

NOTE D'OPINION

Le consentement à l'accès humanitaire : une obligation déclenchée par le contrôle du territoire et non par les droits de l'État

Françoise Bouchet-Saulnier

Françoise Bouchet Saulnier est docteur en droit et magistrate, directrice juridique de Médecins sans Frontières (MSF), membre du comité éditorial de la *Revue internationale de la Croix-Rouge*, ainsi que du comité éditorial de la collection d'études historiques sur les *Prises de parole publiques de MSF*. Elle est l'auteur de plusieurs livres et articles sur le droit et l'action humanitaire, en particulier, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire* (4^e édition, La Découverte, 2013). Elle se consacre depuis vingt ans au développement des principales prises de position et des politiques de MSF sur vis-à-vis de l'action humanitaire, la protection des populations face aux crimes de masse et sur les défis posés par les interventions militaires internationales ainsi que par la justice pénale internationale.



Le débat quant à la licéité des opérations de secours transfrontalières est revenu au premier plan suite aux échecs qu'ont connus les organisations humanitaires internationales en tentant de répondre aux besoins humanitaires en Syrie¹.

1 Voir, par exemple, Pierre Kraehenbuhl, « There Are No « Good » or « Bad » Civilians in Syria – We Must Help All Who Need Aid », in *The Guardian*, 3 mars 2013, disponible sur : <http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/mar/03/red-cross-aid-inside-syria> ; Rony Brauman, « MSF et le CICR : question de principes », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 94, *Sélection française* 2012/4, pp. 345-357 ; Emanuela-Chiara Gillard, « Le droit applicable aux opérations de secours transfrontalières », in *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, « Violence contre les soins de santé », vol. 95, *Sélection française* 2013/1 et 2, pp. 229-262.

Au-delà de la souffrance incommensurable que vit le peuple syrien, ces échecs sont particulièrement difficiles à justifier étant donné que le droit international humanitaire (DIH) s'est progressivement développé ces cinquante dernières années, et que les notions d'accès humanitaire et de droit à l'assistance et à la protection pour les victimes de désastres et de conflits semblent désormais faire l'objet d'un consensus international. Ce consensus est illustré au sein des Nations unies (ONU) par les activités du Bureau de la coordination des affaires humanitaires (OCHA)², par la politique et les pratiques du Conseil de sécurité de l'ONU vis-à-vis du droit à l'accès pour les opérations humanitaires de secours³, ainsi que par la « responsabilité de protéger » les victimes des conflits, avec l'appui, au besoin, de forces armées internationales.

Toutefois, cet apparent consensus comporte des ambiguïtés et des faiblesses, comme l'a souligné Emanuela-Chiara Gillard dans son analyse juridique des opérations transfrontalières⁴. Sans surprise, les questions du consentement et de la souveraineté étatique constituent la pierre d'achoppement dans le rapprochement et l'intégration progressive des activités de secours humanitaires dans le cadre plus large des actions liées à la gestion des conflits et à la sécurité internationale.

L'invocation du DIH dans le contexte du droit international général (traditionnellement centré sur l'État) ainsi que son intégration dans les interventions humanitaires menées par les États et l'ONU, doivent être effectuées d'une manière telle que les particularités de certaines notions du DIH soient reconnues et préservées. En effet, depuis sa création, le DIH a reconnu et aménagé les rôles et les responsabilités *à la fois* des États et des acteurs non étatiques, dans leurs activités humanitaires et de belligérance. Le CICR et d'autres organisations humanitaires impartiales se sont vus confier, en vertu du DIH, un mandat crucial de protection et d'assistance, y compris le droit d'initiative prévu à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, applicable en situation de conflit armé non international. En se référant à la fois aux Hautes Parties Contractantes et aux « parties au conflit », le DIH reconnaît la nature potentiellement non étatique de certaines des parties au conflit. Ces spécificités tendent à moins mettre l'accent sur la notion de souveraineté étatique et à davantage insister sur le concept de « contrôle territorial effectif », et sur la responsabilité des parties au conflit, sur le mandat obligatoire de la mission médicale et de certaines opérations de secours, ainsi que sur les garanties relatives au caractère strictement humanitaire de l'assistance.

2 Voir par exemple OCHA, « Thematic Areas: Humanitarian Access », disponible sur : <http://www.unocha.org/what-we-do/policy/thematic-areas/humanitarian-access>.

3 Voir plus récemment par exemple la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU sur l'accès humanitaire en Syrie, Doc. ONU, S/RES/2139, 22 février 2014, en particulier les par. 4 à 12.

4 Emanuela-Chiara Gillard, *op. cit.* note 1.

La question du consentement

Certaines dispositions du DIH relatives aux opérations de secours sont rédigées en termes impératifs⁵. Si le DIH fait référence aux notions de « consentement⁶ » et d'« agrément⁷ » dans le contexte des opérations de secours, l'exigence de consentement ne peut pas avoir d'effet sur le *principe* de l'assistance mais seulement sur les *modalités* de celle-ci. Sur ce sujet, l'article d'Emmanuela-Chiara Gillard est particulièrement instructif : le refus arbitraire d'autoriser une opération de secours constitue une violation du DIH⁸.

Toutefois, cette conclusion évacue trop rapidement un certain nombre de questions quant à la validité du consentement des parties non étatiques à un conflit, ainsi qu'à propos de la « licéité » d'opérations « non autorisées » orchestrées par des organisations non gouvernementales (ONG). En effet, les activités de secours des ONG sont toujours menées avec le consentement *de facto* de la partie à un conflit qui contrôle le territoire concerné, qu'il soit étatique ou non. Ce consentement *de facto* revêt clairement un certain poids juridique, y compris lorsqu'il émane d'une partie non étatique au conflit. Il implique, *inter alia*, l'obligation de respecter les principes et le personnel humanitaire, ainsi que l'interdiction de priver les personnes de biens et de services essentiels à leur survie. D'un point de vue juridique, par conséquent, un accord entre une ONG et une partie non étatique au conflit prévoyant que l'ONG fournira une assistance humanitaire impartiale ne devrait pas être considéré comme un acte de participation directe aux hostilités, ni comme un acte hostile ou un crime au regard du droit international.

En ce qui concerne les propositions visant à surmonter le refus arbitraire d'une partie étatique, elles reposent essentiellement sur le fait d'infliger des sanctions afin de contraindre l'État concerné à donner son consentement et à autoriser l'accès humanitaire. Ce type d'argumentation contourne l'interdiction d'ingérence fixée prévue en DIH⁹ et risque de renforcer l'idée selon laquelle les opérations de secours ne peuvent être accomplies que dans le sillage d'interventions militaires internationales.

5 Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG IV), art. 3 et 23 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA I), art. 70, 1. ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 8 juin 1977, 1125 RTNU 609 (entré en vigueur le 7 décembre 1978) (PA II), art. 18, 2.

6 Voir les articles communs 9, 9, 9 et 10 des CG pour les conflits armés internationaux ; CG IV, art. 59 pour l'occupation ; PA II, art. 18 pour les conflits armés non internationaux.

7 Voir PA I, art. 70, 1. pour les conflits armés internationaux.

8 Emanuela-Chiara Gillard, *op. cit.* note 1.

9 PA I, art. 70, 1.

Entre les notions d'« État souverain » et de « partie au conflit » : les enjeux du consentement

Il existe une différence substantielle entre les principes humanitaires adoptés dans le cadre de l'ONU et ceux contenus dans le DIH. En effet, les Principes directeurs de l'aide humanitaire de l'ONU furent adoptés en 1991 afin de réglementer les opérations de secours humanitaires dans les situations de catastrophes naturelles ou d'autres situations d'urgence¹⁰. Ces principes ne mentionnent pas les conflits armés et n'utilisent pas la notion de « parties au conflit » utilisée par le DIH. Au contraire, ils insistent sur le fait que la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des États doivent être parfaitement respectées, conformément à la Charte des Nations Unies, et que l'aide humanitaire ne peut être fournie qu'avec le consentement du pays affecté et, en principe, sur demande du pays affecté. Même si les Principes directeurs reconnaissent que les opérations de secours doivent être menées conformément aux principes d'humanité, de neutralité, d'impartialité et d'indépendance¹¹, dès que la question du consentement est abordée, ils **reconstituent** une contrainte que le DIH avait auparavant circonscrite. Cette contrainte – exigeant le consentement de l'État affecté – pèse plus lourdement sur les opérations de secours menées par les États ou les organisations internationales que sur celles menées par des organisations humanitaires privées. En effet, le respect de la souveraineté est l'un des principes fondamentaux du droit international et lie les États dans leurs interactions avec d'autres États.

En revanche, le DIH limite le principe de souveraineté nationale, particulièrement dans les conflits armés non internationaux dans lesquels un État est opposé à un ou plusieurs groupes armés non étatiques, ou quand plusieurs groupes armés non étatiques s'affrontent entre eux. Ainsi, le DIH privilégie la notion de « partie au conflit » à celle d'État/Haute Partie Contractante. L'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève utilise l'expression « partie au conflit », imposant aux États comme aux groupes armés non étatiques le même respect des garanties humanitaires fondamentales. Il crée également un droit d'initiative humanitaire pour le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et tout autre organisme humanitaire impartial. Il affirme que les efforts et les accords spéciaux signés dans le cadre de conflits armés non internationaux destinés à faciliter l'application du DIH n'auront pas d'effet sur le statut juridique des parties au conflit. Enfin, le DIH prévoit que les opérations humanitaires ne devraient pas être considérées comme une ingérence dans le conflit armé, ou comme un acte hostile ou inamical¹². Par conséquent, les diverses références au consentement listées ci-dessus, renvoient aux « parties au conflit ». La logique n'est pas de défendre la souveraineté étatique ou l'intégrité territoriale, mais d'obliger *toutes* les autorités (légitimes ou *de facto*) utilisant la force armée ou exerçant leur contrôle sur un territoire, et de leur rappeler leurs

10 AGNU, Rés. 182 (XLVI), Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence de l'Organisation des Nations Unies, Doc. ONU, A/RES/46/182, 19 décembre 1991.

11 Doc. ONU A/RES/58/114 (LVIII), Renforcement de la coordination de l'aide humanitaire d'urgence fournie par l'Organisation des Nations Unies, 17 décembre 2003.

12 PA I, art. 70, 1.

obligations. Il n'existe qu'un seul cas où le DIH fait référence à l'État concerné plutôt qu'au consentement des parties au conflit : l'article 18, paragraphe 2 du Protocole additionnel II (PA II), relatif aux opérations de secours dans les conflits armés non internationaux. Les avis sur la signification juridique de cette disposition spécifique n'étaient pas unanimes durant les négociations du PA II. En effet certains États se montrèrent plus soucieux de protéger leur souveraineté nationale que de faciliter les opérations de secours en toutes circonstances. Quoi qu'il en soit, la logique voudrait qu'il ne soit pas possible d'appliquer largement une telle disposition exceptionnelle et que les États qui n'ont pas ratifié le PA II ne puissent se prévaloir de cette disposition¹³. La même logique impliquerait également que cette prérogative soit accordée à l'État partie au conflit afin qu'il puisse donner son consentement s'agissant du territoire sous son contrôle, et non pour qu'il puisse interdire les secours (ou imposer des secours ou des organisations de secours qu'elle contrôle) sur des territoires ou des populations sur lesquels il n'exerce plus un contrôle effectif¹⁴.

Dans les conflits armés non internationaux, les notions de « parties au conflit » et de « contrôle effectif » sont cruciales pour lire et interpréter le DIH. Les dispositions de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève relatives aux accords spéciaux humanitaires et au droit d'initiative humanitaire tendent à valider à la fois la capacité d'une partie non étatique à donner son consentement à des opérations de secours et les accords passés par ou avec cette dernière. Le DIH s'efforce ainsi de créer un devoir de faciliter et de consentir aux secours pour les parties exerçant effectivement le contrôle sur le territoire en cause et qui sont donc capables de s'engager à fournir ou à permettre des opérations humanitaires sur le terrain. Ces dispositions centrales régissant les conflits armés non internationaux devraient prévaloir lorsqu'il s'agit de tenter d'interpréter et d'appliquer des dispositions apparemment plus restrictives à propos du consentement de l'État¹⁵. L'obligation de consentir incombe à l'évidence à la partie qui a effectivement le contrôle territorial.

Les règles 55 et 56 du droit international humanitaire coutumier relatives à l'autorisation des secours humanitaires¹⁶ confirment que la pratique générale corrobore également l'existence d'un lien entre la capacité de consentir et le contrôle effectif du territoire de chaque partie, et limite le consentement au droit de contrôler la nature humanitaire du secours. Le lien entre consentement et contrôle effectif du

13 Commentaires aux Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR, pp. 1475-1481.

14 Dans les conflits armés polarisés comme le conflit syrien, les parties au conflit peuvent, pour des raisons politiques, se montrer réticentes à accepter que des organisations humanitaires maintiennent des relations avec l'ennemi. Toutefois, imposer un monopole neutre dans les situations de conflit armé, n'autoriser que des organisations accréditées par l'État (comme les sociétés nationales de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge) à fournir de l'aide – constitue un abus de droit de la part de l'État. En vertu du DIH comme des règles du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, seul le CICR peut agir comme un intermédiaire humanitaire neutre dans les situations de conflit armé.

15 L'article 1^{er} du PA II complète l'article 3 commun sans en modifier le champ d'application. Il est, par conséquent, logique de supposer que les dispositions les plus restrictives de l'art. 18, 2. ne remettent pas en cause la validité des accords spéciaux et des offres d'assistance conclues, conformément à l'article 3 commun, entre les organisations de secours et les parties non étatiques.

16 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Customary International Humanitarian Law*, vol. 1 : *Rules*, Cambridge University Press, 2005 (Étude du CICR sur le droit coutumier) pp. 193-202.

territoire est également conforté par la récente évolution de la terminologie utilisée dans les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU sur la protection des civils dans les conflits, comme dans ses résolutions sur les situations en Syrie et en République centrafricaine. Dans ces résolutions, le Conseil de sécurité s'adresse à « toutes les parties au conflit¹⁷ » et demande que les « parties » se conforment à leurs obligations de respecter et de faciliter les opérations de secours, incluant ainsi les obligations et les responsabilités des parties non étatiques au conflit¹⁸. Il est difficile d'envisager comment des parties non étatiques à un conflit pourraient avoir l'obligation de faciliter les opérations de secours et de respecter les populations sans que leur capacité juridique de consentir à de telles opérations soit également reconnue¹⁹.

Il serait pertinent de limiter les obstacles juridiques aux secours nés du caractère interétatique des organisations humanitaires au sein de la famille des Nations Unies. Ceci comprendrait, en particulier, la possibilité de signer des accords spéciaux avec des parties non étatiques au conflit, comme des groupes armés non étatiques, ce qui est un prérequis indispensable en termes d'opérations de secours et qui est déjà accordé par le DIH aux organisations humanitaires impartiales. L'opportunité de cette évolution peut être offerte par les dispositions de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. Celui-ci prévoit que les accords spéciaux signés par les organisations humanitaires impartiales avec les différentes parties à un conflit, y compris les parties non étatiques au conflit, n'ont pas d'effet sur la reconnaissance ou le statut juridique des parties à un conflit. Ces accords spéciaux peuvent également fournir un cadre protecteur pour les acteurs humanitaires pouvant les préserver des risques de poursuite pénale pour l'aide qu'ils apportent aux victimes du conflit vivant dans des zones qui se trouvent sous le contrôle territorial effectif de groupes armés non étatiques ou placés sur la liste des organisations « terroristes ».

La mission médicale : au-delà du consentement et des frontières

Parmi les diverses formes de l'action humanitaire, le DIH régleme la mission médicale sur la base d'un impératif permanent : recueillir et soigner tous les malades et les blessés, et ce, sans discrimination autre que celle basée sur des critères médicaux.

Il s'agit historiquement du tout premier type d'activité de secours à avoir été encadré par le DIH²⁰. Des développements juridiques postérieurs ont étendu cette protection à tous les types de conflits, ainsi qu'à tous les blessés et les malades. Ils ont

17 CSNU, Rés. 2127, 5 décembre 2013.

18 CSNU, Rés. 2139, 22 février 2014 ; CSNU, Rés. 2127, 5 décembre 2013 ; Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, Doc. NU, S/PRST/2013/15, 2 octobre 2013.

19 Sur ce point, voir CSNU, Rés. 1674, 28 avril 2006, par. 5, sur la protection des victimes civiles des conflits, qui établit clairement que les parties au conflit ont la responsabilité de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des populations, qui condamne le refus intentionnel de l'assistance humanitaire et qui exige que toutes les parties mettent un terme à ces pratiques.

20 C'est pour permettre le secours et les soins des blessés ainsi que pour récupérer le corps de ceux qui ont été tués sur le champ de bataille, qu'Henri Dunant a participé à la création du Comité international de secours aux blessés et soutenu le projet de la première Convention de Genève en 1864.

également élargi le champ d'application du DIH afin de protéger d'autres catégories de victimes de conflits ainsi que d'autres types d'activités de secours.

L'« obligation de résultat » contenue dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève se retrouve dans une série de règles du DIH protégeant l'intégralité de la chaîne opérationnelle du secours médical : un statut spécial est accordé aux blessés et aux malades, ainsi qu'au personnel médical et aux installations ; aux équipements et à la sécurité des moyens de transport ; et un emblème protecteur spécifique²¹.

Le DIH protège l'autonomie juridique de la mission médicale en l'inscrivant sous la seule obligation et la sauvegarde ultime du respect des règles impératives de déontologie médicale. En tant que telle, la mission médicale n'est donc pas soumise aux critères, formalités et conditions relatives au consentement auxquelles doivent se conformer les autres activités de secours, y compris ceux relatifs à l'accès à et au contrôle sur des organisations de secours, de la nature du secours et de ses bénéficiaires.

Par conséquent et conformément à la déontologie médicale, toute contrainte exercée par une partie au conflit, étatique ou non étatique, sur des activités médicales, qu'elles soient transfrontalières ou autres, devrait invariablement être considérée comme arbitraire du point de vue du DIH.

Cette protection juridique spéciale a été prévue pour résister aux menaces et aux attaques constantes que subissent les missions médicales en raison de la valeur stratégique qui leur est attribuée par certains belligérants²². Détruire ou contrôler des installations médicales, et donc contrôler l'accès aux soins de santé, est souvent utilisé de manière abusive pour répandre la terreur parmi la population ou dissuader des groupes d'opposition de participer aux hostilités en leur déniaient l'accès aux soins en cas de blessure. La nature choquante et illicite de ce type d'attaques directes sur la mission médicale ne doit pas occulter les formes tout autant meurtrière mais indirectes d'attaques sur le droit aux soins sans discrimination en période de guerre. C'est fréquemment le cas par le biais de l'usage abusif du droit national pour réglementer et criminaliser les conditions d'exercice du secours médical transformant le secours médical en une arme de guerre au profit de la partie étatique impliquée dans le conflit.

Ceci est particulièrement important dans les conflits armés non internationaux en raison de l'asymétrie juridique existant entre les différentes parties au conflit. Dans ce type de situations, il est clairement nécessaire de garantir qu'une référence à la souveraineté ou au droit national ne contredise, ni n'évince les principes fondamentaux du DIH protégeant la mission médicale. D'un point de vue opérationnel, des réponses claires à un certain nombre de questions juridiques doivent maintenant être apportées. Un État peut-il utiliser des arguments fondés

21 Cette protection spécifique peut être trouvée dans la CG IV, aux articles 3, 16, 18, 19, 20, 21, 22 et 23. Dans les deux Protocoles additionnels, cette protection a été améliorée et étendue aux conflits armés non internationaux. Elle peut être trouvée dans le PA I, aux articles 8 à 31, et dans le PA II, aux articles 7 à 12. En droit international humanitaire coutumier, ce sont les règles 25, 26, 28, 29, 30, et 110 telles qu'établies par l'Etude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 16 qui sont pertinentes.

22 La *Revue* a consacré un numéro spécial à cette question. Voir *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, « Violence contre les soins de santé », vol. 95, *Sélection française* 2013/1 et 2, « Exposé du problème ».

sur la souveraineté pour empêcher que des soins médicaux soient apportés à une population sur laquelle il n'a plus de contrôle effectif ? Un État peut-il utiliser des normes juridiques internes pour transformer l'accès, (ou l'absence d'accès) aux soins médicaux en une arme de guerre ? Comme pour l'accès, l'interprétation arbitraire et abusive des lois nationales relatives aux soins de santé devrait être encadrée par des lignes directrices internationales très claires.

Dans les conflits armés non internationaux, le principal obstacle à l'accès aux soins pour les blessés et la principale menace pour les soignants réside dans l'obligation de notification à la police, clauses classiques présentes dans tous les droits nationaux. De telles clauses contraignent les médecins à déclarer certaines maladies transmissibles et certains patients spécifiques (par exemple ceux qui ont été blessés par balles) aux autorités sanitaires ou à la police. En temps de paix, ces clauses sont justifiées par le souci légitime de l'État de maintenir l'ordre et de préserver la santé publique. En outre ces obligations n'empêchent pas le médecin de maintenir le secret médical également inscrit dans la loi au titre de l'éthique médicale et de demander à un juge d'arbitrer quand ces deux obligations s'opposent à l'intérêt supérieur du patient. Il faut déplorer que dans les situations de conflits armés, la validité de ces clauses nationales et leur interaction avec le DIH ne soient presque jamais abordées par les experts en DIH, que ce soit dans leur régime juridique théorique ou dans la pratique abusive de nombreuses autorités nationales. En effet, en période de conflit, il conviendrait de s'opposer d'une manière systématique et cohérente à un certain nombre de pratiques des autorités militaires ou sécuritaires étatiques consistant à demander la levée du secret médical concernant l'identité des blessés de guerre dans les hôpitaux civils, ou à entrer dans les hôpitaux afin d'interroger ou d'arrêter des patients, à obliger un individu blessé à être soigné dans des établissements militaires²³ ou encore à criminaliser l'activité du personnel médical au nom de la « lutte contre le terrorisme » ou de celui du maintien de l'ordre.

Le fait que les ONG humanitaires, contrairement aux organisations onusiennes, ne bénéficient pas d'immunité au regard du droit interne engendre des risques qui devraient être clarifiés par la prééminence et la juste interprétation des dispositions du DIH qui restent trop peu exploitées. Le DIH permet de limiter l'application de telles dispositions controversées, surtout quand elles concernent la mission médicale et l'incrimination de certaines activités médicales au nom du soutien matériel au terrorisme ou à des actes illégaux. Ceci est particulièrement important dans les conflits armés non internationaux en raison de l'asymétrie juridique créée au profit de la partie étatique au conflit, situation mise en exergue dans l'actuel conflit syrien²⁴.

23 Amnesty International, *La Santé attaquée. Le gouvernement syrien s'en prend aux blessés et au personnel soignant* ; 25 octobre 2011, pp. 18 et 19 disponible en Français sur : <https://www.amnesty.org/en/documents/MDE24/059/2011/fr>.

24 Sophie Delaunay, *Condemned to Resist: Professionals in Humanitarian Assistance and Protection*, 10 février 2014, disponible (en anglais) sur : <http://phap.org/articles/condemned-to-resist> ; Amnesty International, *Squeezing the Life out of Yarmouk: War Crimes against Besieged Civilians*, 10 mars 2014, disponible (en anglais) sur : <https://www.amnesty.org/en/documents/MDE24/008/2014/en/>.

Il faut justement noter que les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève apportent une réponse claire à ces questions si l'on se donne la peine de reconnaître l'importance des enjeux et d'entrer dans la complexité du sujet. Cette réponse est contenue dans les articles 16 du Protocole additionnel I (PA I) et 10 du PA II qui, pour clore tout débat sur la validité de ces obligations de notification, établissent explicitement un principe d'immunité judiciaire et administratif au profit du personnel médical, quelles que soient les circonstances et quel que soit le bénéficiaire des soins. L'unique corollaire de ce principe est l'obligation faite au personnel médical de se conformer pleinement aux règles de déontologie médicale²⁵.

Concernant les obligations de lever le secret médical découlant des dispositions juridiques nationales, le PA I²⁶ applicable aux conflits armés internationaux, fait clairement passer les obligations du DIH au-dessus des règles nationales. Il interdit expressément au personnel médical toute transmission d'informations sur les blessés et les malades appartenant à la partie adverse et ce, quelles que soient les dispositions du droit national. Il va plus loin en interdisant également la transmission de renseignements prévus par la loi à la Partie au conflit à laquelle appartient le malade ou blessé si le personnel médical estime que cela pourrait porter préjudice aux patients ou à leur famille.

L'article 16 du PA I ne maintient finalement qu'une seule exception au secret médical qui concerne l'obligation de déclarer certaines maladies transmissibles²⁷. Cependant cette notification, faite au nom de la santé publique auprès des autorités sanitaires, ne peut pas être réellement considérée comme altérant le droit du patient au secret médical, dans la mesure où elle est généralement effectuée en respectant l'anonymat du patient.

Ce faisant, l'article 16 reconnaît que le fait de déclarer aux autorités nationales les patients blessés par balle n'est plus une obligation juridique en période de conflit et que cette décision appartient au seul médecin, en ce sens qu'il reste contraint par l'obligation première de l'éthique médicale : « ne pas nuire » au patient. Cette position est très largement reconnue par la plupart des jurisprudences nationales qui montrent que le juge reconnaît et protège l'existence d'obligations duelles qui s'imposent aux médecins et qu'il arbitre en faveur du secret médical si le médecin a bien agi dans le cadre de ses obligations éthiques²⁸. La gestion de ces obligations duelles par le personnel médical a récemment été tranchée dans ce même sens par la règle du Protocole d'Istanbul relatives aux obligations des médecins face à des

25 PA I, art. 16, 1. et 16, 2.; PA II, art. 10, 1., 10, 2. et 10, 4.

26 PA I, art. 16, 3.

27 *Ibid.*

28 Dans la plupart des lois nationales, les obligations de notification à la police sont prévues d'une façon qui permet toujours de prendre en compte l'existence des obligations contraires concernant la protection de l'éthique médicale dans ce même droit national. On parle d'obligations duelles qui sont donc laissées à l'appréciation du personnel médical et arbitrée par le juge en cas de contestation. Dans un tel système, les décisions comme les sanctions ne sont pas automatiques, mais sont prononcées par un juge qui évalue au cas par cas l'équilibre à trouver entre ces obligations duelles. Il vérifie notamment que le médecin qui se prévaut du secret médical n'agit pas pour convenance personnelle mais au nom d'exigences éthiques.

situations de torture, qui prévoient clairement que l'éthique médicale doit toujours prévaloir sur toute autre obligation juridique concurrente²⁹.

En ce qui concerne les conflits non internationaux, la formulation utilisée dans l'article 10 du PA II diffère légèrement de celle de l'article 16 mais poursuit le même objectif et doit être lu dans le même esprit de ne pas nuire aux patients. Il est par conséquent parfaitement erroné de considérer que dans les conflits armés non internationaux cet article « contraint » le personnel médical à notifier aux autorités les patients blessés et à obéir aveuglément au droit national³⁰. La liberté de choix du personnel médical ne peut jamais être abolie et elle ne doit être guidée que par les principes d'éthique médicale. En cas de doute, seul un juge peut trancher l'équilibre entre ces obligations. Dans ce cas la clause de sauvegarde du DIH prévoyant que le personnel médical ne peut pas être puni pour avoir pratiqué des activités médicales conformes à la déontologie devrait encore prouver, s'il en était besoin, que l'obligation de notification à la police contenue dans le droit national n'a plus d'efficacité juridique en situation de conflit armé international et non international.

La souveraineté nationale et l'interprétation du DIH : le nouveau rôle du Conseil de sécurité de l'ONU

Les activités de secours transfrontalières ont été une alternative au refus arbitraire d'un État de donner son consentement à des activités de secours. Historiquement, seules les ONG humanitaires privées ont mené des activités de secours « non autorisées » par un État³¹. Le cadre juridique spécifique de la mission médicale justifie la liberté juridique revendiquée par des organisations comme Médecins Sans Frontières (MSF), contrairement à des organisations comme le CICR qui ont reçu du DIH un mandat juridique plus contraignant pour les activités de secours en termes de consentement des parties au conflit³².

Quel que soit l'état du débat juridique autour de l'accès au secours humanitaire ou de la mission médicale, l'obstacle principal à la mise en œuvre du DIH va bien au-delà de la seule nature arbitraire du refus de consentement à des opérations de secours. En effet, l'interprétation du DIH applicable à un conflit armé donné ne

29 Haut-Commissariat aux droits de l'homme de l'ONU (OHCHR), *Manuel pour enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Protocole d'Istanbul)*, Doc. ONU, HR/P/PT/8/Rev.1, 2004, articles 48 à 73.

30 Le texte met l'accent sur la primauté de l'éthique médicale et interdit que des membres du personnel médical obéissant à ses règles soient punis pour cette raison, avant de déclarer que la confidentialité liée au traitement des malades et des blessés doit être respectée par tous. Le texte mentionne également que les éventuelles exceptions à ces règles doivent impérativement être prévues par le droit national. Il s'appuie par conséquent sur les garanties offertes par le droit quant aux obligations duales et, en même temps, protège le personnel médical sur requête des autorités civiles ou militaires, en période de conflit armé.

31 Le consentement ou le refus n'a pas besoin d'être explicite. Les autorités peuvent tout à fait préférer tolérer des opérations de secours plus que de les autoriser explicitement. De la même manière, il est rare que les refus soient explicites. Toujours est-il que les longs délais de réponse ou encore les conditions imposées par les autorités obligent les organisations de secours à trouver d'autres voies pour répondre à l'urgence de certaines situations.

32 Sur ce point, voir Rony Brauman, *op. cit.*, note 1.

peut pas être laissée à la seule appréciation de la partie étatique à ce conflit, sans mettre en péril l'application des principes du DIH au conflit.

Le recours à des forces militaires internationales s'est développé au début des années 1990 afin d'imposer l'aide humanitaire et de passer outre le consentement des parties concernées³³. Mais, outre le fait que cette solution ne puisse pas toujours être mise en œuvre en raison de l'absence de consensus au sein du Conseil de sécurité de l'ONU et qu'elle ne soit pas toujours efficace en termes d'amélioration de la sécurité des populations, elle entre également en contradiction avec l'interdiction d'intervention et d'ingérence prévue par le DIH ainsi qu'avec le caractère non violent et neutre des opérations de secours³⁴.

L'impasse dans laquelle s'est trouvé le Conseil de sécurité sur la question du recours à la force dans le cas syrien l'a incité à explorer d'autres manières de renforcer le droit à l'assistance et à l'accès humanitaire. En adoptant ses résolutions sur la crise syrienne, le Conseil de sécurité a développé une doctrine cohérente sur l'interprétation du DIH, ne laissant aucun doute sur le fait que le droit à l'assistance et à l'accès humanitaire n'est plus le monopole de la partie étatique à un conflit³⁵. Ces résolutions s'opposent à certaines interprétations abusives du DIH fondées sur la souveraineté qui ont conduit à un refus arbitraire d'assistance et l'utilisation de l'aide comme arme de guerre.

Ainsi, le Conseil de sécurité de l'ONU a reconnu le concept de refus arbitraire de l'accès humanitaire et souligné qu'un tel refus arbitraire peut constituer une violation du DIH³⁶. Il a, en outre, affirmé que l'obligation de consentir pèse sur les deux parties, y compris sur la partie non étatique. Par conséquent, le consentement n'incombe pas seulement à l'État dans les situations de conflits armés non internationaux, pas plus qu'il s'agit d'un droit dont l'État pourrait abuser afin d'affaiblir la partie adverse ou punir la population³⁷.

Le Conseil de sécurité de l'ONU a également reconnu le caractère impératif dans les conflits armés, du principe de neutralité du personnel et de l'activité médi-

33 Le Conseil de sécurité de l'ONU a décidé à plusieurs reprises d'interventions militaires internationales ayant pour but de faciliter et de sécuriser l'aide humanitaire, ou, plus récemment, d'assurer la protection des populations. Les sanctions internationales contre les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les génocides, ainsi que les saisines des Tribunaux *ad hoc* ou de la Cour pénale internationale ont également été imposées par le Conseil de sécurité de l'ONU sans le consentement des États concernés.

34 Dans les conflits armés non internationaux, l'article 3, 2. du PA II dispose clairement que : « Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée comme une justification d'une intervention directe ou indirecte, pour quelque raison que ce soit, dans le conflit armé ou dans les affaires intérieures ou extérieures de la Haute Partie contractante sur le territoire de laquelle ce conflit se produit. » Le Conseil de sécurité de l'ONU peut définir une situation comme une « menace contre la paix et la sécurité internationale » et décider pour cette raison d'une intervention internationale. Il serait toutefois incorrect de fonder une telle intervention sur une violation des règles du DIH. Le refus arbitraire, s'il constitue une violation de l'article 18, 2. du PA II ne saurait en aucun cas déroger à l'interdiction de l'intervention fixée par l'article 3 du PA II.

35 Dans la Résolution 2165 du 14 juillet 2014, le Conseil de sécurité de l'ONU rejette la référence au Chapitre VII et l'option de recourir à la force dans le cas d'une violation de ses décisions, tout en affirmant que cette résolution – et par conséquent l'interprétation qu'elle fait du DIH – possède un effet juridiquement contraignant en vertu de l'article 25 de la Charte des Nations Unies.

36 Rés. 2139 du CSNU, 22 février 2014.

37 Rés. 2127 du CSNU, 5 décembre 2013 ; Rés. 2139 du CSNU, 22 février 2014 ; Rés. 2165 du CSNU, 14 juillet 2014.

cale, la nécessaire démilitarisation des structures médicales, ainsi que la liberté de passage pour les équipes, le matériel et les moyens de transport médicaux. Il a ainsi clairement fait prévaloir les règles du DIH concernant la neutralité et l'indépendance de la mission médicale, sur les règles de droit interne qui risquent de transformer les médecins et les établissements médicaux en auxiliaires des autorités³⁸.

Enfin, le Conseil de sécurité de l'ONU a choisi de réactiver une disposition du DIH tombée en désuétude pour décider sans l'accord de l'État syrien l'ouverture de quatre postes frontières pour l'entrée des convois de secours en Syrie, sans avoir besoin de recourir à une décision coercitive. Ceci a permis de sortir de l'impasse causée par l'incapacité du Conseil de sécurité de l'ONU à parvenir à un consensus sur le recours à la coercition³⁹. La création d'un mécanisme de surveillance des convois humanitaires placé sous la responsabilité du Secrétaire général des Nations Unies répond aux garanties de contrôle du caractère humanitaire et impartial des secours que le droit humanitaire confie à au mécanisme neutre des « Puissances protectrices » (ou au CICR comme un « substitut aux Puissances protectrices », au cas où les parties au conflit ne parviennent pas à un accord pour désigner une Puissance protectrice). Ce mécanisme a pour effet de priver les parties au conflit de leur prérogative d'inspection et de contrôler des secours – et, donc de leur capacité de limiter ces secours par refus de consentement. Le conflit armé syrien étant d'une nature non internationale, le CICR n'était pas en mesure d'imposer un tel mécanisme juridique et restait contraint par l'obligation qui lui était faite de remplir son mandat humanitaire avec le consentement du gouvernement syrien.

Dans le même temps, MSF décidait qu'en raison de la spécificité de la mission médicale dans le droit humanitaire ses activités de secours médical pourraient être accomplies de manière licite sans le consentement du gouvernement dans les territoires qui n'étaient plus sous le contrôle effectif du gouvernement syrien, dès lors que les activités humanitaires fondées sur les principes de MSF avaient été négociées et acceptées *de facto* par les autorités non étatiques exerçant un contrôle territorial sur ces zones. Conformément au même raisonnement juridique, et en raison du refus du gouvernement syrien de consentir à la présence et aux activités de MSF, l'organisation s'est abstenue d'apporter un secours direct dans les zones sous contrôle territorial du gouvernement.

En faisant revivre ce mécanisme et en l'appliquant à un conflit armé non international comme celui en Syrie, le Conseil de sécurité a rendu au DIH l'efficacité et l'autonomie dont il a besoin pour couper court aux interprétations abusives du droit par les belligérants. Paradoxalement, il a également ravivé l'esprit et l'indépendance du droit, et l'a éloigné de la logique de la souveraineté ou du recours à une force armée internationale. Cette résolution humanitaire, adoptée à l'unanimité dans le cadre d'un conflit, qui a mis en exergue l'impuissance politique collective à mettre fin à des niveaux d'atrocités et de violence sans précédent, pourrait avoir jeté les bases d'un nouveau consensus sur la spécificité du droit et de l'action humanitaire au sein de la communauté internationale.

38 Rés. 2139 du CSNU, 22 février 2014.

39 Rés. 2165 du CSNU, 14 juillet 2014.