



HAL
open science

Voir l'invisible : libres propos sur l'absence de rapatriement des enfants français de Syrie

Valerie Mutelet

► **To cite this version:**

Valerie Mutelet. Voir l'invisible : libres propos sur l'absence de rapatriement des enfants français de Syrie. 2024. hal-04492446

HAL Id: hal-04492446

<https://univ-artois.hal.science/hal-04492446v1>

Preprint submitted on 6 Mar 2024

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

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

Voir l'invisible : libres propos sur le rapatriement des enfants français de Syrie

par V MUTELET, MCF, HDR -Université d'Artois -EA 2471-Centre Droit Éthique et Procédures

Depuis 2014, plusieurs milliers d'Européens, hommes, femmes, adolescents ont choisi de rejoindre la Syrie ou l'Irak. Aujourd'hui, plusieurs dizaines de milliers de personnes vivent dans des camps, nés après la défaite militaire, à la fin de l'année 2018, de l'organisation dite « État islamique du levant (EI) », camps qui ont vu affluer la population fuyant massivement les zones de combat. Ces camps du Nord-Est syrien, de Al-Hol, comptant à lui seul plus de 73 000 personnes, Roj et Ain Issa, situés dans le Rojava ont une double vocation ; ils abritent et accueillent les personnes déplacées, mais ils maintiennent également sur place et sous contrôle des Forces démocratiques syriennes (FDS) les familles de djihadistes.

La population de ces camps est à quatre-vingt-dix pour cent composée de femmes et d'enfants¹. Selon les chiffres les plus récents (novembre 2021), y sont retenus des européens, plus exactement 231 femmes et 645 enfants². Parmi eux, 80 femmes de nationalité française et 200 mineurs français nés sur zone ou emmenés par leurs parents en Syrie, enfants qui pour la plupart sont âgés de moins de 6 ans³. Quant aux combattants impliqués dans l'EI, ils sont eux, détenus dans les prisons syriennes et irakiennes en attendant d'être jugés ou y purgent leur peine.

Les États européens se sont montrés réticents et se montrent encore pour certains d'entre eux, à l'instar de la position française, réticents à organiser le retour de leurs ressortissants. Ils adoptent une ligne de conduite *non écrite* identique suggérant que les combattants doivent être jugés avant tout sur les lieux où les crimes ont été commis⁴. Mais la France, souligne la

¹ Selon la Déclaration du Commissaire aux droits de l'homme : « Les États membres du Conseil de l'Europe devraient rapatrier d'urgence leurs ressortissants mineurs bloqués dans le nord de la Syrie », Strasbourg 28/05/2019

² Nouvel appel pour rapatrier « d'urgence » les femmes et enfants français détenus en Syrie, 24 novembre 2021, <https://www.euractiv.fr/section/non-discrimination/news/nouvel-appel-pour-rapatrier-%E2%80%89-les-femmes-et-enfants-francais-detenus-en-syrie/>(consulté le 27 mars 2022°

³ CNCDH, Avis sur le rapatriement des mineurs français retenus dans les camps du Nord-est syrien, 16 décembre 2021 A - 2021- 12

⁴ Pour une condamnation de cette position, voir CNCDH, Avis sur le jugement des ressortissants français détenus dans le Nord-Est syrien, 17février 2022 : « La CNCDH demande aux autorités françaises de rapatrier ses ressortissants détenus dans le Nord-Est syrien pour assurer leur jugement rapide en France et ce, pour des raisons aussi bien sécuritaires que respectueuses de leurs droits fondamentaux ». À - 2021- 12

Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, semble de « plus en plus isolée » sur ce point, « l'évolution des autres États en faveur du rapatriement »⁵ étant perceptible.

En octobre 2019, l'offensive turque au Kurdistan syrien a encore davantage déstabilisé la zone, ne faisant qu'accroître la complexité de la situation dans le Rojava. À ce contexte déjà très difficile se sont ajoutées les difficultés dues à la pandémie, la crise sanitaire accroissant une situation humanitaire⁶, déjà jugée par tous, dramatique.

De l'appréciation générale des personnes et instances autorisées⁷ impliquées dans la protection des droits de l'homme les conditions de vie dans les trois camps cités sont, pour tous et encore plus spécifiquement pour les enfants, jugées désastreuses. Le Défenseur des droits, en France, il y a déjà plusieurs années, s'exprimait ainsi à leur propos : « il ne saurait être contesté que les conditions de vie sont extrêmes à tout point de vue et qu'elles mettent en danger leur vie même »⁸. Le constat est unanime, qu'il provienne des instances universelles⁹, européennes¹⁰, nationales¹¹ ayant pour mission la protection des droits de l'enfant ou plus généralement celle des droits de l'homme. Il est par ailleurs régulièrement réitéré¹², soulignant par la même l'enlisement de la situation depuis plus de deux ans (période à laquelle ont commencé à s'exprimer avec force les premiers avis critiques) et l'absence depuis lors de réaction des pouvoirs publics.

Le contenu de cette antienne : l'inaction de la France dans la gestion de cette situation est périodiquement dénoncée. Toutes ces voix l'exhortent à organiser au plus vite le retour des enfants de Syrie. Toutes par un éclairage différent, mais complémentaire s'emploient à mettre l'accent sur les obligations internationales, européennes comme nationales de l'État français. Il

⁵ CNCDH, Avis sur le rapatriement des mineurs français retenus dans les camps du Nord-Est Syrie- 16 décembre 2021- A - 2021- 12, Point 8

⁶ Sur ce point voir : Intervention de la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe en qualité de tierce partie devant la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 36, paragraphe 3, de la Convention européenne des droits de l'homme Requêtes no 24384/19 et 44234/20 H.F. et M.F. c. France et J.D. et A.D. c. France, plus spécifiquement 26

⁷ Qui seront citées et plus précisément référencées tout au long de ces développements

⁸ Décision du Défenseur des droits n°2019-129 du 22 mai 2019, point 27

⁹ Voir la déclaration de la Haute Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies lors de l'ouverture de la 41^{ème} session du Conseil des droits de l'homme, 24 juin 2019, la communication n°79/2019 du Comité des droits de l'enfant

¹⁰ Cf ; la déclaration de la Haute Commissaire aux droits de l'homme précitée

¹¹ Voir la décision du Défenseur des droits et l'avis de la CNCDH intitulé « Avis sur les mineurs français retenus dans les camps syriens du 24 septembre 2019 »

¹² CNCDH, Avis du 24 septembre 2019, et plus récemment, Avis sur le rapatriement des mineurs français retenus dans les camps du Nord-Est syrien, 16 décembre 2021 ; voir aussi "Rapatrier les enfants des zones de conflit est une urgence", Déclaration adoptée par la commission le 16 mars 2021, Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

doit assurer au plus vite la protection de tous ses ressortissants mineurs¹³, le moyen pratique et effectif de parvenir à ce résultat étant l'organisation urgente de leur retour par la voie d'opérations de rapatriement¹⁴. De telles démarches supposant que les blocages administratifs, diplomatiques, logistiques induits par ce genre d'actions aient été en amont surmontés, sont l'unique moyen apte à faire cesser les atteintes aux droits fondamentaux des enfants français retenus dans les camps.

Du point de vue des instances de protection des droits de l'homme, l'absence de prise en considération de la condition des enfants ne signifie pas autre chose que le déni de leurs droits fondamentaux, les fondements des obligations étatiques à agir, d'après leur propre lecture, étant aussi clairement identifiables que nombreux. C'est un véritable arsenal d'instruments protecteurs des droits de l'homme qu'elles déterminent, arsenal qui renferme aussi bien les règles du droit international humanitaire¹⁵, que les instruments généraux et spécifiques de protection des droits de l'homme et des enfants. Au premier titre, ces règles proviennent de l'instrument spécifique de protection des droits de l'homme qu'est la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), envisagée dans sa globalité, mais aussi plus spécialement par son article 38 qui rappelle que « les États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants »¹⁶. Elles ont ensuite pour origine les stipulations de l'instrument universel général qu'est le Pacte International relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Ainsi qu'au niveau régional les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), précision apportée que cette dernière fait figure à la fois d'instrument général et d'instrument spécifique de protection de l'enfant et de ses droits puisque bien que le texte ne soit pas centré sur l'enfant¹⁷, la Cour de Strasbourg a, par son interprétation dynamique, développé une jurisprudence conséquente relative à la protection des droits de l'enfant. Pour se faire, elle a mobilisé les dispositions de la CIDE et intégré dans ses raisonnements la notion « d'intérêt

¹³ Voir la résolution adoptée par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe le 31 janvier 2020, n°2321 (2020)

¹⁴ Sur cet aspect, voir : Comité des droits de l'enfant-Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications n° 77/2019, 79/2019 et 109/2019 - Points 2-4 et svts

¹⁵ Qui accordent une protection étendue à l'enfant. En cas de conflit armé, qu'il soit international ou non international, l'enfant bénéficie de la protection générale accordée aux personnes civiles qui ne participent pas aux hostilités, mais étant donnée la vulnérabilité particulière de l'enfant, les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels de 1977 prévoient aussi en sa faveur un régime de protection spéciale.

¹⁶ Ainsi que son protocole relatif aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés

¹⁷ Il n'apparaît en tant que tel que dans certains articles spécifiques.

supérieur de l'enfant », principe cardinal d'interprétation de la Convention internationale posé en son célèbre article 3.1 : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

En conséquence, il semble découler de ces multiples prises de position et du long recensement des dispositions protectrices qu'il existe des normes internationales et européennes solides en faveur du rapatriement des enfants. Ce n'est pas autrement que les choses sont appréciées, en France, par le Défenseur des droits et la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDDH). Ces deux organes non juridictionnels nationaux, chacun par des argumentaires forts, particulièrement motivés et détaillés, insiste sur l'inconfort de la position française à ne pas rapatrier, sur la procrastination de l'État à s'emparer du traitement de la situation des enfants¹⁸. Le premier, dès 2019, a souligné les « atteintes caractérisées » portées par la France aux droits des enfants en les maintenant dans les camps syriens et a égrené l'interminable liste des droits des enfants qu'il estime bafoués¹⁹. Énumération dans laquelle sont cités des droits substantiels essentiels, tels le droit à la vie (art 2 CESDHLF et art 6 PIDCP) et/ ou le droit à la survie et au développement (art 6 de la CIDE), le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants (art 3 de la CESDHLF et 7 du PIDCP), le droit à être protégés contre toute forme de violence (art 19 de la CIDE), le droit de ne pas être détenus arbitrairement (art 5 CESDHLF et art 9 PIDCP) et enfin le droit à ce que l'accès à son propre pays ne saurait être interdit (art 10 de la CIDE, art 3 du Prot. n° 4 à la CESDHLF, art 12 PIDCP). La CNCDDH quant à elle, toujours en 2019, a asséné, s'appuyant sur la circonstance qu'à l'époque la majorité des enfants français en Syrie avait moins de cinq ans, que le rapatriement des enfants était « une exigence d'ordre humanitaire »²⁰.

De l'extérieur, on ne peut que souligner le décalage entre la position de l'État français qui, en ne proposant que des réponses isolées et sporadiques au retour des enfants sur le sol français, prouve qu'il est resté sourd à ces exhortations, qu'il apprécie souverainement le contenu et la portée de ses obligations et ce concert critique unanime insistant sur la grande

¹⁸ La Défenseure des droits a repris ces arguments devant le Comité international des droits de l'enfant, cf la décision 2021-201 du 23 juillet 2021 relative à une tierce-intervention devant le Comité des droits de l'enfant des Nations unies portant des observations sur la situation des enfants français retenus dans les camps au nord-est de la Syrie

¹⁹ Décision du Défenseur des droits n°2019-129 du 22 mai 2019

²⁰ Point 6 de l'avis précité du mois de septembre 2019

vulnérabilité d'enfants retenus dans ces camps, souvent très jeunes, vivant dans des conditions déplorables subissant la malnutrition, le manque d'hygiène, l'absence de soins médicaux et psychologiques. Toutes ces instances insistent sur les besoins particuliers des petits et grands enfants, insistent sur l'existence d'obligations juridiques à agir pesant sur la France.

Il ressort de l'évidence que ces trois instruments internationaux et européens sont essentiels par leur contenu en ce qu'ils permettent et garantissent des droits aux enfants. Comment dans ces conditions expliquer qu'en dépit de la puissance attachée à la protection de ceux-ci et plus généralement aux droits de l'homme, ces derniers semblent remisés, si ce n'est en posant une question à la simplicité redoutable : s'appliquent-ils en dehors du territoire des États signataires ? Car la bataille se joue sur le terrain du droit. Tout ici est question de perception et d'interprétation des textes quand bien même il s'agirait de la protection des plus vulnérables. La bataille est juridique bien que, comme on le verra par la suite, imprégnée de considérations qui se font également politiques. Elle s'exprime thèse contre thèse, le point central de cette opposition étant la question épineuse de savoir si les instruments juridiques cités (la CIDE, le PIDCP, la CESDHLF) sont ici, pour cette interrogation précise et totalement inédite posée aux démocraties, applicables. Autrement dit, les enfants français de Syrie retenus dans les camps sont-ils « sous la juridiction » française, condition *sine qua non* à la naissance d'obligations pour les États formulée aux articles 2 de la CIDE²¹ et 1er la CESDHLF²² ? L'interrogation est cruciale parce que le sens de la notion de *jurisdiction* prête à discussion et que le lien de nationalité à lui seul, en l'état de la jurisprudence européenne, ne suffit pas à justifier l'extraterritorialité de la Convention²³. Ce sens conditionne largement le champ d'application de la Convention. La formule « sous la juridiction » ne semble pas faire du territoire étatique le critère déterminant de l'applicabilité de la Convention, pourtant il est acquis que la juridiction d'un État, au sens de l'article 1^{er} de la CESDHLF est principalement territoriale et indubitablement, ce critère territorial n'est, ici pas rempli. Mais l'interprétation

²¹ L'article 2 stipule que « Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation ».

²² Conv. EDH, 4 nov. 1950, art. 1. – Obligation de respecter les droits de l'homme : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. ».

²³ Pour des développements précis sur ce point voir, L. Robert, « Enfants de djihadistes retenus en Syrie : vers une obligation de rapatriement en droit européen des droits de l'homme ? » *Rev.trim. dh.h* 2019 p786

de ce critère connaît des assouplissements. Par plusieurs arrêts de référence²⁴, la jurisprudence strasbourgeoise considère « qu'un certain nombre de circonstances exceptionnelles » sont « susceptibles d'emporter exercice par l'État contractant de sa juridiction à l'extérieur de ses propres frontières »²⁵ et « dans chaque cas, c'est au regard des faits particuliers de la cause qu'il faut apprécier l'existence de pareilles circonstances ». Ainsi comme l'explique en détail le « Guide sur l'article 1^{er} de la Convention » ainsi que le « Guide pratique sur la recevabilité », la juridiction d'un État contractant « peut s'étendre aux actes de ses organes qui déploient leurs effets en dehors de son territoire »²⁶ et « le titre de juridiction d'un État en dehors de ses frontières peut être constitué principalement de deux manières : a. soit en raison du pouvoir (ou du contrôle) effectivement exercé sur la personne de l'intéressé ; b. soit en raison du contrôle effectivement exercé sur le territoire étranger en question »²⁷. La conclusion : « Les États peuvent être tenus pour responsables des actes émanant de leurs autorités accomplis ou déployant leurs effets en dehors du territoire national »²⁸.

Ce n'est, à l'évidence, qu'en cas de réponse positive à cette question, les enfants français sont bien placés sous la juridiction de la France²⁹, que se pose ensuite celle de savoir si le

²⁴ CEDH 8 juill. 2004, n° 48787/99, *Ilascu c/ Moldova* CEDH 7 juill. 2011, n° 55721/07, *Al Skeini et a. c/ Royaume-Uni*, CEDH 16 juin 2015, n° 40167/06, *Sargsyan c/ Azerbaïdjan*, CEDH 23 févr. 2016, n° 11138/10, *Mozer c/ République de Moldova et Russie*

²⁵ Guide sur l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme -Obligation de respecter les droits de l'homme – Notions de « juridiction » et d'imputabilité, point 29

²⁶ Ibid

²⁷ Guide sur l'article 1 de la Convention, point 30

²⁸ Guide pratique sur la recevabilité, point 93

²⁹ Les arguments développés en faveur de l'application extraterritoriale de la Convention sont particulièrement détaillés par la CNCDH dans son avis précité de 2019 et par le Défenseur des Droits dans sa décision de mai 2019. Celui-ci soutient que « l'influence militaire et politique » exercée par la France dans cette zone de Syrie est indiscutable (points 16 et 17 extrêmement motivés) et suffit à entraîner l'obligation pour la France d'assurer hors de ses frontières le respect des droits et libertés garantis par la Convention. La CNCDH semble quant à elle avancer une argumentation originale en faveur de « l'effet extraterritorial » de la Convention, constitué lorsque des actes d'État « déploient leurs effets en dehors de son territoire », même si dans un second temps, afin de prouver le réalisme de l'hypothèse de l'applicabilité de la Convention, elle montre « qu'un certain nombre d'indices révélerait le contrôle effectif des autorités françaises sur ses ressortissants présents au sein des camps » (application extraterritoriale de la Convention), indices tels les « relations étroites avec les FDS issues d'un partenariat militaire et diplomatique contre l'EI, l'interdiction ciblée à l'égard des membres des familles des Français retenus dans les camps d'entrer en contact avec ces derniers, le maintien évoqué d'une femme dans un camp sur ordre des autorités françaises contre la décision des autorités kurdes de la libérer pour l'assigner à résidence au sein de sa famille » (point 14). Ainsi, de son point de vue, « le refus de rapatriement relève d'une décision de la France, étant observé que les FDS ont d'ailleurs appelé à plusieurs reprises les États à rapatrier leurs ressortissants. L'impossibilité pour les ressortissants français de rentrer sur le territoire national est la conséquence d'une décision des autorités françaises, et non des FDS » (point 14).

Voir dans le même sens, l'Intervention de la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe en qualité de tierce partie devant la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 36, paragraphe 3, de la Convention européenne des droits de l'homme Requêtes no 24384/19 et 44234/20, H.F. et M.F. c. France et J.D. et A.D. c. France, plus spécifiquement le point 16

contenu des instruments protecteurs des droits de l'Homme a été respecté. Au sein de ces instruments, la Convention européenne parce qu'il existe une juridiction, la Cour européenne des droits de l'homme, chargée de veiller à l'application des dispositions du traité et capable d'imposer à l'État français des décisions contraignantes constatant la méconnaissance des règles de droit se distingue ; ce qui ne minore aucunement la portée des prises de position des autres instances (Comité international des droits de l'enfant, Comité international des droits de l'homme) qui, lorsqu'elles sont « critiques » peuvent être de véritables dénonciations de comportements étatiques problématiques et peuvent amener les États à se justifier vis-à-vis des autres États comme de l'opinion publique.

La France est-elle en la matière liée par des règles de droit ? Risque-t-elle d'être condamnée pour violation des textes protecteurs des droits de l'homme ? La réponse à la question de savoir s'il existe en droit européen et/ou international des droits de l'homme une obligation de rapatriement des enfants de *djihadistes* est, au contraire, de ce que défend la France très ouverte. Celle-ci répond catégoriquement négativement à la question en refusant de se voir imposer l'exterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention internationale des droits de l'enfant³⁰.

On le sait, parce que l'affaire est fortement médiatisée, la Cour européenne a été saisie d'une requête contre la France par deux groupes de grands-parents souhaitant l'extraction de leurs petits-enfants et de leurs mères (leurs propres filles). Après avoir accepté dans un premier temps d'examiner la recevabilité de celle-ci et après avoir demandé à la France d'expliquer sa

³⁰ La position défendue dans différentes occasions par le pouvoir exécutif français est fermement posée : c'est celle de la non-extraterritorialité de la Convention internationale des droits de l'enfant et de la Convention européenne pour ce cas précis. Elle a été exprimée, en défense devant le juge administratif en avril 2019, en réponse à des questions formulées par des parlementaires (Voir, Situation des enfants actuellement détenus dans des camps au Kurdistan syrien 15^e législature, Question écrite n° 10146 de M. Patrice Joly (Nièvre - SOCR) publiée dans le JO Sénat du 25/04/2019 - page 2214), en réponse aux demandes faites par le Défenseur des droits et de la CNCDH et bien évidemment reprise lors de l'audience publique devant la Cour européenne des droits de l'Homme en novembre 2021 et dans les observations faites devant le Comité des droits de l'Enfant. Appelé au respect des obligations posées par les Conventions précitées, le Gouvernement oppose systématiquement la même objection : le titre de juridiction fondé sur le « contrôle effectif » d'un territoire n'est ici pas constitué. Les ressortissants mineurs français retenus dans les camps du Rojava ne relèvent pas de la "Juridiction" de la France, car l'administration de la zone est entièrement syrienne et l'appartenance de la France à une coalition internationale conduisant à un partenariat opérationnel avec les FDS dans la lutte contre Daech ne suffit pas à inférer de son autorité /pouvoir sur ce territoire. Aussi le ministère des Affaires étrangères, dans ces écritures en défense devant le Conseil d'État en avril 2019, assénait, ce soutien ne « remplit aucunement les critères dégagés par la jurisprudence » européenne pour caractériser l'exercice d'une juridiction au sens de l'article 1^{er} : à savoir, selon J.-A. Carrillo-Salcedo « si, au moment des faits, cet État exerce sur un autre territoire son autorité ou un contrôle effectif, soit directement par le biais de ses forces armées, soit indirectement par le biais d'agents sur place, ou par le biais d'une administration locale subordonnée », « Article 1 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme* : Economica, 2e éd., 1999, p. 136

position à travers la formulation de différentes questions³¹, l'audience publique retransmise sur le site de la Cour statuant dans sa formation de grande chambre, permettant d'entendre les arguments des différentes parties, s'est tenue, plus de deux ans après du dépôt du recours, le 29 novembre 2021³². Il s'agit désormais pour la Cour de statuer sur la recevabilité et le fond de deux requêtes mettant en cause la France dans sa gestion des retours. À ce jour la décision n'a pas été rendue.

Ce contentieux vient de connaître toutefois un développement supplémentaire puisque le 23 février 2022, le Comité des droits de l'enfant, saisi de plusieurs communications individuelles, à savoir de trois requêtes déposées par des Français dont les petits-enfants, nièces et neveux sont actuellement détenus dans les camps syriens (plus précisément les trois requêtes concernent 49 enfants français dont certains entre temps étaient rentrés en France) qu'il avait déclarées précédemment recevables en concluant « que les enfants faisant l'objet des présentes communications relèvent effectivement de la juridiction de l'État partie »³³ a rendu ses constatations, au demeurant très sévères à l'égard de la France³⁴. Au terme d'une longue décision reprenant les arguments des deux parties en présence et notamment les éléments en défense de l'État français, le Comité a « noté » que si « l'État partie ne nie pas les conditions de vie dans les camps telles qu'elles sont décrites par les auteurs et le tiers intervenant », « À la lumière de tout ce qui précède », il « estime qu'il existe des informations suffisantes permettant d'établir que les conditions de détention représentent une menace imminente et prévisible pour la vie des enfants victimes et que le manquement de l'État partie à les protéger constitue une violation de l'article 6³⁵ de la Convention » (point 6-7)³⁶. Il a par ailleurs estimé « qu'il y a suffisamment de preuves pour établir que la détention prolongée des enfants victimes dans les conditions décrites dans les camps, y compris en particulier l'absence de soins de santé, de nourriture, d'eau et d'installations sanitaires ainsi que d'éducation, a un impact sur leur

³¹ Communiqué de la Cour en date du 10 février 2020

³² La retransmission de cette audience est accessible sur le site de la Cour sur le lien suivant : https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=2438419_29092021&language=fr&c=fr&py=2021

³³ Le 30 septembre 2020, 85^{ème} session, et le 4 février 2021, 86^{ème} session, le Comité a examiné la recevabilité des trois communications et les a considérées recevables dans la mesure où elles soulevaient des questions concernant les articles 2, 3, 6, 19, 20, 24 et 37 de la Convention. Le Comité a conclu que les enfants faisant l'objet des présentes communications relèvent effectivement de la juridiction de l'État partie.

³⁴ Comité des droits de l'enfant-Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications n° 77/2019, 79/2019 et 109/2019

³⁵ Article 6 1. Les États parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie ; 2. Les États parties assurent dans toute la mesure possible la survie et le développement de l'enfant.

³⁶ Constatations adoptées par le Comité au titre du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications, concernant les communications numéros 77/2019, 79/2019 et 109/2019

développement et constitue des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en violation de l'article 37 (a) de la Convention » (point 6-8)³⁷. Ceci pour conclure sur ce point que, contrairement à ce qu'avance le Gouvernement qui estimait qu'on ne pouvait lui imposer d'obligation de rapatriement, « l'État partie a l'obligation positive de protéger ces enfants contre un risque imminent de violation de leur droit à la vie, ainsi que contre une violation effective de leur droit de ne pas être soumis aux traitements cruels, inhumains ou dégradants » (point 6-9). Enfin, le Comité a jugé que, d'après ses propres positions « l'inaction ou le défaut d'action et les omissions constituent aussi des décisions » et qu'en l'espèce « l'État partie n'a pas démontré avoir dûment tenu compte de l'intérêt supérieur des enfants victimes lorsqu'il a évalué les demandes de rapatriement des auteurs, ce qui constitue une violation de l'article 3 de la Convention » (Points 6-10 et 6-11).

Nul doute que ces constatations pèseront dans la future décision strasbourgeoise, si l'on ne peut mesurer leur influence sur les juges, on peut au minimum deviner qu'elles seront un des éléments d'appréciation pris en compte, aussi bien pour l'examen de la recevabilité de la requête et de l'appréciation, ici, de l'extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme (sachant que la Cour peut, en théorie, apprécier différemment lesdits critères) que pour l'examen au fond des requêtes. Nul doute non plus que la future décision strasbourgeoise sera à tous les égards une décision importante. Elle marquera l'histoire de la juridiction par les enjeux qu'elle symbolise, elle marquera l'histoire de la protection des droits de l'homme. Enfin, elle trouvera sa place au sein des décisions relatives à l'appréhension des critères de l'application extraterritoriale de la Convention et répondra à la question de savoir si, comme le demandent les requérants, la Cour fera évoluer pour l'occasion sa propre jurisprudence.

La décision rendue sera un arrêt de référence. Ceci, paradoxalement, quel que soit le sens de la décision prise. Elle signifiera recul ou progression des droits des enfants, elle sera diversement appréciée, encensée ou critiquée, mais dans tous les cas de figure, elle ne fera que souligner un peu plus l'insuffisance et les faiblesses de notre propre système national de protection des droits et libertés, car si la réponse strasbourgeoise est à ce point attendue (et pour les instances de protection des droits de l'homme nationales et internationales espérée positive), c'est parce que la gestion du retour des enfants a trouvé sur le plan français ses limites et que l'on peut augurer que la position de nos autorités restera dans les mémoires comme

³⁷ Article 37 : Les États parties veillent à ce que : Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans

l'illustration de la faillite de la France à protéger les enfants et l'illustration de réponses sécuritaires prévalant sur l'exercice des droits, réponses censées répondre aux menaces de leur temps.

Cet *épisode*, et la difficulté à le résoudre, ne sont pas en effet pas autre chose qu'une illustration supplémentaire de la tension désormais pérenne entre respect des droits fondamentaux des personnes, y compris des plus vulnérables, et l'approche étatique souveraine sécuritaire liée à la lutte contre le terrorisme. Cette tension est ici poussée à l'extrême puisqu'en s'appuyant sur une certaine lecture, revendiquée à de nombreuses reprises, des instruments utiles, l'approche française conduit à repousser au loin les textes internationaux protecteurs des droits de l'homme. Dans de telles conditions, ce « vide juridique » peut-il être comblé par notre droit national ? Quel est ici le rôle du juge interne ? Et d'ailleurs, de quel juge s'agit-il ? Quelles sont les normes applicables ? Que disent et quelle est la portée des normes protectrices notamment constitutionnelles ? Les enfants dont il est question possèdent avec la France un lien spécial, un lien de nationalité. La France peut-elle nier leur existence ? Par des ordonnances d'avril 2019, le juge des référés du Conseil d'État a considéré que la décision de refus de rapatrier les enfants était un acte de gouvernement dont il ne pouvait connaître, soulignant par la même l'injusticiabilité de leurs droits fondamentaux, aspects sur lesquels ces développements reviendront. Est-ce à dire que nulle limite ne pèse sur l'action française ? Que les pouvoirs publics ne sont tenus par rien ? Comment saisir l'enlisement de la gestion de la situation des enfants français de Syrie alors même que le Conseil constitutionnel par une décision remarquée a consacré la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant comme exigence constitutionnelle ?³⁸ Comment comprendre que l'enfant soit objet du droit, titulaire de droits subjectifs et qu'il ne puisse sans prévaloir ? En quoi le traitement de la situation des enfants français de Syrie se distingue-t-il de l'approche que l'État français peut avoir vis-à-vis d'autres enfants ? Qu'est-ce qui peut légitimer ou expliquer ce traitement différencié ? Comment décrire et analyser la gestion française des retours ? Dans quel cadre juridique se place-t-elle ? L'intérêt constitutionnel de l'enfant est-il pris en compte ? Si oui, de quelle façon ? Comment dissocier le traitement de la situation des enfants de celle des parents ? En quoi est-il perceptible que les liens de l'enfant avec ses parents sont un obstacle à la pleine reconnaissance de ses droits ?

³⁸Décision 2018-768 QPC - 21 mars 2019 - M. Adama S. (Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge)

Il s'agit dans les lignes qui vont suivre de s'éloigner de l'étude de la protection permise ou non par les textes internationaux, de volontairement les tenir à distance, de se glisser dans les interstices de la gestion par la France des retours des enfants de Daech, de mettre en lumière des aspects souvent peu éclairés ou analysés, les regards étant tous dirigés vers Strasbourg. Il s'agit *in fine* d'identifier les ressorts juridiques ou a-juridiques de la position française. Dans un premier temps, en s'attachant à vérifier quelle peut être la portée de la norme protectrice qu'est la Constitution, il sera possible d'affirmer que l'intérêt supérieur de l'enfant est reconnu par l'administration française, mais de façon très mesurée (I). Dans un second temps, en s'attachant à l'objet de la protection, l'enfant, il sera possible de montrer que sa filiation particulière engendre, du point de vue des pouvoirs publics, de redoutables conséquences (II).

I/ La mise à distance de l'intérêt supérieur constitutionnel de l'enfant

Au frontispice des droits fondamentaux de l'enfant se trouve en majesté la prise en compte de son intérêt supérieur. S'agissant de la thématique du retour des enfants français de Syrie, cet intérêt supérieur alterne entre présence et absence, hésite à s'imposer en fonction de fondement sur lequel il s'appuie. Sous l'angle de l'action administrative et de sa justification, il est pris en compte bien que très strictement appréhendé ; pris en compte parce que, et ce rapprochement est implicite, constitutionnalisé depuis peu (A). Or, cet appel aux garanties de la Constitution pour protéger l'enfant français risque d'apparaître à bien des égards illusoire et sans effet. L'utilisation de la théorie de l'acte de gouvernement par le juge administratif, qui a pour effet de conférer à la décision administrative de refus de rapatriement des enfants une immunité contentieuse, conduit à neutraliser la portée protectrice de la Constitution. Solution contentieuse qui autorise néanmoins à se demander si la norme fondamentale peut venir au secours des droits des enfants, si elle est dans ce cas d'espèce violée (B).

A / L'intérêt de l'enfant strictement apprécié par l'autorité administrative

La ligne suivie par le Gouvernement est celle de l'organisation du retour des mineurs au « cas par cas », on doit y voir, au-delà de l'argument des difficultés pratiques et matérielles à organiser les retours, une forme de manifestation de la souveraineté étatique, car si la France

rapatrie ses enfants « au regard des critères qu'elle a souverainement adoptés »³⁹, c'est parce qu'elle considère qu'il s'agit davantage d'une faculté humanitaire - qu'elle apprécie dès lors en toute liberté - que d'une contrainte réellement juridique. D'après sa propre lecture, si obligation il y a, celle-ci reste très circonscrite (2). Cette gestion *sélective* des retours peut être identifiée grâce aux propos des ministres tenus lors de discours, des réponses faites à des questions de parlementaires, mais elle est visible surtout au travers des arguments développés en défense, par les représentants de l'État français, devant les diverses juridictions et instances saisies (1).

1/ Une politique sélective d'organisation du rapatriement des enfants

L'approche française mise en place depuis maintenant plusieurs années est une politique de retour des enfants « au cas par cas ». Des évolutions sont perceptibles et éclairées par la presse quant à la ligne désormais suivie par l'exécutif : à la mise en œuvre d'une doctrine étatique systématique des retours un temps envisagée a succédé une gestion des rapatriements ne visant que certains enfants. La presse en avril 2019 a en effet fait état d'un changement radical de gestion de la question en évoquant le projet antérieur, et donc abandonné, d'une planification d'un retour massif des djihadistes partis en Syrie. Opération globale visant à assurer le retour de 250 Français prisonniers ou retenus, dont 150 enfants et 63 femmes⁴⁰ et suspendue « par crainte de réaction de l'opinion publique »⁴¹. Depuis, le retour collectif des Français de Syrie n'est plus à l'ordre du jour. Certes, Nicole Belloubet, garde des Sceaux, avait évoqué, au mois de janvier 2019, par voie de presse toujours, la possibilité du rapatriement de 150 Français, car avait-elle précisé : « Nous avons fait un choix, qui est celui de la préférence du contrôle et donc du rapatriement en France »⁴². Mais la suite montre que cette déclaration insistant sur le processus de *judiciarisation* des personnes liées à DAECH n'a par la suite avoir été suivie d'effet. La rupture d'approche de la gestion des djihadistes peut être datée à la fin du mois de février 2019, les Président de la République et le Gouvernement ayant changé d'attitude sans que des explications soient davantage fournies.

La France depuis cette période a considérablement ralenti le rythme des rapatriements et décide désormais au « cas par cas »⁴³. Ce revirement tranche incontestablement avec

³⁹ CNCDH, avis de 2019 précité, point 12

⁴⁰ La Voix du Nord | Publié le 05/04/2019. « Selon des documents consultés par l'AFP, le Gouvernement avait bien envisagé un massif des djihadistes partis en Syrie, avant d'y renoncer ».

⁴¹ Libération, 4 avr. 2019. « État islamique : un rapatriement programmé, préparé, mais gelé »

⁴² Libération, 11 janvier 2020, « Enfants de djihadistes français : le rapatriement, seule solution pour Belloubet »

⁴³ APCE –Rapport précité, point 34

l'approche antérieure montrant que les services de l'État par le biais de l'instruction, au titre révélateur, du 1^{er} ministre datée du 28 février 2018⁴⁴ « relative à la prise en charge des mineurs à leur retour de zone d'opérations de groupements terroristes » avaient anticipé les retours en prévoyant des solutions et dispositifs adaptés au traitement de la situation des mineurs concernés⁴⁵.

En définitive, le retour n'a concerné jusqu'à aujourd'hui qu'un faible nombre d'enfants : 35 très exactement⁴⁶. Ce ne sont que certains mineurs, principalement les « orphelins ou isolés particulièrement vulnérables » pour reprendre les mots du ministre de l'Europe et des Affaires étrangères⁴⁷ (les deux tiers), ou des enfants, avec l'accord de leur mère, qui en ont bénéficié (le tiers restant)⁴⁸. Cette solution du retour axé sur la situation individuelle et spécifique de l'enfant se vérifie aussi par la pratique, par le fait que les opérations de retour sont très ponctuelles⁴⁹. Elles se sont encore davantage raréfiées depuis la pandémie ; la France n'ayant pas organisé de retours depuis plus d'un an.

⁴⁴ Instruction du Premier ministre du 23 février 2018 relative à la prise en charge des mineurs à leur retour de zone d'opérations de groupements terroristes
http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2018/03/cir_43128.pdf

⁴⁵ Dont le résumé de présentation est le suivant : « L'instruction organise la prise en charge des mineurs à leur retour de zone irako-syrienne sur le territoire par voie aérienne, maritime ou terrestre, y compris clandestinement, et prévoit un accompagnement spécifique adapté à leur âge et à leur situation individuelle. Le dispositif s'appuie largement sur le droit commun, permettant de mobiliser l'ensemble des services de l'État sur cette problématique, d'améliorer leur coordination avec les conseils départementaux chargés de la prise en charge de ces enfants en protection de l'enfance, de préciser l'articulation des différents dispositifs juridiques existants afin d'assurer l'accompagnement le plus adapté à la situation et au statut de ces mineurs. L'instruction précise les modalités de prise en charge de ces enfants mineurs à leur retour en France notamment les dispositions prévues en matière de bilan tant somatique que médico-psychologique, ainsi que le dispositif de suivi notamment psychothérapeutique qui pourrait être nécessaire, de scolarisation, les modalités de prise en charge des parents, la formation des professionnels chargés de l'accompagnement, les modalités de coordination du dispositif et de partage des informations et enfin les orientations prises en matière d'évaluation et de suivi de ce dispositif. Un comité de suivi du dispositif est installé sous le pilotage du ministère de la Justice et du ministère des Solidarités et de la Santé dont le secrétariat est assuré par le secrétariat général du comité interministériel de prévention de la délinquance et de la radicalisation ».

<http://circulaires.legifrance.gouv.fr/index.php?action=afficherCirculaire&hit=1&retourAccueil=1&r=43128>

⁴⁶ D'après l'intervention de la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe en qualité de tierce partie devant la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 36, paragraphe 3, de la Convention européenne des droits de l'homme Requêtes no 24384/19 et 44234/20 H.F. et M.F. c. France et J.D. et A.D. c. France

⁴⁷ Situation des enfants actuellement détenus dans des camps au Kurdistan syrien -15^e législature - Question écrite n° 10146 de M. Patrice Joly - JO Sénat du 25/04/2019 - page 2214

⁴⁸ Voir le site de France inter, 11 juin 2019,

<https://www.franceinter.fr/justice/la-france-rapatrie-12-enfants-de-djihadistes-francais-depuis-le-kurdistan-syrien-choisis-au-cas-par-cas>

⁴⁹ Voir pour le retour de 9 enfants,

<https://www.franceinter.fr/justice/retour-en-france-de-neuf-enfants-de-djihadistes-dont-des-neveux-et-nieces-des-freres-clain>

Les considérations mises en avant par la France pour justifier sa position sont humanitaires : les orphelins ou les enfants isolés ont droit à ce que la France organise leur retour parce que livrés à eux-mêmes, sans adultes pour veiller sur eux, sans protection familiale. De plus, une fois, le pied posé sur le sol français, il est de leur intérêt et de leur équilibre de connaître ou de retrouver le reste de la famille française au nom d'un principe informel de réunification, de reconstitution des liens familiaux (que ce soit avec des grands-parents, avec des oncles ou tantes).

Mais qu'en est-il des enfants qui vivent avec leur mère dans les camps ? À leur égard, les pouvoirs publics français dissocient leur approche. Des considérations, qui ne sont plus ici humanitaires, influent de façon certaine sur le sort des enfants choisis et rapatriés : ne sont visés que les enfants orphelins, isolés, ou ceux dont la mère accepte de se séparer et reste, elle, en Syrie. Ce n'est que très exceptionnellement que la presse a pu relater des hypothèses de « retour conjoint », selon les termes consacrés, mère et enfant⁵⁰. On peut légitimement s'étonner du caractère discriminatoire du traitement fait par la France aux enfants⁵¹. En ne rapatriant que certains d'entre eux, les enfants orphelins, isolés ou des cas particuliers, elle laisse de côté les enfants présents en Syrie au côté de leur mère et ne fait que souligner que le traitement de la situation des enfants dépend totalement de la solution que l'on veut bien donner à celui des mères, point sur lequel il conviendra de revenir. Elles constituent un obstacle au retour.

Cependant, il faut admettre que cette description aussi exacte soit elle ne permet pas d'embrasser tous les aspects de cette gestion. Une présentation à décharge des caractères et modalités de cette gestion oblige à préciser que cette politique casuelle et conditionnelle du retour des enfants s'explique aussi en grande partie par la réalité du contexte local, « le Nord-est syrien est (étant) toujours une zone de guerre »⁵². Compte tenu de cet environnement spécifique, les pouvoirs publics, afin de pouvoir agir, doivent surmonter plusieurs obstacles. Obstacles qui rendent la question du retour des enfants compliquée⁵³. La première difficulté pratique est celle pour l'État français d'identifier un interlocuteur. La Syrie, l'Irak, les Kurdes ? Quelles sont ensuite les actions à privilégier ? Les pouvoirs publics favorisent la protection

⁵⁰Le parisien, « Djihadistes rapatriés en France : quatre Françaises et leurs enfants sur le retour », 12 nov. 2019

⁵¹ Voir en ce sens, la question publiée dans le JO Sénat du 14/11/2019 - page 5695

M. Sébastien Meurant interroge M. le ministre de l'Europe et des Affaires étrangères au sujet de la gestion et du possible rapatriement des djihadistes français détenus par les Kurdes

⁵² Réponse du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères (MEAE) à la question écrite n° 10146 précitée
Publiée dans le JO Sénat du 24/10/2019 - page 5402

⁵³ A titre d'exemple, voir CNCDH avis de 2019, Point 17

consulaire lorsqu'elle peut être assurée⁵⁴. Il sera noté toutefois que le discours officiel sur ce point est assez ambigu puisqu'il a été à plusieurs reprises affirmé que celle-ci était impossible à accorder faute de représentation sur place, cet argument ayant été réitéré avec vigueur par l'État français lors de l'audience devant la Cour européenne le 29 septembre 2021.

L'admission à la protection consulaire est une mesure rare qui possède une finalité humanitaire que l'on voit ici s'exprimer s'agissant d'enfants ; son obtention est souhaitée, nous disent les avocats des affaires médiatisées, sans succès par un certain nombre de mères réclamant leur retour en France. Par ailleurs, elle tend à poursuivre dans ce cas précis un but supplémentaire puisque les autorités consulaires françaises vont être en situation de transmettre au parquet de Paris, en amont du retour, les renseignements utiles sur l'état notamment psychologique des enfants, de façon à ce que leur prise en charge soit adaptée leurs besoins⁵⁵. À cela s'ajoute un travail complexe et nécessaire d'identification et de localisation précise des enfants en situation d'être rapatrié⁵⁶. Sur le premier point se pose la question particulièrement épineuse de la preuve de l'identité et de la nationalité des enfants nés sur zone de mère ou de père français ; les enfants concernés se trouvant en situation de précarité juridique parce que n'ayant pu obtenir leur enregistrement à l'état civil dans des zones anciennement contrôlées par l'opposition syrienne ou parce qu'ils ne disposent pas de documents d'identité. Ce travail d'enregistrement par un État de ses ressortissants nés sur place est le préalable indispensable et incontournable au rapatriement, préalable supposant une volonté étatique dénuée de toute arrière-pensée⁵⁷.

Toutefois, c'est dans le contexte particulier qui vient d'être décrit que la presse et les instances protectrices des droits de l'homme ont relayé les appels des Kurdes faits aux États à organiser le retour de leurs ressortissants⁵⁸.

⁵⁴ Voir en ce sens la réponse ministère de l'Europe et des Affaires étrangères précitée

⁵⁵ Comme le préconise l'instruction du Premier ministre du 23 février 2018 précitée

⁵⁶ Comme l'a remarqué le Comité des droits de l'enfant dans ses constatations contre la France citées en introduction (Point 6-4)

⁵⁷ En effet, comme certains enquêteurs de l'Onu en mission en Syrie ont pu le remarquer, et le critiquer, certaines autorités gouvernementales (indéterminées) rechignent à reconnaître les documents fournis par les groupes armés locaux et parviennent ainsi à déjouer l'enregistrement de leurs enfants nés sur zone.

<https://news.un.org/fr/audio/2020/01/1059992>

⁵⁸ Voir par exemple les constatations précitées du Comité des droits de l'enfant, Point 6-4

2/Le rapatriement envisagé par l'État français comme une faculté davantage qu'une obligation

Pour justifier cette affirmation, une contextualisation est indispensable et oblige à ce que soit décrite la position des juges ordinaires internes confrontés à cette thématique. Elle permettra en effet *en creux* de cerner et de qualifier le (ou les) fondement(s) de l'action française de rapatriement, l'évocation de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant ayant été faite, comme on le verra, à plusieurs reprises.

Sur le plan strictement contentieux, le juge administratif, puis le juge judiciaire⁵⁹, chacun à leur façon, ont apporté des éléments de réponse déterminants à la question du retour des enfants ; avec cette précision que seule la position du juge administratif apporte un éclairage décisif et sans appel quant à l'application des textes supranationaux protecteurs des droits de l'homme.

Le juge administratif indirectement, mais incontestablement, a pris, en effet, position en défaveur de l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme comme moyen de faire cesser les atteintes aux droits des enfants français de Syrie. Il a *a fortiori* fermé la porte à la compétence de la Cour de Strasbourg. En effet, le Conseil d'État, en appel, comme juge des référés, par plusieurs ordonnances du 23 avril 2019⁶⁰ a jugé qu'il était incompétent à connaître des demandes de rapatriement faites par des femmes françaises de djihadistes détenues avec leurs enfants, dans les camps du nord-est de la Syrie ; confirmant la position précédente du Tribunal administratif de Paris⁶¹. Le juge des référés a estimé que les réponses à ces demandes constituaient des « actes de gouvernement », car le rapatriement induirait « l'engagement de négociations avec des autorités étrangères » (en l'espèce les autorités kurdes), négociations qui « relèvent de la conduite des relations internationales de la France » et, que lui, n'a pas compétence à connaître « des mesures en cause qui ne sont pas détachables de la conduite des relations internationales de la France ».

L'utilisation de la théorie jurisprudentielle des actes de gouvernement, par ses effets redoutables, a donc mis un point final, dès 2019, aux velléités du retour des nationaux. Elle fait

⁵⁹ Le Tribunal judiciaire de Paris dans un jugement du 12 mars 2020 a de la même façon confirmé son incompétence à statuer sur une demande de rapatriement. Appelée à constater une voie de fait, il juge qu'une telle mesure n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France et échappe *par nature* à la compétence des juridictions internes », ajoutant même son contenu se rapporte à des « actes exprimant le choix de politique étrangère d'un État ». N° RG 20/51405 - N° P o r t a l i s 352J-W-B7D-CRH WO

⁶⁰ CE, ord. Référé, 23 avr. 2019, n° 429668, 429669, 429674, 429701

⁶¹ TA Paris, ord. Référé, 9 avr. 2019

écran à l'application des droits fondamentaux. Peu importe en effet, de savoir si l'utilisation de la théorie est ici orthodoxe ou non, seul le résultat compte : le déni de justice et des droits fondamentaux qui en découle. De tous les droits fondamentaux, qu'elle que soit leur source, car la portée des ordonnances est aussi, dans la formule conclusive de deux des ordonnances : « Une juridiction n'est pas compétente pour en connaître »⁶². Comme il l'a été commenté, la motivation utilisée (« aucune juridiction ») est allée au-delà de la solution de l'espèce concrète pouvant se résumer en l'absence pour le juge administratif de pouvoir porter un contrôle sur le défaut d'action administrative. En l'occurrence, « cette étrange formulation » permet d'indiquer aux requérantes « que non seulement le juge administratif, mais aussi les Cours européennes, si elles étaient saisies, ne sont pas compétentes pour connaître de leurs demandes de rapatriement »⁶³. En effet, il découle implicitement de la rédaction des ordonnances que les requérantes ne sont pas placées sous la « juridiction » de la France⁶⁴. Ceci se vérifie plus encore chez les premiers juges lorsqu'ils ont cherché à savoir si la France exerçait « un contrôle » sur le territoire nord-est syrien « notamment par la présence d'agents publics ». Est ici clairement identifiable le vocabulaire consacré par les juges (européens comme nationaux) voué à apprécier l'application extraterritoriale de la Convention.

L'ensemble de ces prises de position nationales balaye d'un revers tout argument en faveur d'une obligation de rapatriement par la France et d'un droit au retour des enfants français au nom de la Convention européenne, de la Convention internationale des droits de l'enfant, et même par extension, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, à l'instar des deux autres textes cités, limite son application à la « juridiction » des États parties. Par la force des choses, cette jurisprudence balaye tout autant l'applicabilité de « l'intérêt supérieur de l'enfant », principe cardinal d'interprétation de l'instrument spécifique que constitue la Convention internationale des droits de l'enfant, posé à l'article 3.1. Il en est de même au plan européen, la Cour de Strasbourg exigeant des États qu'ils interprètent leurs obligations « à la lumière » de la Convention internationale des droits de l'enfant⁶⁵.

Pourtant, nonobstant la répudiation des règles protectrices de droits de l'homme, le principe même de la prise en compte de « l'intérêt supérieur de l'enfant » est régulièrement mobilisé par l'exécutif pour expliquer son action : c'est lui qui justifie les retours d'enfants qui

⁶² Affaires n^{os} 429668 et 429669

⁶³ S. Slama, « L'acte de gouvernement à l'épreuve du droit européen », *AJDA* 2019 p.1644

⁶⁴ Par leur truchement, la Haute juridiction répond négativement à la demande de saisine de la Cour européenne pour avis au titre du protocole N^o 16.

⁶⁵ Attitude notamment exprimée dans l'arrêt du 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*

ont été par le passé organisés. Devant la Cour de Justice de la République, comme à de multiples autres reprises⁶⁶, Jean-Yves Le Drian a assuré que ses services étaient "pleinement mobilisés pour que chaque situation soit traitée dans l'intérêt supérieur des enfants". Le discours officiel évoque systématiquement « l'intérêt supérieur de l'enfant », pris en compte, selon lui, pour traiter au mieux chacune des situations individuelles rencontrées⁶⁷. Bien qu'il faille remarquer que jamais la liaison n'est faite dans le discours ministériel entre « l'intérêt supérieur » et les exigences nouvelles de la Constitution, il ressort de l'évidence que cette référence à « l'intérêt de l'enfant » ne puisse provenir par déduction (ou par défaut) que de ce fondement puisqu'il ne peut être celui protégé universellement ou régionalement.

Cependant si l'administration française prend en compte l'intérêt de l'enfant à être rapatrié, elle apprécie totalement souverainement cet intérêt. Ce qui permet une appréciation fort restrictive dans un cadre où seule sa vision prévaut, position qui a également le mérite de sauvegarder les apparences en permettant de ne pas envisager les garanties de la Constitution comme non écrites.

À la vérité, les autorités exécutives ne nient pas leurs obligations constitutionnelles, elles les circonscrivent, les interprètent de façon extrêmement mesurée. Nous en tiendrons pour autre preuve que celle précédemment donnée la réponse faite par le ministre chargé du dossier à une question posée par une sénatrice qui critiquait l'approche française du retour conditionné (notamment à l'accord de leur mère) des enfants et l'impossible rapatriement de la mère : « *dans l'intérêt supérieur des enfants*, le ministère de l'Europe et des affaires étrangères étudie toutes les solutions pouvant potentiellement être mises en œuvre aux fins de rapatrier (...) »⁶⁸. L'obligation de protection des enfants existe. Du point de vue de l'État, l'intérêt de l'enfant est pris en compte. Qu'il ne s'agisse que d'une infime partie des enfants ne pèse pas, la prévalence inavouée d'impératifs étatiques supérieurs neutralisant ceux de la grande majorité d'entre eux questionne sur la solidité de l'approche française.

⁶⁶ Voir la réponse du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères publiée dans le JO Sénat du 07/02/2019 - page 691 à la Question écrite n° 06533 de Mme Cathy Apourceau-Poly (Pas-de-Calais - CRCE) publiée dans le JO Sénat du 09/08/2018 - page 4094

⁶⁷ Propos rapportés par la presse, voir par ex : « Enfants français en Syrie : Le Drian visé par trois plaintes devant la Cour de justice », L'Express (lexpress.fr) https://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/enfants-francais-en-syrie-le-drian-vise-par-trois-plaintes-devant-la-cour-de-justice_2097556.ht

⁶⁸ Réponse du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères précitée (Question écrite n° 06533)

B/ La Constitution comme renfort ?

Le décalage entre la proclamation inédite et récente de « l'intérêt supérieur de l'enfant » comme « exigence constitutionnelle » par la décision QPC du Conseil constitutionnel en date 21 mars 2019, exigence s'imposant au législateur, aux juges et aux autorités administratives et la faible portée de son invocation dans cette hypothèse précise est remarquable : l'immunité juridictionnelle dont bénéficie l'acte de gouvernement ne faisant que souligner que seule l'évaluation par l'administration de la situation de l'enfant compte, nulle forme de contradiction ne peut lui être opposée, nulle forme de sanction à son inaction n'est pour ce cas de figure envisageable.

Pour autant, il semble opportun de vérifier si, en dépit de l'injusticiabilité des droits fondamentaux précédemment décrite ne naîtrait pas de la Constitution ce qui pourrait ressembler à une « obligation » de rapatriement. Plus généralement la Constitution est-elle ici respectée ? Si on accepte l'idée, quels seraient les principes protecteurs invocables à l'appui du retour des enfants ? Quel en serait alors le fondement ? (1) Ensuite, à supposer (ce qui n'arrivera pas, mais l'on ne voudrait pas immédiatement fermer la porte à cette hypothèse) que le Conseil constitutionnel s'exprime, quel pourrait être le contenu de sa position, notamment au regard de sa propre approche de « l'intérêt supérieur » de l'enfant (2) ?

1/A la recherche d'une obligation de rapatriement née de la Constitution

Peut-on se tourner vers la Constitution, charte jurisprudentielle de nos droits et libertés, catalogue fourni de nos droits et libertés fondamentaux, pour identifier la solution, pour trouver une justification au retour ? Celle-ci, interprétée à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle, imposerait-elle à l'État français d'organiser le retour des enfants ? Peut-on affirmer à l'instar du plaidoyer du Défenseur des droits que « le non-rapatriement peut aussi s'avérer être en contradiction avec la Constitution elle-même »⁶⁹ ? Quels sont les éléments permettant d'envisager l'action française à l'aune du texte constitutionnel ?

En premier lieu, on l'a vu, l'immunité juridictionnelle conférée à l'acte de gouvernement ne fait que souligner l'incapacité du juge administratif à sanctionner l'éventuel non-respect de la Constitution. C'est certainement la radicalité de cette solution qui explique que le juge des référés du Tribunal administratif de Paris dans les ordonnances rendues en 2019 ait pris soin, dans la motivation des décisions qu'il rendait, de rappeler à l'Administration que son action -

⁶⁹ Décision du Défenseur des droits n°2019-129 du 22 mai 2019, Point 25

pour être conforme au droit - s'inscrivait dans un cadre circonscrit par certaines exigences...constitutionnelles et que la conjoncture humanitaire ne pouvait être éludée.

Par une longue rédaction susceptible de frapper les esprits, dont la présence ne peut être due au hasard, le premier juge a posé le cadre constitutionnel. Il a affirmé « qu'il incombe à l'État, garant du respect du principe constitutionnel du droit de sauvegarde de la dignité humaine, de veiller à ce que le droit de toute personne à ne pas être soumise à des traitements inhumains ou dégradants soit garanti. Il en est de même pour le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant rappelé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018- 768 QPC du 21 mars 2019. Ces obligations s'imposent à l'État au titre de son devoir général de protection de ses ressortissants sur le territoire français, mais également hors de ses frontières ».

Le juge propose ainsi dans un même ensemble une interprétation très positive, pour ne pas dire constructive de la Constitution. La formulation rappelle d'une part, la nécessité de garantir le droit d'être protégé contre des traitements inhumains et dégradants et d'autre part, celle d'assurer le respect de l'intérêt de l'enfant ; deux exigences en principe disjointes qui sont ici réunies au sein du *devoir de protection* s'imposant à l'État et dont le juge prend soin pour chacune d'entre elles de rappeler l'assise constitutionnelle. Ce « devoir de protection » obligeant l'État français, vise tous ses nationaux, y compris lorsqu'ils se trouvent hors du territoire et il naît de la conjonction de plusieurs dispositions constitutionnelles (Point 4). Par ailleurs, l'allusion au principe constitutionnel de dignité s'inscrit dans la droite ligne de l'ordonnance du Conseil d'État en date du 23 novembre 2015, *Ministre de l'Intérieur, ville de Calais*⁷⁰, dont le principe a été plusieurs reprises par la suite confirmé⁷¹ et dont la portée pratique humanitaire a été, elle, considérable, par laquelle le juge des référés imposait aux autorités publiques, sur le fondement de leur pouvoir de police administrative générale, d'intervenir par la prise de mesures concrètes afin de répondre aux besoins élémentaires des migrants installés illégalement dans les camps calaisiens. Cette ordonnance de 2015 a servi visiblement de source d'inspiration à celle de 2019 bien que les contextes soient différents et que cette dernière ne concerne pas l'exercice du pouvoir de police. Cette approche, à proprement inédite et lourde de conséquences symboliques, n'a pas été expressément reprise par la motivation des ordonnances rendues en appel par le Conseil d'État, mais ce silence rédactionnel ne doit pas être mal interprété. Il a été précisément rapporté par des commentateurs que, lors des débats oraux, le juge du Conseil d'État, en préambule, « a expliqué qu'il tenait pour acquis que les conditions

⁷⁰ N°394540, publié au Lebon

⁷¹Voir par ex la décision du 31 juillet 2017, *Ville de Calais* Nos 412125, 412171, publiée au Lebon

de vie dans les camps de Syrie où les requérants sont détenus étaient de nature à porter une atteinte grave et illégale à leurs droits fondamentaux »⁷² et qu'après avoir entendu les premiers juges relativement à la question des obligations s'imposant à l'État au titre de son devoir général de protection de l'ensemble des nationaux, cet aspect n'a pas fait l'objet de débats plus approfondis, ceux-ci n'ayant pas été jugés nécessaires⁷³.

L'évocation de ce devoir de protection s'adresse directement aux autorités publiques, elles sont censées entendre l'appel à une large protection, car l'ordonnance promet un cadre protecteur de tous les Français, quel que soit l'endroit où ils se trouvent. Ceci en se plaçant sur un plan strictement interne alors qu'en principe la référence au « devoir de protection » de l'État conduit directement à envisager l'application de certaines règles du droit international public puisque ce dernier, dans sa dimension « droit des relations diplomatiques et consulaires », aborde depuis longtemps, par le biais du droit coutumier, la question de la capacité à agir d'un État à l'égard de ses nationaux lorsqu'ils se trouvent à l'étranger. C'est en effet parce qu'il appartient *par principe* à l'État de protéger ses nationaux lorsqu'ils sont victimes de mauvais traitements à l'étranger que certains mécanismes traditionnels offrant la possibilité de concilier indépendance de l'État de résidence et respect des droits fondamentaux des ressortissants de l'étranger existent, telles la protection diplomatique et la protection consulaire. Cette dernière se distingue assez facilement de la protection diplomatique, même si leur but est identique, à savoir assurer la protection des ressortissants se trouvant à l'étranger, car pour pouvoir être exercée la protection diplomatique suppose que l'État de résidence ait violé une obligation internationale ce qui n'est pas exigé pour la protection consulaire et ce qui n'est pas non plus le cas en l'espèce. Mais il faut faire état d'une réserve essentielle : la décision pour l'État d'exercer l'une ou l'autre a, de tout temps, été envisagée comme un droit de l'État et non comme un droit subjectif de l'individu à demander et obtenir une décision positive⁷⁴. L'État est en capacité d'accorder ou non cette protection : il est libre d'exercer sa protection consulaire comme il est libre de moyens auxquels il entend recourir. Cette définition explique que la protection consulaire possède une « nature fondamentalement amiable et administrative »⁷⁵ lui permettant

⁷² J. Mucchielli, « Est-ce que la vie ou la mort de ces enfants peut être conditionnée à un agenda politique ? », Dalloz actualité 08 avril 2019.

⁷³ *ibid*

⁷⁴ Sur les définitions et évolutions possibles, voir M. Ubeda-Saillard, « Les aspects opérationnels de l'exercice de la compétence personnelle à l'égard des nationaux à l'étranger ». In : *Annuaire français de droit international*, volume 55, 2009. pp. 137-171

⁷⁵ M. Ubeda-Saillard, préc. p150

de privilégier les intérêts des ressortissants « en état de détresse » par rapport à la défense des droits de l'État d'origine. C'est précisément cet aspect pleinement administratif de gestion des situations, qui explique que le juge administratif accepte de connaître de l'activité proprement dite du service public diplomatique ou consulaire, parce qu'elle n'implique que la France et ses ressortissants et non pas la France et une autorité étrangère. Dans ce dernier cas de figure, le juge administratif a toujours décliné sa compétence pour examiner un refus de protection consulaire, l'acte n'étant pas, d'après lui, détachable de la conduite des relations internationales car impliquant des relations avec un autre Etat⁷⁶. Néanmoins, si l'État d'origine possède un droit subjectif à protéger ses individus, un droit qui s'exerce à l'encontre de l'État de résidence, une évolution certaine en la matière est perceptible : le pouvoir discrétionnaire étatique évoqué tend à se réduire face à l'affirmation du statut de l'individu en droit international et du fait de la progression de la protection des droits de l'homme. Cette possible subjectivisation des deux formes de protection⁷⁷ montre l'influence du droit international des droits de l'homme⁷⁸. La conséquence de cette tendance si elle se confirmait⁷⁹ : les États pourraient être obligés d'exercer cette protection, par exemple pour garantir aux personnes privées de liberté leur droit un procès équitable (tendance dont on perçoit immédiatement la portée concrète s'agissant des djihadistes emprisonnés notamment en Irak)⁸⁰.

Quoi qu'il en soit, ce devoir de protection cette fois constitutionnel imaginé par le juge administratif reste dans son contenu assez indéfini et ne s'éloigne guère *dans l'esprit* de celui qui en droit international est à la base de certains dispositifs permettant de protéger les Français à l'étranger. Le caractère quelque peu vain de cette évocation néanmoins ne peut être que souligné, il ne s'agit par ces considérations très générales que d'invoquer solennellement l'existence de principes supérieurs pour mieux ensuite souligner leur injusticiabilité. C'est cela que conteste la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme lorsqu'elle analyse « que les autorités ne sauraient s'abriter derrière cette absence de contrôle juridictionnel pour éluder leur obligation de venir en aide à leurs ressortissants dont les droits les plus

⁷⁶ CE 22mai 1953, Delle Buttner, Rec p184

⁷⁷ Voir S. Garibian, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ?]Annuaire Français de Droit International Année 2008 54 pp. 119-141

⁷⁸ M. Ubeda-Saillard, préc. p152

⁷⁹ C'est en ce sens qu'a pu être interprété l'arrêt du CE, 29 janvier 1993, Mme Bouilliez(n°11946-111949), voir M. Ubeda-Saillard, préc. p152

⁸⁰ Dans une telle perspective, il n'est pas étonnant que les conditions et difficultés d'accès à la protection consulaire soient un des arguments développés par les avocats des requérants dans l'affaire pendante contre la France devant la Cour européenne des droits de l'homme.

fondamentaux reconnus par les conventions internationales sont menacés, d'autant moins qu'ils coïncident avec des exigences de nature constitutionnelle »⁸¹.

En définitive, l'absence de contrôle juridictionnel, précise implicitement le juge, ne signifie pas liberté totale : le respect de la Constitution et de ses principes fondamentaux protecteurs de la personne humaine, au premier rang desquels trône le respect de la dignité de la personne humaine, doivent guider l'action administrative.

Est-ce à dire en malgré tout que le fameux devoir de protection, les obligations pesant sur la France d'empêcher des atteintes à la dignité ne relèvent que de la rhétorique, ne peuvent être que théoriques ? Ou plus simplement, car c'est de ce côté que penche la réponse, que leurs modalités seront laissées librement à l'appréciation de celui qui le met en œuvre ? Ici, l'exécutif et l'administration, qui dans l'exercice de leur mission, devront garder ces grands principes à l'esprit. Peut-on faire sien le raisonnement du Tribunal administratif et se tourner vers notre Constitution pour fonder l'existence d'un devoir général de protection de tous les Français présents à l'étranger en situation de détresse ou plus précisément d'une obligation de retour des enfants en difficulté ? Les garanties offertes par la Constitution pourraient-elles pallier les conséquences de l'inapplicabilité spacia⁸² de la Convention européenne des droits de l'homme ? La réponse, ici, ne peut être que très timide dans la mesure où elle, à supposer qu'elle soit positive, ne peut reposer que sur une combinaison, la juxtaposition de principes constitutionnels, qui plus est à la portée très incertaine, la dignité humaine⁸³ comme l'intérêt supérieur de l'enfant étant des références très floues. On pourra aussi objecter que dans l'hypothèse d'une réponse positive, se pose forcément la question de la forme et du contenu de la protection à apporter, protection qui, parce que s'exerçant à l'étranger oblige à prendre en considération la situation de celui qui la demande ou qui en a besoin et les rapports induits avec l'État de résidence. Dit autrement, une obligation de l'État de prendre en compte, de se soucier des femmes et des enfants français de djihadistes retenus dans des camps à l'étranger emporte-t-elle droit à être rapatrié ? La question se poserait-elle juridiquement différemment s'agissant des djihadistes eux-mêmes ? On le voit très vite l'affirmation d'un devoir très général de protection se heurte à la question de l'identification de ses modalités concrètes, des moyens mis en œuvre par l'État et à la question du contexte particulier qui est celui d'un national se trouvant

⁸¹ Point 16

⁸² Telle que découlant de l'appréciation de l'État français

⁸³ Le principe du respect de la dignité humaine est protégé par le Conseil constitutionnel depuis 1994 (décisions n^{os} 94-343/344 DC du 27 juillet 1994) bien que ne faisant pas l'objet d'une jurisprudence conséquente.

à l'étranger. Finalement, l'interrogation peut aussi se résumer de la façon suivante : notre Constitution interprétée en ce sens pourrait-elle *a minima* obliger la France à exercer les formes de protection diplomatique et consulaire que l'on a préalablement évoquées ? Ou l'obliger *a maxima* à explorer d'autres voies si celles-ci ne sont pas permises ? Parce qu'en définitive n'existerait-il pas une obligation constitutionnelle non écrite générale de protection des nationaux par l'État ?

Ne s'agit-il pas ici d'une mission fondamentale et sacrée de l'État que de protéger sa population, toute sa population, mission réinterprétée à l'aune du développement des droits fondamentaux et de leur emprise sur le droit ? C'est, semble-t-il, ce qu'a également entraperçu (les propos restant évasifs) le rapporteur public A. Lallet dans ses conclusions sous l'affaire Mmes K. et A., dans laquelle il était demandé au Conseil d'Etat d'annuler la position présidentielle rapportée par la presse d'organiser le rapatriement sélectif des enfants français⁸⁴, celui-ci s'adressant à la juridiction pose l'hypothèse suivante : « Vous pourriez ainsi concevoir d'analyser la décision du Président de la République comme un refus d'envisager le rapatriement global, indépendamment même de considérations diplomatiques ou militaires qui conditionneraient sa mise en œuvre, refus que vous contrôleriez de manière autonome et, le cas échéant, que vous annuleriez au motif qu'elle traduirait une méconnaissance de l'obligation de protection des ressortissants français ou de droits fondamentaux »⁸⁵ ; hypothèse aussitôt rejetée par son auteur à cause du caractère artificiel du raisonnement et parce qu'il serait « parfaitement vain sur le plan contentieux, car vous ne pourriez enjoindre à l'Etat de procéder au rapatriement, ni même de se mettre en relation avec une quelconque autorité étrangère pour l'organiser, sans excéder votre compétence »⁸⁶.

2/ La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, exigence constitutionnelle

Qui peut le plus peut le moins, la norme fondamentale doit être abordée sous l'angle précis de la constitutionnalisation de l'intérêt de l'enfant, de sa signification. La portée que le Conseil constitutionnel lui accorde est-elle ici mobilisable ? Opératoire ? Le Conseil constitutionnel, par la décision QPC du 21 mars 2019, Adama S., relative aux tests osseux, a

⁸⁴ La solution des juges a été de confirmer une nouvelle fois le caractère non détachable des actions demandées par les requérantes « de la conduite des relations internationales », il s'agit de la reprise du raisonnement des ordonnances du juge des référés du 23 avril 2019

⁸⁵ Conclusions p 11, CE 9 septembre 2020, Mmes K. et A. (N° 439520)

⁸⁶ *ibid.*

érigé « l'intérêt supérieur de l'enfant » en « exigence constitutionnelle »⁸⁷. Cette constitutionnalisation induit que l'enfant est aussi au niveau interne et depuis lors détenteur de droits particuliers, que sa situation doit être examinée à l'aune de considérations constitutionnelles spécifiques. Cet « intérêt », déjà bien assis comme « exigence universelle »⁸⁸ connaît également une consécration nationale.

Consécration qui permet de formuler une question encore plus précise : la pratique française de ne rapatrier que les orphelins seuls ou isolés ou avec l'accord de leur mère contreviendrait-elle à l'exigence constitutionnelle de respect de l'intérêt supérieur de l'enfant ? En préalable à la réponse qui suppose de fixer le contenu de la norme invoquée, il faut s'intéresser aux acteurs. Le rôle du juge interne n'a vocation à être ici, d'après nous, que minime.

Si, à la limite, un juge, comme on l'a vu à travers les ordonnances du juge des référés du Tribunal administratif, peut être tenté de déterminer et de poser le cadre constitutionnel, aucun d'entre eux en revanche ne semble en situation d'en sanctionner l'irrespect. Le point juridique ne sera pas davantage tranché par le Conseil constitutionnel. L'oracle des libertés ne parlera pas. Celui-ci n'est pas à même, compte tenu du contenu de ses missions, de s'exprimer un jour sur la question du retour des djihadistes dans la mesure où l'on n'imagine difficilement comment il pourrait avoir à examiner un texte relatif à cette thématique : une loi matériellement et politiquement est-elle en ce domaine envisageable ? Se trouverait-on dans le domaine de compétence du législateur ? Si d'aventure c'était le cas (ce qui est loin d'être certain), son contenu ne pourrait-être en toute logique que celui d'un choix qu'auraient fait les parlementaires en faveur du rapatriement⁸⁹.

On soulignera par ailleurs que dans l'affaire déjà citée⁹⁰, Mmes K. et A., les requérantes, soulevaient également une QPC tendant à démontrer la méconnaissance par certains articles du Code de Justice administrative du droit à un recours effectif⁹¹, le Conseil d'Etat suivant les

⁸⁷ Décision 2018-768 QPC - 21 mars 2019 - M. Adama S. (Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge)

⁸⁸ H. Fulchiron, « La constitutionnalisation de l'intérêt supérieur de l'enfant », *Recueil Dalloz* 2019 p.709

⁸⁹ On imagine mal en effet une loi actant le refus explicite de rapatriement des djihadistes sachant que c'est ce que propose déjà la pratique, sauf à vouloir évidemment pour la majorité parlementaire du moment témoigner ostensiblement de son opposition au retour des nationaux combattants et de leur famille. Dans une telle hypothèse, on ose espérer que ladite loi ferait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel et d'un contrôle respectueux des droits des individus.

⁹⁰ CE 9 septembre 2020, Mmes K. et A. (N° 439520)

⁹¹ Point 3 : « Mmes K. et A. soutiennent que les dispositions des articles L. 211-1 et L. 211-2 du code de justice administrative, (...) méconnaissent le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la

conclusions du rapporteur public A. Lallet, fort instructives en ce qu'elles replacent la question sur le terrain « de l'injusticiabilité des actes de gouvernement » au regard « des exigences de l'article 16 de la Déclaration » n'a pas renvoyé la question aux neuf sages⁹² mais cette demande d'une mère et d'une grand-mère demandant à ce que leurs enfants et petits-enfants rentrent en France prouve *en creux* à quel point la Constitution ainsi que l'accès à son gardien sont pour cette thématique hors de portée, inaccessibles, faute de dispositions législatives permettant au Conseil constitutionnel de s'exprimer sur cette question.

Reste néanmoins à se demander si l'appréciation de l'intérêt de l'enfant faite par l'administration s'inscrit dans la jeune approche jurisprudentielle constitutionnelle. Et si l'oracle des libertés avait parlé ? La constitutionnalisation récente de cet intérêt comme exigence constitutionnelle, « porteuse d'une très forte charge symbolique »⁹³, n'offre en effet pour l'instant que très peu de recul quant à la façon dont le Conseil entend lui donner un contenu. Elle peut même sembler à certains égards décevante dans la mesure où consacrée à propos des tests osseux subis par les jeunes migrants largement décriés, elle n'a pas permis de consacrer leur inconstitutionnalité. Un parallèle intéressant peut être fait avec une pratique sur laquelle le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de s'exprimer, le point commun étant, bien que le contexte soit différent, la question de la préservation du maintien de la cellule familiale. Le Conseil s'est en effet exprimé sur la rétention des familles étrangères. Par la décision du 2018-770 DC du 6 septembre 2018, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, loi posant le principe de l'interdiction de retenir des mineurs étrangers non accompagnés, il a jugé que la loi pouvait prévoir le placement en rétention de mineurs « accompagnants » des majeurs. Il n'y contesta pas le dispositif législatif (envisagé par une loi antérieure) encadrant les hypothèses de rétentions d'adultes accompagnés d'enfants alors même que, jusque-là, la pratique administrative de la rétention des familles en France profitait du silence du Code des Etrangers ; les autorités administratives compétentes ayant toujours justifié la rétention des enfants *en compagnie* de leurs parents par un principe, assez indéterminé, de « préservation de la cellule familiale ». Ce qui est remarquable (et selon nous discutable) dans cette approche est que le Conseil place au cœur de son raisonnement, une

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que la compétence confiée au législateur par l'article 34 de la Constitution, en ce qu'elles limitent la compétence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel au contentieux des actes administratifs sans étendre cette compétence au contentieux de l'annulation des actes non détachables de la conduite des relations extérieures de la France »

⁹² Conclusions p 11 et svtes, CE 9 septembre 2020, Mmes K. et A. (N° 439520)

⁹³ C. Pouly, « La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle exigence constitutionnelle », *Constitutions*, 2019, p261

conception sans nuance de « l'intérêt de l'enfant », car la prise en compte de ce dernier n'interdit pas la privation de liberté de l'enfant étranger pour motif uniquement migratoire. En effet, si la rétention des mineurs accompagnants est conforme à la légalité, c'est parce l'enfermement est jugé indispensable pour assurer efficacement l'éloignement des adultes étrangers irréguliers et parce qu'il n'est pas contraire « à l'intérêt de l'enfant ». Comme le précise le Conseil constitutionnel, « le placement en rétention du mineur, dans (les) trois hypothèses (examinées), est justifié par la volonté de ne pas le séparer de l'étranger majeur qu'il accompagne »⁹⁴. « L'intérêt de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents » voit même à cette occasion son origine précisée : c'est l'une des implications du droit constitutionnel de mener une vie familiale normale garanti par le Préambule de la Constitution de 1946⁹⁵. Il va sans dire qu'aurait pu être proposée une tout autre conception du contenu de « l'intérêt de l'enfant » conduisant alors à affirmer que la prévalence de cette préoccupation déterminante s'oppose par principe à tout placement en rétention⁹⁶. L'occasion de changer de paradigme aurait pu être saisie, « ni séparation, ni rétention », ceci en plaçant au cœur de l'approche une notion subjacente essentielle : celle de la vulnérabilité du public ici concerné, celui des enfants, avec qui plus est des variations en fonction de leur âge.

La protection par la Constitution du mineur, ici, étranger (il est essentiel de le préciser), au prisme des décisions relatives aux tests osseux et à la rétention des mineurs accompagnants, semble, se heurter à des considérations déterminantes, telles les exigences exacerbées de la lutte contre l'immigration irrégulière. Cette protection de l'enfant doit-elle aussi se mesurer à l'aune des nécessités de la lutte contre le terrorisme et des exigences sécuritaires ? Il reviendra au Conseil constitutionnel de préciser au fur et à mesure de sa jurisprudence les contours de cette exigence constitutionnelle afin d'éviter que le respect de l'intérêt de l'enfant ne devienne une coquille vide, mais le peu d'éléments que l'on possède déjà n'augure pas d'une *survalorisation*

⁹⁴On peut lire également dans cette décision que la conciliation opérée par la loi entre d'une part « l'intérêt qui s'attache, pour le mineur, à ne pas être placé en rétention et, d'autre part, l'inconvénient d'être séparé de celui qu'il accompagne ou les exigences de la sauvegarde de l'ordre public n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles rappelées aux paragraphes précédents (à savoir le droit de mener une vie familiale normale et la liberté individuelle » (Point 63).

⁹⁵ Points 63

⁹⁶Voir la recommandation n° 2056 (2014) de l'Assemblée du Conseil de l'Europe du 3 octobre 2014 qui appelle les États membres : « à reconnaître qu'il n'est jamais dans l'intérêt supérieur d'un enfant d'être placé en rétention en raison de son statut ou de celui de ses parents, au regard de la législation sur l'immigration » ou encore le 19e rapport général du Comité pour la prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants, CPT/Inf (2009)27-part | Section : 7/7 |

de cet intérêt, du moins, lorsque l'enfant est étranger. Une approche très abstraite de cet intérêt semble de mise. Il semble bien devoir être approché au regard des intérêts de l'État.

Ainsi la question de savoir si les autorités exécutives respectent ou non leurs obligations constitutionnelles est très ouverte parce que dépendant largement de principes imprécis et du contenu que l'on veut leur donner. L'intérêt de l'enfant français de Syrie est-il pris en compte ? Oui, répond l'exécutif, ne serait-ce que parce qu'une méconnaissance frontale de principes supérieurs ne semble guère envisageable et parce qu'une autre considération moins visible au premier regard, à travers la prise en charge et le rapatriement des mineurs *vulnérables* ou même *particulièrement vulnérables*, c'est bien la prise en considération du respect de la dignité de la personne humaine que l'on voit à l'œuvre, bien que très modestement.

La notion de vulnérabilité ressort de la grammaire de la dignité. Bien qu'elle ne puisse faire l'objet que d'une tentative de définition tant elle est difficile à appréhender et caractériser, et parce qu'elle n'est pas uniquement juridique, son recours dans les discours actuels tous confondus renvoie *in fine* à l'idée que certaines personnes plus que d'autres doivent être protégées et bénéficier d'un traitement adapté à leur situation. Empruntée au latin *vulnerabilis* signifiant « qui peut être blessé », la vulnérabilité traduit, dans le langage commun, une fragilité, une faiblesse menaçant l'individu. C'est, intuitivement, la circonstance, la situation, le motif dans lesquels un être humain se trouve dépourvu des moyens suffisants pour affronter seul et sans risque les vicissitudes et difficultés de la vie. Garantir une protection renforcée à ceux qui en ont besoin : telle est la fonction, le rôle de la notion. Il s'agit de répondre à la fragilité, de faire découler de cette appréciation des conséquences juridiques. Ainsi « la vulnérabilité, notion nouvellement entrée dans la réflexion juridique, mais désormais centrale, a pu être définie comme « la corrélation entre une faiblesse particulière à la personne et la réalisation d'un risque matériel ». La personne est vulnérable quand sa situation de faiblesse personnelle, liée à une cause physiologique (âge, dépendance, maladie, handicap, grossesse) ou à un environnement (situation carcérale, appartenance à un groupe social, condition économique, parcours migratoire, etc.), l'expose à un risque particulier, et notamment à celui de traitement inhumain ou dégradant »⁹⁷.

⁹⁷ D. Roman, S. Slama. « La loi de la jungle » : protection de la dignité et obligation des pouvoirs publics dans le camp de Calais Note sous CE, Ord., réf., 23 novembre 2015, n° 394540 et 394568. *Revue de droit sanitaire et social*, 1/2016, pp.90-106.

C'est dans cette dimension que se place l'action française : répondre à la situation particulièrement précaire de certains enfants par l'organisation du retour. L'approche est ici abstraite, la vulnérabilité attachée à la personne, la minorité ou la vulnérabilité due à la situation, la fragilité de celui qui est privé de liberté, n'engendrent pas de conséquences juridiques précises ; en revanche, lorsqu'un facteur personnel s'ajoute (enfant orphelin, isolé, enfant malade), alors la vulnérabilité produit des effets protecteurs parce que la vertu compensatrice de la vulnérabilité, tout en étant incontestable, exprime ses propres limites. En effet, identifier des « catégories » de personnes vulnérables est nécessaire et participe d'un effort de protection renforcée et adaptée. Cependant, cette catégorisation, en creux, fait, d'une part, ressortir que le traitement du plus grand nombre peut se satisfaire, lui, d'un traitement standard certainement moins favorable et que, d'autre part, c'est avant tout l'identification et la prise en compte des besoins concrets des personnes qui déterminent une réponse adaptée entraînant par la même un lot de solutions individuelles diversifiées parfois subjectives.

Appliquées à l'attitude française, ces considérations suggèrent que l'État français a conscience de ses obligations, obligations que, néanmoins, il n'envisage qu'à l'égard des plus vulnérables. Elles sont spécifiques à certains enfants. Elles sont sciemment circonscrites dans un sens qui ne dessert pas l'action de l'administration et permet sa limite. L'intérêt de l'enfant est apprécié au cas par cas. Une forme de protection des enfants existe. Du point de vue de l'État, l'intérêt de l'enfant est pris en compte. Qu'il ne s'agisse que d'une petite partie des enfants ne pèse pas. La prévalence inavouée d'impératifs étatiques supérieurs neutralisant ceux de la grande majorité d'entre eux montre qu'aux enjeux juridiques permettant de résoudre une telle situation humanitaire se mêlent « volonté politique et principe éthique »⁹⁸. C'est cette irréductible dimension qui s'exprime lorsqu'on envisage cette fois les relations de l'enfant et de sa famille, ainsi que la position de l'État vis-à-vis de ses ressortissants.

⁹⁸ M-L Basilien-Gainche et S. Slama, Familles de « djihadistes » français : quels devoirs et obligations pour la France ? » <https://blog.leclubdesjuristes.com/familles-de-djihadistes-francais-quels-devoirs-et-obligationspour-la-france/>

II /Une (double) filiation redoutable

L'appréhension par la France du traitement de la situation des enfants révèle que c'est principalement la question du comportement et de la dangerosité de leurs parents qui guide l'attitude des pouvoirs publics. Ces enfants sont filles et fils de djihadistes, ils sont enfants de Daech : la réponse étatique sur le sort des enfants ne se désolidarise jamais de cette dimension essentielle que constitue la menace terroriste et de la réponse qu'on doit lui donner. C'est à travers cette focale que sont appréhendés les rapports de la mère et de l'enfant, et plus largement la position de l'État s'agissant de la cellule familiale (A). La gestion - *souveraine* - de la thématique du retour des enfants français est guidée par un certain nombre de considérations qui sont, autant l'écrire sans fard, de politique intérieure. Pour être parfaitement comprise, elle ne peut qu'être qu'accolée au défi que constitue la lutte contre le terrorisme. À ce titre, elle trouve sa place au sein du discours régalien sécuritaire contemporain (B).

A/ L'enfant et sa famille

La pratique des rapatriements a montré que n'étaient rapatriés que les enfants orphelins, isolés. Les enfants présents en Syrie au côté de leur mère restent en Syrie à moins que leur mère n'accepte la séparation (1), cette approche doit être envisagée comme l'un des éléments parmi d'autres de la réponse faite par la France au terrorisme (2).

1/Le choix fait par la France du maintien de l'unité familiale en Syrie

Outre que l'on peut critiquer le caractère discriminatoire de la manière d'agir de la France, la position étatique ne fait que souligner que le traitement de la situation des enfants dépend totalement du choix que l'on fait à l'égard des mères et la mise à l'écart des garanties liées à de protection de l'enfance. Les solutions mère /enfant sont interdépendantes et sont clairement résumées par le titre d'un article belge de presse : « Enfants à rapatrier de Syrie : le casse-tête des mères »⁹⁹.

Maintien de l'unité familiale (synonyme ici de refus du retour groupé), séparation acceptée par la mère, mais aussi la question cruciale du maintien de l'autorité parentale sont au cœur de cette thématique et suggèrent que chacun de ses aspects soit mis en perspective, car

⁹⁹ <https://www.rtf.be/article/enfants-a-rapatrier-de-syrie-le-casse-tete-des-meres-10387152>

leur point de rencontre est la prise en compte de « l'intérêt de l'enfant » ; principe dont la grande plasticité est souvent remarquée, et ici remarquable, selon qui l'invoque.

Juridiquement - mais aussi humainement connaissant les conditions de vie dans les camps - il peut paraître choquant de constater les limites à la possibilité du retour des enfants français de Syrie. Pour cette situation, la cellule familiale constitue en elle-même une entrave au rapatriement, car, puisque la non-séparation des familles est la règle pratiquée, elle a pour conséquence le maintien des membres de la famille en Syrie, les retours conjoints n'étant pas à l'ordre du jour. Le maintien de l'unité familiale est certes préservé, ce qui semble - en soi - de l'intérêt de l'enfant, mais c'est au prix ici, de ses conditions de vie.

L'intérêt de l'enfant envisagé *in abstracto* prime sur son appréhension *in concreto*. Inverser le raisonnement et considérer que les deux aspects peuvent s'accommoder en autorisant le retour des mères n'est pas la voie politique choisie quand bien même on sait que les femmes françaises de Syrie ont « toutes sans exception » été judiciairisées¹⁰⁰, ce qui ne manque pas d'atténuer le poids de l'argument sécuritaire et celui du danger qu'elles pourraient représenter sur le territoire.

Le retour de l'enfant sur le sol français est possible, mais est conditionné à la séparation maternelle expressément affirmée. Diverses situations sont ici envisageables, il peut s'agir de l'hypothèse dans laquelle la mère est emprisonnée ou celle de l'enfant malade. Mais dans tous les cas de figure, il faut considérer que, d'elle-même, en pleine connaissance de cause, la mère va estimer que se séparer de son ou de ses enfants sera plus bénéfique pour lui que de le maintenir auprès d'elle. S'agissant des mères les plus radicalisées, on imagine mal qu'elles souhaiteront cette séparation dans la mesure où elles ne voudront pas revenir en France. Reste alors la situation des mères qui souhaitant rentrer ne le peuvent pas, acceptent de se séparer de leurs enfants afin qu'ils retrouvent le territoire et une partie de leur famille.

La diatribe est forte, l'approche française en conditionnant le retour des enfants au consentement de leur mère et en envisageant le retour conjoint comme exceptionnel « condamne de ce fait ceux (les enfants) dont la mère est encore en vie à des conditions

¹⁰⁰ En ce sens, voir la réponse à la question de M. Sébastien Meurant qui interroge M. le ministre de l'Europe et des Affaires étrangères au sujet de la gestion et du possible rapatriement des djihadistes français détenus par les Kurdes, publiée dans le JO Sénat du 14/11/2019 - page 5695

d'existence dramatiques (...) voire à la mort »¹⁰¹. Que les mères ne veuillent, ou ne peuvent pas, rentrer conduit pour leurs enfants au même résultat (sauf à accepter la séparation si elle est proposée), ce qui révèle que l'approche française pose également problème sous l'angle de la mise en œuvre du principe fondamental de protection de l'enfance. Le respect de l'unité familiale, bien que fortement consacré et protégé en droit français, n'est pas juridiquement absolu : il est des situations dans lesquelles, il est de « l'intérêt de l'enfant » d'être séparé de ses parents. D'ailleurs, ceci est illustré par l'article 375 du Code civil¹⁰². Or, l'éventuelle protection des enfants français de Syrie n'est envisageable que s'ils se trouvent en France, ce n'est qu'à cette condition nécessaire que le ministère public pourra se substituer à l'autorité parentale et ordonner des mesures dites « d'assistance éducative ».

S'il est hautement probable que de telles mesures soient prononcées dans l'hypothèse d'un retour, l'on peut subodorer que les pouvoirs publics français ne veulent pas, depuis la Syrie, tirer toutes les conséquences, attachées à la protection de la personne de l'enfant. En effet, une troisième option est possible, celle du rapatriement des enfants sans l'accord des mères. En dépit de sa radicalité (ou de sa brutalité), les instances protectrices des droits de l'homme l'évoquent, d'après l'article 9 de la CIDE, l'enfant ne devrait pas être séparé de ses parents à moins que la préservation de son intérêt supérieur ne l'exige¹⁰³, ici « si le parent accompagnant l'enfant refuse de se séparer de celui-ci, et souhaite rester sur place, seul l'intérêt supérieur de l'enfant doit prévaloir »¹⁰⁴. Il résulte de diverses sources¹⁰⁵ que, localement, les FDS ne veulent pas que les enfants soient séparés de leur mère sans leur accord, mais il ne semble pas que l'État français, à l'instar des propos tenus en défense devant la Cour de Justice

¹⁰¹ Question écrite sans réponse n° 9969, 11 avril 2019 – urgence du rapatriement des enfants de djihadistes français retenus en Syrie. Mme Hélène Conway-Mouret – ministère des Solidarités et de la Santé. JO.Sénat du 11 avril 2019

¹⁰² Alinéa 1 : « si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil départemental, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article l. 226-4 du code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel ».

¹⁰³ Article 9- 1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

¹⁰⁴ Point 11 CNCDH (avis de 2019)

¹⁰⁵ La Suisse appelée à rapatrier ses djihadistes et leurs familles - rts.ch - Monde , publié le 1 avril 2021

de la République par J.Y. Le Drian ¹⁰⁶ a souhaité s'engager dans cette voie préférant faire valoir « qu'à ce jour (les mineurs) se trouvent sous l'autorité parentale de leur mère dont il n'est pas démontré qu'elles en aient été déchues ou qu'elles aient accepté de laisser leurs enfants quitter les camps sans elles ». Pour autant, le mécanisme législatif protecteur existe ¹⁰⁷.

C'est ce contexte général et son décryptage qui expliquent que les institutions internationales européennes et françaises des droits de l'homme utilisent sur ce point le même langage : lorsqu'elles sont présentes, « les mères devraient être rapatriées avec leurs enfants pour garantir le respect du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant » ¹⁰⁸. Le discours en appelle aussi aux valeurs : la France doit préférer le rapatriement conjoint parce qu'elle a le devoir de protéger l'ensemble de ses enfants ¹⁰⁹.

En définitive, l'approche étatique est contestable en ce qu'elle ne permet pas la prise en compte de la vulnérabilité, de la grande fragilité ...de tous les enfants. La politique du retour au « cas par cas », par son appellation même, révèle les limites de l'action et sa contradiction avec l'approche matérialisée par l'instruction du Premier ministre de 2018 puisqu'on peut inférer du contenu de ce texte que le retour à une vie normale et le bien-être de ces mineurs était bien une dimension incontournable de l'approche française. Or, définir la mise en œuvre d'un processus de suivi psychologique suppose, c'est une évidence grossière, que les intéressés soient sur le territoire. Protéger les enfants est - en soi- une nécessité parce que les enfants intrinsèquement sont vulnérables et parce que ceux que l'on évoque par le contexte familial et le contexte de vie quotidien le sont encore plus. Les conditions de vie dans les camps sont jugées inhumaines, les enfants sont littéralement bloqués dans ses camps, l'impossibilité d'en sortir ajoutant à la pénibilité de leur condition de vie. Minorité et privation de liberté ne font pas ici bon ménage.

¹⁰⁶ Propos rapportés par la presse : « Djihadistes : Le Drian « intraitable » malgré les plaintes de familles », 19 septembre 2019 (lefigaro.fr)

¹⁰⁷ La loi du 30 octobre 2017 (JO 31 oct. 2017) renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a d'une part, créé une nouvelle infraction consistant pour un parent à faire participer son enfant mineur aux activités d'un groupement ou d'une entente terroriste (art. 421-2-4-1, al. 2, Code pénal) et a par ailleurs ajouté un nouveau cas de retrait de l'autorité parentale par le juge pénal lorsqu'un parent est condamné pour un tel comportement ; le juge devant alors se poser la question de savoir s'il est de l'intérêt de l'enfant que son parent soit déchu de ses droits.

¹⁰⁸ Commission de l'ONU sur la Syrie, <https://news.un.org/fr/audio/2020/01/1059992>

¹⁰⁹ CNCDH (avis de 2019)

2/ Prévenir et sanctionner le terrorisme

Il transparaît de cette approche française que la prise en compte des intérêts propres à l'enfant est systématiquement absorbée par celle du traitement pénal de ses parents et des réponses à leur dangerosité et à leur culpabilité présumées. Elle a pour inconvénient majeur de ne pas dissocier les deux situations et tous, de surcroît, sont englobés dans la réprobation morale. Les enfants subissent les regards que l'on porte sur eux, la conduite de leur parent rejaillissant négativement sur le traitement de leur situation. Ce sont des « enfants de DAECH » comme si ce semblant de filiation transformait les choses et occultait le fait qu'ils endurent les choix idéologiques malheureux de leurs parents. En effet, les ressorts du monologue des autorités exécutives consistent à insister sur le caractère condamnable - que l'on ne peut récuser - des actions des adultes djihadistes comme de celles des mineurs combattants, sur le caractère volontaire de leur engagement, sur leur libre adhésion à l'idéologie de l'État Islamique¹¹⁰. Le cas particulier des enfants délinquants doit être strictement à ce propos précisé. Ils bénéficient (ou doivent bénéficier) en matière pénale d'une attention particulière en raison de leur minorité même et les règles doivent être adaptées à celle-ci¹¹¹. Insister sur le caractère condamnable des comportements entraîne le discours selon lequel justice doit être rendue et qu'il est normal de laisser la justice locale connaître pénalement des conséquences des comportements.

L'approche française mêle en définitive considérations sécuritaires, politiques et pratiques liées aux difficultés à organiser les rapatriements et cette position n'est pas isolée. La France à l'instar d'autres pays européens est rétive à l'idée de rapatrier les familles de ses ressortissants partis combattre pour l'EI. La tendance générale a été identique au sein des capitales européennes, c'est la préférence pour la fermeture de l'accès au territoire à ses propres nationaux même si on remarque que certains États ont changé de position¹¹². S'il n'y a pas de politique commune au niveau de l'Union européenne sur le rapatriement des combattants étrangers (ou 'foreign terrorist fighters') et de leur famille, c'est parce que le retour sur le

¹¹⁰ C'est ainsi que l'on peut lire dans l'exposé des faits de la requête pendante à Strasbourg s'agissant des arguments français extraits d'une note d'un haut fonctionnaire : « 1) Rappel : ces personnes sont parties de leur propre initiative rejoindre une organisation terroriste qui a commis dans cette zone des exactions contre les populations locales d'une violence sans équivalent (...) ».

¹¹¹ Aussi l'article 40 de la CIDE dispose-t-il : « les États parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale a droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle, qui renforce son respect pour les droits humains et les libertés fondamentales d'autrui, et qui tienne compte de son âge ainsi que de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci ».

¹¹² Selon la CNCDH, la Belgique, l'Allemagne, l'Italie, le Danemark, ou encore la Finlande ont décidé au cours de l'année 2021 de rapatrier la plus grande partie de leurs ressortissants présents dans les camps (avis de 2021)

territoire des djihadistes est avant tout pour les États membres une question de sécurité nationale, un véritable enjeu en termes de sécurité publique.

Indiscutablement, il est nécessaire de faire preuve de réalisme : la dangerosité des combattants, l'éventuelle dangerosité des mères, voire celle des enfants, est un élément que l'État français, et plus généralement les États concernés par l'expatriation de leurs ressortissants, doivent intégrer dans leur appréhension du retour. L'on sait que le rôle des femmes, pour certaines d'entre elles, est loin d'avoir été passif, et sur ce point, il faut insister sur le fait que toutes les Françaises retenues aujourd'hui dans les camps syriens se trouvent sous décision de justice, que les enfants étaient endoctrinés dès leur plus jeune âge et plus tard possiblement enrôlés pour combattre. On sait également que la menace du terrorisme en Europe n'a pas perdu en intensité et qu'il est impossible de nier la sensibilité du sujet et celui du contexte dans un pays comme la France fortement touché, à de nombreuses reprises, par des attentats meurtriers. La décision du rapatriement des adultes djihadistes, et par la force des choses de leurs enfants divise une large partie de l'opinion publique qui s'interroge sur les conditions de leur retour et sur les conséquences de leur présence sur le territoire. La lutte contre le terrorisme et la sanction protéiforme, car elle n'est pas uniquement pénale (seront visés ici par exemple les débats autour de la déchéance de nationalité des djihadistes) des auteurs d'actes terroristes, plus que jamais, interrogent sur le contenu et la légitimité du droit applicable. Tous s'accordent à souligner en effet « l'atypisme » de la problématique des *returnees*, des « revenants ».

B / L'enfant et l'État français

La dynamique sécuritaire, on l'a vu, explique en grande partie la solution française. Pourtant les institutions chargées de la protection des droits de l'homme font entendre d'autres arguments (1). Ces discours ne sont pas entendus parce qu'en définitive l'inaction de l'exécutif français n'est qu'une illustration d'attitudes et de comportements étatiques caractéristiques de notre époque (2).

1 /Axer le retour des enfants sur d'autres éléments discursifs

Plusieurs aspects de la gestion française du rapatriement peuvent être discutés et envisagés sous un autre éclairage. En premier lieu, l'approche nationale *sécuritaire* du retour des contingents français de Daech supporte, bien qu'à contre-courant, une lecture différente. Ensuite, elle questionne sur un aspect : la prise en compte des intérêts propres à l'enfant est

systématiquement absorbée par celle du traitement de la situation de ses parents et des réponses à leur culpabilité présumée. Ceci alors même que, dans la très grande majorité des hypothèses, les enfants devraient avant tout être considérés comme des victimes, et que même coupables, leurs droits doivent être respectés.

Que l'on s'intéresse aux enfants ou aux djihadistes eux-mêmes émerge une autre vision de l'appréhension sécuritaire du problème. Ceci, parce que ces « revenants » sont des hommes, des femmes et des enfants de nationalités et d'âges différents, dont l'expérience des combats et l'emprise idéologique sont très variables. Constat qui induit alors la nécessité de réponses singulières et adaptées, et non une réponse globale finalement synonyme de rejet de solutions. La dangerosité des adultes comme celle des enfants ne doit pas être minorée, mais elle demande à être évaluée à sa juste mesure et de façon concrète : quelle est, pour ces derniers et notamment les plus jeunes, l'ampleur de la détestation de l'Occident ? Quelle menace réelle et non fantasmée représentent-ils à moyen et long terme ? Les plus âgés peuvent-ils être systématiquement présentés comme des « bombes à retardement », formés pour perpétrer des attentats sur le territoire national ?

Ensuite, il est possible d'estimer que la *sécurité* serait davantage assurée en cas de retour des combattants étrangers, des familles françaises et de leurs enfants. Le rapatriement par la France de ses ressortissants, la réinsertion des mineurs peuvent tout aussi bien être envisagés pour des raisons humanitaires, mais aussi, l'un n'empêche pas l'autre, comme gages de sécurité. Ces retours sur le sol peuvent être justifiés « par l'impératif de sécurité lui-même »¹¹³ qui sera en réalité mieux garanti par une prise en charge adaptée de ces enfants par la justice et les services sociaux français. Ne peut-on craindre en effet que les camps syriens de rétention des mères et enfants ne deviennent « le catalyseur d'une violence radicale future »¹¹⁴ ?

À ce propos, on sait que la Belgique, a envisagé, à travers la mise en œuvre d'une politique de laissez-passer systématiques, de distinguer les enfants âgés de moins de 12 ans, considérés alors comme des mineurs en danger et ceux de plus de 12 ans, considérés comme constituant un danger potentiel pour la société; cette gestion sélective ayant été critiquée, car entraînant une discrimination en fonction de l'âge de l'enfant par le Délégué général aux droits

¹¹³ CNCDH, avis précité de 2019, Point 9

¹¹⁴ APCE, Rapport précité, Point 28

de l'enfant belge¹¹⁵, la CIDE comme ces protocoles additionnels s'appliquant sans distinction d'âge¹¹⁶.

Par ailleurs, l'évasion des combattants étrangers, des mères, des prisons et camps syriens, leur retour sur le continent européen par leurs propres moyens, c'est-à-dire dans la plus grande clandestinité, ne conduisent-ils pas uniquement à augmenter le danger ? Ne vaut-il pas mieux s'assurer en France de la présence des revenants de Daech que de faillir à les localiser et ne pouvoir prévenir ainsi le risque d'attentats ? Juger en France les djihadistes français(es), judiciariser et/ou surveiller les mères moins impliquées dans le combat au moyen de mesures de contrôle administratif prévues par le Code de la sécurité intérieure¹¹⁷, assurer un suivi psychologique des enfants qui ont été exposés à la violence et à des traumatismes qui auront des effets négatifs sur leur développement, déradicaliser les enfants et adolescents, ces *oursons* et *lionceaux du califat*, autant d'actions qui peuvent être de l'intérêt de la France¹¹⁸.

Les choses ne sont pas exprimées autrement par les « défenseurs des droits » nationaux¹¹⁹. Tous se rejoignent sur le fait que « l'argument sécuritaire du gouvernement concernant le retour de ces enfants ne saurait prévaloir sur les obligations de l'État de protection de ses ressortissants et des droits des enfants, tels que le droit à la vie, à la santé et à l'éducation »¹²⁰ ou que « la sauvegarde de notre sécurité ne peut, en aucun cas, se faire au

¹¹⁵ Communiqué de presse du 26 juin 2020 : le rapatriement des enfants des camps de Syrie est possible - AOMF - Association des Ombudsmans et Médiateurs de la Francophonie (aomf-ombudsmans-francophonie.org)

¹¹⁶ Cf, article 2, paragraphe 2, de la CIDE, : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ».

¹¹⁷ Voir les articles L228-1 à Article L228-7 du Code de la sécurité intérieure, situés dans le chapitre VIII intitulé « Mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance »

¹¹⁸ En ce sens, cet extrait de la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe portant sur les « Obligations internationales relatives au rapatriement des enfants des zones de guerre et de conflits » (janvier 2020) est particulièrement éclairant : « L'Assemblée estime que l'approche respectueuse des droits humains adoptée par le Conseil de l'Europe est essentielle pour lutter efficacement contre le terrorisme. Le fait d'abandonner les enfants bloqués en Syrie et en Irak dans des zones caractérisées par la guerre, les conflits et leurs conséquences, laisse ces enfants exposés à de graves violations de leurs droits ainsi qu'à un risque de radicalisation. Faire le choix de leur rapatriement, de leur rétablissement et de leur (ré)intégration équivaut à miser sur l'édification d'une société prospère et résiliente » Point 2, Recommandation 2169 (2020) Version provisoire

¹¹⁹ À telle enseigne que celui de Belgique a pu s'exprimer ainsi : « Gérer, faciliter leur retour et prendre soin de ces enfants constitue le meilleur moyen de prévenir de futurs actes de terrorisme violents chez nous. C'est exactement le contraire des éléments d'exclusion sur lesquels DAESH et autres groupes terroristes s'appuient pour recruter. C'est aussi un symbole fort, volontariste en termes de « vivre ensemble », pour tous nos concitoyens quelle que soit leur communauté de pensée, philosophique, culturelle ou religieuse », <https://www.rtf.be/article/le-delegue-general-aux-droits-de-l-enfant-outre-de-la-decision-de-l-etat-belge-de-faire-appel-dans-l-affaire-des-enfants-belges-retenus-en-syrie-10108191>

¹²⁰ Lettre de J.M. Delarue, Prdt de la CNCDH, au premier ministre, 27 mai 2019

détriment des droits des enfants »¹²¹ ; prises de position rappelant que la lutte contre le terrorisme aussi nécessaire soit elle suppose la mise en œuvre des moyens équilibrés.

Pourtant, les enfants sont victimes parce qu'ils pâtissent, subissent les répercussions d'une situation résultant des choix de leurs parents et d'évènements qui ne manqueront pas d'avoir des conséquences sur leur devenir. Ils sont victimes d'un conflit armé, sont « particulièrement vulnérables tant à cause des abus auxquels ils ont été confrontés qu'à cause de la violence dont ils ont été témoin et/ou victime » et parce que « l'impact de l'idéologie de DAECH a certainement induit des traumatismes chez ces enfants qui ont grandi/vécu dans des zones de conflit »¹²². Toutes les institutions nationales comme internationales sont déterminées à rappeler cette évidence : « Ces enfants doivent être traités avant tout comme des victimes » , propos ici tenu par le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe¹²³ et ne pas leur procurer un traitement digne, ne pas leur assurer des conditions normales d'existence, ne pas les rapatrier n'est pas acceptable qu'il s'agisse de nourrissons, de très jeunes enfants, d'enfants conditionnés sur place ou encore d'adolescents européens directement endoctrinés par DAECH puisque même les « enfants-soldats » recrutés par l'EI bénéficient eux aussi de la protection offerte par certains instruments internationaux¹²⁴. Autant d'êtres singuliers liés dans une même approche négative. Pourtant « ces enfants (...) victimes des djihadistes et de l'embrigadement idéologique de leurs parents (...) »¹²⁵, qui « ne sont ni instigateurs, ni acteurs de ces conflits »¹²⁶ possèdent des droits à titre personnel « qui s'appliquent dans toutes les situations, indépendamment de leur âge, de leur sexe ou de tout autre facteur, y compris de leur allégeance réelle ou supposée ou de celle de leur famille »¹²⁷.

2/ L'absence de rapatriement des enfants, expression du discours régalien sécuritaire contemporain

L'ouverture vers un autre champ d'analyse qui est celui lié à la notion de « frontière » ou plus largement de l'accès au territoire est permis par cette thématique. Quiconque, en effet,

¹²¹ Délégué général aux droits de l'enfant

<https://www.rtf.be/article/le-delegue-general-aux-droits-de-l-enfant-outre-de-la-decision-de-l-etat-belge-de-faire-appel-dans-l-affaire-des-enfants-belges-retenus-en-syrie-10108191>

¹²² ibid

¹²³ Déclaration précitée « les États membres du conseil de l'Europe devraient rapatrier d'urgence leurs ressortissants mineurs bloqués dans le nord de la Syrie », Strasbourg 28/05/2019

¹²⁴ Voir le protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés

¹²⁵ Point 8 de l'avis précité de la CNCDH de 2019

¹²⁶ Défenseur des droits, 2019, Point 32

¹²⁷ APCE-Rapport précité, point16

s'intéresse aux thèmes de la surveillance et du franchissement des frontières, de l'asile et de la gestion des flux migratoires, soulignera les parallèles qu'il est possible de tracer.

Par principe la question de la frontière se pose à l'égard des étrangers. Ici, la question du retour des combattants étrangers et de leurs familles rebat les cartes. L'approche française, reflet de ce qui est pratiqué à l'échelle européenne, se résume en la volonté « d'éloigner les citoyens européens »¹²⁸ ; c'est-à-dire plus précisément de les maintenir à une distance respectable du continent européen. En ce domaine, l'Europe développe une approche comparable à sa stratégie « d'externalisation » de la migration¹²⁹, stratégie par laquelle d'une part, elle tente de faire que les demandes des candidats à l'asile « soient traitées dans des pays tiers, notamment en Afrique du Nord »¹³⁰, par laquelle d'autre part elle demande aux États tiers de freiner le départ de leur population en insérant dans les accords bilatéraux un volet immigration. Dans ces situations en effet, il s'agit pour les États comme pour l'Union européenne, d'asseoir leur action sur l'appui ou la coopération obligée des États tiers à s'inscrire dans la gestion des flux migratoires à destination de l'Europe. Dès lors les situations sont bien assimilables, qu'il s'agisse de « combattants étrangers » d'origine européenne, de candidats à l'immigration ou de demandeurs d'asile, les frontières de l'Europe s'éloignent pour les premiers, se renforcent pour les autres. Par ailleurs, la position des États est clairement assumée, leur volonté affirmée : les FDS sont des partenaires contraints et peu importe que, régulièrement, elles appellent les États concernés à prendre leur responsabilité et à organiser le retour de leurs ressortissants.

Ainsi, les enjeux que suggère la question du retour des combattants étrangers et de leurs familles cachent mal une réalité certaine, celle de l'emprise du terrorisme islamiste et de ses méfaits sur les esprits, celle tout autant de « l'obsession des frontières » décrite par Michel Foucher¹³¹.

Depuis quelques décennies en effet, si les frontières européennes, de par les volontés étatiques et européennes, sont devenues imperméables, c'est à l'évidence à l'encontre des

¹²⁸ « Europe is following an approach that is comparable to its “externalisation” strategy on migration, through which it has tried to have would-be immigrants’ entry applications processed in third countries, especially in north Africa” In Beyond good and evil: Why Europe should bring ISIS foreign fighters home – ECFR/305 [https://ecfr.eu/publication/Beyond good and evil: Why Europe should bring ISIS foreign fighters home – European Council on Foreign Relations \(ecfr.eu\)](https://ecfr.eu/publication/Beyond%20good%20and%20evil%3A%20Why%20Europe%20should%20bring%20ISIS%20foreign%20fighters%20home%20%E2%80%93%20European%20Council%20on%20Foreign%20Relations%20(ecfr.eu))

¹²⁹ Sur cette question générale voir les travaux de Catherine Winthon de Wenden et notamment *Migrations. Une nouvelle donne*, Paris, Maison des Sciences de l'Homme, coll. « Interventions », 2016, 182 p.

¹³⁰ Beyond good and evil: Why Europe should bring ISIS foreign fighters home – ECFR/305

¹³¹ « L'obsession des frontières », Perrin, 2007, 209 p.

étrangers (les ressortissants des États tiers pour reprendre le vocabulaire européen). Mais sur ce plan l'évolution est insidieuse. Elle montre que la fonction première de la frontière, qui est celle de rempart, s'est renforcée d'une autre façon : les dispositifs de lutte contre le terrorisme touchent tout autant à la liberté de mouvement des nationaux. Si pour empêcher les départs vers la Syrie, la loi française, sans contrarier la fondamentale liberté d'aller et venir, a pu prévoir des interdictions administratives de sortie du territoire¹³², c'est désormais la question de l'entrée / retour des nationaux, et de ses limites, qui est à l'ordre du jour.

C'est bien du droit pour un national de *rentrer* dont il est ici question et à travers lui de la mise en œuvre de garanties de cette liberté de mouvement protégées par différents instruments internationaux ou européens. À cet égard, le Comité international des droits de l'homme accorde beaucoup d'importance au droit consacré par l'article 12 alinéa 4 du PIDCP selon lequel « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays ». Droit dont le contenu a été explicité par l'observation générale n°27¹³³ qui, en son point 19, précise que ce droit « comprend non seulement le droit de rentrer dans son pays après l'avoir quitté, mais il peut également signifier le droit d'une personne d'y entrer pour la première fois si celle-ci est née en dehors du pays considéré (par exemple si ce pays est l'État de nationalité de la personne) »¹³⁴ et en son point 21 qu'« En aucun cas un individu ne peut être privé arbitrairement du droit d'entrer dans son propre pays » et que le « Comité considère que les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares »¹³⁵. L'article 10 de la CIDE ne s'éloigne pas de cette direction en stipulant que « Les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de

¹³² À telle enseigne que l'article L224-1 du Code de la sécurité intérieure prévoit et encadre les interdictions de sortie du territoire : « Tout Français peut faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il projette : 1° Des déplacements à l'étranger ayant pour objet la participation à des activités terroristes ; 2° Ou des déplacements à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes, dans des conditions susceptibles de le conduire à porter atteinte à la sécurité publique lors de son retour sur le territoire français.(...) »

¹³³ Observation générale No 27, Liberté de circulation (art.12), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999).

¹³⁴ 19. Le droit d'une personne d'entrer dans son propre pays reconnaît l'existence d'une relation spéciale de l'individu à l'égard du pays concerné. Ce droit a diverses facettes. Il implique le droit de rester dans son propre pays. Il comprend non seulement le droit de rentrer dans son pays après l'avoir quitté, mais il peut également signifier le droit d'une personne d'y entrer pour la première fois si celle-ci est née en dehors du pays considéré (par exemple si ce pays est l'État de nationalité de la personne) (...)

¹³⁵ 21. En aucun cas un individu ne peut être privé arbitrairement du droit d'entrer dans son propre pays. La notion d'arbitraire est évoquée dans ce contexte dans le but de souligner qu'elle s'applique à toutes les mesures prises par l'État, au niveau législatif, administratif et judiciaire ; l'objet est de garantir que même une immixtion prévue par la loi soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières. Le Comité considère que les cas dans lesquels la privation du droit d'une personne d'entrer dans son propre pays pourrait être raisonnable, s'ils existent, sont rares. Les États parties ne doivent pas, en privant une personne de sa nationalité ou en l'expulsant vers un autre pays, priver arbitrairement celle-ci de retourner dans son propre pays.

quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays ». Reste maintenant à savoir si au niveau régional la Cour de Strasbourg adoptera cette même position puisque les requérants soutiennent que le refus français d'organiser les rapatriements entraîne une violation du paragraphe 2 de l'article 3 du protocole n° 4 de la Convention relatif au non-bannissement des nationaux¹³⁶.

Le franchissement de la frontière, quelle que soit la direction empruntée, entrée / sortie, sortie /entrée, est envisagé de façon identique que l'on s'intéresse aux étrangers comme aux nationaux. Le « bannissement » nouvelle formule est de retour¹³⁷ et il est significatif que le droit des étrangers nous fournisse des points de comparaison. En effet, qu'elle soit judiciaire ou administrative l'interdiction du territoire prononcée à l'encontre des étrangers délinquants pour la première, ou en situation irrégulière pour la seconde, consiste pour la personne visée en une interdiction de revenir sur le sol français.

Peu à peu, en France, la lutte contre le terrorisme a rendu possible l'assimilation des cadres juridiques applicables aux nationaux et aux étrangers. Ceci dans une direction claire : il ne s'agit pas d'atténuer le caractère dérogatoire des règles applicables aux étrangers, mais au contraire de tendre à aligner le traitement des nationaux sur celui des étrangers. Ici et là, des liaisons erronées voient alors le jour, telle celle d'accoler situation des Mineurs Isolés Etrangers (MIE) et celle des enfants français de Syrie...

S'intéresser à la question du retour des enfants français de Syrie est un exercice délicat pour le juriste puisque la question est indéniablement politique. Certes. Mais il n'a été question dans ces lignes que de garanties des droits fondamentaux et de protection du plus vulnérable : l'enfant censé, du point de vue du droit international et de notre droit constitutionnel en construction sur ce sujet, être l'objet de toutes les attentions. Il n'a été question que de se faire l'écho des voix et discours des instances protectrices des droits de l'homme. Il n'a été question que de montrer au grand jour combien la distinction droit naturel, droit positif était encore trop souvent nécessaire et pertinente à expliquer l'état du droit, comment malgré le développement

¹³⁶ Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant.

¹³⁷ Dont la définition courante est la suivante « peine criminelle interdisant à quelqu'un le séjour dans son pays »

prétendument inexorable des droits fondamentaux celui-ci-connaissait des barrières, comment la notion « d'État de droit » se construit, hésite, s'efface au nom de ce qui semble ressembler encore à la « raison d'État ».