

Légiférer au détriment des principes humanitaires : étude de cas sur les conséquences humanitaires des lois australiennes de lutte contre le terrorisme

Phoebe Wynn-Pope, Yvette Zegenhagen et Fauve Kurnadi*

Phoebe Wynn-Pope est la Directrice du droit international humanitaire et des relations du Mouvement à la Croix-Rouge australienne. Elle a obtenu un doctorat en droit international à l'Université de Melbourne.

Yvette Zegenhagen est la Responsable nationale du droit international humanitaire, des relations du Mouvement et de la sensibilisation à la Croix-Rouge australienne. En cette qualité, elle est notamment chargée de l'ensemble des opérations liées au programme de DIH de la Croix-Rouge australienne.

Fauve Kurnadi est Coordinatrice du droit international humanitaire à la Croix-Rouge australienne. Elle prépare un master en droit public et droit international à l'Université de Melbourne.

Résumé

Les principes humanitaires que sont l'humanité, la neutralité, l'impartialité et l'indépendance caractérisent désormais une action humanitaire efficace, notamment dans les situations de conflits armés, et fournissent un cadre pour le système humanitaire dans son ensemble. Les réponses contemporaines à la lutte contre le terrorisme menacent sérieusement ces principes et restreignent les possibilités de mener des activités d'assistance humanitaire et de protection fondées sur ces principes.

* Dans cet article, les opinions sont exprimées à titre personnel par les auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de la Croix-Rouge australienne. Les auteurs tiennent à remercier Alex Milner de son aimable assistance dans l'élaboration et la mise au point du présent article.

Le présent article examine les origines des principes, l'histoire de leur évolution et leur contribution actuelle à l'action humanitaire. L'article passera ensuite en revue les différentes menaces qui planent sur les principes dans le contexte australien, tant sur le plan pratique que juridique, avant de formuler des propositions visant à se réapproprier les principes et à les protéger pour le futur afin de préserver une action humanitaire efficace et impartiale.

Mots clés : principes humanitaires, action humanitaire fondée sur les principes, droit international humanitaire, lutte contre le terrorisme, législation antiterroriste, Australie.



En 1991, alors que l'Organisation des Nations Unies (ONU) créait le Département des affaires humanitaires, l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) énonçait certains principes applicables à l'action humanitaire. Ces principes découlaient des Principes fondamentaux du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (le Mouvement)¹ et comprenaient les principes d'humanité, de neutralité, d'impartialité et d'indépendance². Depuis lors, ces principes constituent le fondement de l'action et de la pratique humanitaire modernes.

Toutefois, eu égard aux nouvelles réglementations juridiques élaborées dans le cadre des stratégies anti-terroristes, l'application des principes humanitaires est de plus en plus souvent remise en cause. On trouve des régimes de sanctions et des législations antiterroristes qui interdisent effectivement d'apporter un appui matériel à des organisations désignées comme terroristes (ODTs), lesquels ont parfois des répercussions sur la délivrance d'une aide humanitaire fondée sur les principes. Dans d'autres cas, les obligations contractuelles imposées par les donateurs menacent

- 1 Humanité, impartialité, neutralité, indépendance, volontariat, unité et universalité sont les sept Principes fondamentaux du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, proclamés lors de la XX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge à Vienne en 1965. Ces Principes constituent le socle commun des actions des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (FICR). Jean Pictet, *Les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge : commentaire*, 1^{er} janvier 1979, disponible sur : www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/fundamental-principles-commentary-010179.htm (toutes les références internet ont été vérifiées en janvier 2018). Il est important de noter que les trois premiers principes, humanité, neutralité et impartialité, figuraient également dans la toute première Convention de Genève de 1864 : Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (entrée en vigueur le 22 juin 1865, n'est plus en vigueur), disponible sur : www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/TRA/120?OpenDocument&.
- 2 Les trois premiers principes, humanité, impartialité et neutralité, ont été affirmés avec force en tant que principes fondamentaux au cœur du système des Nations Unies après l'adoption de la résolution 46/182 de l'AGNU du 19 décembre 1991. En 1994, le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et des ONGs chargées des secours en cas de catastrophe ont élaboré un Code de conduite introduisant le quatrième principe humanitaire, l'indépendance. Voir CICR et FICR, Code de conduite pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les organisations non gouvernementales (ONG) lors des opérations de secours en cas de catastrophe (Code de conduite de 1994), Genève, 1994, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/publications/icrc-001-1067.pdf>.

directement le statut neutre et indépendant des organisations humanitaires. Si l'on examine les conséquences fortuites de telles législations, il apparaît que les États semblent effectivement légiférer contre des principes qu'ils ont soutenus et entérinés à la fois par le droit contraignant et par le droit mou. Si certains États, comme l'Australie, ont cherché à minimiser les conséquences humanitaires fortuites de la législation antiterroriste en prévoyant des dérogations visant à protéger les acteurs humanitaires, ces dérogations sont rarement complètes et leur portée est souvent limitée. Il reste encore à déterminer si la protection devant les tribunaux est suffisante pour préserver la réputation d'une organisation humanitaire et sa capacité de fournir à tous une assistance fondée sur les principes, d'une manière neutre et impartiale.

L'année 2015 marque le 50^e anniversaire des Principes fondamentaux du Mouvement, mais même en dehors du Mouvement, ces principes ont été adoptés par de nombreux acteurs du système humanitaire et il est dans l'intérêt du secteur humanitaire de les défendre. Le présent article examinera les origines des principes humanitaires et déterminera comment les quatre premiers principes du Mouvement (humanité, neutralité, impartialité et indépendance) ont fini par caractériser une action humanitaire efficace. L'article passera ensuite en revue les différentes menaces qui planent sur ces principes, tant sur le plan pratique que juridique, en mettant particulièrement l'accent sur la situation en Australie, avant d'étudier les conséquences que ces menaces font peser sur les personnes qui ont besoin d'une assistance humanitaire. Pour conclure, l'article formulera des propositions visant à se réapproprier les principes et à les protéger pour le futur afin de préserver une action humanitaire efficace et impartiale.

Les principes humanitaires : un bref historique

Si l'origine des principes humanitaires modernes est souvent attribuée au Mouvement, et en particulier à l'un de ses pères fondateurs, Henry Dunant, la philosophie générale des principes humanitaires est aussi ancienne que l'histoire de l'humanité³. De la même manière, tandis que les principes humanitaires sont considérés essentiels pour une réponse humanitaire efficace, certains anthropologues ont démontré que, dès la Préhistoire, les concepts sociétaux de « charité » découlaient d'un sens de la survie collective et non d'un sentiment altruiste⁴.

Les principes humanitaires, en particulier l'impartialité – le concept de non discrimination et la notion selon laquelle l'urgence et la souffrance devraient être les seuls critères pour déterminer les cas individuels à traiter en priorité –, se retrouvent dans différentes cultures et religions à travers le monde⁵. Ce constat a permis de démontrer que ces principes n'étaient, en aucun cas, une simple préoccupation

3 Jean Pictet, *Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre*, Institut Henry-Dunant, Genève, 1973, p. 29.

4 Elizabeth Ferris, *The Politics of Protection: The Limits of Humanitarian Action*, Brookings Institution Press, Washington, DC, 2011, p. 7.

5 CICR, Les Principes fondamentaux de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Publication réf. 0513, 1996, p. 4, disponible sur : www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0513_principes_fondamentaux_cr_cr.pdf.

idéologique occidentale ou de *gentlemen* comme Henry Dunant. Les obligations de la *zakât* dans l'islam⁶ et de la *tsédaka* dans le judaïsme⁷, ou encore le *dana* dans l'hindouisme⁸ et le bouddhisme⁹ sont autant de principes selon lesquels les membres les plus vulnérables de la société devraient être assistés en temps de crise. L'impartialité dans l'assistance apportée aux autres n'est donc pas un nouveau concept.

Les idées visant à limiter les souffrances de la guerre avaient déjà commencé à émerger lorsque Henry Dunant fut le témoin de la bataille de Solferino en 1859. En rassemblant les villageois pour porter secours aux blessés et aux personnes mourantes des deux camps lors de la bataille de Solferino, Dunant a commencé à asseoir l'idée d'impartialité comme la pierre angulaire de la réponse humanitaire¹⁰. À l'origine, la notion d'impartialité fut liée à l'idée de Dunant de créer des sociétés de secours volontaires chargées des activités humanitaires sur le champ de bataille. Toutefois, lorsque la conférence diplomatique en vue d'élaborer la première Convention de Genève s'est réunie en 1864, Dunant a milité pour que l'impartialité s'applique également au personnel médical militaire. Son idée rencontra un vif succès et l'obligation de porter une assistance impartiale à toutes les personnes blessées sur le champ de bataille est devenue l'un des piliers du droit international humanitaire (DIH), contraignante tant pour les forces armées gouvernementales que pour les organisations humanitaires¹¹.

Cette obligation juridique partagée, imposée aux forces armées et au personnel médical, inscrite à l'article 6 de la Convention de Genève de 1864, alla au-delà de l'impartialité ; la Convention a également entériné l'idée d'une assistance humanitaire neutre. Par exemple, l'article 5 énonçait : « Les généraux des Puissances belligérantes auront pour mission de prévenir les habitants de l'appel fait à leur

6 La *zakât*, ou le fait de donner l'aumône, est « une forme de financement social islamique selon lequel tous les musulmans dont la richesse dépasse un certain seuil sont tenus, conformément au Coran, de donner chaque année 2,5 % de leurs biens pour aider les personnes dans le besoin [traduction CICR] » : Chloe Stirk, *An Act of Faith: Humanitarian Financing and Zakat*, Global Humanitarian Initiative Briefing Paper, mars 2015, p. 5.

7 La *tsédaka* est « une forme d'auto-imposition et non un don volontaire » dans le cadre de laquelle « de l'argent est généralement versé aux pauvres, aux institutions de soins de santé, aux synagogues ou aux institutions éducatives [traduction CICR] » : *ibid.*

8 Dans l'hindouisme, le *dana* « peut être donné comme offrande à des divinités (*nirmalya*), à des particuliers, à des prêtres, à des guides spirituels ou à des enseignants et des institutions (ONG). Certaines écritures recommandent de donner 10 % de ses revenus personnels à des œuvres charitables, pour autant qu'un chef de famille ne fasse jamais de dons au-delà de ses moyens ; sa générosité ne doit pas aggraver la situation de sa famille et des personnes à sa charge [traduction CICR] » : *ibid.*

9 Le concept du *dana* est une forme d'aumône qui existe également dans le bouddhisme. On estime qu'il s'agit du « première des dix préceptes (*Dasa Parami Dhamma*) qui permet à un *Bodhisattva* d'atteindre la bouddhété [traduction CICR] » : *ibid.*

10 CICR, *Solferino et le Comité international de la Croix-Rouge : Contexte, faits et chiffres*, juin 2009, disponible sur : www.icrc.org/fre/resources/documents/feature/solferino-feature-240609.htm.

11 Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG I), art. 12, 15 ; Deuxième Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des armées sur mer, 12 août 1949, 75 RTNU 85 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG II), art. 12 ; Quatrième 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. 27.

humanité, et de la neutralité qui en sera la conséquence¹² ». Les ambulances et les hôpitaux militaires ont été explicitement reconnus neutres et devaient, par conséquent, être respectés et protégés¹³, tout comme le personnel médical militaire et les aumôniers¹⁴. De plus, toutes les personnes chargées de l'évacuation des blessés et des malades, ainsi que toutes les infrastructures utilisées à cette fin, comme les ambulances et les hôpitaux, devaient être couvertes par une « neutralité absolue¹⁵ ».

Les principes inscrits dans la Convention de 1864 ont résisté à l'épreuve du temps comme aux révisions, mises à jour et consolidations de la Convention. En effet, ils ont été reformulés et étoffés dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels¹⁶. Il est particulièrement intéressant de noter que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève prévoit un « droit d'initiative » permettant à « un organisme humanitaire *impartial* » de soigner les blessés et les malades, renforçant ainsi davantage le besoin évident d'une action humanitaire impartiale conformément au droit international¹⁷. Cela mérite d'être signalé car, si les Conventions de Genève portent essentiellement sur les conflits armés internationaux, l'article 3 commun fixe les obligations les plus fondamentales qui s'imposent dans les conflits armés non internationaux¹⁸. L'inscription du droit d'initiative pour les organismes humanitaires impartiaux à l'article 3 commun démontre l'importance que les États accordent au fait de garantir la possibilité d'une assistance humanitaire impartiale, indépendamment du type de conflit, et confirme qu'il s'agit d'une des attentes les plus vives des États en période de conflit armé¹⁹. L'article 81 du Protocole additionnel I renforce considérablement cette idée en énonçant que les États parties à un conflit doivent faciliter le travail humanitaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et, dans la mesure du possible, d'autres organisations humanitaires, en faveur des victimes du conflit, conformément aux principes des Conventions et du Mouvement²⁰. Par conséquent, plus de 150 ans après l'adoption de la première Convention de Genève en 1864, l'idée d'une assistance neutre et impartiale apportée aux malades et blessés, par les puissances belligérantes et les acteurs humanitaires,

12 Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, art. 5.

13 *Ibid.*, art. 1.

14 *Ibid.*, art. 2.

15 *Ibid.*, art. 6.

16 CG I ; CG II ; Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950) (CG III) ; CG IV ; 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) ; 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).

17 Art. 3 commun (souligné par les auteurs).

18 Le droit international répartit les conflits armés en deux catégories distinctes : les conflits armés internationaux (CAI) et les conflits armés non internationaux (CANI). Tandis qu'un CAI oppose deux États (ou Hautes parties contractantes aux Conventions de Genève) ou plus, un CANI s'entend uniquement d'un conflit entre des forces armées gouvernementales et des groupes armés non gouvernementaux ou d'un conflit entre des groupes armés non gouvernementaux. Au regard du droit conventionnel, les quatre Conventions de Genève et le PA I s'appliquent aux CAI, tandis que l'article 3 commun et le PA II s'appliquent aux CANI.

19 Art. 3 commun.

20 PA I, art. 81, par. 2-4.

reste le socle du DIH. L'universalité, unique, des Conventions de Genève rend ces obligations d'autant plus incontestables²¹.

Aujourd'hui, les principes humanitaires d'humanité, d'impartialité, de neutralité et d'indépendance²² constituent quatre des sept Principes fondamentaux du Mouvement, le réseau humanitaire international le plus vaste au monde, et sont inscrits dans le droit international contemporain comme des obligations incombant aux États et aux acteurs humanitaires²³. Le Mouvement a précisé et réaffirmé ces principes dans la pratique et dans le « droit mou », en commençant par les intégrer formellement dans les Statuts du Mouvement en 1921²⁴. Depuis lors, les Principes fondamentaux ont été réaffirmés lors des Conférences internationales du Mouvement²⁵ et leur forme actuelle a été adoptée en 1965. À cette fin, il a fallu obtenir le consentement non seulement des composantes du Mouvement (le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, les Sociétés nationales), mais également les Hautes Parties contractantes aux Conventions de Genève²⁶. Cela démontre encore une fois que tous les États sont fermement déterminés à défendre et à respecter ces principes humanitaires fondamentaux²⁷.

21 Depuis le 15 juin 2015, on compte 196 États parties aux quatre Conventions de Genève, c'est-à-dire tous les États du monde. CICR, *States Party to the following International Humanitarian Law and Other Related Treaties*, 15 juin 2015, disponible sur : www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/.

22 Le Mouvement définit ces quatre principes fondamentaux comme suit : « **Humanité** : née du souci de porter secours sans discrimination aux blessés des champs de bataille, la Croix-Rouge, sous son aspect international et national, s'efforce de prévenir et d'alléger en toutes circonstances les souffrances des hommes. Elle tend à protéger la vie et la santé, ainsi qu'à faire respecter la personne humaine. Elle favorise la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples. **Impartialité** : elle ne fait aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale et d'appartenance politique. Elle s'applique seulement à secourir les individus à la mesure de leur souffrance et à subvenir par priorité aux détreesses les plus urgentes. **Neutralité** : afin de garder la confiance de tous, elle s'abstient de prendre part aux hostilités et, en tout temps, aux controverses d'ordre politique, racial, religieux ou philosophique. **Indépendance** : la Croix-Rouge est indépendante. Auxiliaires des pouvoirs publics dans leurs activités humanitaires et soumises aux lois qui régissent leur pays respectif, les Sociétés nationales doivent pourtant conserver une autonomie qui leur permette d'agir toujours selon les principes de la Croix-Rouge ». J. Pictet, *op. cit.* note 1.

23 « Le premier exposé systématique des principes de la Croix-Rouge date [...] de 1955, et fut pris comme base pour établir la Proclamation officielle qui aujourd'hui fait foi » : *ibid.* En outre, la XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge a réaffirmé l'importance des Principes fondamentaux en les inscrivant dans le Préambule des Statuts du Mouvement et, en tout temps, les États sont appelés à respecter l'adhésion du Mouvement aux Principes fondamentaux ; CICR, *op. cit.* note 5.

24 En 1921, les Principes fondamentaux du Mouvement ont été intégrés dans les Statuts révisés du CICR : *ibid.*

25 J. Pictet, *op. cit.* note 1.

26 Les Statuts et le règlement du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, ont été adoptés par la XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge, à Genève, en 1986. Les premiers Statuts avaient été adoptés en 1928, puis révisés en 1952. CICR, François Bugnion, *Le droit de la Croix-Rouge*, Revue internationale de la Croix-Rouge, vol. 77, n° 815, octobre 1995, pp. 535-566, disponible en ligne, en anglais seulement sur : <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jmr8.htm>.

27 La 19^e session du Conseil des Gouverneurs de la Ligue (Oxford, 1946) a adopté une déclaration confirmant les principes de 1921. La XVIII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge (Toronto, 1952) a réaffirmé ces principes adoptés en 1946. Toutefois, les principes n'ont pas fait l'objet d'une analyse détaillée jusqu'en 1955, date à laquelle Jean Pictet a défini et analysé toutes les valeurs qui guident les activités du Mouvement. En se fondant sur cette étude approfondie, les sept Principes

Les trois premiers principes, humanité, impartialité et neutralité, furent également clairement affirmés en tant que principes essentiels à la réponse humanitaire dans le cadre du système des Nations Unies, lorsqu'en 1991 l'AGNU adopta la Résolution 46/182. L'annexe de cette Résolution énonce les principes directeurs de l'assistance humanitaire et indique que « [l']aide humanitaire doit être fournie conformément aux principes d'humanité, de neutralité et d'impartialité²⁸ ». Ces principes furent de nouveau été réaffirmés dans une deuxième résolution de l'AGNU en 2004²⁹.

En 1992, après l'adoption de la résolution 46/182, le Comité directeur pour l'action humanitaire et le CICR élaborèrent un document de portée générale sur les principes humanitaires applicables au système humanitaire dans son ensemble³⁰. C'est ainsi que le Code de conduite de 1994 pour le Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et pour les ONGs lors des opérations de secours en cas de catastrophe vit le jour³¹. La neutralité n'était pas directement mentionnée. Ce principe était jugé trop contraignant pour s'appliquer de manière universelle au secteur. Toutefois, après les principes d'humanité et d'impartialité, les auteurs ont introduit le quatrième principe humanitaire mentionné précédemment, le principe d'indépendance. En 2014, la Norme humanitaire fondamentale de qualité et de redevabilité, un document résultant de l'initiative sur les standards conjoints³², a réintroduit la neutralité comme l'un des quatre « principes humanitaires fondamentaux » guidant l'action humanitaire, parallèlement aux principes d'humanité, d'impartialité et d'indépendance³³.

Ces principes ont été confirmés et réaffirmés au fil du temps dans des instances internationales comme le Projet Sphère³⁴, le Consensus européen sur l'aide humanitaire³⁵ et les principes de bonne pratique des bailleurs de fonds

fondamentaux du Mouvement, tels qu'ils existent aujourd'hui, ont été adoptés à l'unanimité par la XX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge en 1965. La XXV^e Conférence internationale de la Croix-Rouge (Genève, 1986) a réaffirmé l'importance des Principes fondamentaux en les inscrivant dans le Préambule des Statuts du Mouvement. Les nouvelles dispositions statutaires ont rappelé que les Sociétés nationales étaient chargées de respecter les Principes et d'en diffuser la connaissance, tout en exhortant les États à respecter en tout temps l'adhésion de toutes les composantes du Mouvement aux Principes fondamentaux.

28 Rés. AGNU 46/182, *op. cit.* note 2.

29 Rés. AGNU 58/114, 5 février 2004.

30 Comité directeur pour l'action humanitaire, *membres du Comité*, 2015, disponible sur : <http://www.schr.info/about>.

31 Code de conduite de 1994, *op. cit.* note 2.

32 L'initiative regroupe HAP International (Humanitarian Accountability Partnership), *People in Aid* et le Projet Sphère, qui ont uni leurs forces pour améliorer la cohérence entre les normes humanitaires et simplifier leur utilisation.

33 Le Groupe URD, HAP International, *People in Aid* et le Projet Sphère, *Norme humanitaire fondamentale de qualité et de redevabilité*, 1^{re} édition, 2014.

34 Le Projet Sphère est une initiative à but non lucratif rassemblant un vaste panorama d'agences humanitaires autour d'un objectif commun : améliorer la qualité de l'aide humanitaire ainsi que la redevabilité des acteurs humanitaires. Le Projet Sphère présente une Charte humanitaire et compte plus de 540 organisations signataires : <http://www.sphereproject.org/sphere/fr/a-propos/>.

35 Le Consensus européen sur l'aide humanitaire établit un cadre stratégique qui oriente les actions de l'Union européenne et de ses membres pour fournir des opérations d'aide humanitaire efficaces, de qualité et coordonnées, voir : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:ah0009>.

humanitaires³⁶. Ces projets et initiatives, souvent portés par des États, réaffirment constamment les principes humanitaires et démontrent que les gouvernements sont conscients de leur obligation non seulement de comprendre, mais aussi de respecter ces principes dans la conduite de l'action humanitaire³⁷.

Légiférer au détriment des principes humanitaires : effets fortuits ?

Malgré ces engagements à se conformer aux principes humanitaires, les nouvelles menaces contre la sécurité mondiale et les réponses politiques qui y sont apportées peuvent avoir des effets néfastes sur la capacité des organisations humanitaires d'appliquer ces principes de manière constante. Pendant que les États se débattent avec le terrorisme et d'autres formes d'extrémisme violent, deux réponses fondées sur la sécurité ont un impact sur l'action humanitaire fondée sur les principes : des critères de plus en plus stricts quant aux conditions de financement des organisations humanitaires et l'adoption de législations antiterroristes nouvelles et de plus en plus sévères. Ainsi, des lois et des règlements financiers allant à l'encontre des principes humanitaires établis de longue date ont été élaborés. De telles mesures risquent également d'ébranler le fondement du système humanitaire moderne.

Le 20 septembre 2001, M. George W. Bush déclara, lors d'un discours devant les chambres réunies du Congrès réuni et à l'intention du peuple américain : « Soit vous êtes avec nous, soit vous êtes avec les terroristes [traduction CICR] »³⁸. Dans sa déclaration, le Président a opéré une distinction nette entre ceux qui soutiennent l'action et la vision des États-Unis et ceux qui soutiennent le terrorisme. Toutefois, en réalité, et particulièrement dans le cadre d'une action humanitaire fondée sur les principes, cette distinction n'est pas si claire. Dans la réponse humanitaire, où les principes d'impartialité et de neutralité dictent les approches et les actions à mettre en œuvre, il n'y a aucune place pour la partialité.

Cette approche, « avec nous ou contre nous », a accru les tensions entre les principes humanitaires et les questions liées au financement, au soutien et au développement des activités terroristes³⁹. Au lendemain des attentats du 11 septembre contre le World Trade Center à New York, le Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) adopta la résolution 1373, par laquelle il a reconnu que le terrorisme international constituait une menace à la paix et à la sécurité internationales. Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité a demandé aux

36 « L'initiative des principes de bonne pratique des bailleurs de fonds humanitaires agit comme un forum et réseau de donateurs, qui facilite la promotion collective desdits principes et bonnes pratiques. Elle reconnaît qu'en agissant ensemble, les donateurs peuvent encourager plus efficacement un comportement fondé sur des principes et, par extension, favoriser l'amélioration de l'action humanitaire [traduction CICR] », voir : <http://www.ghdinitiative.org/>.

37 Les États sont informés de ces obligations grâce aux quatre Conventions de Genève et à diverses résolutions de l'AGNU et du Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU).

38 George W. Bush, discours devant le Congrès réuni en séance plénière le 20 septembre 2001, disponible sur : <http://edition.cnn.com/2001/US/09/20/gen.bush.transcript/>.

39 Jessica Burniske, Naz Modirzadeh et Dustin Lewis, *Counter-Terrorism Laws: What Aid Agencies Need to Know*, Humanitarian Practice Network, novembre 2014, disponible sur : <http://odihpn.org/resources/counter-terrorism-laws-what-aid-agencies-need-to-know/>.

États membres de prendre des mesures nationales visant à « [p]révenir et réprimer le financement des actes de terrorisme⁴⁰ » et de « [s]'abstenir d'apporter quelque forme d'appui que ce soit, actif ou passif, aux entités ou personnes impliquées dans des actes de terrorisme⁴¹ ». Les États doivent également :

[i]nterdire à leurs nationaux ou à toute personne ou entité se trouvant sur leur territoire de mettre des fonds, avoirs financiers ou ressources économiques ou services financiers ou autres services connexes à la disposition, directement ou indirectement, de personnes qui commettent ou tentent de commettre des actes de terrorisme, les facilitent ou y participent, d'entités appartenant à ces personnes ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles et de personnes et entités agissant au nom ou sur instruction de ces personnes⁴².

Aucune exception, humanitaire ou de protection, ne fut intégrée dans la rédaction de la Résolution 1373, en dépit de l'évidente contradiction avec la pratique consistant à fournir une aide neutre et impartiale⁴³. Il s'agit d'une absence notable que l'on retrouve dans de nombreuses législations antiterroristes nationales. Ce point sera abordé ci-dessous dans l'examen de la législation australienne.

De nombreux États avaient déjà promulgué des lois antiterroristes avant 2001, mais le choc du 11 septembre, conjugué à cette injonction du Conseil de sécurité pour lutter contre la menace terroriste accrue, a encouragé la mise en place d'une législation plus robuste. Une vague de nouvelles lois antiterroristes aux répercussions considérables (souvent élaborées à la hâte) a balayé la planète. On a alors assisté à l'introduction de mesures interdisant tout appui financier et matériel à des groupes terroristes et garantissant la coopération avec d'autres gouvernements dans la lutte contre le terrorisme. Cette coopération a permis de mener des enquêtes, d'arrêter et de poursuivre des individus impliqués dans des actes de terrorisme⁴⁴. Toutefois, et peut-être involontairement, la portée de ces mesures a une incidence considérable sur les acteurs humanitaires, en particulier sur leur capacité à prodiguer une aide fondée sur les principes et à dispenser des formations à des groupes qui ont été qualifiés d'organisations terroristes. Cela a engendré des tensions croissantes entre les mesures antiterroristes et l'action humanitaire fondée sur des principes.

Parmi les conséquences importantes de ces changements législatifs figurent les trois suivantes : l'incrimination de la fourniture de matériel ou de toute autre forme d'appui, directement ou indirectement, à des terroristes ; la mise en œuvre d'un large système répressif ; et les obligations contractuelles que les donateurs imposent aux organisations humanitaires qui viennent en aide aux personnes qui vivent dans un territoire contrôlé par une ODT. Dans certains cas, ces mesures empêchent les

40 Rés. 1373 du CSNU, 28 septembre 2001, par. 1, a).

41 *Ibid.*, par. 2, a).

42 *Ibid.*, par. 1, d).

43 Kate Mackintosh et Patrick Duplat, *Study of the Impact of Donor Counter-Terrorism Measures on Principled Humanitarian Action*, Nations Unies, Bureau de la coordination des affaires humanitaires et Conseil norvégien pour les réfugiés, juillet 2003.

44 Rés. 1373 du CSNU, *op. cit.* note 40. Cette question a fait l'objet de nombreux écrits : voir K. Mackintosh et P. Duplat, *op. cit.* note 43 ; J. Burniske, N. Modirzadeh et D. Lewis, *op. cit.* note 39 ; George Williams, « A Decade of Anti-Terror Laws », *Melbourne University Law Review*, vol. 37, 2011.

organisations humanitaires de fournir une assistance à ceux qui en ont le plus besoin et entravent leur capacité d'agir dans le respect des principes humanitaires ; des exemples de ces trois points critiques sont facilement repérables dans des régimes nationaux de lutte contre le terrorisme partout dans le monde.

Le fait que les mesures antiterroristes risquent de compromettre l'action humanitaire fondée sur les principes, est une question qui a été largement examinée à propos des États-Unis⁴⁵. Cela s'explique principalement par le fait que les États-Unis offrent une étude de cas évidente, leur arsenal antiterroriste étant étendu et nombre de leurs lois antiterroristes ayant été examinées à la loupe par les tribunaux. Ce qui est moins connu, c'est la manière dont le contexte australien a évolué et ce qu'il a de comparable avec le régime américain.

La législation australienne anti-terroriste : un aperçu

Comme dans d'autres pays, la législation australienne relative à la lutte contre le terrorisme était relativement hétérogène avant septembre 2001, allant des lois des années 70 relatives aux crimes commis à bord d'aéronefs⁴⁶, à des lois concernant le recrutement et la formation de mercenaires⁴⁷. En 2002, le Parlement fédéral australien s'est lancé dans une période tumultueuse de réglementation antiterroriste⁴⁸. Pendant la décennie qui a suivi le 11 septembre et l'adoption de la Résolution 1373 du CSNU⁴⁹, l'Australie a adopté pas moins de 50 nouvelles lois fédérales et de nombreuses autres lois ont été promulguées dans divers États et territoires australiens⁵⁰. Au moment de la rédaction du présent article, 64 projets de loi antiterroristes ont été adoptés⁵¹, témoignant d'une nouvelle réalité juridique dans le pays, à savoir un régime antiterroriste permanent et solidement établi qui répond à une menace terroriste constante, plutôt que de constituer une « réponse juridique temporaire et à court terme [traduction

45 Voir, par exemple, K. Mackintosh et P. Duplat, *op. cit.* note 43 ; Justin A. Fraterman, « Criminalizing Humanitarian Relief: Are U.S. Material Support for Terrorism Laws Compatible with International Humanitarian Law? », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 46, printemps 2014, pp. 399-470 ; Peter Margulies, « Accountable Altruism: The Impact of the Federal Material Support Statute on Humanitarian Aid », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 34, 2011, pp. 539-568 ; Sam Adelsberg, Freya Pitts et Sirine Shebaya, « Chilling Effect of the Material Support Law on Humanitarian Aid: Causes, Consequences, and Proposed Reforms », *Harvard National Security Journal*, vol. 4, n° 2, 2012-2013, pp. 282-319.

46 *Civil Aviation (Offenders on International Aircraft) Act 1970* (Commonwealth) [Loi de 1970 relative à l'aviation civile (auteurs d'infractions sur les vols internationaux)], qui mettait en œuvre la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963 et à laquelle l'Australie a adhéré le 22 juin 1970. Depuis, cette loi a été remplacée par la *Crimes (Aviation) Act 1991* (Commonwealth) [Loi de 1991 relative aux crimes (aviation)].

47 *Crimes (Foreign Incursions and Recruitment) Act 1978* (Commonwealth) [Loi de 1978 relative aux crimes (incursions et recrutement d'étrangers)].

48 G. Williams, *op. cit.* note 44, p. 1137.

49 Rés. 1373 du CSNU, *op. cit.* note 40.

50 Edwina MacDonald et George Williams, « Combatting Terrorism: Australia's *Criminal Code* since September 11, 2001 », *Griffith Law Review*, vol. 16, n° 1, 2007, pp. 27-54, disponible sur : http://www.gtcentre.unsw.edu.au/sites/gtcentre.unsw.edu.au/files/mdocs/MacDonald_Williams.pdf.

51 Andrew Lynch, Nicola McGarrity et George Williams, *Inside Australia's Anti Terrorism Laws and Trials*, NewSouth Publishing, Sydney, 2015.

CICR]⁵² » aux attentats du 11 septembre. Dans son ouvrage intitulé *The 9/11 Effect: Comparative Counter-Terrorism*, Kent Roach décrit l'Australie comme « dépass[ant] le Royaume-Uni, les États-Unis et le Canada simplement par le nombre de nouvelles lois antiterroristes qui ont été adoptées depuis le 11 septembre [traduction CICR]⁵³ ». Il écrit que « ce degré d'activisme législatif est frappant, même si on le compare au programme proactif du Royaume-Uni, et qu'il dépasse largement le rythme législatif des États-Unis ou du Canada [traduction CICR]⁵⁴ ».

Les lois antiterroristes couvrent de nombreux domaines, mais en ce qui concerne les restrictions pesant sur les organisations humanitaires, plusieurs dispositions du Code pénal australien (*Australia's Criminal Code Act 1995, Commonwealth*)⁵⁵ sont particulièrement intéressantes. Ces dispositions peuvent être classées en trois catégories : appui matériel, sanctions et obligations contractuelles. Malgré la prolifération normative depuis 2001, l'expérience législative australienne présente de nombreuses différences par rapport à l'expérience américaine. Ces différences sont d'autant plus visibles en ce qui concerne les dérogations applicables à l'assistance humanitaire prévues dans diverses dispositions législatives⁵⁶, bien que ces dérogations ne soient pas inscrites de manière uniforme et systématique dans toutes les dispositions législatives applicables en la matière.

Par exemple, le Code pénal érige en infraction l'association à une organisation terroriste, ce qui est unique dans la plupart des régimes de lutte contre le terrorisme des pays développés. Conformément à l'article 102.8 du Code pénal, une personne commet une infraction si, à deux reprises au moins, elle s'associe intentionnellement à une autre personne qui est membre d'une organisation terroriste ou qui en promeut ou en dirige les activités⁵⁷. Toutefois, le paragraphe 4 de l'article 102.8 prévoit explicitement plusieurs dérogations, notamment l'association ayant pour but exclusif de « fournir une aide à caractère humanitaire [traduction CICR]⁵⁸ ».

Comme indiqué précédemment, toutes les dispositions législatives pertinentes ne sont pas assorties d'exceptions pour l'aide humanitaire. Il existe,

52 G. Williams, *op. cit.* note 44, p. 1137.

53 Kent Roach, *The 9/11 Effect: Comparative Counter-Terrorism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 310.

54 *Ibid.*

55 *Criminal Code Act 1995 (Commonwealth)*, 15 mars 1995 (Code pénal).

56 Comme l'ont fait observer Mackintosh et Duplat dans K. Mackintosh et P. Duplat, *op. cit.* note 43, p. 46 : « Même si les régimes de sanctions prévoient traditionnellement des dérogations à caractère humanitaire, ce n'est pas toujours le cas [...] certaines sanctions appliquées par les États-Unis dans le cadre de la lutte contre le terrorisme n'ont pas tenu compte de la dérogation réglementaire à caractère humanitaire prévue par la législation américaine en matière de sanctions (conformément à la Loi relative aux pouvoirs économiques en situation d'urgence internationale). Un autre type d'exception humanitaire est proposé moyennant une licence ou une dérogation permettant à une ou plusieurs organisations humanitaires d'opérer dans des contextes faisant l'objet de sanctions. Toutefois, dans la mesure où ces licences sont applicables à la responsabilité de sanctions (conformément à la Loi relative aux pouvoirs économiques, elles n'offrent aucune sorte d'immunité légale en cas de poursuites judiciaires qui seraient fondées sur des lois nationales où le soutien matériel pourrait englober l'action humanitaire [traduction CICR] ». Contrairement aux États-Unis, l'Australie a introduit une dérogation humanitaire dans ses lois nationales de lutte contre le terrorisme, comme nous le verrons ci-dessous.

57 Code pénal, art. 102.8.

58 *Ibid.*, art. 102.8-4), c).

par exemple, deux dispositions relatives à la formation. La première figure à l'article 101.2 du Code pénal et porte précisément sur l'infraction caractérisée par le fait de dispenser ou de recevoir une formation en lien avec des actes de terrorisme⁵⁹. Ces infractions sont analogues à la législation antiterroriste du Royaume-Uni et à la réglementation européenne⁶⁰. La deuxième figure à l'article 102.5, selon laquelle une personne commet une infraction si elle dispense intentionnellement une formation à une organisation terroriste, si elle reçoit une formation dispensée par une organisation terroriste ou si elle participe à une formation avec une organisation terroriste⁶¹. Il s'agit d'une disposition extrêmement large, qui ne prévoit aucune dérogation pour les formations pouvant faire partie d'une mission purement humanitaire comme, par exemple, la formation aux premiers secours ou la diffusion du DIH. S'agissant de la diffusion du DIH, cette disposition constitue une violation directe de l'obligation de diffuser les lois de la guerre qui incombe aux États, aux Sociétés nationales et au CICR⁶².

Conformément à l'article 102.6, une personne commet une infraction si elle reçoit intentionnellement, directement ou indirectement, des fonds d'une organisation terroriste ou si elle met des fonds à la disposition d'une organisation terroriste⁶³. Encore une fois, aucune exception fondée sur des motifs humanitaires n'a été introduite à titre d'exception. Ainsi, une agence humanitaire qui serait, par exemple, contrainte de verser une somme pour accéder à une région contrôlée par une ODT afin d'apporter, de façon licite, une assistance humanitaire à la population civile, violerait probablement la loi.

Ces dispositions sont assorties de peines qui varient selon que les actions ont été menées en sachant que le groupe en question était une organisation terroriste (25 ans d'emprisonnement) ou que la personne a simplement été imprudente et n'a pas vérifié cette information (15 ans d'emprisonnement)⁶⁴. À l'instar de la législation américaine, la législation australienne prévoit la compétence extraterritoriale pour ces crimes et peut poursuivre des étrangers avec l'autorisation du Procureur général même si, au moment de la rédaction du présent article, aucune poursuite n'avait été engagée en application de ces dispositions du Code pénal⁶⁵. Ces dispositions, en particulier celles qui ne prévoient aucune dérogation humanitaire, soulèvent

59 *Ibid.*, art. 101.2.

60 Loi britannique de 2006 relative au terrorisme, section 6 (mentionne le fait de dispenser « une instruction ou une formation [traduction CICR] ») ; Décision-cadre du Conseil de l'UE du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (2002/475/JAI), art. 2 (mentionne le fait de « [fournir] des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités »).

61 Code pénal, art. 102.5.

62 Voir CG I, art. 47 ; CG II, art. 48 ; CG III, art. 127 ; CG IV, art. 144. Aux termes de l'article 47 de la CG I : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à diffuser le plus largement possible, en temps de paix et en temps de guerre, le texte de la présente Convention dans leurs pays respectifs, et notamment à en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire et, si possible, civile, de telle manière que les principes en soient connus de l'ensemble de la population, notamment des forces armées combattantes, du personnel sanitaire et des aumôniers ». Voir également les Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, art. 3, 2, qui prévoit que les Sociétés nationales « diffusent et aident leur gouvernement à diffuser le droit international humanitaire ».

63 Code pénal, art. 102.6.

64 *Ibid.*, par. 1 et 2 de l'art. 102.6, respectivement.

65 K. Mackintosh et P. Duplat, *op. cit.* note 43, p. 24.

d'importantes difficultés pour la communauté humanitaire australienne et portent atteinte à la capacité des acteurs humanitaires de s'engager efficacement dans une assistance humanitaire fondée sur les principes.

En outre, la portée de la dérogation prévue pour « fournir une aide à caractère humanitaire » est entourée d'incertitude, ces termes n'ayant pas été définis par le Code pénal. Aussi, vraisemblablement, cette dérogation ne s'applique pas aux activités qui sont illégales en application d'autres dispositions du Code pénal, ce qui signifie qu'une violation d'une disposition antiterroriste pourrait être constitutive de nombreuses autres infractions (de la même manière que des activités illégales peuvent faire perdre son statut d'œuvre charitable à une organisation).

Le doute règne également au regard du degré jusqu'auquel des organisations humanitaires peuvent travailler et coopérer avec d'autres organisations (comme des ONG partenaires) susceptibles d'enfreindre elles-mêmes des dispositions du Code pénal, qu'il s'agisse expressément de la violation de dispositions antiterroristes ou d'autres dispositions comme celles visant à lutter contre le crime organisé.

L'Australie a récemment modifié sa législation en imposant d'importantes restrictions aux citoyens et résidents australiens qui se rendent ou qui se trouvent dans une « zone déclarée [traduction CICR]⁶⁶ ». Plus précisément, l'article 119.2 du Code pénal érige en infraction le fait d'entrer ou de se trouver intentionnellement dans une zone, située dans un pays étranger, qui a été qualifiée de « zone déclarée » par le ministre des Affaires étrangères, si la personne concernée sait ou aurait dû savoir qu'il s'agissait d'une zone déclarée. Au moment de la rédaction du présent article, le ministre australien des Affaires étrangères a déclaré que le district de Mossoul dans la province de Ninive en Irak et la province de Raqqa en Syrie étaient des zones auxquelles s'appliquait l'article 119.2⁶⁷. Cette disposition a pour origine la crainte du Gouvernement australien que « les Australiens qui se rendent dans des zones de conflit ne reviennent [...] avec des objectifs et des compétences acquises lors de combats ou d'entraînements avec des groupes terroristes [traduction CICR]⁶⁸ ». La culpabilité résulte de la seule preuve de l'élément matériel (« responsabilité sans faute ») et l'infraction est assortie d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 10 ans⁶⁹. Si des critiques ont été logiquement formulées sur la large portée de cette disposition, celle-ci prévoit une dérogation pour ceux qui restent « uniquement pour des motifs légitimes [traduction CICR] », ce qui inclut la délivrance d'une « aide à caractère humanitaire⁷⁰ ».

66 Le gouvernement australien qualifie de « zone déclarée » toute zone dans un pays étranger dans laquelle il est établi, à la satisfaction du Ministre des affaires étrangères, qu'une organisation terroriste reconnue en tant que telle mène des activités hostiles. Gouvernement australien, *Australian National Security*, disponible sur : www.nationalsecurity.gov.au/WhatAustraliaisdoing/Pages/FrequentlyAskedQuestionsDeclaredAreaOffence.aspx.

67 Gouvernement australien, *Australian National Security*, disponible sur : www.nationalsecurity.gov.au/WhatAustraliaisdoing/Pages/DeclaredAreaOffence.aspx.

68 *Ibid.*

69 Code pénal, par. 1 et 2 de l'art. 119.2.

70 *Ibid.*, art. 119.2, 3), a).

Conséquences humanitaires fortuites : trois sources de préoccupation

En 2007, dans l'affaire *United States of America v. Tarik Ibn Osman Shah, Rafiq Sabir and Mahmud Faruq Brent*, des médecins ayant apporté un soutien médical à Al-Qaïda ont été condamnés en application des lois relatives à l'appui matériel⁷¹. Trois ans plus tard, dans l'affaire *Holder v. Humanitarian Law Project*⁷², la Cour suprême des États-Unis a conclu que le fait pour une organisation des droits de l'homme de dispenser une formation à une organisation désignée comme terroriste, pouvait être constitutif d'un appui matériel conformément à la loi applicable, indépendamment du caractère humanitaire de la formation dispensée⁷³. Ces conséquences sont devenues un véritable problème pour les organisations humanitaires depuis l'adoption, après le 11 septembre, de lois antiterroristes dans le monde entier. Si la position de l'Australie n'est pas si différente, le haut niveau de prise en compte de l'élément intentionnel (*mens rea*) et l'introduction d'une clause d'exemption humanitaire dans le Code pénal font qu'il est difficile d'imaginer que de réelles poursuites soient engagées à l'encontre d'une organisation qui agit conformément aux principes humanitaires. Toutefois, la façon dont ces lois sont rédigées fait qu'elles demeurent encore une menace pour la capacité des organisations humanitaires d'offrir à tous et partout, une aide, des moyens de subsistance et des formations en toute neutralité et impartialité.

Soutien matériel ou autre

La principale mesure antiterroriste, particulièrement préoccupante pour les organisations humanitaires, est celle relative à la nature de l'appui matériel que la loi interdit de fournir. Aux États-Unis, un acte considéré comme apportant un « soutien matériel » à des terroristes est passible d'une peine d'emprisonnement de 15 ans, indépendamment de la nationalité de l'accusé. Selon la loi fédérale américaine, on entend notamment par « soutien matériel ou ressources [traduction CICR] » :

tout bien, corporel ou incorporel, ou service, y compris devises, titres ou autres instruments financiers, services financiers, hébergement, instruction, avis ou assistance spécialisés, caches, faux documents ou papiers d'identité, matériel de communication, installations, armes, substances létales, explosifs, personnel (un

71 Cour de district des États-Unis, *United States of America v. Tarik Ibn Osman Shah, Rafiq Sabir and Mahmud Faruq Brent*, 474 F. Supp. 2^e 492, SDNY 2007. Deux facteurs importants ont abouti à ces condamnations : les affinités idéologiques des médecins et leur intention de travailler sous la « direction et le contrôle » du groupe, qui ont été jugées révélatrices du soutien matériel qu'ils apportaient au groupe. Cette affaire ne semble pas pour autant avoir encouragé la poursuite de médecins intervenant indépendamment des ODTs. Il ressort des poursuites dans l'affaire *Shah* qu'un médecin qui soigne un « djihadiste » dans le cadre de ses activités ordinaires, ou le médecin d'une ONG qui exerce ses fonctions, ne sera pas poursuivi. De tels cas n'ont cependant pas encore été portés devant les tribunaux. Voir également Sara Pantuliano, Kate Mackintosh et Samir Elhawary avec Victoria Metcalfe, *Counter-Terrorism and Humanitarian Action: Tensions, Impact and Ways Forward*, Humanitarian Policy Group Brief n° 43, octobre 2011, p. 11.

72 Cour suprême des États-Unis, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 130 S. Ct. 2705, 2010.

73 J. A. Fraterman, *op. cit.* note 49, p. 409.

ou plusieurs individus qui peuvent être l'intéressé ou l'inclure), transports et autres ressources matérielles, à l'exception des médicaments et de la littérature religieuse⁷⁴.

Même s'il existe une exception pour les « médicaments et le matériel religieux⁷⁵ », il est important de noter qu'un individu ne doit pas nécessairement avoir l'intention d'encourager les activités terroristes d'une organisation pour être déclaré coupable en application de la loi.

Les dispositions australiennes relatives au soutien sont plus restrictives que les lois antiterroristes américaines. Selon la législation antiterroriste australienne, une personne commet une infraction si elle fournit « un appui ou des moyens de subsistance [traduction CICR] » qui aideraient une organisation (directement ou indirectement) dans la préparation, l'organisation, l'assistance ou l'incitation à commettre un acte de terrorisme⁷⁶. Aux États-Unis, le soutien apporté aux ODTs est très limité. En dehors de la fourniture de « médicaments et de matériels religieux », il semble que la fourniture de tout autre soutien matériel ou toutes autres ressources à ces organisations constituerait une infraction au droit pénal, indépendamment de leur caractère humanitaire⁷⁷.

En Australie, bien qu'aucune dérogation ne soit explicitement prévue pour les acteurs humanitaires, si l'appui ou les moyens sont fournis de manière indépendante, impartiale et neutre, et non pour aider à la commission d'un acte de terrorisme, il est difficile d'envisager que les activités d'une organisation humanitaire soient jugées contraires aux dispositions relatives au soutien⁷⁸. En effet, la législation exige que tous ceux qui « [fournissent] intentionnellement à une organisation un appui ou des moyens de subsistance qui aideraient l'organisation dans une activité décrite au paragraphe a) de la définition d'une organisation terroriste [traduction CICR] » et le paragraphe a) comprend « la préparation, l'organisation, la participation ou l'incitation à un acte de terrorisme [traduction CICR]⁷⁹ ».

Aux fins de comparaison, il est intéressant d'examiner la *Terrorism Suppression Act* (loi néozélandaise sur la répression du terrorisme)⁸⁰, qui va encore plus loin à propos des exemptions humanitaires. La loi contient une liste d'« excuses raisonnables [traduction CICR] » en cas d'infraction constituée par la fourniture de « biens ou de services financiers ou d'autres services connexes [traduction CICR] » à une organisation terroriste. Le type de biens visés par la définition d'une « excuse raisonnable » comprend la nourriture, des vêtements, des médicaments et d'autres biens qui permettent exclusivement de « satisfaire les besoins humains essentiels de la personne concernée (ou d'une personne à sa charge) [traduction CICR]⁸¹ ». Cette disposition reconnaît pleinement le principe d'impartialité.

74 Art. 18 U.S.C. 8 par. 2339A b) 1), 2006 et suppl. 1112009. Traduction tirée du document des Nations Unies S/2006/69, p. 3.

75 *Ibid.*

76 Code pénal, art. 102.7. Le Code pénal ne définit par le terme « appui » malgré son utilisation fréquente.

77 K. Mackintosh et P. Duplat, *op. cit.* note 43, p. 41.

78 Code pénal, art. 102.7, 1), a).

79 *Ibid.*, art. 102.1.

80 *Terrorism Suppression Act*, 2002.

81 *Ibid.*, art. 10, 3).

Comme indiqué précédemment, en Australie, le fait de mettre intentionnellement des fonds à la disposition d'une organisation terroriste, ou de collecter des fonds pour une organisation terroriste ou en son nom, constitue une infraction⁸². Si les tribunaux n'ont pas encore eu à se prononcer sur un tel cas, une plainte portée par le Centre israélien du droit (*Shurat Hadin*) contre *World Vision* Australie et AusAID a mis en lumière les possibles lacunes de la législation au regard de l'action humanitaire. En octobre 2012, *Shurat Hadin* a déclaré être en possession d'éléments établissant que *World Vision* Australie et AusAID finançaient une organisation terroriste interdite, le Front populaire de libération de la Palestine (FPLP), en distribuant des fonds à une ONG palestinienne, l'*Union of Agricultural Work Committees* (UAWC)⁸³. Dans le cadre de ses activités, l'UAWC était chargée de fournir des plantes et des semis en Cisjordanie et à Gaza afin de garantir la sécurité alimentaire pour plus de 1 000 ménages à faibles revenus dans ces régions⁸⁴. Une analyse de l'agence AusAID a finalement conclu qu'il n'y avait pas de preuve à l'appui de cette allégation, assurant que « les sommes versées par AusAID pour financer des projets par l'intermédiaire de *World Vision* n'avaient pas été utilisées pour soutenir des terroristes, mais avaient été dépensées, comme prévu, pour mener des activités de développement hautement prioritaires [traduction CICR]⁸⁵ ». Toutefois, si les allégations avaient été confirmées, le fait que les fonds étaient seulement destinés à un objectif humanitaire, n'aurait pas constitué un moyen de défense valable. Malgré ces conclusions et compte tenu de l'absence d'une clause d'exemption humanitaire à l'infraction caractérisée par le fait d'obtenir des fonds pour une organisation terroriste ou de recevoir des fonds d'une organisation terroriste, *World Vision* Australie aurait pu être tenue responsable d'une activité criminelle, indépendamment du fait que ces fonds étaient destinés, ou pas, à un objectif humanitaire. Bien que le DIH n'offre pas aux organisations humanitaires un accès humanitaire illimité aux zones de conflit, le droit conventionnel et le droit coutumier accordent expressément un accès aux humanitaires⁸⁶ et les mesures prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme menacent les organisations humanitaires et leur capacité d'obtenir un tel accès.

En ce qui concerne la « formation », la première disposition porte sur le fait de dispenser ou de recevoir une formation spécifiquement liée à des actes de

82 Code pénal, art. 102.6.

83 NGO Monitor, *World Vision*, 29 juin 2014, disponible sur : www.ngo-monitor.org/ngos/world_vision_international/.

84 Ministre australien des Affaires étrangères, Union of Agricultural Work Committees, communiqué de presse, 31 mai 2012, disponible sur : http://foreignminister.gov.au/releases/2012/bc_mr_120531.html.

85 *Ibid.*

86 Voir CG IV, art. 10, 11, 23, 50, 59, 63 ; PA I, art. 70, par. 1 ; art. 3 commun ; PA II, art. 18 ; Jean Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir.), *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I : *Règles*, Éd. Bruylant, 2006, (CICR, étude sur le droit coutumier), Règle 55 : « Les parties au conflit doivent autoriser et faciliter le passage rapide et sans encombre de secours humanitaires destinés aux personnes civiles dans le besoin, de caractère impartial et fournis sans aucune distinction de caractère défavorable, sous réserve de leur droit de contrôle ». Voir également Naz K. Modirzadeh, Dustin A. Lewis et Claude Bruderlein, « Dialogue humanitaire et lutte contre le terrorisme : antagonisme des normes et émergence d'un nouveau paysage politique », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 883, *Sélection française*, 2011/2, p. 225.

terrorisme⁸⁷, suivant une démarche semblable à celle adoptée au Royaume-Uni et en Europe comme indiqué précédemment. À cet égard, les dispositions australiennes sont appropriées et ne concernent pas les acteurs humanitaires. Encore une fois, aux fins de comparaison, les méthodes anglaise et européenne établissent plus précisément et plus clairement ce qui définit un acte de terrorisme constitué par le fait de dispenser une formation. Au Royaume-Uni, par exemple, le *Terrorism Act*⁸⁸ (loi sur le terrorisme) érige en infraction le fait de dispenser ou de recevoir une formation relative à la fabrication et à l'utilisation d'armes à feu, de matériel radioactif ou d'armes conçues ou modifiées pour propulser des matières radioactives, des explosifs ou des armes chimiques, biologiques ou nucléaires⁸⁹. Une nouvelle loi adoptée au Royaume-Uni en 2006, définit la « formation » et énonce précisément les actes constitutifs d'une infraction, précisant ainsi plus strictement la loi de 2000⁹⁰.

De la même manière, dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme adoptée en 2005, l'« entraînement pour le terrorisme » est défini comme suit :

le fait de donner des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes ou substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes et techniques en vue de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission, sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif⁹¹.

Toutefois, en Australie, la deuxième série d'infractions liées à la formation va au-delà de la formation à des actes de terrorisme et suscite l'inquiétude des acteurs humanitaires. Ces dispositions ne semblent ni très claires, ni réalistes au regard de la formation dispensée et reçue par des organisations humanitaires. La loi dispose qu'une personne commet une infraction si elle dispense intentionnellement une formation à une organisation terroriste, si elle reçoit intentionnellement une formation dispensée par une organisation terroriste ou si elle participe intentionnellement à une formation à l'intention d'une organisation terroriste⁹². On relève ici deux questions particulièrement préoccupantes. La première est que la loi ne propose aucune définition de la « formation », ce qui empêche de déterminer clairement les actes constitutifs d'une infraction en application de cette disposition. La deuxième

87 Code pénal, art. 101.2.

88 *Terrorism Act*, 2000.

89 *Ibid.*, art. 54.

90 La *Terrorism Act* de 2006 donne une définition du crime de formation pour compléter l'infraction visée à l'article 54 de la loi de 2000. La définition inscrite à l'article 6 de la loi comprend des actes précis comme « la fabrication, le maniement ou l'utilisation de substances nocives [traduction CICR] » ; « l'utilisation de toute méthode ou technique pour effectuer tout autre acte qui peut être effectué à des fins terroristes, en lien avec la commission ou la préparation d'un acte de terrorisme ou d'une infraction à la Convention, ou en lien avec la participation à la commission ou la préparation d'un tel acte ou d'une telle infraction par un tiers [traduction CICR] » ; et « la conception ou l'adaptation à des fins terroristes, ou en lien avec la commission ou la préparation d'un acte de terrorisme ou d'une infraction à la Convention, de toute méthode ou technique visant tout acte ». Le contraste entre cette définition et celle donnée adoptée par les États-Unis dans l'affaire *Holder*, est frappant.

91 Série des Traités du Conseil de l'Europe, n° 196 (entrée en vigueur le 1^{er} juin 2007), art. 7.

92 Code pénal, art. 102.5.

est la définition très large donnée à une organisation terroriste, dans la mesure où elle inclut toute organisation visée par une disposition réglementaire⁹³. Ces deux facteurs pourraient sérieusement limiter la capacité des acteurs humanitaires de nouer un dialogue avec des groupes dans certaines zones afin de leur dispenser des formations à caractère humanitaire, comme des formations aux premiers secours ou des sessions de sensibilisation au DIH. Les interdictions peuvent également réduire la capacité des organisations humanitaires d'apporter une assistance, si cette assistance, ou le fait d'avoir accès à la population qui a besoin de cette assistance, suppose un dialogue avec une organisation terroriste, qui pourrait logiquement être considéré comme une « formation ». En outre, en limitant leurs actions et en acceptant la qualification donnée par le gouvernement australien à une « organisation terroriste », les acteurs humanitaires risquent de leur impartialité, neutralité et indépendance.

Enfin, conjuguées aux amendements introduits par la *Australian Foreign Fighters Act* (loi australienne sur les combattants étrangers)⁹⁴, les dispositions ambiguës relatives à la formation peuvent également s'avérer complexes pour les acteurs humanitaires qui se rendent ou qui se trouvent dans une « zone déclarée » à l'étranger, sans « objectif légitime »⁹⁵. Non seulement ces dispositions influent sur la liberté de mouvement, mais, et en dépit de l'introduction d'une exception pour la fourniture d'une aide humanitaire⁹⁶, elles suscitent également des inquiétudes légitimes pour les acteurs humanitaires qui dispensent, reçoivent ou participent à une formation dans une « zone déclarée ». Ce point de droit n'a pas encore été porté devant les tribunaux.

Cette ambiguïté qui pèse sur ce qui est susceptible de constituer une formation conformément à la législation antiterroriste australienne en vigueur a été soulevée dans une affaire portée devant la Cour suprême de Victoria, à propos de l'appui financier apporté aux Tigres tamouls après le tsunami du 26 décembre 2004⁹⁷. Dans ses conclusions, le président de la Cour a fait allusion au Docteur John Whitehall qui dirigeait à l'époque le département de pédiatrie et de santé de l'enfant à l'Université de Western Sydney. En 2004, le Docteur Whitehall s'est rendu au Sri Lanka et s'y trouvait lorsque le tsunami a frappé et dévasté le pays le 26 décembre. Lors de son séjour au Sri Lanka, le Docteur Whitehall a dispensé une formation en pédiatrie à de jeunes étudiants en médecine qui, comme il l'a appris plus tard, appartenaient à la filière médicale des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (« les Tigres tamouls »), organisation terroriste interdite. Même si la formation était sans lien avec les activités terroristes de l'organisation et qu'elle était dispensée dans un but purement humanitaire, elle tombe sous le coup de l'article 102.5 du Code pénal australien qui vise le fait de « former une organisation terroriste ou de recevoir une formation dispensée par une organisation terroriste [traduction CICR] ». Le juge demanda : « Le Docteur Whitehall est-il coupable d'une infraction [...] ? Techniquement, cela est possible. J'ai le sentiment qu'il n'a pas conscience de cette

93 *Ibid.*, art. 102.1, 1).

94 *Counter-Terrorism Legislation Amendment (Foreign Fighters) Act*, 2014.

95 Code pénal, art. 119.2.

96 *Ibid.*, art. 119.2, 3), a).

97 Cour suprême de Victoria, *R v. Vinayagamoorthy*, VSC 148, 31 mars 2010.

infraction, mais [...] nous pouvons fermer les yeux [traduction CICR]⁹⁸ ». Il va de soi que nombre d'organisations humanitaires qui se heurtent constamment à des incertitudes quant aux limites que ces dispositions imposent à leurs stratégies et à leurs activités dans toute une série de situations complexes, ne peuvent pas se contenter d'espérer que les autorités chargées de veiller à la mise en œuvre du droit et que les organes judiciaires « ferment les yeux » sur tout acte susceptible de tomber sous le coup de la loi.

Ces lois, qui en substance privent certains groupes de personnes de formations ou de secours humanitaires, portent atteinte au concept même d'impartialité dans la fourniture d'une assistance humanitaire. Cette assistance doit être fondée exclusivement sur les besoins et non sur des critères liés à l'affiliation potentielle ou réelle à certains groupes, que tel ou tel gouvernement qualifie de terroristes.

Dès lors, ces conséquences sont inquiétantes. L'incrimination manifeste de la fourniture d'une assistance médicale contraste résolument avec une longue tradition de respect et de prise en compte de la santé et du bien-être non seulement des propres troupes d'une partie, mais également de celles de l'ennemi, principe qui a été constamment réitéré par les États depuis la première Convention de Genève de 1864. L'intérêt du DIH réside dans la réciprocité des soins et du traitement, pour les personnes qui sont hors de combat ou pour les blessés et malades sur le champ de bataille⁹⁹. De manière plus générale, le respect des hôpitaux et des centres médicaux, des médecins et du personnel de santé, est également depuis longtemps un élément central du droit international et du discours international. Ce principe du DIH a été réaffirmé lors de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, au cours de laquelle le Mouvement et les États ont adopté une résolution portant sur « Les soins de santé en danger » et ont réitéré la nécessité pour les États de se « rappel[er] l'obligation de respecter et de protéger les blessés et les malades, ainsi que les personnels de santé, les structures médicales », conformément à leurs obligations juridiques internationales¹⁰⁰. Cette résolution a servi de base à une campagne mondiale du Mouvement sur la protection de la mission médicale, soulignant que le personnel de santé et les services médicaux étaient de plus en plus menacés. Plus récemment, les Nations Unies ont discuté du fait que les soins de santé sont de plus en plus menacés tant dans les conflits armés que dans d'autres situations de violence, et ont une nouvelle fois appelé toutes les parties au conflit à respecter les structures médicales, les transports médicaux et les professionnels de santé¹⁰¹. Le principe du respect et d'un bon traitement des combattants de chaque partie au

98 Kate Hagan, « "Terror" arrest at gunpoint: police warned », *Sydney Morning Herald*, 5 février 2010, disponible sur : www.smh.com.au/national/terror-arrest-at-gunpoint-police-warned-20100204-ngw0.html.

99 CG I, art. 12 ; CG II, art. 12, CG III, art. 16.

100 Les soins de santé en danger, Résolution 5, XXXI^e Conférence internationale du Mouvement de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2011, par. 1, disponible sur : www.icrc.org/fre/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-5-2011.htm.

101 Nations-Unies, « Governments, International Community Must Better Protect Health-Care Workers, Facilities during Armed Conflict, Deputy Secretary-General Tells High Level Event », communiqué de presse, DSG/SM/805-IHA/1345, 25 septembre 2014, disponible sur : www.un.org/press/en/2014/dsgsm805.doc.htm.

conflit, autrement dit le principe de l'impartialité dans l'action, est essentiel pour qu'un conflit armé se déroule conformément au droit international. Si une partie érige les soins et l'assistance en infraction, même en réponse à un comportement visiblement inconsidéré et disproportionné de l'autre partie, le fragile équilibre du DIH sera remis en cause et le système humanitaire qui soutient depuis si longtemps les victimes de conflits armés sera menacé.

Sanctions

Outre les limites visant le type de soutien qui peut être offert aux populations dans le besoin, la deuxième mesure qui affecte les agences humanitaires réside dans la multiplicité des régimes de sanctions qui ont eu une incidence considérable sur la liberté de l'action humanitaire. Certaines de ces sanctions visent des groupes spécifiques considérés comme une menace pour la paix et la sécurité internationales. Kate Mackintosh explique comment les organisations humanitaires pourraient être perçues comme fournissant un « soutien matériel » à des terroristes lorsqu'elles portent assistance à des civils qui résident dans des zones contrôlées par des personnes ou des groupes visés par ces régimes de sanctions¹⁰². En prenant pour exemple les lois américaines, Mackintosh déclare « tant que la personne qui fournit un des moyens de subsistance autorisés, sait que le groupe figure sur la liste ou qu'il participe à des activités terroristes telles que définies par la législation américaine, elle violera le droit pénal américain [traduction CICR]¹⁰³ ». Ce genre de restrictions expose les organisations humanitaires et leur personnel à des poursuites pénales, comme ce fut le cas pour les activités de formation de *Humanitarian Law Project* dans l'affaire *Holder*¹⁰⁴.

Comme de nombreux chercheurs l'ont observé, la Somalie est devenue un cas d'école pour les conséquences humanitaires et, ce faisant, à la perception dégradée de l'action humanitaire fondée sur des principes, dues à l'incapacité des ONG d'obtenir les garanties nécessaires contre le détournement de l'aide découlant des régimes de sanctions¹⁰⁵. En 2008, la Résolution 1844 du CSNU¹⁰⁶ a mis en place des sanctions contre des organisations et des individus en Somalie, notamment contre le groupe islamiste Al-Shabaab, ODT, qui contrôlait une grande partie du territoire dans le sud de la Somalie. Ces sanctions ont eu pour conséquence la suspension en 2009 d'une aide humanitaire d'un montant de 50 millions de dollars dont la Somalie avait grandement besoin¹⁰⁷. En 2010, le Système d'alerte rapide aux risques de famine de l'USAID avait anticipé la crise alimentaire en Somalie. La même année, le CSNU décida d'une dérogation humanitaire au régime de sanctions contre la Somalie

102 Kate Mackintosh, « *Holder v. Humanitarian Law Project: Implications for Humanitarian Action: A View from Médecins Sans Frontières* », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 34, n° 3, 2011.

103 *Ibid.*

104 *Ibid.*

105 K. Mackintosh et P. Duplat, *op. cit.* note 43, p. 81.

106 Rés. 1844 du CSNU, 20 novembre 2008.

107 S. Pantuliano, K. Mackintosh et S. Elhawary avec V. Metcalfe, *op. cit.* note 71, p. 7.

compte tenu de « l'importance des opérations d'aide humanitaire¹⁰⁸ ». Malgré cela, les agences humanitaires demeurèrent lentes à répondre¹⁰⁹ et le Gouvernement américain ne délivra aucune autorisation, même limitée, jusqu'en août 2011, date à laquelle la famine avait atteint son paroxysme.

S'il est vrai que les causes de la famine sont complexes et multidimensionnelles et qu'elles ne seront pas examinées dans le présent article, on estime qu'environ 260 000 personnes sont décédées, dont la moitié étaient des enfants âgés de moins de 5 ans. Les nombreuses difficultés liées à la fourniture de l'assistance humanitaire, notamment les demandes des Shabaab, l'insécurité générale dans la région, la complexité et la crainte de poursuites en application des lois antiterroristes, ont contribué au fait que 4,6 % de la population du sud de la Somalie sont décédés¹¹⁰. Cela indique clairement que le système humanitaire est à un point de rupture et que des mesures doivent être prises pour résoudre ces difficultés.

En Australie, les régimes de sanctions des Nations Unies prennent effet en vertu de la *Charter of the United Nations Act* de 1945 (Commonwealth) (loi sur la Charte des Nations Unies)¹¹¹. Conformément à cette loi, le ministre des Affaires étrangères a le pouvoir de dresser une liste des personnes ou entités interdites afin de mettre en œuvre les résolutions du CSNU, y compris la Résolution 1373¹¹². L'Australie encadre tout aussi strictement le financement du terrorisme en mettant en place des régimes de sanctions autonomes, qui peuvent compléter les sanctions établies par le Conseil de sécurité¹¹³. La combinaison de ces normes imposant des sanctions conduit à l'établissement de la « liste consolidée » des personnes et entités interdites sur laquelle figurait, au moment de la rédaction du présent article, les noms de 3 091 individus et entités assujettis à un gel des avoirs et/ou à une interdiction de voyager en application de ces textes¹¹⁴. Toute violation est assortie d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 10 ans ainsi que de lourdes amendes¹¹⁵.

L'article 21 de la loi sur la Charte des Nations Unies érige en infraction le fait de mettre directement ou indirectement des avoirs à la disposition de personnes ou d'entités proscrites conformément à la liste dressée par le ministre des Affaires étrangères¹¹⁶. Cette infraction engage une responsabilité pour risque, ce qui signifie que pour tomber sous le coup de cette disposition, il n'est pas nécessaire que la personne

108 Rés. 1916 du CSNU, 19 mars 2010, par. 4.

109 Charity & Security Network, *Safeguarding Humanitarianism in Armed Conflict: A Call for Reconciling International Legal Obligations and Counterterrorism Measures in the United States*, juin 2012, p. 50.

110 Robyn Dixon, « U.S. Policy Seen as Factor in Somalia Famine Deaths », *Los Angeles Times*, 2 mai 2013, disponible sur : <http://articles.latimes.com/2013/may/02/world/la-fg-somalia-famine-20130503>.

111 *Charter of the United Nations Act*, 1945 (Commonwealth) (loi sur la Charte des Nations Unies).

112 Rés. 1373 du CSNU, 28 septembre 2001.

113 Gouvernement australien, Transaction Reports and Analysis Centre, *Terrorism Financing in Australia 2014*, 2014, p. 11. Voir également *Autonomous Sanctions Act*, 2011 (Commonwealth) (loi sur les sanctions autonomes).

114 Le 4 juin 2015, Gouvernement australien, *Department of Foreign Affairs and Trade* (ministère des Affaires étrangères et du commerce), *Australia and Sanctions: The Consolidated List*, 4 juin 2015, disponible sur : <http://dfat.gov.au/international-relations/security/sanctions/Pages/consolidated-list.aspx>.

115 Gouvernement australien, Transaction Reports and Analysis Centre, *op. cit.* note 113, p. 11.

116 Loi sur la Charte des Nations Unies, art. 21.

ait eu l'intention de soutenir le terrorisme, le seul fait de fournir des biens à une personne ou une entité interdites suffit¹¹⁷. La Cour suprême de Victoria a, en outre, donné une interprétation de cet élément moral et a déclaré qu'« il suffit à l'accusation de démontrer qu'un des accusés avait conscience d'un risque sérieux d'interdiction et qu'un tel risque n'était pas justifiable [traduction CICR]¹¹⁸ », concluant ainsi en substance que l'élément moral de l'infraction était constitué par l'« imprudence ».

Cette affaire portée devant la Cour suprême, *R v. Vinayagamoorthy*, concernait trois Australiens tamouls qui étaient poursuivis en application de la loi sur la Charte des Nations Unies, pour avoir fourni des ressources aux Tigres tamouls¹¹⁹. Les accusés ont plaidé coupable, mais ont soutenu que les fonds et le matériel fournis étaient exclusivement de nature humanitaire. Lorsqu'elle a fixé la peine, la Cour suprême a admis que leur intention était « d'aider la communauté tamoule au Sri Lanka [traduction CICR] » et que « le seul moyen d'y parvenir était de traiter avec les Tigres tamouls [traduction CICR] ». Même si elle était convaincue que leur motivation principale avait un « caractère humanitaire [traduction CICR] », la Cour a conclu que leur contribution ne se « limitait pas uniquement à des activités humanitaires [traduction CICR]¹²⁰ » et a ainsi prononcé les sentences. Toutefois, la Cour a tenu compte du caractère humanitaire de leurs actes et l'a admis dans la mesure où, « dans l'intérêt de la justice [traduction CICR] », les accusés ont été libérés sous caution¹²¹. En l'espèce, la décision de la Cour n'est pas fondée sur une exception humanitaire, la loi sur la Charte des Nations Unies n'en prévoyant pas, mais sur le pouvoir discrétionnaire dont la Cour dispose pour rendre son verdict. Si cette décision apporte un certain soulagement aux organisations humanitaires qui opèrent dans ce contexte, les agences humanitaires ne sauraient se contenter de simplement espérer qu'en cas de poursuites à leur encontre les juges aboutiraient à la même conclusion.

Obligations contractuelles

En plus de limiter la portée et la nature des activités et des bénéficiaires autorisés, de nombreux États ont imposé des obligations contractuelles aux organisations humanitaires qui interviennent dans des environnements complexes. Les contrats imposent en effet à l'organisation et/ou à ses partenaires de coopérer à la lutte contre le terrorisme¹²². Une étude récente menée par le *Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project* (projet de lutte contre le terrorisme et d'engagement humanitaire) de la faculté de droit de Harvard a fait observer que certains contrats allaient jusqu'à inclure une clause selon laquelle les donateurs comme les organisations humanitaires devaient afficher leur détermination à lutter contre le terrorisme, en indiquant, par exemple, qu'ils « s'engageaient fermement dans la lutte internationale contre le terro-

117 *Ibid.*, art. 21, 2.

118 Cour suprême de Victoria, *Vinayagamoorthy*, *op. cit.* note 97.

119 *Ibid.*

120 *Ibid.*, par. 59.

121 *Ibid.*, par. 67 et 69.

122 K. Mackintosh, *op. cit.* note 102, p. 510.

risme [traduction CICR]¹²³ ». Bien que ces mesures soient prises essentiellement pour lutter contre le financement du terrorisme, elles font peser d'importantes responsabilités sur les acteurs humanitaires¹²⁴ et menacent la neutralité et l'indépendance des agences humanitaires. Le système de vérification des partenaires d'USAID¹²⁵ illustre le type d'exigences que l'on impose aux ONG. Ce système impose à « ceux qui sollicitent une subvention pour fournir une aide à l'étranger de fournir des informations personnelles détaillées sur les dirigeants et les personnels des partenaires locaux qui seront communiquées aux services de renseignements des États-Unis [traduction CICR]¹²⁶ ». Cette exigence contractuelle oblige les ONG humanitaires à recueillir des renseignements¹²⁷ et constitue une violation directe des principes de neutralité et d'indépendance. En pratique, cela signifie que les organisations humanitaires sont de plus en plus perçues, par ceux qui devraient les percevoir comme neutres, comme des agents à la solde des services de renseignements des États-Unis. On craint que cette dynamique entrave gravement les efforts déployés par les organisations humanitaires pour apporter une assistance humanitaire à des civils qui vivent dans des territoires contrôlés par une ODT¹²⁸. Il est également intéressant de constater que presque toutes les organisations humanitaires ayant participé au *Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project* ont indiqué qu'elles se fixaient « une "limite à ne pas dépasser" lorsqu'elles sélectionnent les bénéficiaires [traduction CICR]¹²⁹ ».

L'Australie a également introduit des mesures de lutte contre le terrorisme dans des contrats avec des agences humanitaires. Outre les allégations décrites précédemment, que *Shurat Hadin* a formulées à l'encontre de *World Vision* Australie et d'AusAID¹³⁰, des plaintes ont également été formulées à l'encontre d'*Australia Middle East NGO Cooperation Agreement* (AMENCA), qui est un programme de 35,4 millions de dollars à l'appui de l'aide globale apportée par l'Australie aux territoires palestiniens¹³¹. Après que le Gouvernement australien ait confirmé que ces plaintes étaient infondées, il a été procédé à un examen indépendant des mécanismes de gestion des risques, mis en place dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, lequel a donné lieu à un certain nombre d'observations relatives aux obligations contractuelles imposées aux agences d'aide australiennes intervenant dans le secteur humanitaire¹³². Par exemple, l'évaluation a affirmé que le *Department of Foreign*

123 *Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project, An Analysis of Contemporary Anti-Diversion Policies and Practices of Humanitarian Organizations*, mai 2014, p. 3 et annexe 1D.

124 *Ibid.*, p. 10.

125 *Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project, Partner Vetting in Humanitarian Assistance: An Overview of Pilot USAID and State Department Programs*, document de recherche et d'orientation, novembre 2013.

126 *Charity & Security Network*, *op. cit.* note 109, p. 15.

127 *Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project*, *op. cit.* note 125, p. 4.

128 *Ibid.*, p. 15.

129 *Ibid.*, p. 41.

130 NGO Monitor, *World Vision*, 29 juin 2014, disponible sur : www.ngo-monitor.org/ngos/world_vision_international/.

131 *Department of Foreign Affairs and Trade* (ministère des Affaires étrangères et du commerce), *Risk Management Review of the Australia-Middle East NGO Cooperation Agreement*, Rapport final, mai 2014, p. 2.

132 *Ibid.*

Affairs and Trade (DFAT) (ministère des Affaires étrangères et du Commerce) recommandait, à titre indicatif, à tous les partenaires du développement de respecter des normes minimales de diligence raisonnable afin de remplir les obligations contractuelles qui leur incombent conformément aux exigences liées à la lutte contre le terrorisme¹³³ et de « faire “tout ce qui est en leur pouvoir” pour respecter le droit australien [traduction CICR] », et exigeait « que l’autre partie informe immédiatement le DFAT si, pendant la durée de l’accord, un lien quelconque avec une personne ou une entité interdites était découvert [traduction CICR]¹³⁴ ».

Cette analyse indépendante a également examiné tous les accords entre les ONG partenaires d’AMENCA et les partenaires exécutants de ces ONG, et a conclu que chaque accord contenait une clause engageant l’ONG partenaire à lutter contre le terrorisme¹³⁵. Un accord fait même référence aux lois antiterroristes du pays du partenaire, à la portée de la Résolution 1373 du CSNU et à d’autres conventions internationales relatives à la lutte contre le terrorisme. En 2013, le DFAT a introduit une série d’amendements contractuels, notamment un dispositif de contrôle impromptu, conçu pour vérifier les finances des ONG partenaires et s’assurer qu’elles font preuve de diligence raisonnable. Ce mécanisme comprend un système selon lequel les partenaires de second niveau vérifient régulièrement que le nom d’individus ou d’organisations ne figure pas sur la liste consolidée du DFAT¹³⁶. En raison de cette exigence spécifique, on pourrait considérer que certaines organisations humanitaires partenaires du DFAT recueillent des renseignements et ce, en violation directe des principes de neutralité et d’indépendance. De plus, ces exigences pourraient porter atteinte aux principes humanitaires en refusant la fourniture d’aide et d’assistance dans les cas où le financement peut potentiellement bénéficier à des personnes figurant sur la liste consolidée. Cela menace tout particulièrement la délivrance d’une assistance humanitaire impartiale.

Il convient de noter que tous les États n’imposent pas de mesures de lutte contre le terrorisme dans les contrats de subvention et de partenariat. Si les États-Unis, le Canada, l’Australie et le Royaume-Uni imposent aux donateurs des critères stricts liés à la lutte contre le terrorisme, les contrats élaborés par d’autres États comme le Danemark, la Norvège, la Suède et la Suisse ne prévoient aucune mesure liée à la lutte contre le terrorisme¹³⁷. Cela soulève des questions quant à l’efficacité de telles mesures contractuelles pour réduire les risques de terrorisme et quant au fait de savoir si la profonde remise en cause des principes humanitaires induite par ces exigences contractuelles permet vraiment d’améliorer la sécurité.

133 Ces exigences imposent notamment « de connaître les personnes ou organisations qui bénéficient directement d’une assistance ; de s’assurer que ces personnes ou organisations ne figurent sur aucune des listes avant de leur fournir une assistance ; de s’assurer que les personnes ou organisations directement financées connaissent les lois et sont tenues de les respecter ; de s’assurer que les personnes ou organisations directement financées sont à leur tour tenues de s’assurer que les fonds qu’elles versent ou l’appui qu’elles fournissent répondent aux mêmes critères [traduction CICR] ». *Department of Foreign Affairs and Trade*, *op. cit.* note 131, p. 7.

134 *Ibid.*, p. 7.

135 *Ibid.*, p. 8.

136 *Ibid.*, p. 9.

137 *Counterterrorism and Humanitarian Engagement Project*, *op. cit.* note 125, p. 6.

Les effets de la législation, des sanctions et des contrats sur la fourniture d'une aide efficace et fondée sur des principes

Certaines des mesures mondiales de lutte contre le terrorisme décrites précédemment ont eu une incidence négative tangible sur la capacité d'ONG humanitaires d'entreprendre des actions humanitaires fondées sur les principes¹³⁸. Trois des principaux effets conséquences sont abordés ci-après.

Les conséquences sur l'accès aux personnes et communautés qui en ont besoin

Premièrement, ces mesures peuvent avoir une incidence sur la manière dont les acteurs humanitaires sont perçus et, par conséquent, sur leur capacité d'atteindre les communautés qui en ont besoin. Les organisations humanitaires peuvent ne plus être perçues comme étant capables de fournir une assistance neutre, impartiale et indépendante. Leur seule présence peut alors être perçue comme une menace¹³⁹, non seulement pour les organisations humanitaires avec lesquelles elles travaillent, mais aussi pour les principes humanitaires. C'est pourquoi elles peuvent se voir refuser l'accès et ne pas être autorisées à fournir une assistance vitale. Si les organisations humanitaires et, ce faisant, le système lui-même, sont perçus comme partisans ou incapables de fournir une assistance fondée sur les principes dans un contexte donné, les conséquences s'étendent à toute l'action humanitaire et mettent en danger la perception de la capacité des acteurs humanitaires dans tous les contextes.

Les conséquences sur la neutralité

Un second défi réside dans la dépendance de nombreux humanitaires à leur neutralité, ce qui permet de garantir leur sécurité¹⁴⁰. Lorsque la neutralité d'un acteur humanitaire est menacée, quelle qu'en soit la raison, le risque d'être considéré comme impliqué dans le conflit augmente sensiblement. Les travailleurs humanitaires risquent à leur tour d'être perçus comme « l'ennemi » ou comme travaillant pour « l'ennemi ». La confiance est indispensable pour pouvoir accéder aux populations dans le besoin, affectées par un conflit et, sans confiance, il est très difficile pour les acteurs humanitaires de fournir une assistance. Dans le monde moderne, assailli par les médias sociaux, la perception d'un manque de neutralité dans un pays peut avoir une incidence sur la façon dont les humanitaires eux-mêmes sont perçus, portant ainsi atteinte au respect et à la protection dont bénéficient les travailleurs humanitaires en tous lieux. Selon une étude récente du *Feinstein Centre*, « la neutralité et l'impartialité ne sont pas des concepts théoriques ou utopiques ; il s'agit d'éléments indispensables à une action humanitaire efficace [traduction CICR]¹⁴¹ ». Selon cette

138 K. Mackintosh et P. Duplat, *op. cit.* note 43.

139 Fiona Terry, « Le CICR en Afghanistan : réaffirmer la neutralité de l'action humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 93, n° 881, *Sélection française* 2011/1.

140 *Ibid.*

141 *Feinstein International Centre, Humanitarian Agenda 2015: Final Report: The State of the Humanitarian Enterprise*, Université Tufts, Boston, MA, p. 9.

étude, en Irak, la « neutralité [...] est perçue par les communautés et la plupart des autres organisations humanitaires comme une protection essentielle contre des attaques ciblées [traduction CICR]¹⁴² ».

Les conséquences globales sur l'action humanitaire fondée sur les principes

Troisièmement, on peut dire, sans être alarmiste, que si le système humanitaire n'inspire plus confiance et que l'assistance humanitaire n'est plus perçue comme étant impartiale, neutre, indépendante et fondée exclusivement sur les besoins de l'humanité, les organisations humanitaires pourraient perdre leur capacité de travailler dans des situations complexes d'urgence humanitaire et dans des zones de conflit armé. En pareil cas, les conséquences humanitaires seraient graves. Les dérogations comme celles que prévoit le Code pénal australien en cas d'« association » avec une organisation terroriste dans un but humanitaire¹⁴³ permettraient de renforcer la pratique traditionnelle d'une action humanitaire fondée sur des principes. Contrairement aux États-Unis qui prévoient une dérogation limitée aux « médicaments et au matériel religieux », dans le contexte australien, la législation tient compte, dans une certaine mesure, des principes que l'aide humanitaire a toujours représentés. La dérogation néozélandaise, examinée précédemment, va encore plus loin.

En effet, certaines mesures ont effectivement incriminé la capacité des agences humanitaires de fournir une assistance fondée uniquement sur les besoins, principe pourtant au cœur de l'action humanitaire. En outre, les obligations contractuelles et autres instituées entre les donateurs et les acteurs humanitaires ont servi à institutionnaliser l'interdépendance, compromettant ainsi une action humanitaire indépendante. Par conséquent, le défi à relever pour maintenir dans l'avenir une réponse humanitaire efficace et pour permettre une action humanitaire impartiale, consiste à concilier les questions de sécurité qui imposent des mesures antiterroristes fermes et robustes, tant avec les besoins humanitaires et les difficultés des populations civiles affectées par l'activité des ODT, qu'avec les dispositions juridiques et politiques contraignantes pour les États comme pour les acteurs humanitaires.

Selon le DIH, l'idée que l'assistance apportée aux populations se trouvant sur le territoire de l'ennemi peut aider l'ennemi lui-même, est traduite par la reconnaissance du rôle de l'État qui peut refuser ou suspendre l'autorisation de fournir une assistance humanitaire en se fondant sur des considérations de sécurité¹⁴⁴. L'étude du CICR sur le droit coutumier reconnaît que le droit à une assistance humanitaire fait partie du droit international coutumier et relève que le refus d'autoriser une assistance humanitaire ne peut pas reposer sur des motifs arbitraires¹⁴⁵. Toutefois, si les législations antiterroristes admettent que tous les contacts avec une ODT ne sont pas nécessairement interdits, le fait de déterminer si une telle association pourrait être utilisée par l'ODT pour « dégager d'autres

142 *Ibid.*

143 Code pénal, art. 102.8, 4), c).

144 PA I, art. 70 ; PA II, art. 18.

145 CICR, étude sur le droit coutumier, *op. cit.* note 86, règle 55.

ressources au sein de l'organisation à des fins potentiellement violentes [traduction CICR]¹⁴⁶ » appartient aux États et aux organisations humanitaires. Dans l'affaire *Holder*, cette théorie (la « théorie de la fongibilité ») a été à la base du raisonnement proposé par la Cour dans sa décision, selon lequel l'argent est considéré comme fongible et « lorsque des organisations terroristes étrangères qui ont une double structure lèvent des fonds, elles soulignent les objectifs civils et humanitaires que cet argent pourrait permettre d'atteindre [traduction CICR]¹⁴⁷ ». Toutefois, en pratique, il est extrêmement difficile de déterminer dans quels cas cela est possible et dans quelles circonstances l'action ou l'inaction des acteurs humanitaires porte atteinte aux principes humanitaires.

Réflexions prospectives

Aussi, comment est-il possible de mieux garantir que la souffrance humaine est réduite au minimum, que l'assistance humanitaire est apportée conformément aux préceptes les plus fondamentaux d'humanité et que les contradictions entre les mesures antiterroristes et l'action humanitaire seront traitées ? En premier lieu, il sera nécessaire que les États se conforment à leurs obligations en vertu du droit international en adoptant leur législation antiterroriste. En 2006, l'AGNU a adopté la Stratégie antiterroriste mondiale de l'Organisation des Nations Unies¹⁴⁸. Tout en soutenant les États et en les encourageant à respecter leur obligation d'adopter une législation nationale antiterroriste conforme aux demandes du CSNU, la Résolution incite clairement les États à « veiller à ce que toutes les mesures prises pour lutter contre le terrorisme soient conformes aux obligations qu'ils assument en vertu du droit international, en particulier du droit international des droits de l'homme, du droit international des réfugiés et du droit international humanitaire¹⁴⁹ ». Ces obligations juridiques imposent notamment de respecter et de faire respecter les dispositions des Conventions de Genève, y compris les dispositions relatives à la fourniture d'une assistance humanitaire et celles relatives à l'impartialité et l'indépendance de l'action humanitaire¹⁵⁰.

Deuxièmement, il sera nécessaire d'encourager et de mettre en œuvre des clauses d'exemption humanitaires qui permettront et faciliteront l'action humanitaire pour répondre aux besoins les plus importants. Par exemple, en novembre 2013, les États-Unis ont élaboré un projet de loi, la *Humanitarian Assistance Facilitation Act* (HAFA) (loi visant à faciliter l'assistance humanitaire), laquelle reconnaît les limites posées à l'action humanitaire pendant la famine en Somalie. La loi admet que « les interdictions figurant dans [...] les ordonnances et les statuts relatifs au soutien matériel ont découragé et, dans certains cas, empêché les donateurs de contribuer

146 Cour suprême des États-Unis, *Holder*, *op. cit.* note 72, p. 8.

147 *Ibid.*, p. 26.

148 Rés. 60/288 de l'AGNU, 20 septembre 2006.

149 *Ibid.*, Plan d'action, IV, 2.

150 Art. 1 commun.

aux efforts visant à apporter une aide à l'ensemble de la population somalienne [traduction CICR]¹⁵¹ ». Si elle est adoptée, il est prévu que la loi HAFA :

permettrait aux personnes relevant de la juridiction américaine de conclure des transactions avec certaines personnes étrangères sous le coup de sanctions, si elles sont habituelles, nécessaires et, indirectement, au don ou à la fourniture de biens ou services pour prévenir ou soulager les souffrances de populations civiles et à d'autres fins [traduction CICR]¹⁵².

Le 18 novembre 2013, la loi a été soumise au Comité chargé des Affaires étrangères et au Comité judiciaire du Sénat pour une période indéterminée¹⁵³. La loi bénéficie d'un large soutien, en particulier de la Croix-Rouge américaine et de 66 ONG humanitaires internationales, notamment *Mercy Corps*, *Oxfam Amérique* et *World Vision*, qui ont fait observer qu'« avec la loi HAFA, nous pouvons centrer nos efforts sur ce que nous sommes appelés à faire : aider les gens à survivre et à surmonter l'adversité, indépendamment de la région du monde dans laquelle ils vivent [traduction CICR]¹⁵⁴ ». Toutefois, le fait que le projet de loi n'ait pas progressé depuis 2013 pourrait indiquer que les dérogations en faveur des organisations humanitaires suscitent peu d'intérêt.

En Australie, bien que, comme indiqué précédemment, des dérogations pour l'assistance humanitaire existent, on relève encore de graves restrictions et les exigences contractuelles imposées aux organisations humanitaires continuent de menacer leur indépendance et leur capacité à fournir une assistance humanitaire impartiale à ceux qui en ont le plus besoin.

Troisièmement, les organisations humanitaires, l'ONU et les États doivent réfléchir aux moyens dont ils disposent pour gérer les problèmes de sécurité tout en continuant à fournir une assistance humanitaire fondée sur les principes et ils devront travailler ensemble pour atteindre l'équilibre nécessaire. Il reste beaucoup à faire, tant du côté du secteur humanitaire que de celui des États, afin de mieux comprendre, soutenir et élaborer des modalités opérationnelles qui permettront de répondre aux besoins de l'humanité et de satisfaire aux exigences en matière de sécurité.

Enfin, il a été proposé que « le droit international coutumier [...] et les accords internationaux, comme les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels, soient lus à la lumière de ces nouvelles normes internationales [antiterroristes] [traduction CICR]¹⁵⁵ ». Toutefois, si l'on considère que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains et de leurs droits égaux et inaliénables,

151 Chambre des représentants des États-Unis, H.R. 3526, 113^e Congrès, 1^{re} Session, Section 2 6, disponible sur : www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-113hr3526ih/pdf/BILLS-113hr3526ih.pdf.

152 *Ibid.*

153 Library of Congress, « H.R.3526 – Humanitarian Assistance Facilitation Act of 2013 », disponible sur : www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/3526.

154 InterAction, *Statement of 66 Organizations in Support of the Humanitarian Assistance Facilitation Act of 2013*, disponible sur : www.interaction.org/document/statement-66-organizations-support-humanitarian-assistance-facilitation-act-2013.

155 Peter Margulies, « Accountable Altruism: The Impact of the Federal Material Support Statute on Humanitarian Aid », *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 34, n° 3, 2011, p. 561.

constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde¹⁵⁶ », les lois antiterroristes devraient certainement être élaborées en tenant compte du droit international coutumier.

Le cinquantième anniversaire des Principes fondamentaux du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge et la XXXII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge qui s'est tenue en 2015, ainsi que le Sommet humanitaire mondial de 2016, sont autant d'occasions uniques de réaffirmer les principes humanitaires et de rassembler les États, l'ONU et les organisations humanitaires pour régler certaines de ces questions complexes et importantes. Ces problèmes ne pourront être résolus que si les États, l'ONU et les agences humanitaires s'engagent véritablement à aborder ces menaces qui pèsent sur l'action humanitaire fondée sur les principes. Il ne fait aucun doute que la sécurité et la lutte contre le terrorisme sont des questions complexes et importantes qui doivent être réglées. Toutefois, en multipliant les mesures antiterroristes sans tenir pleinement compte de leurs conséquences humanitaires et de la capacité de fournir une assistance humanitaire rapidement, de manière efficace et dans le respect des principes, on évalue mal l'équilibre indispensable entre sécurité et humanité. Il est essentiel d'adopter une législation sage et appropriée pour retrouver cet équilibre, pour s'assurer que les États se conforment à leurs obligations juridiques internationales et pour permettre à ceux qui en ont le plus besoin de continuer à bénéficier d'une assistance humanitaire fondée sur les principes.

156 AGNU, Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1958, Préambule, par. 1.

