolutive et progressiste qui permet de dépasser certains écueils générés par la transnationalisation des droits fondamentaux.

Ledit Comité accepte en effet une conception causale de la juridiction, sur la base de laquelle un État partie peut être tenu responsable de violations extraterritoriales du PIDCP « s'il est un maillon de la chaîne de causalité », à condition que le risque de violation soit une conséquence nécessaire et prévisible dont l'État partie avait ou aurait dû avoir connaissance⁶⁶. La Cour strasbourgeoise a quant à elle exclu l'application de cette conception dans sa décision *Banković e.a. c. Belgique*⁶⁷.

Le Comité consacre également une conception fonctionnelle de la juridiction, selon laquelle « toutes les personnes dont la jouissance du droit [...] dépend du contrôle effectif d'un État sont réputées tomber sous la juridiction de cet État qui a donc la capacité, et par conséquent l'obligation, de respecter et de protéger leur droit [...] ». Cela « couvre les personnes dont la vie est affectée par les activités de l'État de manière directe et prévisible, même si ces personnes se trouvent à l'étranger en dehors de tout contrôle physique

⁶⁵ Le droit international consacre la présomption que les traités internationaux s'appliquent pour les États parties sur leur territoire (art. 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), la Convention relative aux droits de l'enfant (CIDE) et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (UNCAT) contiennent des clauses juridictionnelles (art. 2.1 PIDCP, art. 2.1. CIDE et art. 2.1 UNCAT). Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CNUDPH) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) ne connaissent pas de telles restrictions, bien qu'elles consacrent parfois des références implicites à la question de la juridiction (art. 4.5 CNUDPH). Pour aller plus loin, voy. O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, 147-148.

⁶⁶ Cour eur. 4-h., 12 décembre 2001, décision *Banković e. a. c. Belgique* [GC], § 75 ; Com. dr. h., 4 novembre 2020, constatations relatives à la communication n° 3042/2017, *A. S. e.a. c. Italie*, § 7.5. (libre traduction de l'anglais) ; Com. dr. h., 21 août 2009, constatations relatives à la communication n° 1539/2006, *Munaj c. Roumanie*, § 14. 2.

⁶⁷ Voy. la note n° 10 de P. DUCOULOMBIER, « Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *M.N. e.a. c. Belgique*, 5 mai 2020) », *op. cit.*, comp. V. MORENO-LAX, « The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the “Operational Model” », *op. cit.*, pp. 398-401.

exercé sur leur personne ou sur ce territoire étranger »⁶⁸. En d'autres termes, cette conception autorise à faire rentrer dans la juridiction d'un État les *situations* qu'il contrôle ou sur lesquelles il a la faculté d'exercer une influence déterminante dans la cessation de la violation de droits fondamentaux. Pour déterminer si un État dispose d'un tel contrôle, les Comités prennent divers facteurs contextuels en considération.

C'est par exemple sur la base d'une conception fonctionnelle de la juridiction que ledit Comité a censuré pour la première fois, dans deux décisions, les politiques d'omission et de contournement de responsabilité pratiquée en mer Méditerranée, lors desquelles les États ignorent les appels de détresse ou se renvoient la responsabilité de procéder au sauvetage des personnes migrantes⁶⁹. Ainsi, dans une décision prise à l'encontre de l'Italie, le Comité constatait que l'État entretenait une « relation spéciale de dépendance » avec la situation des naufragés en mer et que le fait qu'il avait la capacité opérationnelle d'améliorer directement et de manière prévisible leur situation avait entraîné la naissance d'un titre de juridiction à son égard⁷⁰.

Le Comité des droits de l'enfant s'est aussi appuyé sur une approche fonctionnelle de la juridiction dans les deux décisions livrées sur la question des rapatriements⁷¹. Dans ces affaires, il estimait, à l'instar de la Cour strasbourgeoise,

⁶⁸ E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme : en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *op. cit.*, p. 888 ; Com. dr. h., Observation générale n° 36 sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, concernant le droit à la vie, p. 26.

⁶⁹ Com. dr. h., 4 novembre 2020, décision *A. S. e.a. c. Italie* ; Com. dr. h., 13 mars 2020, décision *A. S. e.a. c. Malte*. Pour un commentaire complet de ces décisions : E. DELVAL, « Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme : en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? », *op. cit.*, pp. 875-904.

⁷⁰ Cette affaire illustre l'articulation entre le droit international de la mer et l'interprétation traditionnelle de la compétence extraterritoriale fondée sur la théorie du contrôle effectif permettait aux États de se libérer de leurs devoirs de protection des droits fondamentaux des naufragés en détresse en mer et partant les enfouit dans ce que certains ont qualifié de « trou noir juridique », traduction de *maritime legal black hole*. Sur cette question, voy. not. I. MANN, « The Right to Perform Rescue at Sea: Jurisprudence and Drowning », *German Law Journal*, 2020, vol. 21, Cambridge University Press, pp. 598-619 ; I. MANN, « Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law », *EJIL*, 2018, vol. 29, n° 2, pp. 347-372.

⁷¹ Pour une analyse complète de ces décisions, voy. H. DUFFY, « Communications No. 79/2019 and 109/2019 L.H. et al v. France and 77/2019 F.B. et al v. France: French Children in Syrian Camps: the Committee on the Child and the Jurisdictional Quagmire », *Leiden Children's Rights Observatory*, disponible sur www.childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote2021-3 ; S. BAGHERI et A. BISSET, « International Legal Issues Arising from Repatriation of the Children of Islamic State », *op. cit.*, pp. 372-373 ; M. MILANOVIĆ, « Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights », *EJIL: Talk!*, November 2020, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/> ; L. COOLS, « The Existence under the CRC of a Positive Obligation for France to Repatriate the Remaining French Children being Held in the Northeast Syrian Detention Camps », *op. cit.*

que l'appartenance de la France à une coalition internationale et ses relations avec les FDS ne suffisaient pas à établir l'existence d'une forme de contrôle territorial ou personnel sur les personnes détenues dans les camps⁷². S'appuyant sur sa propre jurisprudence⁷³, il conclut cependant que la France devait tout de même assumer la responsabilité extraterritoriale de la protection des enfants qui sont leurs ressortissants hors de leur territoire, par le biais d'une protection consulaire adaptée et fondée sur les droits fondamentaux⁷⁴. Pour arriver à cette conclusion, le Comité prit différents éléments en considération⁷⁵. Il releva, d'une part, l'extrême vulnérabilité des enfants détenus dans les camps et le risque imminent de préjudice irréparable qu'une absence de rapatriement entraîne sur leur vie, leur intégrité physique, mentale et sur leur développement et, d'autre part, le fait que la France ait déjà organisé d'autres rapatriements⁷⁶, alors que les FDS n'ont « ni les moyens ni la volonté de prendre en charge les enfants et les femmes détenues dans les camps et [...] attendait des pays de nationalité des personnes concernées qu'ils les rapatrient »⁷⁷. Le Comité en conclut qu'au vu de ce contexte particulier, la France, en tant qu'État de nationalité des enfants détenus dans les camps, a « la capacité et le pouvoir de protéger les droits des enfants »⁷⁸.

À peine deux mois après la publication de l'arrêt commenté, la France a été cette fois-ci condamnée par le Comité contre la torture dans une affaire similaire. Le Comité y applique une analyse de la juridiction comparable à celle du Comité des droits de l'enfant⁷⁹.

⁷² Com. dr. enfants, 4 décembre 2020, décision relative aux communications n° 79/2019 et 109/2019, *L. H. e.a. c. France*, § 9.5.

⁷³ § 9.6. de la décision relative aux communications n° 79/2019 et 109/2019 qui renvoie à Com. dr. enfants, 24 octobre 2018, constatations relatives à la communication n° 12/2017, *C. E. c. Belgique*. Il cite aussi son Observation générale n° 23, §§ 17, e), et 19, ainsi que l'Observation générale conjointe n° 4 du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

⁷⁴ Com. dr. enfants, 4 décembre 2020, décision relative aux communications n° 79/2019 et 109/2019, *L. H. e.a. c. France*, précité, § 9.6.

⁷⁵ *Ibid.*, § 9.7.

⁷⁶ M. Milanovic voit des conséquences perverses à se baser sur un tel critère, en ce qu'il risque de dissuader les autres États à rapatrier leurs nationaux, de peur de faire naître une obligation de rapatriement dans le futur (MILANOVIC, « Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights », *op. cit.*).

⁷⁷ Com. dr. enfants, 4 décembre 2020, décision relative aux communications n° 79/2019 et 109/2019, *L. H. e.a. c. France*, précité, § 9.7.

⁷⁸ *Ibid.*, § 9.7. ; voy. dans le même sens Com. contre la torture, 16 novembre 2022, décision relative à la communication n° 922/2019, *L. V. e.a. c. France*, § 6.7.

⁷⁹ Com. contre la torture, 16 novembre 2022, décision relative à la communication n° 922/2019, *L. V. e.a. c. France*, précité, § 6.7. Cette position contraste néanmoins avec celle que le même organe avait adoptée quelques mois plus tôt : Com. contre la torture, 22 avril 2022, décision relative à la communication n° 933/2019, *A.H. et S.H. c. France*, §§ 7.5 et 7.6.

Les considérants de l'arrêt commenté sur l'application extraterritoriale de l'article 3 de la Convention passent complètement sous silence les décisions des Comités sur lesquelles s'appuyaient pourtant spécifiquement les requérants ici (§§ 106-107). La Cour ne justifie donc forcément pas les raisons pour lesquelles elle estime opportun de s'écarter de la conception privilégiée par le Comité des droits de l'enfant⁸⁰. Il semblerait que ce soit l'absence d'appui jurisprudentiel à Strasbourg en faveur d'une conception fonctionnelle de la juridiction (§ 203) qui se soit fait l'alibi de son silence⁸¹.

Ce refus de dialogue⁸² n'est pas une contingence. Au contraire, il est caractéristique de la prudence dont la Cour fait preuve dans les questions relatives à la juridiction⁸³. La Cour semble en effet s'être rarement fondée, dans les considérants décisifs de ses arrêts⁸⁴, sur les décisions et les constatations des Comités onusiens pour élaborer sa propre jurisprudence relative à la juridiction⁸⁵.

⁸⁰ Voy. en ce sens S. MUSTASAARI, « The Issue of Extraterritorial Jurisdiction in the Repatriation of Children Detained in Syrian Camps: Shortcomings in the ECtHR Judgment in *H.F. and Others v. France* », *op. cit.*

⁸¹ Elle fait néanmoins mention de ces affaires dans la section « éléments pertinents de droit international » au § 106 et puis les mentionne au § 269, comme l'une des circonstances exceptionnelles devant conduire à constater que la France exerce sa juridiction quant à la situation des requérants sous l'angle du grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4.

⁸² Sur la manière dont le Comité des droits de l'homme des Nations unies s'inspire de la jurisprudence strasbourgeoise dans le traitement des plaintes individuelles, voy. not. A. BUYSE, « Straatsburgse Echo's in Genève ? De Invoeld van de EHRM- Jurisprudentie op het VN- Mensenrechtcomité », *NTM/ NJCM- Bull.*, 2010, vol. 35, n° 7, pp. 741-753.

⁸³ Il est intéressant de constater que la Cour ne se prive pas de mentionner le droit onusien dans son analyse sur le droit au retour. Elle souligne en effet que l'article 12, § 4, du Pacte international relatif au droit civils et politiques n'interdit que la privation « arbitraire » du droit au retour et se montre ainsi moins protecteur que l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 (§ 248). Elle évoque également l'interprétation que le Comité des droits de l'homme fait de cette disposition (*ibid.* ; § 249 *in fine*).

⁸⁴ On retrouve cependant plusieurs occurrences de dialogue dans les décisions (d'irrecevabilité) de la Cour. Par exemple, dans la décision *Banković c. Belgique*, la Cour énonce que : « 78. [...] relève que l'article 2 de la Déclaration américaine des Droits et des Devoirs de l'Homme adoptée en 1948 et mentionné dans le rapport Coard précité de la Commission interaméricaine des droits de l'homme [...] ne comporte aucune limitation explicite de juridiction. Par ailleurs, pour ce qui est de l'article 2, § 1 du Pacte de 1966 [...], dès 1950 les auteurs de l'instrument avaient définitivement et expressément limité sa portée territoriale, et l'on peut difficilement soutenir qu'une reconnaissance exceptionnelle par le Comité des droits de l'homme des Nations unies de certains cas de juridiction extraterritoriale (dont les requérants ne fournissent au demeurant qu'un seul exemple) soit de nature à battre en brèche la portée explicitement territoriale conférée à la notion de juridiction par ledit article du Pacte de 1966 ou à expliquer le sens précis devant être attribué à la notion de "jurisdiction" figurant à l'article 1^{er} du Protocole facultatif de 1966 [...]. Si le texte de l'article 1^{er} de la Convention américaine des droits de l'homme de 1978 (§ 24 ci-dessus) comporte une condition de juridiction analogue à celle figurant à l'article 1^{er} de la Convention européenne, les requérants n'ont produit devant la Cour aucune jurisprudence pertinente concernant son interprétation ».

⁸⁵ Dans l'arrêt *Issa c. Turquie*, la Cour s'est référée aux constatations de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et sur les vues adoptées par le Comité des droits de l'homme pour souligner que, lorsqu'un agent exerce sous l'autorité et le contrôle de son État à l'étranger « la responsabilité [de l'État] dans de telles situations découle du fait que l'article 1^{er} de la

Ce refus de dialogue n'est pas non plus systématique mais, au contraire, sélectif. D'un côté, la Cour reste muette quant aux décisions de recevabilité du Comité des droits de l'enfant malgré leur proximité flagrante avec l'affaire dont elle était saisie. L'arrêt ne répond pas non plus aux arguments de la Rapporteuse spéciale sur la traite des êtres humains dans sa tierce intervention, tirés des obligations incombant aux États parties sur la base des engagements pris en faveur de la lutte contre la traite des êtres humains⁸⁶. De l'autre, lorsqu'il s'agit de justifier son analyse restrictive du droit au retour, la Cour ne se prive pas de mentionner que l'article 12, § 4, du PIDCP ne protège les nationaux que des refus de retour « arbitraire » et que le droit onusien se montre moins protecteur que le droit conventionnel (§ 248). Elle évoque également l'interprétation que le Comité des droits de l'homme fait de cette disposition (*ibid.* ; § 249 *in fine*).

Ce faisant, la Cour se livre à une pratique que d'aucuns dénoncent de « cherry-picking »⁸⁷ qui consiste, dans le cadre d'un dialogue entre juges, à sélectionner parmi les sources étrangères les seuls arguments qui « renforcent ponctuellement [les] convictions intimes afin de mener leur propre politique judiciaire, sans prendre en compte l'ensemble du système dont sont issus les éléments ou les arguments qu'ils empruntent »⁸⁸.

Convention ne peut être interprété de manière à permettre à un État partie de perpétrer sur le territoire d'un autre État des violations de la Convention qu'il ne pourrait pas perpétrer sur son propre territoire », avant de conclure que l'absence de lien juridictionnel revient à faire échapper la France au contrôle de la Cour au seul motif que ses actions se sont déroulées en dehors de son territoire, ce que la théorie du contrôle effectif entend précisément contourner (Cour eur. D.H., arrêt du 16 novembre 2004, *Issa e.a. c. Turquie*, § 71 citant Com. I. D. H., 29 septembre 1999, décision *Coard e.a. c. États-Unis*, rapport n° 109/99, affaire n° 10. 951, §§ 37, 39, 41 et 43 ; Com. dr. h., 29 juillet 1981, constatations relatives à la communication n° 52/1979, *Lopez Burgos c. Uruguay*, § 12.3. et Com. dr. h., 17 juillet 1979, constatations relatives à la communication n° 56/1979, *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, § 10.3 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 21 janvier 2021, *Géorgie c. Russie (II)*, § 123 [citant le § 71 de l'arrêt *Issa e.a. précité*]). Dans l'arrêt *Issa*, la Cour cite également dans ses considérants finaux (§ 333) les Observations finales du Comité des droits de l'homme sur le rapport de la Fédération de Russie, 24 novembre 2009, CCPR/C/RUS/Q/6, § 13.

⁸⁶ L'article 16 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains exige des États qu'ils facilitent le retour des victimes de la traite sans retard excessif ou déraisonnable, un contexte pertinent dans ces camps (voy. not. §§ 181 et 233 de l'affaire commentée).

⁸⁷ La critique du *cherry-picking*, qui signifie littéralement la « cueillette de cerises », est parmi les plus fréquemment adressées à la Cour européenne lorsqu'elle s'appuie sur du droit étranger (voy. not. L. VAN DEN EYNDE, « Encouraging Judicial Dialogue. The Contribution of Human Rights NGOs' Briefs to the European Court of Human Rights », in A. MÜLLER (dir.), *Judicial Dialogue and Human Rights. Studies on International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 360 ; K. DZEHTSIAROU et V. LUKASHEVICH, « Informed Decision-Making: the Comparative Endeavours of the Strasbourg Court », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, vol. 30, n° 3, pp. 289-290).

⁸⁸ J. ALLARD et A. VAN WAENENBERGE, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *R.I.E.J.*, 2008, n° 61, pp. 119-120. Voy., aux origines de cette critique, l'opinion dissidente du juge A. Scalia à la Cour suprême : « *To invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not*

II. LE DROIT AU RETOUR : NOUVELLES PERSPECTIVES POUR LA PROTECTION CONTRE L'INTERDICTION ABSOLUE DE L'EXIL OU DÉSILLUSIONS ?

Après avoir esquissé les premières lignes interprétatives du lien juridictionnel entre un État et ses ressortissants à l'égard d'un grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 à la Convention et conclu à son existence entre la France et la situation des proches des requérants, il appartenait à la Cour d'en préciser la portée et, le cas échéant, de tirer les conséquences qui en découlent pour les États parties.

La Cour estime la violation par la France de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 établie en raison du caractère inapproprié de la procédure de contestation applicable aux refus des demandes de rapatriement. D'une part, les requérants n'ont jamais reçu de réponse individualisée à leur demande et, d'autre part, le recours devant les juridictions internes n'a pas rectifié cette défaillance puisque celles-ci se sont déclarées incompétentes sur la base de la théorie de l'acte de gouvernement.

Dans les lignes qui suivent, nous retracerons, dans un premier temps, l'exercice d'équilibriste auquel la Cour se livre pour établir que l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 consacre bien un droit d'entrer sur son territoire national en dehors des situations où la personne se présente aux frontières de son État, sans pour autant aller jusqu'à garantir un droit au rapatriement (A). Nous interrogerons les conclusions de la Cour sur l'étendue de la protection offerte par ce droit, dans la mesure où elle se limite à exiger, sur ce fondement, des « garanties suffisantes contre l'arbitraire ». Si une telle approche apparaît en soi conforme à sa jurisprudence, la Cour réduit drastiquement la protection contre l'interdiction quasi absolue de l'exil (B).

Nous nous pencherons ensuite sur les incidences pratiques que cette condamnation entraîne. Sonne-t-elle le glas du « mobile politique »⁸⁹ que constitue la théorie française des actes de gouvernement et, avec elle, la possibilité de s'y retrancher lorsqu'est en cause un droit garanti par la Convention (C) ? Si la Cour ne répond pas explicitement à cette question, elle s'engouffre en tout

reasoned decision making, but sophistry », Cour Suprême américaine, 1^{er} mars 2005, arrêt *Roper v. Simmons*, opinion dissidente du juge A. SCALIA, § 3.

⁸⁹ W. MASTOR et E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, PUF, 2021, pp. 139-145, cité par J. LEPOUTRE, « L'essentiel toujours en suspens. À propos de la décision de la CEDH relative au rapatriement des familles de jihadistes », *Jus Politicum*, 22 septembre 2022, disponible sur <https://blog.juspoliticum.com/2022/09/29/l'essentiel-toujours-en-suspens-a-propos-de-la-decision-de-la-cedh-relative-au-rapatriement-des-familles-de-jihadistes-par-jules-lepoutre/>.

cas certainement dans les dangers qu'on attache au mouvement de la procéduralisation des droits fondamentaux (D).

A. L'ARTICLE 3, § 2, DU PROTOCOLE N° 4 SAUVEGARDE UN DROIT AU RETOUR, MAIS PAS UN DROIT AU RAPATRIEMENT : UN EXERCICE D'ÉQUILIBRISTE

S'agissant de l'une des premières fois que la Cour européenne est saisie sur le pied de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, l'arrêt commenté fut l'occasion de définir l'étendue du droit d'entrer sur le territoire duquel on est le ressortissant, ainsi que les obligations pour les États qui en découlent afin de le garantir.

Les juges européens n'ont été amenés à appliquer l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 qu'à quelques rares occasions⁹⁰, sans jamais conclure à sa violation avant le prononcé de l'arrêt commenté. On retient ainsi l'affaire *C.B. c. Allemagne* qui est la seule où la juridiction strasbourgeoise s'est réellement prononcée sur le contenu de la protection du droit d'entrer sur le territoire. Le requérant, un ressortissant allemand, soutenait que le mandat d'arrêt délivré à son encontre constituait une interdiction de son droit d'entrer et de sortir de son pays, en violation de la disposition commentée. La Commission européenne des droits de l'homme, dans sa décision, constata que cette disposition ne porte pas sur les mesures qui affectent le souhait d'un requérant d'entrer dans un pays, mais plutôt sur les « privations effectives » du droit des individus d'entrer dans le pays dont ils sont les ressortissants, telles que la remise de documents. Cette privation peut être plus ou moins formelle, mais la Commission décida que

ce cas d'espèce n'en révélait aucune. Elle considéra donc que la requête était mal fondée.

Dans l'affaire commentée, contrairement à ce qu'alléguait l'État défendeur, la protection du droit d'entrer sur le territoire de l'État duquel on ressort ne s'applique pas seulement aux personnes qui se présentent à la frontière avec cet État. En effet, alors que la France soutenait que ce droit est simplement conçu pour interdire l'adoption de normes empêchant le retour de nationaux⁹¹, ce qu'elle estimait être inapplicable en l'espèce puisqu'elle précisait qu'elle ne refuserait pas aux proches des requérants l'accès à son territoire le jour où ils seraient dans les conditions matérielles idoines, la Cour rejette cette interprétation, préférant l'interprétation évolutive de ce droit à son origine historique qui procédait de la volonté d'interdire définitivement et absolument l'exil des nationaux⁹².

A contrario, on en déduit que le droit d'entrer sur son territoire déploie ses effets sur les situations des personnes qui connaissent des obstacles matériels indépendants de leur volonté à se présenter à la frontière avec cet État... à savoir les situations où les personnes demandent leur rapatriement ou la facilitation de celui-ci.

La Cour s'est pleinement saisie de la question des obligations qui découlent de ce droit d'entrer⁹³. Elle divise son raisonnement en trois temps.

Dans un premier temps, la Cour livre ses enseignements sur l'interprétation à donner de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. À ce titre, tout d'abord, elle concède que l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 consacre bien un droit général d'entrer sur le territoire du pays dont une personne a la nationalité et une interdiction absolue de bannissement des nationaux (§§ 246-248). Par ailleurs, elle ne limite pas le champ d'application de cette protection aux personnes qui ont été antérieurement expulsées de ce territoire. Ce faisant, elle reconnaît la protection de ce droit aux personnes qui ont quitté volontairement le territoire national ou qui n'y ont jamais résidé (§ 246).

Ensuite, la Cour précise que l'interdiction de priver une personne du droit d'entrer sur le territoire national doit se comprendre comme une interdiction pour l'État de prendre des mesures formelles empêchant son retour (obligation d'abstention).

⁹⁰ On dénombre huit affaires où l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 fut invoqué avant l'arrêt commenté. Dans cinq affaires, la requête fut considérée mal fondée : Comm. eur. dr. h., 17 octobre 1986, décision *S. c. République fédérale d'Allemagne* ; Comm. eur. dr. h., 11 janvier 1994, décision *C.B. c. Allemagne* ; Comm. eur. dr. h., 20 mai 1997, décision *Marangos c. Chypre* ; Cour eur. D.H., décision du 26 octobre 2000, *Roldan Teixeira e.a. c. Italie* ; Cour eur. D.H., décision du 29 août 2002, *Momčilović c. Croatie*. Dans deux autres affaires, la Cour conclut à l'irrecevabilité du recours. La disposition commentée était invoquée par les descendants de la famille impériale d'Autriche bannie de cet État et par l'ex-Roi Michel de Roumanie : Comm. eur. dr. h., 14 décembre 1989, décision *Habsburg-Lothringen c. Autriche* et Cour eur. D.H., décision du 4 septembre 1995, *Association « Regele Mihai » c. Roumanie*. L'affaire portée par Victor Emmanuel de Savoie, descendant masculin de la Maison de Savoie interdit d'entrée et de séjour en Italie en vertu de la Constitution italienne, fut radiée du rôle de la Cour à la suite d'une modification du texte constitutionnel lui permettant un retour sur son pays (Cour eur. D.H., décision du 24 avril 2003, *Victor-Emmanuel de Savoie c. Italie*). Ainsi, la plupart des affaires se soldèrent d'un constat d'irrecevabilité ou d'une radiation du rôle de la Cour. Voy. le Guide sur l'article 3 du Protocole n° 4 à la Convention – Interdiction de l'expulsion des nationaux, disponible sur <https://www.echr.coe.int/>. Voy. ég. L. ROBERT, « Enfants de « djihadistes » retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ? », *op. cit.*, 793.

⁹¹ Cette position est aussi soutenue par les juges Yudkivska, Wojtyczek et Roosma dans leur opinion en partie dissidente.

⁹² Cf. *supra*, point B. Cette lecture se dégage des §§ 210-212 et 218 de l'arrêt commenté.

⁹³ Cf. les §§ 243-252, intitulés « Interprétation de l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 ».

La Cour l'affirme d'ailleurs expressément en indiquant que le libellé même de la disposition commentée correspond uniquement à une obligation négative (§ 250). Nonobstant l'existence de cette obligation négative, la Cour reconnaît qu'à l'occasion de sa décision rendue dans l'affaire *C.B. c. Allemagne* précitée, elle a précisé que « la mesure de privation peut être plus ou moins formelle » et que pourraient être incompatibles avec la protection du droit en cause, dans certaines circonstances⁹⁴, des « mesures informelles ou indirectes qui privent *de facto* le national de la jouissance effective de son droit de rentrer ».

C'est à ce stade de son interprétation que la Cour reconnaît, alors, l'existence d'obligations positives dans le chef des États tenus d'adopter les mesures nécessaires qui permettent, *de facto*, au national de jouir de manière effective de son droit de rentrer⁹⁵. La Cour précise néanmoins que l'étendue des obligations positives de garantir le droit d'entrer dépendra de la situation de chaque cas d'espèce, avec pour limite de ne pas imposer de fardeau insupportable ou excessif sur l'État concerné, renvoyant finalement à la marge d'appréciation des États contractants sur le choix de ces mesures positives (§ 252).

La Cour poursuit son raisonnement et, dans un deuxième temps, tranche qu'il n'existe pas, sur la base de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, de « droit général au rapatriement » (§§ 253-259) afin d'éviter de reconnaître un droit individuel à la protection diplomatique injustifié au regard du droit international conventionnel et coutumier et en l'absence de consensus européen sur l'existence d'un droit au retour.

Soucieuse ainsi de ne pas créer un droit individuel à la protection diplomatique⁹⁶ allant à l'encontre du droit international et du pouvoir discrétionnaire qu'il confère aux États en la matière, la Cour propose, dans le troisième temps de son appréciation, d'examiner, sur la base des enseignements qu'elle a tiré précédemment de l'interprétation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, s'il existe d'autres obligations positives pour

garantir de manière concrète et effective ce droit en l'espèce.

On constate qu'il est néanmoins bien difficile de déterminer en quoi l'on peut parler d'« autres » obligations positives quand la Cour n'a pas clairement, et préalablement, énoncé quelles étaient celles qui ne tombent pas sous cette catégorie.

En rappelant au § 260 de l'arrêt commenté que « l'article 3 § 2 du Protocole n° 4 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 », la Cour poursuit son raisonnement, au paragraphe suivant, par un « Toutefois » qui sonne le glas des garanties matérielles qu'offriraient les obligations positives tirées du droit d'entrer sur le territoire qu'elle annonçait précédemment. « Toutefois » – dit-elle –, compte tenu, d'une part, « de la nature et de la portée du droit d'entrer » tel que garanti par la disposition citée et, d'autre part, de « l'absence d'un droit général au rapatriement », les obligations positives tirées de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 doivent s'interpréter restrictivement et ne naissent que dans le cadre de circonstances exceptionnelles. Pour ces motifs, dans pareilles circonstances, les obligations positives consistent à entourer le processus décisionnel – et le pouvoir discrétionnaire de l'État – de « garanties contre l'arbitraire ».

Ce raisonnement semble pour le moins inédit. Force est d'ailleurs de constater que ce § 261 de l'arrêt commenté ne fait référence à aucun précédent jurisprudentiel qu'aurait connu la Cour.

In casu, finalement, à l'occasion de l'examen au fond, la Cour retient six circonstances exceptionnelles⁹⁷ « de nature [...] à déclencher en l'espèce l'obligation d'entourer le processus décisionnel de garanties appropriées contre l'arbitraire », outre le risque d'atteinte à l'intégrité physique et à la vie des proches des requérants et, en particulier, de leurs enfants. Cela l'amène, au terme d'un rappel de sa jurisprudence classique en matière de

⁹⁴ Sans les définir...

⁹⁵ La Cour ne manque pas de rappeler qu'une interprétation dynamique et évolutive de la Convention suppose la jouissance effective et non pas théorique et illusoire des droits garantis par la Convention, ce qui implique l'adoption de mesures opérationnelles (§ 252).

⁹⁶ A ce propos, voy. C. VAN ASSCHE, « Protection et assistance consulaires en droit international public », *R.C.J.B.*, 2020/2, pp. 179 et s. : « La protection diplomatique et consulaire est donc un droit subjectif de l'État accréditant ou d'envoi, et non un droit subjectif de l'individu, voire un droit de l'homme » (p. 181). Voy. ég. l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire *Ali Aarrass* : Cass., 29 septembre 2017, R.G. C.15.02.269.F.

⁹⁷ Parmi lesquelles, notamment, l'attitude coopérative des autorités kurdes ayant appelé les États aux rapatriements de leurs ressortissants, l'absence de protection diplomatique ou consulaire classique dans la zone territoriale concernée, le consensus des organisations régionales et universelles sur la question, les conditions de vie matérielles totalement contraires au droit international humanitaire. C. GENONCEAU, « Condamnation en demi-teinte de la France par la Cour européenne des droits de l'homme au titre de la violation du droit d'entrer dans son pays commise à l'encontre de ses ressortissants présents en Syrie. À propos de l'arrêt CEDH [GC], *H.F. e.a. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°s 24384/19 et 44234/20 », *La Revue des droits de l'homme (online)*, *Actualités Droits-Libertés*, 2023, p. 6.

garanties contre l'arbitraire aux §§ 272 à 276 de l'arrêt commenté, à établir que l'existence d'une procédure contradictoire auprès d'un organe indépendant dont la fonction est de contrôler la légalité des décisions répond à pareille exigence. Selon elle, le contrôle de la légalité comporte la vérification que la décision est fondée sur une base factuelle suffisante et raisonnable, sur le respect du principe d'égalité, de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la vulnérabilité et des besoins spécifiques, à la lumière des considérations impérieuses d'intérêt public ou des difficultés juridiques, matérielles ou diplomatiques éventuellement invoquées.

En l'espèce, la Cour conclut à la violation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 en raison du caractère inapproprié au regard de ces exigences de la procédure interne dans la mesure où, d'une part, les requérants n'ont jamais reçu de réponse individualisée à leur demande et où, d'autre part, le recours devant les juridictions internes n'a pas rectifié cette défaillance puisqu'elles se sont déclarées incompétentes sur la base de la théorie de l'acte de gouvernement.

B. EXHUMATION D'UNE INTERDICTION LIMITÉE AUX SEULS EXILS ARBITRAIRES ?

Les conclusions de la Cour relatives aux garanties suffisantes contre l'arbitraire sont en soi conformes à sa jurisprudence⁹⁸. Ce qui pose néanmoins question, c'est la raison pour laquelle elle est parvenue à limiter son appréciation à ce point seulement. En effet, si dans l'exposé de son interprétation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, la Cour énonce que l'on peut mettre à charge des États certaines obligations positives à l'égard de ses ressortissants afin de rendre l'exercice de leur droit d'entrer concret et effectif ainsi que d'entreprendre des démarches pour éviter au national de se retrouver dans une situation comparable à celle d'un exilé (voy. les §§ 243 à 252, ce qu'elle

rappelle au § 260), elle décide finalement – sans l'expliquer expressément – de restreindre la couverture de ces obligations à la seule question de savoir si l'État a offert une protection effective contre l'arbitraire et d'ainsi éliminer la possibilité d'examiner d'autres obligations positives d'ordre matériel. Le « droit au retour » s'en trouve ainsi réduit à un droit de plainte devant les autorités nationales.

La Cour ne donne-t-elle pas la nette impression de balayer d'un revers de la main l'ensemble des enseignements qu'elle a pourtant longuement établis précédemment au nom de deux motifs sur lesquels elle ne s'exprime pas réellement, à savoir « la nature et la portée du droit d'entrer » et « l'absence en droit international d'un droit général au rapatriement » ?

Ce questionnement nous permet d'abonder dans le sens des juges Pavli et Schembri Orland qui, dans leur opinion concordante, estiment que « [l']arrêt n'explique pas pourquoi le seuil d'exigence relativement bas de l'absence d'arbitraire serait le critère approprié dans ce contexte » (point 3 de l'opinion) et qu'« [e]n limitant son contrôle à la protection contre l'arbitraire procédural, la Cour n'a pas réussi à établir les obligations matérielles qui imposent à l'État de protéger ses propres ressortissants mineurs en prenant des mesures de bonne foi pour mettre fin à leur situation d'exil de fait » (point 6 de l'opinion).

Le critère choisi par la Cour viendrait en réalité à « autoriser certaines formes d'exil » pour autant qu'il ne soit pas arbitraire, ce qui, à notre sens, réduit considérablement la protection contre l'interdiction absolue de l'exil (moderne des nationaux)⁹⁹.

À cet égard, les juges Pavli et Schembri Orland se livrent à un exercice herméneutique qui permet de trouver un début d'explication à ce point de basculement. En effet, ceux-ci rapportent que la volonté des rédacteurs du Protocole n° 4 était dans un premier temps de limiter l'interdiction de l'exil aux situations arbitraires comme c'est le cas dans d'autres textes internationaux¹⁰⁰. Cette

⁹⁸ Voy. ég. Cour eur. D.H., arrêt du 20 juin 2002, *Al-Nashif c. Bulgarie*, § 123 ; Cour eur. D.H., arrêt du 26 juillet 2011, *Liou c. Russie*, §§ 85-87 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 21 octobre 2013, *Janowiec e.a.e. a.s c. Russie*, § 213 : « La Cour rappelle qu'elle n'a pas réellement les moyens de contester, dans un cas donné, l'avis des autorités nationales selon lequel des considérations de sécurité nationale sont en jeu. Toutefois, même lorsque de telles considérations entrent en ligne de compte, les principes de légalité et d'État de droit applicables dans une société démocratique exigent que toute mesure touchant les droits fondamentaux de la personne puisse être soumise à une forme de procédure contradictoire devant un organe indépendant compétent pour examiner les motifs de la décision en question et les preuves pertinentes. En effet, s'il était impossible de contester effectivement un impératif de sécurité nationale invoqué par l'exécutif, les autorités de l'État pourraient porter arbitrairement atteinte aux droits protégés par la Convention » ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, §§ 145-146 ; Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 15 décembre 2020, *Pişkin c. Turquie*, § 227.

⁹⁹ Les juges Pavli et Schembri Orland vont un pas plus loin dans le raisonnement de la Cour en regardant, sur le fond, quels seraient les motifs admissibles d'un « exil non arbitraire », proposant ainsi des *guidelines* pour les autorités nationales qui seraient amenées à décider sur une demande de rapatriement (§ 4 de l'opinion).

¹⁰⁰ Voy. not. le Rapport explicatif du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, établi à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui précise que : « Le Comité a estimé qu'il ne convenait pas d'insérer dans ce paragraphe le terme "arbitrairement" que l'on trouve à l'article 12, paragraphe 4, du projet des Nations unies ». C'est la formulation

limitation fut finalement supprimée pour interdire de manière absolue l'exil des nationaux. Cela nous amène à nous interroger : le raisonnement de la Cour ne revient-il pas à exhumer cette limitation de la protection offerte par la disposition aux exils arbitraires – interprétation pourtant expressément rejetée historiquement ? La question de la solidité – voire de l'existence – du fondement normatif justifiant une telle interprétation du Protocole n° 4 demeure en tout cas ouverte.

Enfin, en limitant le champ de protection de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 à des garanties contre l'arbitraire lors de l'examen des demandes de rapatriement, la Cour se met en porte-à-faux avec la position adoptée par le Comité des droits de l'enfant qui a estimé que l'application extra-territoriale de la CIDE devait mener la France à prendre les « mesures positives et urgentes [...] pour effectuer le rapatriement des enfants [et] soutenir [leur] réintégration et réinstallation »¹⁰¹.

C. LA PORTE DE L'ARGUMENT TIRÉ DE LA THÉORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT EST-ELLE DÉFINITIVEMENT CLOSE À STRASBOURG ? EXAMEN

Dans les lignes qui suivent, nous nous penchons enfin sur les incidences pratiques que cette condamnation entraîne. Sonne-t-elle le glas du « mobile politique »¹⁰² que constitue la théorie française des actes de gouvernement et, avec elle, la possibilité de s'y retrancher lorsqu'est en cause un droit garanti par la Convention ?

Dans l'affaire de l'espèce, tant le tribunal administratif saisi en référé, le Conseil d'État français saisi en appel et en cassation de ce premier, que le tribunal judiciaire de Paris, avaient conclu à l'applicabilité de la théorie des actes de gouvernement¹⁰³, et donc à leur incompétence

retenue au sein des Nations unies, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques disposant, en son article 12, § 4, que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Comme le souligne P. DUCOULOMBIER, « La règle conventionnelle semble donc plus restrictive que l'article 12-4 du Pacte international sur les droits civils et politiques [...] ». Cette légère différence semble autoriser des restrictions à ce droit, fondées sur des motifs légaux et légitimes » (P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 266).

¹⁰¹ Com. dr. enfants, 8 février 2022, constatations relatives aux communications n°s 77/2019, 79/2019 et 109/2019, *F. B. e.a. c. France*, § 8 ; A. PIJENBURG, « HF and Others v France: Extraterritorial Jurisdiction without Duty to Repatriate IS-Children and their Mothers », *EJIL: Talk!*, 14 octobre 2022, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/hf-and-others-v-france-extraterritorial-jurisdiction-without-duty-to-repatriate-is-children-and-their-mothers/>. On observera qu'alors qu'elle se départit de ce que décide l'organe onusien, la Cour cite pourtant la décision du Comité des droits de l'enfant (§ 269 de l'arrêt commenté) avec sélectivité (cf. *supra*, point C.2).

¹⁰² W. MASTOR et E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, op. cit.

¹⁰³ D. Renders définit l'acte de gouvernement comme « l'acte qui – procédant de l'exercice d'une compétence discrétionnaire, donc d'une compétence

pour connaître des demandes de rapatriement des proches des requérants. Si l'État défendeur fondait sa défense devant la Cour en grande partie sur cette jurisprudence interne bien établie (mais aux contours pourtant flous), les juges du Conseil de l'Europe l'écartent au profit de la garantie des droits fondamentaux visés dans le recours. L'arrêt commenté fut attendu sur ce point, tant parce que la jurisprudence strasbourgeoise n'abonde pas en la matière, qu'en raison des nombreuses discussions doctrinales sur l'applicabilité de cette théorie lorsque sont en jeu des droits fondamentaux¹⁰⁴.

Retour, tout d'abord, sur les quelques enseignements autour de la théorie des actes de gouvernement (1) pour ensuite rappeler sa réception en Belgique (2) et examiner, enfin, l'approche donnée par la Cour dans son arrêt (3).

1. Brefs rappels théoriques autour de la théorie des actes de gouvernement

Dans l'exposé du cadre et de la pratique juridique interne, l'arrêt commenté présente un point entier consacré à la théorie française de l'acte de gouvernement et sa réception dans la jurisprudence interne (§§ 60 à 67)¹⁰⁵. Cette théorie d'origine

qui reconnaît à l'autorité administrative une certaine marge d'appréciation – serait soustrait au pouvoir de censure du Conseil d'État et au pouvoir de censure des cours et tribunaux, au motif qu'il revêt un caractère politique tellement prégnant qu'il sortirait, par ce fait, de la sphère de compétence de ces juridictions » (D. RENDERS, « IV. – Une exigence applicable à l'ensemble des formes et formalités : le parallélisme en cas d'adoption d'un acte contraire, sauf texte exprès en sens contraire », in *Droit administratif général*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 375).

¹⁰⁴ Pour n'en citer qu'une partie, voy. not. J.-F. FLAUS, « Des répercussions de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit du contentieux administratif », *L.P.A.*, 4 août 1989, n° 93, p. 27 ; F. MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *Revue française de droit administratif*, 2001/5, p. 1098 ; C. RAUX, « Acte de gouvernement et Convention européenne des droits de l'homme. Étude à partir de l'arrêt du Conseil d'État de France, Comité contre la guerre en Irak, du 30 décembre 2003 », *Rev. trim. dr. h.*, 2005/64, p. 863 et s. ; L. LOUCAIDES, « The Right of Access to a Court and the Doctrine of Political Acts », *The European Convention on Human Rights, Collected Essays*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 225-244 ; M. VONSY, « Actes de gouvernement et droit au juge : à propos de l'arrêt Cour européenne des droits de l'homme, 14 décembre 2006, *Markovic c. Italie*, req. n° 1398/031 », *Revue française de droit administratif*, 2008/4, pp. 728-735 ; C. BOYER-CAPELLE, « Mesures d'ordre intérieur et actes de gouvernement : contours d'une injusticiabilité », in V. DONIER et P. LAPEROU-SCHNEIDER (dir.), *Accès au juge : quelles évolutions ?*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 70-71 ; C. SAUNIER, « La théorie des actes de gouvernement face aux droits fondamentaux », *Droit administratif*, 2019/7, comm. 38, pp. 37-41 ; S. SLAMA, « L'acte de gouvernement à l'épreuve du droit européen (C.E., 23 avril 2019) », *A.J.D.A.*, 2019/28, pp. 1644-1649 ; C. DE BERNARDINIS, « § 2. Une complémentarité nouvelle des juges permettant une protection optimale des droits et libertés », *Revue générale du droit (online)*, 2021, n° 55436.

¹⁰⁵ Voy. en doctrine, not., R. CHAPUS, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *Dalloz*, 1958, Chronique II, pp. 5-10 ; R. ERGEC, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire ? », *Rev. dr. intern. comp.*, 1986, pp. 72-134 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 463-467 ; M. LEROY, « Les actes de gouvernement : un

prétorienne est ainsi définie : « Est qualifié d'acte de gouvernement un acte regardé comme échappant à la compétence d'une juridiction pour en contrôler la légalité ou en apprécier le caractère fautif. Si la jurisprudence administrative n'a pas consacré de définition générale ou théorique de cette notion, il en résulte que son champ d'application recouvre les actes qui mettent en cause les rapports entre les pouvoirs publics, en particulier les relations du gouvernement avec le Parlement, et ceux qui s'inscrivent dans le cadre de relations avec un État étranger ou un organisme international et, plus généralement, se rapportent aux relations extérieures de l'État ». Dans le cadre de la présente contribution, nous laissons de côté la première catégorie d'actes de gouvernement, celle qui concerne les rapports entre les pouvoirs constitutionnels, afin de se concentrer sur la limitation de l'intervention du juge national dans la politique internationale de l'État (activités diplomatiques, consulaires ou militaires notamment).

L'applicabilité de la théorie de l'acte de gouvernement insusceptible de recours s'efface au profit des « actes détachables » des relations diplomatiques et extérieures. C'est ainsi seulement aux actes qui se rattachent directement aux relations entre États que s'applique l'immunité juridictionnelle ; actes qui doivent être distingués de ceux qui relèvent des rapports entre l'État et ses ressortissants. La limitation du champ d'application de la théorie se situe donc dans la question de savoir si les actes de l'État sont détachables, ou non, de la conduite des relations extérieures. En l'espèce, les juges saisis en France ont considéré que la question du rapatriement des mères et de leurs enfants est indétachable de la conduite des relations internationales.

2. Réception de la théorie en Belgique

La théorie des actes de gouvernement en Belgique n'a pas reçu la portée qu'elle connaît chez son voisin français. En droit belge, l'existence de cette immunité juridictionnelle est

spectre qui hante la jurisprudence du Conseil d'État belge », *A.P.T.*, 1999/3, pp. 183-189 ; D. LAGASSE, « La théorie administrative des actes détachables est-elle dans une impasse ? Les actes de gouvernement renaissent-ils au contraire de leurs cendres ? », *R.C.J.B.*, 1998, pp. 8-24 ; J. CONRATD, « L'acte de gouvernement dans la jurisprudence des juridictions administratives françaises et belges », in *Liber Amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 809-841 ; C. BOYER-CAPELLE, « Mesures d'ordre intérieur et actes de gouvernement : contours d'une injusticiabilité », in V. DONIER et P. LAPEROU-SCHNEIDER (dir.), *Accès au juge : quelles évolutions ?*, *op. cit.*, pp. 70-71 ; D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », *R.G.D.C.*, 2015, liv. 10, pp. 571-579.

controversée en doctrine¹⁰⁶. La Cour de cassation, par son éminent arrêt du 5 novembre 1920 (la *Flandria*), a rejeté la théorie de l'immunité de l'acte de la puissance publique dans l'exercice de la fonction administrative¹⁰⁷. La question fut évoquée au cours des travaux préparatoires de la loi du 23 décembre 1946 portant création du Conseil d'État lors desquels il fut décidé de ne pas retirer les actes de gouvernement cités lors de ces travaux du contrôle de la plus haute juridiction administrative du pays¹⁰⁸. Si des incertitudes en doctrine subsistent, c'est parce que le Conseil d'État belge a maintenu une certaine ambiguïté en faisant référence à l'occasion de certains arrêts à la théorie des actes de gouvernement, tantôt sans la nommer directement¹⁰⁹, tantôt en la désignant expressément¹¹⁰, « laiss[ant] entendre que cette théorie

¹⁰⁶ Citons, sans exhaustivité, C. HUBERLANT, « Les actes de gouvernement – L'état de la question en droit belge », *Annales de droit*, 1954, pp. 57-59 ; R. ERGEC, *ibid.*, pp. 87 et s. ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *ibid.*, pp. 463-467 ; M. LEROY, *ibid.*, pp. 183-189 ; F. DUBUISSON, « La participation de l'armée belge à l'opération "Force Alliée" de l'OTAN au Kosovo : questions au regard de l'article 167 de la Constitution », *A.P.T.*, 2001/1, p. 58 ; S. EVERAERT, « Les actes de gouvernement en droit français et en droit belge », *T.B.P.*, 2002, pp. 618-629 ; J. CONRATD, *ibid.*, pp. 809-841 ; C. RAUX, « Acte de gouvernement et Convention européenne des droits de l'homme. Étude à partir de l'arrêt du Conseil d'État de France, Comité contre la guerre en Irak, du 30 décembre 2003 », *op. cit.*, pp. 855 et s. ; A.-L. DURVIAUX, *Principes de droit administratif*, t 1, *L'action publique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 564 ; L. RENDERS, « Le contrôle juridictionnel des actes ponctuant la vie de mandataires politiques locaux : tour d'horizon d'un contentieux éclaté », *Rev. dr. comm.*, 2021/4, pp. 3-4.

¹⁰⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier, du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (coord.), *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 8 et s. ; D. RENDERS, *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur : une très remarquable construction jurisprudentielle », *J.T.*, 2018, pp. 600-603 ; T. COPPÉE et M. LAMBERT DE ROUVROIT, « La responsabilité des pouvoirs publics : vers un régime unique ? », in P.-O. DE BROUX, Br. LOMBAERT, T. LÉONARD et J. VAN MEERBECK (dir.), *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 307 et s.

¹⁰⁸ Les actes qui furent ainsi évoqués sont le fonctionnement politique des institutions, le commandement de l'armée, la convocation, la dissolution et l'ajournement des chambres, les rapports du Gouvernement avec les Chambres législatives, les mesures de sûreté publique intérieure en cas de crise. La question de la conduite des relations internationales ne fut pas évoquée à l'époque.

¹⁰⁹ C'est notamment l'arrêt *Schiltz* n° 22.690 du 6 novembre 1982 qui est généralement référencé par les auteurs, dans lequel le Conseil d'État a jugé comme il suit : « Considérant qu'il est généralement admis qu'il est des actes administratifs accomplis par les organes de gestion des institutions publiques et qui, précisément en raison de leur caractère de gestion politique, même s'ils remettent en cause le respect de règle de droit, sont soustraits au contrôle du juge pour être soumis exclusivement à celui de l'organe représentatif désigné par le corps électoral ». Cet arrêt est interprété en doctrine aussi bien comme consacrant l'admission de la théorie de l'acte de gouvernement (not. J. SALMON, *op. cit.*, p. 228) que comme en marquant le rejet (M. LEROY, « Les actes de gouvernement : un spectre qui hante la jurisprudence du Conseil d'État belge », *op. cit.*, p. 187). À propos d'une motion de méfiance individuelle visant un échevin, le Conseil d'État écarte le déclinatoire de la Ville de La Louvière qui invoquait, sans la mentionner mais très clairement, la théorie des actes de gouvernement (C.E., arrêt n° 156.078 du 8 mars 2006, *Brynaert*). Voy. F. DUBUISSON, « La participation de l'armée belge à l'opération "Force Alliée" de l'OTAN au Kosovo : questions au regard de l'article 167 de la Constitution », *op. cit.*, p. 58.

¹¹⁰ C.E., arrêt n° 73027 du 9 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1549 (décision déclarant un diplomate congolais *persona non grata*, lui enjoignant de quitter le territoire) ; C.E., arrêt n° 203.980 du 18 mai 2010 (pour un

pourrait trouver à s'appliquer en Belgique »¹¹¹. Ces arrêts sont interprétés en doctrine dans des sens opposés, soit comme une démonstration de l'admission de la théorie de l'acte de gouvernement, soit comme son rejet.

Nonobstant ces discussions et incertitudes doctrinales, il est prudent et raisonnable de se résoudre au fait que la théorie des actes de gouvernement n'est pas reçue en droit belge, sous réserve de ces exceptions. En effet, selon Paul Lewalle, « [i]l est trop clair qu'en droit belge, aucune disposition, ni constitutionnelle ni législative, ne fonde en termes exprès une telle restriction du contrôle juridictionnel »¹¹². On remarquera que le Conseil d'État n'a, quoi qu'il en soit, jamais appliqué ladite théorie et décliné, sur cette base et de manière expresse, sa compétence pour contrôler de tels actes administratifs. Force est d'ailleurs de constater qu'en matière de rapatriement – dans des affaires dont les faits à l'origine sont tout à fait similaires à ceux commentés ici –, les cours et tribunaux belges, contrairement à leurs homologues français, ont été saisis des demandes de rapatriement des mères et de leurs enfants des mêmes camps Al-Hol et Roj et ont statué sans décliner leur compétence et sans rejeter les demandes au regard du principe de la séparation des pouvoirs¹¹³.

commentaire : M. UYTENDAELE, « En finir avec sept ans de malheur politique », *J.L.M.B.*, 2010/32, p. 1537).

¹¹¹ D. RENDERS, *Droit administratif général*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 375 ; C.E., arrêt n° 139.158 du 12 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 693 et note D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « Entre la sanction disciplinaire et la mesure grave : l'impossible existence des actes de gouvernement » ; C.E., arrêt *Daerden*, n° 214.529 du 11 juillet 2011.

¹¹² P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, n° 351, p. 576.

¹¹³ C'est essentiellement sur l'absence de juridiction extraterritoriale que les cours et tribunaux ont refusé de faire droit aux prétentions des parties demandresses : TPI Bruxelles (chambre néerlandophone), référé, 19 juillet 2018 ; Bruxelles, 12 septembre 2018, n° 2018/KR/45 ; TPI Bruxelles (chambre néerlandophone), référé, 26 décembre 2018, n° 2018/XX/C ; Bruxelles, 27 février 2019, n° 2019/KR/4 ; TPI Bruxelles (chambre francophone), référé, 7 juin 2019, n° 19/30/C ; Bruxelles, 30 décembre 2019, n° 2019/KR/29 ; TPI Bruxelles (chambre francophone), référé, 11 juin 2019, n° 19/37/C ; Bruxelles, 9 janvier 2020, n° 2019/KR/39 ; TPI Bruxelles (chambre francophone), référé, 20 décembre 2019, n° 19/129/C et TPI Bruxelles (chambre francophone), référé, décembre 2019, n° 19/87/C ; Bruxelles, 5 mars 2020, n° 2019/KR/60 et Bruxelles, 5 mars 2020, n° 2019/KR/3 ; TPI Bruxelles (chambre néerlandophone), référé, 11 décembre 2019, n° 2019/90/C ; TPI Bruxelles (chambre francophone), référé, 26 décembre 2019, n° 19/125/C ; Bruxelles, 11 décembre 2020, n° 2020/KR/6. Pour un résumé détaillé de ces affaires, voy. T. VAN POECKE et E. WAUTERS, « Rapatriement de ressortissants européens de Syrie. Positions et raisonnements des États belge, français, allemand et hollandais », *J.D.J.*, avril 2021, pp. 13-19. Comme ces auteurs le rappellent (p. 12), « toutes les affaires belges ont été diligentées dans le cadre de procédures judiciaires civiles en référé ». Voy. ég. F. CAPONE, « The Children (and Wives) of Foreign ISIS Fighters: Which Obligations upon the States of Nationality? », *op. cit.* ; S. BAGHERI et A. BISSET, « International Legal Issues Arising from Repatriation of the Children of Islamic State », *op. cit.*, p. 373 ; la Cour constitutionnelle confirme que « la décision du poste consulaire d'octroyer ou non l'assistance consulaire est un acte administratif individuel, qui doit dès lors être expressément et dûment motivé. Cette motivation peut être contestée par l'intéressé auprès de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, dans le

Cela n'empêche que, dans ces matières, les juges optent pour une interprétation qui préserve une marge de manœuvre significative au législateur ou au pouvoir exécutif à l'aune de la donnée constitutionnelle suivante : la Constitution fait des relations internationales une matière régaliennne (article 167 de la Constitution)¹¹⁴.

3. Approche de la Cour : l'occasion manquée de se prononcer sur l'immunité juridictionnelle lorsque sont invoqués des droits fondamentaux

Dans la première affaire, les requérants ont adressé un courrier resté sans réponse au ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE) le 31 octobre 2018 pour alarmer du fait que leur fille est très affaiblie et qu'elle souhaite être rapatriée. Une procédure en référé a alors été introduite le 5 avril 2019 et rejetée par une ordonnance rendue cinq jours plus tard, contre laquelle ils ont interjeté appel. Leur requête a ensuite été rejetée par le Conseil d'État le 23 avril, estimant que les juridictions n'étaient pas compétentes pour connaître des négociations du gouvernement français avec des autorités étrangères ou des interventions françaises sur les territoires étrangers, lesquelles ne sont pas détachables de la conduite des relations internationales. Dans la seconde affaire, les requérants ont envoyé deux courriers le 29 avril 2019 au MEAE et au président de la République, restés sans réponse. Leurs demandes ont aussi été rejetées tant par le juge des référés que par le Conseil d'État, qui déclarait leur requête irrecevable sur la base des mêmes arguments tirés de la théorie des actes détachables. Leur demande de constat d'une voie de fait introduite devant le tribunal judiciaire de Paris a subi le même sort, déclarant les tribunaux de l'ordre judiciaire incompétents pour

cadre d'un recours en annulation, ou auprès du juge judiciaire, notamment dans le cadre d'une action en responsabilité » (C.C., arrêt n° 117/2020 du 24 septembre 2020, cons. B.8.3. *in fine*).

¹¹⁴ En effet, la Cour constitutionnelle fait varier le pouvoir d'appréciation du législateur en fonction des matières. Pour certaines, il dispose d'un pouvoir d'appréciation « large » ou « étendu » par exemple « en matière socio-économique » (C.C., arrêt n° 198/2019 du 5 décembre 2019, B.13) « en matière fiscale » (C.C., arrêt n° 151/2020 du 19 novembre 2020, B.5.) en vue de « renforcer la sécurité routière » (C.C., arrêt n° 202/2019 du 12 décembre 2019, B.10) ou encore « en raison de la technicité de la matière » (C.C., arrêt n° 144/2020 du 12 novembre 2020, B.19). L'ample marge d'appréciation est parfois justifiée par l'obligation de respecter les exigences du droit européen et international, comme en matière d'immigration (C.C., arrêt n° 17/2019 du 7 février 2019, B.9.3). En matière de transfèrement inter-étatique de personnes condamnées, la Cour constitutionnelle renvoie au tribunal de première instance, à titre résiduel, la possibilité d'effectuer un contrôle juridictionnel sur les décisions ministérielles qui interviennent en la matière, tout en rappelant que ce contrôle « doit respecter à cet égard le principe de la séparation des pouvoirs et doit donc se limiter à en contrôler la légalité » (C.C., arrêt n° 36/2023 du 3 mars 2023, B.16).

ordonner l'engagement de négociations diplomatiques internationales.

À quelles considérations pouvait-on s'attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'actes de gouvernement ? La jurisprudence strasbourgeoise ne regorge pas de nombreuses occurrences où la Cour fut amenée à apprécier l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement. La décision la plus emblématique en la matière aurait sans doute pu être celle rendue par la Commission européenne des droits de l'homme le 4 décembre 1995, dans l'affaire *Taiura et autres c. France* à l'occasion de laquelle des ressortissants français contestèrent la décision du président de la République d'opérer de derniers essais nucléaires en Polynésie française, et ce peu avant la mise en place du traité d'interdiction globale des essais nucléaires en cours de négociation à la conférence sur le désarmement à Genève. Parmi les nombreuses allégations des requérants, ceux-ci invoquèrent une violation de l'article 13 de la Convention en raison de l'absence d'un recours effectif permettant d'effectuer un contrôle juridictionnel sur la décision présidentielle qualifiée par les juridictions internes d'acte de gouvernement¹¹⁵. Néanmoins, la Commission dut conclure à l'irrecevabilité des requêtes pour défaut de qualité de victime¹¹⁶. Dans son arrêt *Markovic et autres c. Italie*¹¹⁷, la Cour examina la procédure en dédommagement introduite par les requérants contre la décision de l'engagement de l'Italie dans les opérations militaires (frappes aériennes) en République fédérale de Yougoslavie (intervention au Kosovo). Le recours introduit par les requérants devant les juridictions internes était un recours en dommages et intérêts. La Cour européenne constata que l'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'État découlait non pas d'une immunité juridictionnelle, mais des principes régissant le droit d'action matériel en droit interne (pas de limitation à l'accès à un tribunal)¹¹⁸.

Quel fut donc le contrôle de la Cour sur la théorie des actes de gouvernement dans les affaires ici commentées ? Dans un premier temps, la Cour

dit qu'il ne lui appartient pas de s'immiscer dans l'équilibre institutionnel entre le pouvoir exécutif et les juridictions de l'État défendeur en application de cette théorie constitutionnelle (§ 281). Elle va un pas plus loin en énonçant qu'il ne lui revient pas de porter une appréciation générale et abstraite sur les hypothèses dans lesquelles les juridictions déclinent leur compétence sur la base de cet équilibre pré-torien (§ 281). Il est donc très clair qu'elle entend signifier qu'elle n'interférera pas *in abstracto* sur le fait qu'un juge puisse se déclarer incompétent sur cette base. Dans le second temps de son raisonnement sur la question, la Cour examine néanmoins si les proches des requérants ont pu bénéficier d'un « contrôle indépendant » des décisions (implicites) de refus de rapatriement. Ce contrôle indépendant doit présenter, selon la Cour, la garantie suivante : un examen des motifs de la décision de refus sur le point de savoir si ceux-ci ne sont pas arbitraires. Ce qui l'amène, au § 282 de l'arrêt commenté qui suit – qui ne traite plus explicitement de la question de la théorie des actes de gouvernement –, à dire pour droit que l'immunité juridictionnelle qui fut opposée aux proches des requérants qui n'ont jamais reçu de réponse individualisée à leur demande, en l'espèce, viole l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. En ce sens, la Cour estime que les procédures nationales n'ont pas permis de protéger les parties requérantes contre le risque d'arbitraire. La France est donc condamnée en raison de l'absence de formalisation d'une décision de refus et de l'absence d'un contrôle indépendant pour vérifier que telle décision est exempte de tout arbitraire. Après avoir constaté cette violation, la Cour précise toutefois que la compétence du juge national peut être limitée à l'examen des motifs de refus de rapatriement, sans que cela ne crée nécessairement la compétence de ces juridictions à ordonner un rapatriement.

Si son contrôle est indissociablement lié aux seules affaires individuelles qui lui sont soumises, on aurait pu attendre davantage d'éclairage de la Cour sur la conformité de l'immunité juridictionnelle française lorsque des droits fondamentaux sont en jeu – ce qu'elle décide, délibérément, de ne pas faire. En effet, la question de la compatibilité de la théorie des actes de gouvernement avec les droits fondamentaux est discutée en doctrine¹¹⁹. R. Ergéc évoquait déjà qu'« [a]u vu de cette jurisprudence, on peut se demander si les actes de gouvernement et les mesures d'ordre intérieur,

¹¹⁵ Selon les requérants dans cette affaire, il fallait conclure à la violation du droit à un recours effectif « la seule voie de recours ouverte aboutissant à un refus de juger par le biais de la théorie d'acte de gouvernement » (Comm. eur. D.H., 4 décembre 1995, décision *Taiura e.a. c. France*).

¹¹⁶ M. PRIEUR, « Section 1. – Les derniers essais nucléaires français, un défi pour le droit », in *Droit de l'environnement, droit durable*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 897-898.

¹¹⁷ Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 14 décembre 2006, *Markovic e.a. c. Italie*, précité, spéc. §§ 100-116 de l'arrêt.

¹¹⁸ D. SPIELMANN, « Acte de gouvernement et droits fondamentaux », in *Liber Amicorum Robert Andersen*, pp. 760-763.

¹¹⁹ Cf. *supra*, note de bas de page n° 105.

en tant qu'ils sont susceptibles d'échapper au contrôle juridictionnel, ne posent pas certains problèmes au regard des articles 6, par. 1^{er} et 13 de la Convention »¹²⁰. D. Spielmann rappelle que « [l]a protection des droits fondamentaux constitue [...] une mission de l'État qui est aussi essentielle ou prioritaire que la protection de ses intérêts supérieurs. L'immunité des actes de gouvernement devrait être ainsi neutralisée en cas d'atteinte portée à tout droit fondamental à valeur constitutionnelle ou conventionnelle »¹²¹. S'agit-il d'une occasion manquée d'affirmer de manière plus assertive que les actes de gouvernement doivent être justiciables lorsqu'ils affectent les droits fondamentaux des personnes ? C'est en tout cas en ce sens que plaiderait la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), partie intervenante au recours, qui soulignait que l'appréciation juridictionnelle sur la légalité des actes de gouvernement est une évolution nécessaire, comme cela fut le cas pour d'autres États membres du Conseil de l'Europe (§ 234).

En exigeant l'existence d'un « contrôle indépendant » sur les décisions de refus de rapatriement au titre de protection contre l'arbitraire afin de garantir les obligations tirées de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, la Cour n'impose-t-elle pas, sans le dire, de reconnaître un titre de juridiction parmi les juges nationaux pour connaître de la question et ne condamne-t-elle pas, sans le dire toujours, l'application de la théorie des actes de gouvernement en l'espèce ? *In concreto*, on ne voit pas en quoi consisterait ce « contrôle indépendant », si ce n'est en l'intervention d'un juge au regard de sa propre jurisprudence tirée de l'article 13 de la Convention¹²². En effet, il ne pourrait

pas être exercé par une autorité gouvernementale car elle ne répondrait pas au critère de l'indépendance¹²³. Par ailleurs, on voit difficilement quelle autre autorité pourrait être saisie, les requérants ne pouvant saisir le Parlement de ce type de requête individuelle et la voie de l'*ombudsman* (défenseur des droits français) consisterait en un recours inefficace, celui-ci n'adoptant pas de décisions qui peuvent lier les parties¹²⁴. Donc... cela ne peut être qu'un juge. La Cour semble avoir condamné la théorie des actes de gouvernement en camouflant son propos par des précautions textuelles.

Par son arrêt, nous avons déjà souligné que la Cour reconnaît aux proches des requérants le droit de plaider, mais ne leur assure aucune garantie en termes de résultat puisqu'elle admet explicitement que les juges nationaux déclinent leur compétence pour ordonner un rapatriement, renvoyant à son constat précédent selon lequel il n'existe aucune obligation de droit international conventionnel ou coutumier qui contraint les États à rapatrier leurs ressortissants (§ 259)¹²⁵.

Si théoriquement, selon l'arrêt, les États ont le choix entre une réclamation devant le parlement et un recours devant une instance juridictionnelle ou quasi juridictionnelle, à tout le moins en dernier ressort, il y a de bonnes raisons de penser qu'en pratique, seule la seconde voie est ouverte (Voy. dans le même sens l'opinion concordante de notre collègue Wojtyczek, point 9). En effet, on ne voit guère comment le parlement issu des élections dont le résultat est contesté pourrait être considéré comme objectivement impartial, alors pourtant que l'impartialité est une des conditions auxquelles l'instance décisionnaire doit répondre (voir, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1, les paragraphes 70 et 94-108 de l'arrêt). Comme la Cour l'a dit par le passé, les députés, « par définition, ne [peuvent] pas être 'politiquement neutres' » (*Zdanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, § 117, CEDH 2006-IV, cité au paragraphe 98 du présent arrêt), et ce d'autant moins quand ils doivent prendre une décision qui peut avoir des conséquences pour leur propre élection ou pour l'influence respective qu'aurait au sein du parlement les différents partis politiques. Comment alors une réclamation devant le parlement, sans possibilité de recours, pourrait-elle satisfaire aux exigences de l'article 13 ? » (Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 10 juillet 2020, *Mugemangango c. Belgique*, précité). Voy. ég. M. LELOUP, « Mugemangango v. Belgium: Finally a Grand Chamber Judgment on Post-Election Disputes », *Strasbourg Observers*, 6 août 2020, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2020/08/06/mugemangango-v-belgium-finally-a-grand-chamber-judgment-on-post-election-disputes/>; M. VERDUSSEN, « Le droit à un contrôle électoral impartial, effectif et équitable : l'arrêt Mugemangango met la Belgique au pied du mur (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mugemangango c. Belgique*, 10 juillet 2020) », *Rev. trim. dr. h.*, 127/2021, p. 637. O. CAHN estime que c'est le Conseil d'État français qui serait le juge compétent (O. CAHN, « Rapatriement des femmes et des enfants détenus dans les camps du nord-est syrien : la CEDH entrebâille la porte », *Le Club des juristes*, octobre 2022, disponible sur <https://blog.leclubdesjuristes.com/rapatriement-des-femmes-et-des-enfants-detenus-dans-les-camps-du-nord-est-syrien-la-cedh-entrebaille-la-porte-par-olivier-cahn/>).

¹²³ En effet, la Cour considère, dans sa jurisprudence relative à l'article 13 de la Convention, que l'organe de contrôle ne pourrait être un organe politique auteur des consignes incriminées (Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 25 mars 1983, *Silver e.a. c. Royaume-Uni*, § 116).

¹²⁴ Cour eur. D.H., arrêt du 25 mars 1983, *Silver e.a. c. Royaume-Uni*, précité, §§ 114-115 ; Cour eur. D.H., arrêt du 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, § 82 ; Cour eur. D.H., arrêt du 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, § 154 ; Cour eur. D.H., arrêt du 18 novembre 2004, *Zazanis e.a. c. Grèce*, § 47 ; Cour eur. D.H., arrêt du 6 juin 2006, *Segerstedt-Wiberg e.a. c. Suède*, § 118.

¹²⁵ J. LEPOUTRE, « L'essentiel toujours en suspens. À propos de la décision de la CEDH relative au rapatriement des familles de jihadistes », *op. cit.*

¹²⁰ R. ERGEC, « L'incidence du droit du Conseil de l'Europe sur le développement du droit administratif », *A.P.T.*, 1993/1, p. 8. Voy. ég. R. ERGEC, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : acte de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire ? », *Rev. dr. internat. dr. comp.*, 1988, pp. 72 et s., p. 131 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 117 ; R. ABRAHAM, « Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français », *R.F.D.A.*, 1990, p. 1057 ; J.-F. FLAUS, « Le droit à un recours effectif. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1991, p. 331 ; J.-F. LUCHAIRE, *Droit administratif. – Les grandes décisions de la jurisprudence*, coll. Thémis, Paris, PUF, 1995, p. 415.

¹²¹ P. BINZAK, *Encyclopédie Dalloz. – Répertoire de contentieux administratif*, V° Actes de gouvernement, n° 67 ; cité par D. SPIELMANN, « Acte de gouvernement et droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 753. C. RAUX, « Acte de gouvernement et Convention européenne des droits de l'homme. Étude à partir de l'arrêt du Conseil d'État de France, Comité contre la guerre en Irak, du 30 novembre 2003 », *Rev. trim. dr. h.*, 2005, p. 857.

¹²² Voy. dans le même sens, l'opinion concordante des juges Turković et Lemmens émises dans l'affaire *Mugemangango c. Belgique* qui, à propos du constat de la violation de l'article 3 du Protocole n° 1 et de l'article 3 de la Convention, sur le contentieux postélectoral belge (réclamation introduite auprès du Parlement wallon par un candidat), s'interrogeant de la manière suivante : « Quelles sont les conclusions à tirer du présent arrêt ?

Seul est donc garanti un réexamen de la cause, l'espoir de voir les prétentions fondées demeurant tout à fait incertaines.

D. LA PEUR D'« OUVRIR LES VANNES »¹²⁶ DU DROIT AU RAPATRIEMENT ET L'« HYPER-PROCÉDURALISATION »¹²⁷ DU DROIT AU RETOUR POUR BARRAGE

Dans la lignée d'autres arrêts récents¹²⁸, l'affaire commentée prend part au mouvement bien engagé de la procéduralisation des droits fondamentaux¹²⁹.

Le mouvement de la procéduralisation est généralement présenté au service de l'idéal d'effectivité des droits fondamentaux¹³⁰, les dimensions substantielles et procédurales des droits fondamentaux « collaborant », voire se « compénétrant »¹³¹. À l'origine, cette construction prétorienne consiste en effet, pour la Cour strasbourgeoise, à greffer des garanties procédurales à certains droits conventionnels. Ainsi, lorsqu'elle fait usage de cet outil, la traditionnelle analyse substantielle des droits fondamentaux est complétée d'une analyse procédurale, axée sur la qualité des mécanismes décisionnels appliqués par l'État partie. Cette formalisation est dans la plupart des cas déduite de l'examen de proportionnalité¹³². Si la Cour analyse parfois les garanties procédurales indépendamment

du contrôle de proportionnalité par le truchement des articles 2, 3 et 5 de la Convention¹³³, c'est la première fois qu'elle applique ce raisonnement à l'article 3, § 2, du Protocole n° 4¹³⁴.

Cette compénétration se manifeste par le fait que les États peuvent se trouver contraints de respecter des obligations procédurales autonomes dans des matières pour lesquelles la Cour reconnaît pourtant habituellement une large marge d'appréciation¹³⁵. Cela permet donc à la Cour d'élargir son office et de réduire l'« autonomie procédurale »¹³⁶ des États contractants au profit d'une plus grande effectivité des droits fondamentaux.

En 2002, S. Van Drooghenbroeck et Fr. Tulkens qualifiaient néanmoins aussi le développement des garanties procédurales de « corollaire naturel et fécond de la doctrine de la marge d'appréciation des États et, au travers de celle-ci, de la subsidiarité de l'office assumé par la Cour européenne des droits de l'homme »¹³⁷. À première vue, la procéduralisation du droit au retour dans l'affaire commentée pourrait sembler s'inscrire dans la recherche de cet équilibre entre subsidiarité et effectivité : le fait que la Cour commence par rappeler longuement que les États jouissent d'une large marge d'appréciation discrétionnaire dans la mise en œuvre du volet positif du droit au retour (§§ 250-252) n'invitait-il pas à présager qu'elle réduise, bien légitimement, son office ? En réalité, l'analyse à laquelle la Cour s'emploie dans cet arrêt contribue plutôt à renforcer l'idée que le principe de subsidiarité tend parfois à dépasser celui de l'effectivité¹³⁸. Au lieu de définir et de

¹²⁶ Expression utilisée par les juges Pavli et Schembri Orland de l'opinion partiellement concordante commune (§ 3 *in fine*).

¹²⁷ Qualification empruntée à N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 545.

¹²⁸ N. Le Bonniec qualifie la procéduralisation des droits fondamentaux de raisonnement en « explosion » dans la jurisprudence de la Cour européenne : « si à son commencement la procéduralisation concernait moins de dix affaires par an, aujourd'hui elle atteint facilement le nombre de dix à vingt par mois » (N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. pp. 262-263). Voy. not. Cour eur. D.H. [GC], arrêt du 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique* ; Cour eur. D.H., décision du 1^{er} février 2022, *Johansen c. Danemark*.

¹²⁹ Ce mouvement fait l'objet d'une abondante doctrine sur laquelle nous n'aurons pas l'occasion de revenir dans le cadre du présent commentaire. Voy. entre autres E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 18 et 19 octobre 2013 à Montpellier, Bruxelles, Anthemis, pp. 265-300 ; K. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012 ; N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., pp. 308-344.

¹³⁰ N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 67-69 et F. SUDRE, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, 710 p., pp. 597-605.

¹³¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 309.

¹³² *Ibid.*, p. 309 ; Cour eur. D.H., arrêt du 16 décembre 1997, *Camenzind c. Suisse*, § 45.

¹³³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., pp. 313-315 ; M. BORRES et M. SOLBREUX, « L'arrêt Paposhvili c. Belgique et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'homme par les Cour constitutionnelles nationales », *R.B.D.C.*, 2017, vol. 17, n° 1, p. 185 ; N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 284-293.

¹³⁴ N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., références citées au n° 751.

¹³⁵ Voy. not. en ce sens Cour eur. D.H., arrêt du 25 septembre 1996, *Buckley c. Royaume-Uni*, § 76 : « Chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention [...], il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour déterminer si l'État défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire » ; N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 269-272.

¹³⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 321.

¹³⁷ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *L'Europe en transition – Table ronde du 27 septembre 2002*, p. 20, disponible sur <https://cejm.univ-grenoble-alpes.fr/sites/cejm/files/Mediatheque/tulkens.pdf>.

¹³⁸ Comme M. Borres et M. Solbreux le soulignent dans leur commentaire de l'arrêt *Paposhvili c. Belgique* (« L'arrêt *Paposhvili c. Belgique*

se prononcer sur les « obligations positives » qui incombaient à la France en vertu de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4, quand bien même dans des circonstances qualifiables d'exceptionnelles, la Cour se retranche derrière le contrôle de garanties « contre l'arbitraire ». On peut ainsi regretter que, dans l'affaire commentée, un contrôle purement formaliste se substitue plutôt qu'achève le contrôle substantiel, le juge « abdiquant par là même le rôle qui est le sien »¹³⁹ et mettant à mal cet idéal d'effectivité et de complémentarité pourtant au cœur de la naissance du mouvement de procéduralisation¹⁴⁰.

Ce raisonnement procède de ce que N. Le Bonniec qualifie d'une « hyper-procéduralisation », car il « maximis[e] » les garanties procédurales d'un droit au détriment du volet matériel qui s'en retrouve ainsi « annihilé »¹⁴¹. Autrement dit, la Cour n'opère plus qu'un « contrôle du contrôle ». Un tel procédé « d'évitement d'un contrôle au fond »¹⁴² réduit considérablement l'office du juge. Les juridictions nationales, « en refusant d'exercer [le leur], [ont donné] à la Cour européenne l'occasion d'une décision satisfaisante à court terme pour les requérants – qui ont obtenu la reconnaissance d'une violation – et à long terme pour l'État – qui s'est vu reconnaître par la Cour un pouvoir discrétionnaire en matière de rapatriement »¹⁴³. Par cette timide condamnation, la Cour strasbourgeoise réaffirme sa tendance à privilégier une analyse procédurale, caractéristique des affaires qui touchent, de près ou de loin, à des questions controversées¹⁴⁴.

et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'homme par les Cour constitutionnelles nationales », *op. cit.*, p. 188). Selon J. Lepoutre, l'arrêt commenté s'inscrit « [d]ans la droite ligne de la subsidiarité revendiquée par les États parties » dans laquelle « la Convention et ses juges, la Cour européenne des droits de l'homme n'entend souvent plus juger elle-même, mais seulement vérifier que les juges nationaux ont rempli leur office » (J. LEPOUTRE, « L'essentiel toujours en suspens. À propos de la décision de la CEDH relative au rapatriement des familles de jihadistes », *op. cit.*).

¹³⁹ *Ibid.*, p. 340.

¹⁴⁰ Voy. en ce sens Cour eur. D.H., arrêt du 16 décembre 1997, *Camenzind c. Suisse*, § 45.

¹⁴¹ N. Le Bonniec conclut que l'hyper-procéduralisation est radicalement contraire aux objectifs du mouvement de la procéduralisation des droits fondamentaux, qui s'inscrit « dans la poursuite d'un renforcement de la protection des droits conventionnels » et non l'inverse. Elle va ainsi jusqu'à la qualifier d'« anti-procéduralisation » (N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 113-114 ; 545-547).

¹⁴² N. Le Bonniec, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 284.

¹⁴³ J. LEPOUTRE, « L'essentiel toujours en suspens. À propos de la décision de la CEDH relative au rapatriement des familles de jihadistes », *op. cit.*

¹⁴⁴ Voy. dans le même sens M. LYS, « Déchéance de nationalité et expulsion subséquente pour actes de terrorisme : la Cour européenne des droits de l'homme confirme la grande marge d'appréciation des États », obs. sous Cour eur. dr. h., décision *Johansen c. Danemark*, 3 mars 2022, *Rev. trim. d. h.*, 2023/1, n° 134, pp. 529 à 531 ; voy. aussi S. VAN DROOGHENBROECK qui renvoie aux questions « délicates et controversées » in *La proportionnalité dans le droit de la*

Les dérives de l'hyper-procéduralisation sont relayées par une partie de la doctrine relative au mouvement de la procéduralisation¹⁴⁵, mais trouvent aussi écho dans l'opinion concordante des juges Pavli et Schembri Orland qui estiment que « rendre effectif le droit au retour – quelles que soient les circonstances exceptionnelles dans lesquelles il peut naître – suppose nécessairement des obligations positives de nature tant procédurale que matérielle [...]. Comme cela a souvent été répété, de grandes injustices ont été perpétrées, tout au long de l'histoire de l'humanité, sur la base de procédures apparemment correctes [...] »¹⁴⁶.

En réalité, le raisonnement de la Cour est d'autant plus insidieux que, dans l'affaire commentée, cette procéduralisation s'accompagne d'une extrême particularisation de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 qui, pour rappel, est pourtant formulé en termes absolus. Non seulement elle substitue au contrôle du volet substantiel du droit au retour un contrôle « purement procédural »¹⁴⁷, mais en plus de cela, elle subordonne cette protection à la réunion des six « circonstances exceptionnelles de nature [...] à déclencher en l'espèce l'obligation d'entourer le processus décisionnel de garanties appropriées contre l'arbitraire » (§§ 264-271).

On peut ici percevoir que la Cour tente de se frayer un chemin entre la volonté de ne pas froisser les États contractants dans des politiques aussi sensibles qu'elles impliquent généralement des mesures de luttes contre le terrorisme, et le respect des droits aussi fondamentaux que l'interdiction des traitements inhumains et dégradants *a fortiori* à l'égard des enfants. Un splendide compromis à la belge, où tout le monde pense avoir gagné. D'une part, en ce que cet arrêt sous-entend *a contrario* que la France aurait pu refuser de rapatrier les enfants des requérants, pourvu que la procédure n'eût été dénuée d'arbitraire, cette condamnation donne l'apaisante

Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux, *op. cit.*, p. 340.

¹⁴⁵ Voy. le danger que S. VAN DROOGHENBROECK qualifie d'« impérialisme » : *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 337-340 ; N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 113-114 ; 545-547.

¹⁴⁶ Voy. le § 2 *in fine* de l'opinion partiellement concordante commune des juges Pavli et Schembri Orland.

¹⁴⁷ Terme utilisé dans l'opinion partiellement concordante commune des juges Pavli et Schembri Orland, § 3. S'il existait, au départ, un doute quant au caractère autosuffisant des manquements tirés du seul volet procédural des droits conventionnels, l'arrêt commenté démontre, aux côtés d'autres, que la Cour y répond clairement par la positive (voy. les exemples cités par S. VAN DROOGHENBROECK au sujet du danger de l'impérialisme : références n°s 723-727 in *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*).

impression aux États contractants qu'ils restent à la manœuvre et que le contrôle de la Cour est fortement réduit, dans le respect du principe de subsidiarité¹⁴⁸. D'autre part, les défenseurs des droits humains et des droits de l'enfant se rassureront en affirmant qu'il est difficile d'imaginer quels arguments qui, tout en prenant en compte le respect des droits fondamentaux et l'intérêt supérieur de l'enfant, comme la Cour l'impose, auraient pu satisfaire l'exigence d'absence d'arbitraire et justifier, en l'espèce, un refus de rapatriement. La frontière entre une condamnation sur la base d'arguments procéduraux et celle sur la base d'arguments substantiels tirés de la violation des obligations positives de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 était d'emblée particulièrement ténue. C'est néanmoins précisément le fait qu'elle ne l'ait pas franchie qui a permis à la Cour de se frayer cette « voie de fuite »¹⁴⁹ entre deux visions d'apparence irréconciliables.

CONCLUSION

Cette affaire présentait l'opportunité pour la Cour de se prononcer sur la responsabilité que les États ont dans la violation des droits fondamentaux que les ressortissants européens endurent dans les camps de Roj et Al-Hol, mais aussi de baliser les obligations qui en découlent.

Le défi était de taille. La Cour a en effet dû arbitrer entre l'importante marge de manœuvre laissée aux États dans les programmes de rapatriement et la nécessité de mettre un terme aux violations subies par les enfants et leurs mères dans ces camps, figurant sans doute parmi les plus intenses que la Cour ait eu à connaître.

La question dont la Cour était saisie se situe aux confins d'enjeux diplomatiques, politiques et juridiques majeurs et est, ce faisant, infiniment sensible. Cette complexité appelait à approcher la question de manière collective, uniformisée et cohérente¹⁵⁰.

Plutôt que d'épuiser sa fonction pédagogique et d'envoyer un message clair aux États parties, la Cour a opté pour un compromis quelque peu décevant avec, pour résultat, une condamnation qui nous semble manquer de franchise.

Cela se reflète, premièrement, dans l'analyse que la Cour fait de la question de la juridiction. En effet, elle a pris soin de minimiser – autant que faire se peut – les effets de sa décision en se limitant à une approche hautement casuistique, autant dans l'examen du lien juridictionnel à l'égard du grief tiré de l'article 3 de la Convention qu'à l'égard du grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole n° 4. Son examen de la question de la juridiction témoigne aussi d'un refus de dialoguer avec ses homologues onusiens ou, du moins, d'une sélectivité arrangeante dans leurs jurisprudences respectives.

Deuxièmement, la Cour ne saisit pas non plus l'occasion de se prononcer sur l'immunité juridictionnelle lorsque sont invoqués des droits fondamentaux, voire manque de transparence vis-à-vis de l'étendue encore effective de la théorie des actes de gouvernement dès lors que, sans le dire expressément, elle la met néanmoins bien de côté.

De plus, la condamnation de la France est fondée sur un aspect qui, pour être original, apparaît cependant relativement secondaire au sein de l'ensemble des réponses que la Convention aurait pu apporter à ce drame humain. En cédant « à la tentation de transformer en substitution pure et simple la nécessaire complémentarité des exigences formelles et substantielles auxquelles un acte étatique doit satisfaire pour être réputé proportionné », la notion de « droit au retour » perd davantage « en crédit »¹⁵¹ qu'elle ne se retrouve enrichie. La procéduralisation de ce droit conventionnel apparaît ici, une fois encore, comme la voie de fuite médiane, qui présente ce double mérite d'avoir évité à la France le blâme d'une condamnation plus substantielle et, à la Cour, la critique d'avoir totalement capitulé face à la raison d'État.

Si l'on regrette le minimalisme décisionnel dont la Cour strasbourgeoise a fait preuve dans cet arrêt et les divergences des approches qu'ont les différents organes de protection des droits fondamentaux de la question des rapatriements, on se réjouit que le battage médiatique dont l'affaire a fait l'objet, cumulé aux condamnations des Comités onusiens, ait augmenté tant la cadence que l'intensité des rapatriements. En effet, dans la foulée de cette condamnation, le Quai d'Orsay a détaché deux nouvelles missions de rapatriements depuis le nord-est syrien : quinze femmes

¹⁴⁸ M. BORRES et M. SOLBREUX, « L'arrêt Paposhvili c. Belgique et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'homme par les Cour constitutionnelles nationales », *op. cit.*, pp. 186-187.

¹⁴⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 340.

¹⁵⁰ Voy. en ce sens S. BAGHERI et A. BISSET, « International Legal Issues Arising from Repatriation of the Children of Islamic State », *op. cit.*, p. 384.

¹⁵¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 217.

et quarante enfants ont été affrétés en France le 20 octobre 2022 et trente-deux enfants et quinze femmes le 24 janvier 2023¹⁵². Cette cadence contraste avec les trente-cinq enfants et quinze mères rapatriés entre 2019 et juillet 2022 et mène certains à conclure qu'il signe la rupture avec la politique française des rapatriements au « cas par cas »¹⁵³. Cela met en tout cas en évidence

¹⁵² « Rapatriement d'enfants et de mères du nord-est syrien », *op. cit.*
¹⁵³ Voy. H. SALLON, « Le nouveau rapatriement massif de femmes et d'enfants de Syrie confirme la rupture de la France avec le "cas par cas". Quinze femmes djihadistes et quarante enfants sont arrivés jeudi à 3 h 30 à Villacoublay », *Le Monde*, 20 octobre 2022, disponible sur https://www.lemonde.fr/international/article/2022/10/20/le-nouveau-rapatriement-massif-de-femmes-et-d-enfants-de-syrie-confirme-la-rupture-de-la-france-avec-le-cas-par-cas_6146640_3210.html ; « Troisième opération de rapatriement de femmes et d'enfants français des camps de prisonniers en Syrie », *Libération*, 24 janvier 2023, disponible sur https://www.liberation.fr/international/moyen-orient/troisieme-operation-de-rapatriement-de-femmes-et-denfants-francais-des-camps-de-prisonniers-en-syrie-20230124_55V6LSE5HBBWTFH2ZJWSBMQMZY/.

que, lorsqu'une condamnation conciliante par un organe obligatoire se couple à des condamnations plus sévères par des organes facultatifs, la cohérence et l'effectivité du système global de protection des droits fondamentaux, elles, résistent.