

Le droit applicable aux opérations de secours transfrontalières

Emanuela-Chiara Gillard*

Emanuela-Chiara Gillard est agrégée supérieure de recherche à l'*Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict* et associée de recherche à l'*Oxford Martin Programme on Human Rights for Future Generations*.

Résumé

Face aux fréquentes difficultés que pose l'assistance aux civils sur des territoires aux mains de l'opposition, des opérations de secours transfrontalières sont parfois envisagées. Celles-ci soulèvent de multiples questions de droit, notamment : l'auteur du consentement, ce qui constitue un refus arbitraire de consentement, les conséquences du refus de consentement, tant pour ceux qui souhaitent apporter une assistance que pour les parties qui refusent leur consentement, et les autres solutions possibles pour apporter une assistance dans ces circonstances.

Mots clés : opérations de secours transfrontalières, consentement de l'État affecté et de l'opposition, refus arbitraire de consentement, fournitures médicales et opérations de secours, famine de la population civile, opérations de secours non autorisées, souveraineté étatique, intégrité territoriale, non-ingérence, droit interne, assistance au fait illicite d'un autre État, circonstances excluant l'illicéité, contre-mesures, nécessité, assistance indirecte, décisions contraignantes du Conseil de sécurité.



* L'auteur remercie Michele Hou de la bibliothèque et des archives publiques du CICR pour l'aide efficace et agréable qu'elle lui a apportée dans ses recherches. Des éléments de cet article figuraient dans une note d'information établie par l'auteur aux fins d'une consultation d'experts organisée par le Bureau de coordination des affaires humanitaires des Nations Unies et l'Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict.

Introduction

À plusieurs reprises au cours de ces dernières années, les acteurs humanitaires ont éprouvé des difficultés à prêter assistance aux civils dans des territoires aux mains de l'opposition en raison de réticences de la part de l'État affecté à autoriser leurs opérations. Les récents efforts pour aider les populations touchées par le conflit en Syrie et dans les États soudanais du Kordofan-Sud et du Nil-Bleu ont de nouveau soulevé ce problème et mis en lumière la diversité des points de vue et des pratiques parmi les acteurs humanitaires¹.

Cet article décrit les principales règles de droit international applicables aux opérations transfrontalières visant des civils dans des territoires aux mains de l'opposition. Il faut souligner d'emblée qu'au plan juridique, la question centrale qui se pose est celle du consentement de l'État sur le territoire duquel des opérations sont envisagées (ci-après l'État affecté). Les modalités de déploiement des opérations – « sur place » ou « transfrontalières » – sont sans effet sur les règles de base, mais elles soulèvent d'autres questions de droit en raison de l'implication d'États tiers.

Remarques préliminaires

Quelques remarques préliminaires s'imposent avant de procéder à une analyse du droit. En premier lieu, cet article s'intéresse aux opérations de secours humanitaire : la fourniture de biens et de services à caractère exclusivement humanitaire indispensables à la survie de la population civile comme la nourriture, l'eau, les produits médicaux, les vêtements et les logements d'urgence. Il n'examine pas la question connexe des moyens possibles pour améliorer la protection des civils et n'aborde donc pas des concepts tels que l'« intervention humanitaire » ou le « devoir de protection » dans la mesure où, dans leur formulation actuelle, ces concepts s'attachent à prévenir et à mettre fin aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre.

Deuxièmement, le terme « opération transfrontalière » ne figure dans aucun traité et n'est défini dans aucun texte. Il est couramment employé dans le contexte d'une assistance apportée depuis le territoire d'États tiers et selon diverses modalités, notamment par la « programmation de gestion à distance »² ou en approvisionnant

1 Sur la Syrie voir, par exemple, *Humanitarian Exchange Magazine*, n° 59 : *The Conflict in Syria*, novembre 2013, publié par le Réseau des pratiques humanitaires de l'Overseas Development Institute, accessible à l'adresse : www.odihpn.org/humanitarian-exchange-magazine/issue-59. Sur le Nil-Bleu et le Kordofan-Sud voir, par exemple, Irina Mosel et Ashely Jackson, *Talking to the Other Side: Humanitarian Negotiations in Southern Kordofan and Blue Nile, Sudan*, document de travail du Groupe Politiques humanitaires, juillet 2013, accessible à l'adresse : www.odi.org.uk/sites/http://www.odi.org/publications/7844-sudan-south-kordofan-blue-nile-humanitarian-negotiations-armed-rebel. Toutes les références Internet ont été vérifiées en juillet 2014.

2 La programmation de gestion à distance (ou programmation à accès limité) est décrite comme une « adaptation à une situation d'insécurité » consistant à retirer le personnel international, ou d'autres personnels à risques, tout en transférant des responsabilités de programmation accrues au personnel local ou aux organisations partenaires locales. Voir Jan Egeland, Adele Harmer et Abby Stoddard, *Demeurer et accomplir : Bonnes pratiques pour les acteurs humanitaires dans les environnements*

en produits de secours les acteurs qui travaillent dans l'État affecté à partir d'États voisins. Des opérations de ce type ont été organisées à plusieurs reprises.

L'expérience de précédentes opérations apporte certes un utile éclairage sur les modalités de mise en œuvre de ces opérations, mais ce qui importe du point de vue du droit, ce sont les raisons qui ont motivé la décision de procéder à une opération transfrontalière. Dans la plupart des cas, ce type d'opération résulte d'un contexte d'insécurité dans l'État destinataire qui empêche les acteurs internationaux d'établir des bureaux et des opérations adéquates sur place, comme en Irak pendant plusieurs années après 2003 et en Somalie depuis dix ans³. Ces situations sont à distinguer de celles qu'aborde cet article, où des opérations transfrontalières sont envisagées parce que l'État affecté refuse une présence, des opérations ou des activités nécessitant de franchir des lignes de front sur son territoire ou parce qu'un ensemble de restrictions dues aux combats en cours ou à d'autres préoccupations relatives à la sécurité et à des obligations administratives pesantes font des opérations transfrontalières le moyen le plus efficace d'apporter des secours dans des zones aux mains de l'opposition.

Troisièmement, cet article présente les règles relatives au consentement initial aux opérations de secours. L'obtention de ce consentement initial ne garantit pas qu'il sera possible de conduire des opérations humanitaires sans entrave et en toute sécurité car à ce stade entrent en jeu d'autres règles, que cet article ne fait que mentionner, qui obligent les parties à permettre et faciliter les opérations de secours qui ont été autorisées. Évidemment, ces obligations n'existent pas si les opérations sont menées sans le consentement de l'État affecté.

Quatrièmement, cet article est consacré au droit international public tout en rappelant que les acteurs humanitaires privés comme les organisations non gouvernementales (ONG) doivent aussi respecter le droit interne des États dans lesquels ils travaillent. De plus, les positions juridiques et politiques internes qui peuvent être individuellement adoptées par les organisations doivent être également prises en compte.

Enfin, à un niveau plus factuel, les discussions relatives aux opérations transfrontalières pour les civils dans des zones aux mains de l'opposition semblent parfois présumer que l'opposition est unie, qu'elle exerce un niveau de contrôle relativement permanent sur un territoire bien défini et que la population civile tend à rester au même endroit, soit sur le territoire contrôlé par le gouvernement, soit sur celui que contrôle l'opposition. Cela peut arriver – comme au Sri Lanka dans le Vanni sous contrôle du LTTE dans les années 90 jusqu'à la fin du conflit en 2009 – mais habituellement, la situation sur le terrain est bien plus fluide et complexe⁴. Il convient de le garder à l'esprit lorsqu'on étudie la faisabilité pratique des opérations transfrontalières.

de sécurité complexes, Bureau de la coordination des affaires humanitaires (OCHA), Service de l'élaboration des politiques et des études, Glossaire, xv, accessible à l'adresse : https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/Stay_and_Deliver_French.pdf

3 *Ibid.*, p. 14.

4 Sur ce point, voir, par exemple, Pierre Krähenbühl, « There Are No 'Good' or 'Bad' Civilians in Syria – We Must Help all who Need Aid », *The Guardian*, 3 mars 2013, accessible à l'adresse : www.theguardian.com/commentisfree/2013/mar/03/red-cross-aid-inside-syria.

L'analyse juridique des opérations transfrontalières en contexte

L'analyse juridique doit être située dans son contexte. Une bonne compréhension du droit est certes nécessaire pour que ceux qui envisagent des opérations transfrontalières agissent en toute légalité mais il importe également de garder certaines considérations à l'esprit.

Tout d'abord, dans les situations qui nous préoccupent, les arguments juridiques ne seront pas avancés dans le cadre d'un contentieux, où un organe judiciaire indépendant et impartial statue sur le bien-fondé des arguments respectifs de ceux qui souhaitent apporter une assistance et des États affectés. Ils serviront plutôt de cadre aux négociations avec les États affectés – négociations qui ont peu de chances d'être d'ordre juridique et qui seront modelées par des considérations politiques. Il est donc possible qu'un argument qui permettrait d'avoir gain de cause au tribunal ne fasse aucunement avancer le dialogue avec l'État affecté.

Ensuite, la loi elle-même n'est pas la réponse ni le seul élément à envisager ; les aspects politiques et opérationnels sont tout aussi importants. La licéité d'une démarche n'offre aucune garantie de sécurité des opérations de secours ou des personnes qu'elles visent à aider. En pratique, la sécurité des opérations humanitaires requiert l'accord de toutes les parties concernées.

D'autre part, sur le plan politique, il importe de considérer les répercussions que des opérations menées sans autorisation dans des zones aux mains de l'opposition peuvent avoir sur les activités des organismes qui conduisent de telles opérations et sur celles d'autres acteurs dans le reste de l'État affecté, en particulier dans les zones contrôlées par le gouvernement. Dans le même ordre d'idées, le consentement aux opérations de secours est une des questions les plus délicates et les plus politiquement sensibles dans le domaine de l'action humanitaire. Les positions adoptées dans un contexte précis peuvent avoir des conséquences sur l'image des acteurs humanitaires en général, tant au plan opérationnel qu'au plan politique dans le cadre des discussions au sein des Nations Unies et ailleurs.

C'est pourquoi, pour la majorité des acteurs humanitaires, la décision de conduire des opérations de secours sans le consentement de l'État affecté est en général une décision *politique éclairée* par le droit.

Règles de base du droit international humanitaire applicable aux opérations de secours

Les règles conventionnelles du droit international humanitaire (DIH) applicables à l'aide humanitaire sont énoncées dans différents traités, en fonction de la nature – internationale ou non – du conflit. S'agissant des conflits armés internationaux, occupation comprise, les principales règles figurent aux articles 23 et 59 de la Quatrième Convention de Genève (ci-après CG IV)⁵ et aux articles 69 à 71 du Premier

5 Convention de Genève (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949 (entrée en vigueur le 21 octobre 1950).

Protocole additionnel de 1977 (ci-après PA I)⁶. S'agissant des conflits non internationaux, les règles applicables sont énoncées à l'article 3(2) commun aux Conventions de Genève de 1949 (ci-après CG) et à l'article 18 du Deuxième Protocole additionnel (ci-après PA II)⁷. Les règles de droit coutumier du DIH s'appliquent en parallèle à ces dispositions conventionnelles.

Les règles applicables à l'assistance humanitaire sont simples et essentiellement identiques dans les deux types de conflit⁸ :

- La prise en charge des besoins des civils incombe en premier lieu à la partie au conflit sous le contrôle de laquelle ils se trouvent.
- Si cette partie au conflit ne veut pas répondre à ces besoins ou en est incapable, les États et les organisations humanitaires peuvent proposer de conduire des actions de secours à caractère humanitaire et impartial et menées sans distinction de caractère défavorable.
- Le consentement des États affectés est nécessaire, mais il ne peut être indûment refusé⁹.
- Dès lors que des actions de secours ont été consenties, les parties au conflit et les autres États concernés doivent autoriser et faciliter le passage rapide et sans encombre des envois, des équipements et du personnel de secours, même si cette aide est destinée à la population civile placée sous le contrôle de la partie adverse. Les parties qui autorisent ce passage peuvent en prescrire les modalités techniques¹⁰.

6 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977 (entré en vigueur le 7 décembre 1978).

7 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 8 juin 1977 (entré en vigueur le 7 décembre 1978).

8 L'art. 70(1) du PA I dispose que :

« des actions de secours de caractère humanitaire et impartiales et conduites sans aucune distinction de caractère défavorable seront entreprises, sous réserve de l'agrément des Parties concernées par ces actions de secours. Les offres de secours remplissant les conditions ci-dessus ne seront considérées ni comme une ingérence dans le conflit armé, ni comme des actes hostiles.

Les règles du traité applicables dans les conflits armés non internationaux sont pour essentiellement identiques. Dans le même ordre d'idées mais de manière plus générale, l'art. 3(2) commun aux CG dispose que :

« Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit. »

L'art. 18(2) du PA II dispose que :

« Lorsque la population civile souffre de privations excessives par manque des approvisionnements essentiels à sa survie, tels que vivres et ravitaillements sanitaires, des actions de secours en faveur de la population civile, de caractère exclusivement humanitaire et impartial et conduites sans aucune distinction de caractère défavorable, seront entreprises avec le consentement de la Haute Partie contractante concernée. »

Selon l'Étude du CICR sur le droit coutumier, ces règles de traité se retrouvent pour l'essentiel dans le droit coutumier applicable dans les deux types de conflits. Voir CICR, *Droit international humanitaire coutumier*, Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck (dir. pub.), Bruyant, Bruxelles, 2005 (ci-après Étude du CICR sur le droit coutumier), Règle 55.

9 Voir *infra* pour une analyse de la partie dont il faut obtenir le consentement et, en particulier, s'il s'agit seulement de l'État affecté ou bien aussi ou seulement de l'opposition.

10 PA I, art. 70(3).

L'exigence de consentement

Règle générale

Le principal élément de complexité dans ces règles par ailleurs simples est l'exigence de consentement. Bien que les États et les organisations humanitaires impartiales puissent offrir leurs services, le consentement est requis pour le déploiement des opérations de secours. Cette exigence – implicite dans l'article 3(2) commun aux CG, qui énonce qu'une organisation humanitaire peut « offrir ses services » – a été incorporée à l'article 70 du PA I et à l'article 18 du PA II dans la phase finale des négociations des Protocoles additionnels afin de protéger la souveraineté de l'État qui reçoit les secours¹¹.

Malgré le caractère apparemment absolu de cette exigence, il était déjà entendu au cours des négociations que les parties ne disposaient pas « d'une liberté absolue et illimitée de refuser leur accord aux actions de secours¹². Une partie refusant son consentement devait avoir des « raisons valables », non « des raisons arbitraires ou capricieuses »¹³.

S'agissant des conflits armés non internationaux, l'article 18 du PA II a été parmi les plus débattus lors de la Conférence diplomatique qui a débouché sur l'adoption des Protocoles. La fourniture d'une aide extérieure était particulièrement problématique pour les États opposés à l'idée de réguler les conflits non internationaux, car les secours étaient souvent assimilés à une intervention étrangère et à une assistance étrangère à la rébellion¹⁴. Cela dit, des observations analogues sur la nécessité de justifier le refus de consentement par des raisons valables et non arbitraires ont été formulées en ce qui concerne l'exigence de consentement de l'article 18 du PA II¹⁵.

Aujourd'hui, il est admis que bien qu'il soit nécessaire, le consentement de l'État affecté aux actions de secours ne peut être arbitrairement refusé¹⁶.

Cette position apparaît également dans la formulation des règles ultérieures relatives à l'aide humanitaire, qui indiquent expressément que le consentement ne peut être arbitrairement refusé ; c'est le cas, pour ne donner que quelques exemples, des Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays¹⁷, de la Résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de

11 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir. pub), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (ci-après *Commentaire du CICR sur les PA*), para. 2805.

12 Allemagne, CDDH/II/SR.87, pp. 336-337.

13 *Ibid.* Position soutenue par les États-Unis, les Pays-Bas, l'URSS et le Royaume-Uni, à laquelle aucune délégation ne s'est opposée.

14 Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldermar Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts – Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Martinus Nijhoff, La Haye/Boston, 1982, p. 694.

15 Belgique et Allemagne, CDDH/SR.53, pp. 156-157.

16 Voir, par exemple, Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 8, Règle 55 et son commentaire.

17 Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, Doc. ONU E/CN/4/1998/Add.2, 11 février 1998, Principe 25 :

« 1. C'est en premier lieu aux autorités nationales qu'incombent le devoir et la responsabilité d'apporter une aide humanitaire aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays.

droit international en 2003¹⁸, de la Recommandation (2006)6 du Conseil de l'Europe relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays¹⁹ et, au-delà des situations de conflit armé, des travaux de la Commission de droit international (CDI) sur la protection des personnes en cas de catastrophe²⁰. En revanche, la résolution 46/182 de l'Assemblée générale des Nations Unies ne mentionne que la nécessité du consentement de l'État affecté²¹. Nous pensons qu'elle doit être lue à la lumière des règles et instruments précités, aux termes desquels le consentement ne doit pas être arbitrairement refusé.

Hypothèses dans lesquelles le consentement est obligatoire

Le consentement doit être donné dans trois hypothèses ; bien qu'elles soient tenues de consentir aux opérations de secours, les parties conservent alors le droit d'adopter des mesures de contrôle portant sur les envois de secours.

2. Les organisations humanitaires internationales et d'autres parties concernées ont le droit de proposer leurs services pour venir en aide aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays. Une telle proposition ne doit pas être considérée comme inamicale ou comme un acte d'ingérence dans les affaires intérieures de l'État et sera accueillie de bonne foi. Ces services ne seront pas refusés arbitrairement, surtout si les autorités concernées ne sont pas en mesure de fournir l'aide humanitaire requise ou ne sont pas disposées à le faire.
 3. Toutes les autorités concernées autoriseront et faciliteront le libre passage de l'aide humanitaire et permettront aux personnes chargées de la distribuer d'accéder rapidement et librement aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays. »
- 18 Institut de droit international, Session de Bruges 2003, Résolution sur l'assistance humanitaire, 2 septembre 2003, art. VIII :
- « Devoir des États affectés de ne pas rejeter arbitrairement une assistance humanitaire offerte de bonne foi
1. Les États affectés ont l'obligation de ne pas refuser de façon arbitraire et injustifiée une offre de bonne foi, exclusivement destinée à fournir une assistance humanitaire, ou l'accès aux victimes. Ils ne peuvent, en particulier, refuser cette offre ou cet accès si un tel refus est susceptible de mettre en danger les droits humains fondamentaux des victimes ou si ce comportement revient à violer l'interdiction d'affamer les populations civiles en tant que méthode de guerre. »
- 19 Conseil de l'Europe, Recommandation Rec(2006)6 du Comité des Ministres aux États membres relative aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, 5 avril 2006, para. 4 :
- « 4. Protéger les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et leurs droits ainsi que leur fournir une aide humanitaire relève en premier lieu de la responsabilité de l'État concerné ;
 Une telle responsabilité implique de demander l'assistance d'autres États ou d'organisations internationales si l'État concerné n'est pas en mesure de fournir protection et assistance aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ;
 Cette responsabilité implique également de ne pas refuser arbitrairement les offres d'assistance provenant d'autres États ou d'organisations internationales. »
- 20 Rapport de la CDI sur les travaux de sa 63^e session (26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011) La protection des personnes en cas de catastrophe, art. 11 adopté à titre provisoire. – Le consentement de l'État affecté à l'assistance extérieure, Doc. ONU A/66/10, 2011, chapitre XI, para. 264-289 :
- « 1. L'assistance extérieure requiert le consentement de l'État affecté.
 2. Le consentement à l'assistance extérieure ne peut pas être refusé arbitrairement.
 3. Lorsqu'une assistance lui est offerte conformément aux présents projets d'articles, l'État affecté doit, dans la mesure du possible, faire connaître sa décision au sujet de l'assistance offerte. »
- 21 Rés. AG NU A/RES/46/182, 19 décembre 1991, Principe directeur n° 3 :
- « La souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des États doivent être pleinement respectées en conformité avec la Charte des Nations Unies. Dans ce contexte, l'aide humanitaire devrait être fournie avec le consentement du pays touché et en principe sur la base d'un appel du pays touché. »

Situations d'occupation

Lorsque la Puissance occupante n'est pas en mesure de garantir les approvisionnements indispensables à la survie de la population civile, elle doit accepter les opérations de secours à caractère humanitaire et impartial²².

Libre passage de certains produits en vertu de l'article 23 de la CG IV

Les parties à des conflits armés internationaux et les autres États concernés doivent laisser le libre passage de tous les envois de médicaments et de matériel sanitaire ainsi que des objets nécessaires au culte, destinés à la population civile²³ sur le territoire d'un autre État, même si ce dernier est leur ennemi. Aux termes de l'article 23 de la CG IV, le libre passage doit être accordé à tous les envois de vivres indispensables, de vêtements et de fortifiants pour les civils les plus vulnérables : enfants de moins de quinze ans, femmes enceintes ou en couches²⁴.

L'effet du premier paragraphe de l'article 23 de la CG IV est considérablement diminué par les garanties données au deuxième paragraphe à la partie qui impose le blocus, qui visent à assurer que les envois ne sont utilisés qu'aux fins humanitaires identifiées²⁵. Les États ne sont pas tenus de permettre le libre passage s'il existe des raisons sérieuses de craindre :

« *que l'ennemi puisse en tirer un avantage manifeste pour ses efforts militaires ou son économie, en substituant ces envois à des marchandises qu'il aurait autrement dû fournir ou produire, ou en libérant des matières, produits ou services qu'il aurait autrement dû affecter à la production de telles marchandises*²⁶. »

S'il est compréhensible que les États puissent souhaiter limiter l'entrée de produits qui pourraient indirectement apporter un avantage militaire manifeste à l'ennemi, l'article 23 de la CG IV prévoit un ensemble trop large de moyens susceptibles de procurer cet avantage et a été à juste titre critiqué parce qu'il laisse un pouvoir de discrétion trop important à l'État qui impose le blocus²⁷.

22 PA I, art. 59.

23 La mention de médicaments destinés aux civils ne doit pas être interprétée *a contrario* comme impliquant que le libre passage ne doit pas être accordé également aux médicaments destinés aux combattants malades et blessés. Jean Pictet (dir. pub.), *Commentaire – Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 1958, (ci-après *Commentaire du CICR sur la CG IV*), p. 180.

24 CG IV, art. 23. Bien que ce ne soit pas énoncé expressément, il est entendu que l'intention de cette disposition visait à traiter les blocus dans les conflits armés internationaux. Voir *ibid.*, pp. 178 ff.

25 L'art. 23 de la CG IV, para. 2, dispose que :

« L'obligation pour une Partie contractante d'accorder le libre passage des envois indiqués à l'alinéa précédent est subordonnée à la condition que cette Partie soit assurée de n'avoir aucune raison sérieuse de craindre que :

(a) les envois puissent être détournés de leur destination, ou

(b) que le contrôle puisse ne pas être efficace, ou

(c) que l'ennemi puisse en tirer un avantage manifeste pour ses efforts militaires ou son économie, en substituant ces envois à des marchandises qu'il aurait autrement dû fournir ou produire, ou en libérant des matières, produits ou services qu'il aurait autrement dû affecter à la production de telles marchandises. »

26 CG IV, art. 23, para. 2, point c.

27 *Commentaire du CICR sur la CG IV, supra note 23*, pp. 182 ff. Selon le *Commentaire*, « la Conférence

L'article 23 de la CG IV doit désormais être lu à la lumière de l'article 70 du PA I, qui énonce une obligation absolue d'autoriser et de faciliter le passage des produits de secours, la conséquence en étant que les parties n'ont plus le droit de s'appuyer sur les exceptions de l'article 23 de la CG IV. L'article 68 du PA I note expressément que ses dispositions relatives aux opérations de secours humanitaire complètent l'article 23 et les autres dispositions pertinentes de la CG IV²⁸. Cette déclaration selon laquelle la disposition « complète » la CG IV indique que les règles édictées par le PA I sur cette question développent les règles de la CG IV en étendant les protections qu'elle prévoit et en éliminant les restrictions pesant sur ces dernières. Si les rédacteurs du Protocole avaient eu l'intention de conserver les restrictions énoncées à l'article 23 de la CG IV, ils auraient pu employer le terme « sans préjudice de » comme ils l'ont fait ailleurs dans le PA I²⁹. Dès lors, sous réserve que les conditions préliminaires soient remplies – autrement dit, qu'il existe un besoin de matériel sanitaire ou que les catégories de personnes visées à l'article 23 de la CG IV aient besoin de vivres indispensables et de vêtements, et que la partie au conflit sous le contrôle de laquelle elles ne trouvent soit incapable de les fournir ou ne soit pas disposée à le faire – les offres d'opérations de secours médical doivent être acceptées.

Action du Conseil de sécurité

Enfin, le Conseil de sécurité peut adopter des décisions contraignantes imposant aux parties concernées de consentir aux opérations de secours humanitaires ou, dans le cas d'États non parties au conflit, d'accepter qu'elles transitent par leur territoire. Les pratiques du Conseil de sécurité en la matière sont analysées plus loin.

En quoi consiste un refus arbitraire de consentement ?

Deux conditions doivent être réunies avant même que la question du consentement puisse se poser. D'une part, les secours doivent être nécessaires : les civils doivent manquer de biens essentiels et la partie sous le contrôle de laquelle ils se trouvent doit être incapable ou refuser de fournir l'aide nécessaire. D'autre part, l'acteur (État, organisation internationale, ONG) qui offre ses services doit fournir une aide conforme aux principes humanitaires : les actions de secours doivent être exclusivement humanitaires et impartiales sans aucune distinction de caractère défavorable³⁰. Si ces conditions sont réunies, le consentement ne doit pas être arbitrairement refusé.

diplomatique de 1949 a dû s'incliner ici devant les nécessités de la guerre. Certaines délégations n'avaient d'abord entendu accepter le principe du libre passage que sous la forme d'une simple clause facultative. Ce ne fut qu'après l'introduction des garanties énoncées sous les lettres a), b) et c) ci-dessus, que l'on est parvenu à formuler une obligation. »

28 Qui s'ajoutent à l'art. 1(3) du PA I, qui indique plus généralement que le Protocole complète les Conventions de Genève.

29 Voir, par exemple, PA I, art. 53 et 85(5).

30 Ces deux conditions sont énoncées à l'art. 70 du PA I. Voir M. Bothe, K. J. Partsch et W. Solf, *supra* note 14, p. 435 ; Commentaire du CICR sur les PA, *supra* note 11, para. 4883 ; et Rapport soumis par le Représentant du Secrétaire général pour les droits de l'homme des personnes déplacées dans leur propre pays, Doc. ONU A/65/282, 1^{er} août 2010, para. 81.

Malgré l'importance centrale que revêt le consentement dans les règles qui organisent l'aide humanitaire, les circonstances dans lesquelles celui-ci est arbitrairement refusé ne sont pas parfaitement claires³¹. Aucun traité ne donne de définition ou d'indication de ce qui constitue un refus « arbitraire » du consentement et à ce jour, à la connaissance de l'auteur, la question n'a été traitée par aucun tribunal international ou national, mécanisme des droits de l'homme ou organisme chargé d'établir les faits. Il est donc extrêmement difficile de déterminer – en droit et en fait – si le consentement à des opérations de secours a été arbitrairement refusé dans une situation donnée.

D'après un éminent commentateur ayant participé aux négociations des Protocoles additionnels, une interprétation qui rend justice à l'exigence d'actions de secours comme à celle du consentement est que « le principe est que le consentement doit être donné mais il peut être refusé pour des raisons valables et impérieuses. Ces raisons peuvent comprendre des considérations impératives de nécessité militaire. Mais il n'y a pas de pouvoir discrétionnaire absolu de refuser le consentement et il ne peut être refusé pour des raisons arbitraires ou capricieuses »³².

Mais qu'est-ce qu'un motif valable et impérieux ou, au contraire, arbitraire ou capricieux pour refuser le consentement ? Bien qu'il n'existe aucune définition généralement admise, les commentateurs ont proposé plusieurs motifs valables et arbitraires.

Parmi les motifs valables avancés figurent des conditions impératives de nécessité militaire – par exemple si le personnel de secours étranger gêne les opérations militaires ou peut être soupçonné de comportement partial en faveur de l'autre partie au conflit³³ – ainsi que des opérations de combat en cours³⁴.

Plusieurs hypothèses de refus arbitraire de consentement ont été également proposées. Il s'agit essentiellement de refus qui violent les obligations internationales de l'État³⁵, un exemple non controversé étant celle dans laquelle la population civile est menacée de famine ; le refus de consentement violerait alors l'interdiction d'affamer les populations civiles comme méthode de guerre visée à l'article 54(1) du PA I et à l'article 14 du PA II³⁶.

31 Voir Dapo Akande et Emanuela-Chiara Gillard, *Arbitrary Withholding of Consent to Humanitarian Relief Operations in Armed Conflict*, OCHA Occasional Policy Papers, n° 8, 2014.

32 M. Bothe, K. J. Partsch et W. Solf, *supra* note 14, p. 434.

33 Voir *ibid.*, p. 434 ; et Michael Bothe, « Relief Actions: The Position of the Recipient State », in Frits Kalshoven (dir. pub.), *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other Disasters – Papers Delivered at the International Conference on Humanitarian Assistance in Armed Conflict, The Hague, 22-24 June 1988*, 1988, p. 95.

34 Walter Kälin, *UN Resident Coordinator Induction Programme*, New York, 23 février 2013, en possession de l'auteur. L'art. 71(3) du PA I prévoit expressément la possibilité de restreindre temporairement la liberté de mouvement du personnel de secours humanitaire autorisé en cas de nécessité militaire impérieuse, mais cette disposition concerne l'accès après obtention de l'autorisation de conduire des opérations de secours.

35 Voir, par exemple, Rapport soumis par le Représentant du Secrétaire général pour les droits de l'homme des personnes déplacées dans leur propre pays, *supra* note 30, para. 82.

36 Voir, par exemple, Commentaire du CICR sur les PA, *supra* note 11, para. 2808 et 4885. La gravité du refus de consentement dans ces circonstances est attestée par le fait que le Statut de la Cour pénale internationale qualifie de crime de guerre dans les conflits armés internationaux « le fait d'affamer délibérément des civils, comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, notamment en empêchant intentionnellement l'arrivée des secours prévus par les Conventions de Genève ». Voir Statut

Un autre exemple serait un refus de consentement aux opérations de secours médicaux au motif que les médicaments et le matériel médical pourraient servir à soigner des combattants ennemis blessés. En effet, une des règles fondamentales du DIH est que les blessés et les malades – y compris les combattants ennemis – doivent recevoir, dans toute la mesure du possible et dans les délais les plus brefs, les soins médicaux qu'exige leur état³⁷. Aucune distinction ne peut être opérée pour des motifs non médicaux. Refuser de consentir à des opérations de secours médicaux et à la fourniture de médicaments parce qu'elles pourraient aider des combattants ennemis blessés violerait cette règle. De plus, ces mêmes matériels et médicaments seront sans doute également nécessaires aux civils dans les zones aux mains de l'opposition, qui se verraient ainsi privés de l'aide à laquelle ils ont légalement droit.

Un autre exemple encore serait un refus sélectif dont l'intention ou l'effet serait la discrimination d'un groupe ou d'une partie de la population en particulier ; par exemple, rejeter systématiquement les offres d'aide humanitaire pour des régions touchées par la crise, peuplées de groupes ethniques jugés favorables à l'opposition³⁸.

Un refus de consentement « susceptible de mettre en danger les droits humains fondamentaux » des civils affectés peut être également considéré comme arbitraire³⁹. Il est fréquent également d'envisager l'aide humanitaire sous l'angle des droits de l'homme, qui exigent que le refus de consentement ne viole pas certains droits, notamment le droit à la vie, et qu'il n'empêche pas la réalisation de droits économiques et sociaux, comme le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à la nourriture et d'être à l'abri de la faim, le droit au logement et le droit à la santé et aux services médicaux⁴⁰. Quelques indications existent néanmoins sur les circonstances précises dans lesquelles le refus de consentement violerait ces droits et leur application aux parties non étatiques à des conflits armés. L'une des indications les plus précises à ce jour est celle que donne le Représentant du Secrétaire général des Nations Unies pour les droits de l'homme des personnes déplacées dans leur propre pays :

« [U]n État viole le droit à un niveau de vie suffisant, à la santé et à l'éducation si les autorités connaissent ou auraient dû connaître les besoins humanitaires,

de Rome de la Cour pénale internationale, Doc. ONU A/CONF.183/9, 17 juillet 1998 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002) (ci-après Statut de la CPI), art. 8(2)(b)(xxv). Bien que la version adoptée des Éléments de crimes pour cette infraction ne le précise pas, les délégations sont convenues que ce crime couvrirait « la privation de nourriture et de boissons, mais aussi, par exemple de médicaments ou dans certaines circonstances de couvertures ». Voir Knut Dörmann, *Elements of Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*, CICR/Cambridge University Press, 2003, p. 363.

37 En particulier, PA I, art. 10 et PA II, art. 7. Voir aussi *Étude du CICR sur le droit coutumier*, *supra* note 8, Règle 110.

38 Rapport soumis par le Représentant du Secrétaire général pour les droits de l'homme des personnes déplacées dans leur propre pays, *supra* note 30, para. 83.

39 Résolution de l'Institut de droit international, *supra* note 18, art. VIII(1).

40 Voir, par exemple, Walter Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, (édition révisée), Études de la Politique sociale transnationale n° 38, Société américaine de droit international, 2008, p. 117 ; Rapport soumis par le Représentant du Secrétaire général pour les droits de l'homme des personnes déplacées dans leur propre pays, *supra* note 30, para. 68-69 ; et *Humanitarian Access in Situations of Armed Conflict: Handbook on the Normative Framework*, Version 1.0, 2011, chapitre 4. S'agissant de l'aide en cas de catastrophe, voir CDI, Quatrième rapport sur la protection des personnes en cas de catastrophe, Doc. ONU A/CN.4/643, 11 mai 2011, para. 58-60. Voir aussi E. C. Gillard et D. Akande, *supra* note 31.

mais ont manqué de prendre des mesures en vue de satisfaire, tout au moins, les niveaux de base imposés par ces droits. Par conséquent, les obligations des États comprennent la responsabilité de : procéder à un suivi de ces situations préoccupantes et une évaluation des besoins pertinents de bonne foi ; et assurer que les besoins humanitaires soient satisfaits, par l'État lui-même ou par le biais de l'aide disponible apportée par les agences et organisations humanitaires nationales ou internationales dans toute la mesure du possible compte tenu des circonstances et dans les plus brefs délais⁴¹. »

Deuxièmement, il a été suggéré que le principe de proportionnalité du droit des droits de l'homme donne des indications sur ce qui constituerait un refus arbitraire du consentement : les limites en termes de temps et de durée, de lieu et de produits et services ne peuvent aller au-delà ce qui est absolument nécessaire pour atteindre l'objectif légitime de l'État qui refuse son consentement⁴².

Déterminer si le consentement a été refusé pour des motifs *valables* exige fréquemment une difficile mise en balance de considérations militaires légitimes et de considérations humanitaires concurrentes, proche de ce qu'exige le principe de proportionnalité du DIH⁴³. On a suggéré que l'application par analogie de ce principe⁴⁴ pourrait donner des indications quant à la validité d'un refus de consentement. Pourrait alors être considéré comme arbitraire le refus prononcé lorsque les considérations militaires légitimes sont relativement sans importance mais que les souffrances qui s'ensuivraient pour les civils seraient particulièrement graves⁴⁵. C'est l'approche adoptée dans le *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer*⁴⁶ et dans le manuel du HPCR sur le droit international applicable à la guerre maritime et aérienne⁴⁷ qui concernent respectivement les blocus maritimes et les blocus aériens.

Enfin, pourrait aussi constituer un refus de consentement arbitraire le rejet d'une offre d'assistance sans motiver ce refus ou lorsque les raisons avancées reposent sur des erreurs factuelles, comme un déni des besoins humanitaires sans évaluation appropriée⁴⁸.

41 Rapport soumis par le Représentant du Secrétaire général pour les droits de l'homme des personnes déplacées dans leur propre pays, *supra* note 30, para. 69.

42 W. Kälin, *supra* note 34.

43 M. Bothe, *supra* note 33, p. 95.

44 Par analogie seulement, car dans le DIH, le principe de proportionnalité concerne la détermination de la légalité d'une attaque donnée en mettant en balance les pertes en vies humaines civiles, les blessures ou les dommages à des biens civils attendus par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu de l'attaque. PA I, art. 51(4)(b).

45 M. Bothe, *supra* note 33, p. 95. Il peut bien sûr arriver que le refus de consentement ne soit pas fondé sur des considérations militaires.

46 Le para. 102(b) interdit la mise en place d'un blocus si « les dommages causés à la population civile sont, ou si on peut prévoir qu'ils seront, excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ». Louise Doswald-Beck (dir. pub.), *Manuel de San Remo sur le droit international applicable aux conflits armés en mer*, Grotius, Cambridge, 1995.

47 *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, HPCR, Berne 2009. La règle 157(b) de ce manuel interdit la mise en place ou le maintien de blocus aériens lorsque les souffrances de la population civile sont, ou lorsqu'on peut prévoir qu'elles seront, excessives par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

48 Rapport soumis par le Représentant du Secrétaire général pour les droits de l'homme des personnes

De manière générale, on peut déduire des considérations qui précèdent que le caractère valable ou arbitraire du refus de consentement doit être déterminé au cas par cas en tenant compte de différents éléments interdépendants. Premièrement, les besoins de la population : quels sont-ils en termes d'approvisionnements et quelle est leur degré d'urgence ?

Deuxièmement, qui apporte l'assistance, si assistance il y a ? L'analyse doit partir des besoins de la population civile, et non d'un « droit » des organisations de secours à prêter assistance. Si l'État affecté lui-même ou un acteur humanitaire fournit l'assistance nécessaire dans le respect des principes humanitaires, une partie est en droit de décliner d'autres offres de secours.

Troisièmement, l'acteur qui offre l'assistance : a-t-il déjà conduit des opérations conformes aux principes de l'action humanitaire ? Et peut-il apporter l'assistance nécessaire ?

Quatrièmement, la compatibilité avec d'autres obligations édictées par le droit international : si le refus de consentement viole les autres obligations internationales de la partie concernée, il est arbitraire. On peut citer pour exemple l'interdiction d'utiliser la famine des populations civiles comme méthode de guerre⁴⁹ et le droit des blessés et des malades à recevoir dans toute la mesure du possible et dans les délais les plus brefs, les soins médicaux qu'exige leur état sans discrimination⁵⁰.

Cinquièmement, le lieu des opérations de secours envisagées : en dépit des besoins, un État peut être en droit de refuser des offres d'aide pour certains motifs, par exemple si le lieu des opérations est le théâtre d'hostilités en cours. D'autres motifs ne seraient pas acceptables – par exemple si le consentement est refusé parce que la population locale est jugée favorable à l'ennemi.

Sixièmement, le délai : ce qui peut constituer des raisons valables de refus, comme des hostilités en cours ou d'autres motifs liés à la sécurité, peut devenir arbitraire si la durée est telle que les besoins de la population civile affectée s'avèrent de plus en plus criants.

Qui doit donner son consentement⁵¹ ?

Conflits armés internationaux

Dans les conflits armés internationaux, l'article 70(1) du PA I exige le consentement « des Parties concernées par ces actions de secours » au pluriel. Le plus important

déplacées dans leur propre pays, *supra* note 30, para. 82. S'agissant de l'aide humanitaire dans le cadre de catastrophes naturelles, la CDI a également souligné l'importance d'exposer les motifs d'un refus d'aide. Elle a considéré que la motivation est « fondamentale pour déterminer si la décision de l'État affecté de refuser son consentement est prise de bonne foi. En l'absence de motifs, il pourrait être justifié d'en déduire que le refus du consentement est arbitraire, Doc. ONU A/66/10, 2011, p. 285.

49 PA I, art. 54(1) et PA II, art. 14.

50 PA I, art. 10 et PA II, art. 7.

51 Pour une analyse approfondie de cette question, voir Ruth Abril Stoeffels, *La Asistencia Humanitaria en los Conflictos Armados: Configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía*, Tirant Lo Blanch, Valence, 2001, chapitre VI.3. Voir aussi Emanuela-Chiara Gillard, *Cross-Border Relief Operations: A Legal Perspective*, OCHA Occasional Policy Papers, n° 7, 2014.

est celui de l'État partie au conflit sur le territoire duquel on entend déployer les opérations.

Bien que les traités ne l'abordent pas expressément, il est clair que le consentement est requis pour les actions de secours conduites sur place comme pour les opérations transfrontalières. Les modalités des opérations projetées sont sans effet sur l'exigence du consentement.

En outre, le consentement des États à partir desquels l'action de secours doit se déployer est également requis⁵². En situation d'occupation, c'est la Puissance occupante qui doit consentir aux opérations de secours dans la mesure où elle contrôle le territoire occupé et a ainsi assumé des responsabilités vis-à-vis de la population civile⁵³.

Conflits armés non internationaux

La position est plus complexe dans les conflits armés non internationaux. En effet, les commentateurs ne sont pas tous d'accord sur le fait que le consentement de l'État partie au conflit est exigé pour les opérations de secours conduites sur des territoires sous contrôle de l'opposition qui peuvent être atteints sans passer par un territoire contrôlé par l'État.

L'article 3(2) commun aux CG dispose qu'« un organisme humanitaire impartial... pourra offrir ses services aux Parties au conflit ». L'aide peut être ainsi offerte à l'un ou l'autre camp sans que cette proposition puisse être considérée comme un acte hostile ou une ingérence. Toutefois, la disposition est silencieuse sur la partie qui doit donner son consentement.

Certains commentateurs considèrent que cette expression met le gouvernement et l'opposition sur un pied d'égalité et autorise implicitement l'exécution des opérations de secours si la partie à laquelle une offre a été présentée l'accepte, indépendamment de la position adoptée par son opposant. Sous réserve que les opérations de secours n'aient pas à transiter par le territoire sous contrôle de l'autre partie, son consentement n'est pas requis⁵⁴.

52 Commentaire du CICR sur les PA, para. 2806-2807. Dans les conflits armés internationaux, les États tiers par le territoire desquels les produits et le personnel de secours doivent transiter sont couverts par l'article 70(2) du PA I, qui, une fois le consentement accordé, exige que les parties au conflit et les États tiers autorisent et facilitent le passage rapide et sans encombre des produits, des matériels et du personnel de secours. Dans les conflits armés non internationaux, ni l'article 3 commun aux CG ni l'article 18 du PA II n'abordent expressément la question, mais le droit d'un État de réguler les activités exercées sur son territoire est une composante fondamentale de la souveraineté étatique et revêt une importance particulière, car lorsque des opérations de secours transfrontalières non autorisées sont conduites depuis leur territoire, les États tiers risquent d'être accusés par l'État sur le territoire duquel l'aide est apportée d'autoriser l'usage de leur territoire pour des activités illicites. Voir R. A. Stoffels, *supra* note 51, p. 324.

53 CG IV, art. 59.

54 Voir, par exemple, Yves Sandoz, « Le droit d'initiative du Comité international de la Croix Rouge », *German Yearbook of International Law*, vol. 22, 1979, pp. 352, 364-366 ; implicitement, Dietrich Schindler, « Humanitarian Assistance, Humanitarian Interference and International Law », in Ronald St. John Macdonald, *Essays in Honour of Wang Tieya*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1993, pp. 689, 700 ; Maurice Torrelli, « From Humanitarian Assistance to "Intervention on Humanitarian Grounds"? », *International Review of the Red Cross*, n° 288, mai-juin 1992, p. 234 ; et de façon approfondie, François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection*

D'autres pensent que rien ne justifie une telle interprétation de l'article 3(2) commun aux CG compte tenu, notamment, de l'atteinte importante à la souveraineté de l'État affecté qu'elle impliquerait. Ils considèrent que cette disposition autorise les acteurs humanitaires à offrir leurs services à toutes les parties, de sorte que les États sont empêchés de considérer ces offres comme un acte hostile⁵⁵ ou de criminaliser toute relation avec l'opposition. Cependant, en décidant d'autoriser les offres faites à l'opposition, les États n'ont pas nécessairement décidé que l'assistance pourrait être apportée sans leur consentement.

L'article 18(2) du PA II est plus explicite sur cette question, car il exige le consentement de « la Haute Partie contractante concernée ». Une première version de cette disposition mentionnait le consentement « de la ou des parties concernées » et faisait donc également référence, de manière implicite, à la partie au conflit non étatique. Cependant, lors des négociations du Protocole, toute formulation dans laquelle on pourrait lire une reconnaissance des parties insurgées ou des droits accordés à leurs membres a été supprimée, y compris cette référence⁵⁶.

Qui est « la Haute Partie contractante concernée » ? On peine à voir comment cette expression pourrait faire référence à un État qui n'est pas l'État impliqué dans le conflit armé non international. C'est le point de vue de plusieurs commentateurs et celui qu'expriment aussi certains États lorsqu'ils transmettent les Protocoles additionnels à leurs parlements pour ratification⁵⁷.

Il a pourtant été suggéré que le consentement de l'opposition peut suffire dans certaines circonstances. Un expert, en particulier, considère que l'État impliqué dans

of War Victims, Macmillan, Oxford, 2003, pp. 448 ff. Voir aussi, plus récemment, Marco Sassòli, « When are States and Armed Groups Obligated to Accept Humanitarian Assistance? », *Professionals in Humanitarian Assistance and Protection*, 5 novembre 2013, accessible à l'adresse : <http://phap.org/articles/when-are-states-and-armed-groups-obliged-accept-humanitarian-assistance>.

55 Les Commentaires du CICR examinent cet aspect de l'article 3(2) commun aux CG. Voir, par exemple, Jean Pictet (dir. pub.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949, vol. I, Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 1958, p. 58. Les Commentaires sur les trois autres Conventions sont pour l'essentiel identiques. Voir aussi Heike Spieker, « The Right to Give and Receive Humanitarian Assistance », in Hans-Joachim Heintze et Andrej Zwitter (dir. pub.), *International Law and Humanitarian Assistance*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 2011, p. 15.

56 M. Bothe, K. J. Partsch et W. Solf, *supra* note 14, p. 696 ; et R. A. Stoffels, *supra* note 51, pp. 301-308.

57 Voir, par exemple, Knut Dörmann et Hans-Peter Gasser, « Protection of the Civilian Population », in Dieter Fleck (dir. pub.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 3^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 236 ; Frits Kalshoven et Liesbet Zegveld, *Constraints on the Waging of War—An Introduction to Humanitarian Law*, 3^e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 139 ; Denise Plattner, « Assistance to the Civilian Population: The Development and Present State of International Humanitarian Law », *International Review of the Red Cross*, n° 288, juin 1992 ; H. Spieker, *supra* note 55, p. 16 ; implicitement, Georges Abi-Saab, « Non-international Armed Conflicts » in *International Dimensions of Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute, 1988, p. 224 ; et Rapport soumis par le Représentant du Secrétaire général pour les droits de l'homme des personnes déplacées dans leur propre pays, *supra* note 30, para. 85. Voir aussi CDI, *supra* note 40, para. 65.

Les mémoires explicatifs établis par les gouvernements des Pays-Bas et de la Suisse à l'intention de leurs parlements respectifs lors de la transmission des Protocoles additionnels pour ratification notent expressément que l'article 18(2) du PA II exige le consentement de l'État sur le territoire duquel se déroule le conflit. Le document suisse précise même que ce consentement est requis même si les secours sont directement apportés depuis un pays tiers à un territoire aux mains de l'opposition : Tweede Kamer, vergaderjaar 1983-1984, 18 277 (R1247), n° 3, p. 52 ; et Message concernant les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 18 février 1981, 81.004, Feuille fédérale, 133^e année, vol. 1, p. 973.

un conflit non international est « concerné » par les opérations visant les civils dans les zones aux mains de l'opposition et que dès lors, son consentement est requis, mais seulement si les actions de secours doivent transiter par des territoires dont il a le contrôle effectif. Si le territoire contrôlé par l'opposition est accessible par la mer ou peut être rejoint directement depuis un autre pays, le consentement du gouvernement n'est pas requis⁵⁸.

Cette position repose entre autres sur une analogie avec les règles applicables en temps d'occupation, où ce n'est pas le consentement de l'État qui a la propriété juridique du territoire qui est requis, mais celui de l'État qui en a le contrôle effectif – à savoir, l'occupant⁵⁹.

Cette position est contestable pour diverses raisons : d'une part, selon cette interprétation, lorsque les opérations de secours peuvent atteindre le territoire aux mains de l'opposition sans transiter par le territoire contrôlé par le gouvernement, il n'y aurait en fait *aucune* « Haute Partie contractante concernée », une hypothèse qui cadre mal avec la référence claire de l'article 18(2) du PA II à « la » Haute Partie contractante concernée. D'autre part, dans de telles circonstances, puisque le PA II ne requiert pas le consentement de la partie non étatique, il ne requerrait en fait *aucun* consentement. Cette interprétation n'est pas réaliste et n'est pas conforme à l'approche de l'article 3(2) commun aux CG qui, même dans son interprétation la plus large, requiert le consentement de la partie à laquelle les services sont offerts.

De plus, cette interprétation n'est pas confirmée par les faits – les États affectés se considèrent extrêmement concernés par les opérations de secours dans les parties de leur territoire aux mains de l'opposition – ni par la pratique courante⁶⁰.

58 Ce point de vue a été avancé comme une alternative possible à une interprétation littérale de l'article 18(2) du PA II eu égard au fait qu'en pratique, le consentement de l'opposition est requis si les opérations doivent être exécutées dans des zones sous son contrôle. M. Bothe, J. K. Partsch et W. Solf, *supra* note 14, p. 696. Ce point de vue a été exprimé avec une conviction croissante, bien qu'il ait également été admis qu'il ne correspond pas à la pratique des États. Voir, par exemple, M. Bothe, *supra* note 33, p. 94 ; et Michael Bothe, « Relief Actions », in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, North-Holland, Amsterdam, 2000, pp. 168, 171 ; et échanges avec l'auteur. Bugnion tire la même conclusion mais pour des raisons différentes ; premièrement, si l'article 18(2) du PA II ne visait que le seul consentement de l'État partie, ce serait l'unique occasion dans le PA II où l'État et l'opposition se voient accorder des droits et obligations différents. Deuxièmement, il ne serait pas logique que l'article 18(2) du PA II contredise la position adoptée par l'article 3(2) commun aux CG, qui, selon Bugnion, n'exige pas le consentement de l'État affecté. Troisièmement, étant donné les fréquentes difficultés à déterminer le gouvernement légitime dans les situations de conflit armé non international, Bugnion ne pense pas que l'intention des rédacteurs était de forcer les acteurs humanitaires à mettre en balance les prétentions de groupes rivaux. De ce fait, tout en reconnaissant qu'une telle interprétation semble contraire à la lettre de l'article 18(2) du PA II, il conclut que chaque partie a le droit d'accepter ou de refuser des opérations de secours dans les limites du territoire qu'elle contrôle effectivement. Il ajoute qu'étant donné les risques de protestations de l'État affecté, le CICR ne recourrait à cette pratique que si la situation des victimes l'y obligeait. F. Bugnion, *supra* note 54, pp. 451-455.

59 M. Bothe, *supra* note 33, p. 94.

60 Par exemple, pendant la guerre civile qui a sévi au Nigeria à la fin des années 60, plusieurs organisations humanitaires ont mis en place un pont aérien transfrontalier jusqu'au Biafra depuis Sao Tomé sans le consentement du gouvernement, dont les forces aériennes ont abattu plusieurs avions participant aux opérations : H. Slim et E. C. Gillard, *supra* note 1, p. 6. De même, en 1987, le Sri Lanka s'est fortement opposé au parachutage par l'Inde de produits de secours destinés à la population tamoule dans la ville assiégée de Jaffna : M. Bothe, *supra* note 33, p. 94. L'opération Poomalai était un parachutage de secours réalisé par les forces aériennes indiennes sur Jaffna le 4 juin 1987, alors que la ville était assiégée par

Une possible position de compromis serait d'accepter que le consentement de l'État affecté est toujours requis, mais d'arguer que lorsque des actions de secours sont destinées à des populations civiles dans des zones aux mains de l'opposition, celui-ci pourrait invoquer un éventail de raisons plus restreint pour refuser son consentement⁶¹. Il devrait, par exemple, montrer qu'en réalité, l'aide n'est pas humanitaire et sert les efforts militaires de l'opposition ou, dans le même ordre d'idée, que les acteurs qui la fournissent n'agissent pas conformément aux principes humanitaires. Les motifs fondés sur la nécessité militaire seraient limités aux considérations de nécessité militaire dans le territoire aux mains de l'opposition ou aux hypothèses dans lesquelles l'activité militaire hors de ce territoire pourrait affecter la sécurité du passage des opérations de secours vers ce territoire. Un refus de consentement par crainte que les opérations de secours légitiment l'opposition ou confortent son contrôle et les interdictions faites aux acteurs humanitaires de prendre contact avec les groupes d'opposition à des fins purement humanitaires seraient arbitraires⁶².

Il est par ailleurs suggéré que lorsque l'opposition contrôle effectivement le territoire et exerce des fonctions régaliennes à l'exclusion du gouvernement, son consentement peut être à la fois nécessaire et suffisant. Aucune base juridique n'a été avancée pour cette suggestion, si ce n'est une assimilation aux circonstances dans lesquelles, à titre exceptionnel, des responsabilités ont été parfois attribuées à des acteurs non étatiques en vertu du droit des droits de l'homme⁶³.

Quelle que soit la position juridique, le consentement ou l'acquiescement de l'opposition aux opérations de secours pour les civils sur un territoire qu'elle contrôle ou transitant par celui-ci sera nécessaire en pratique pour déployer les opérations en toute sécurité et sans entrave.

les troupes srilankaises dans le cadre de l'offensive contre les Tigres tamouls. Une première tentative indienne pour apporter une assistance par la mer a été interceptée par les forces srilankaises ; deux jours plus tard, l'Inde effectuait le parachutage. Dans le sillage de l'opération Poomalai, le Sri Lanka a accusé l'Inde d'avoir violé sa souveraineté et son intégrité territoriale. Le Pakistan, le Bangladesh, le Népal et les Maldives se sont également élevés contre cette action. L'Inde s'est défendue en arguant qu'il s'agissait d'une « mission humanitaire ». En dehors de la région, les réactions ont été modérées – les États-Unis ont exprimé des regrets mais ont refusé de commenter l'incident. Le Secrétaire général des Nations Unies a publié une déclaration invitant les deux États à agir avec retenue. Asoka Bandarage, *The Separatist Conflict in Sri Lanka: Terrorism, Ethnicity and Political Economy*, Routledge, Londres/New York, 2009 ; et Steven R. Weisman, « India Airlifts and Tamil Rebels », *New York Times*, 5 juin 1987, consultable à l'adresse : www.nytimes.com/1987/06/05/world/india-airlifts-aid-to-tamil-rebels.html.

61 Voir, par exemple, Michael Meyer, selon lequel « le gouvernement en place ne devrait pas s'opposer aux actions de secours humanitaires qui remplissent les conditions requises d'impartialité et de non-discrimination qui sont entreprises sur un territoire dont il n'a pas le contrôle ». Michael Meyer, « Development of the Law concerning Relief Operations », in Michael Meyer (dir. pub.), *Armed Conflict and the New Law: Aspects of the Geneva Protocols and the Weapons Convention*, BICL, 1989, p. 221. Voir aussi Sandesh Sivakumaran, « The Provision of Humanitarian Assistance in Non-International Armed Conflicts », in Philip Ambach et al. (dir. pub.), *The Protection of Non-Combatants During Armed Conflict and Safeguarding the Rights of Victims in Post-Conflict Society*, à paraître, 2015.

62 Consultations menées par l'auteur auprès d'experts juridiques ; et S. Sivakumaran, *supra* note 61.

63 Consultations menées par l'auteur auprès d'experts juridiques. Sur la pratique nouvelle consistant à attribuer des obligations relevant des droits de l'homme à des acteurs non étatiques, voir, par exemple, Yael Ronen, « Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors », *Cornell International Law Journal*, n° 46, 2013, p. 21.

Qui représente le gouvernement dont le consentement est requis ?

Dans quelles circonstances doit-on considérer que les autorités gouvernementales impliquées dans un conflit non international ont cessé de représenter l'État et, par conséquent, ne sont plus la partie dont le consentement à des offres d'aide humanitaire est requis ?

Reconnaître l'opposition comme le « seul représentant légitime du peuple » de l'État en question n'est pas la reconnaître en tant que gouvernement de cet État⁶⁴. La première forme de reconnaissance est une expression de soutien politique et d'approbation au groupe, qui renforce sa position, y compris en interne, en encourageant des factions à s'unir sous son autorité, mais elle n'a pas de conséquences juridiques. La reconnaissance d'une entité en tant que gouvernement intervient habituellement après un changement non constitutionnel de régime. Bien que la reconnaissance comporte une importante dimension politique, le pouvoir de discrétion des États n'est pas illimité. Deux conditions doivent être réunies, avec une certaine flexibilité. Tout d'abord, l'entité en question doit effectivement contrôler le territoire de l'État. Ensuite, et quoique dans une moindre mesure dans le cas d'un changement révolutionnaire, elle doit le faire avec le soutien de la masse de la population⁶⁵.

Puisqu'un État ne peut avoir deux gouvernements simultanés, la reconnaissance d'un groupe en tant que gouvernement implique de ne plus reconnaître les autorités en place. Le gouvernement nouvellement reconnu devient l'homologue de l'État qui le reconnaît dans les relations diplomatiques. Il reprend l'ambassade et d'autres actifs de l'État et nomme des diplomates qui bénéficient de privilèges et d'immunités diplomatiques, tandis que ceux des représentants du précédent gouvernement prennent fin. La reconnaissance des gouvernements par les États peut être expresse ou implicite, auquel cas elle peut se déduire de la nature des relations entre les représentants des deux États.

Les organisations internationales reconnaissent aussi implicitement les gouvernements par le biais de ceux qu'elles acceptent comme représentants des États. Au sein des Nations Unies, la Commission de vérification des pouvoirs de l'Assemblée générale est chargée de contrôler la régularité des pouvoirs. En cas de revendications de représentation concurrentes, elle fait une recommandation à l'Assemblée générale sur la partie qu'il convient de considérer comme le représentant du gouvernement de l'État en question⁶⁶.

64 Voir Dapo Akande, « Self Determination and the Syrian Conflict – Recognition of the Syrian Opposition as the Sole Legitimate Representative of the Syrian People: What Does this Mean and What Implications Does it Have? », *EJILTtalk!*, 6 décembre 2012, consultable à l'adresse : www.ejiltalk.org/self-determination-and-the-syrian-conflict-recognition-of-syrian-opposition-as-sole-legitimate-representative-of-the-syrian-people-what-does-this-mean-and-what-implications-does-it-have/ ; Stefan Talmon, « Recognition of the Libyan National Transitional Council », *American Society of International Law Insights*, vol. 15, n° 16, 16 juin 2011 ; et Stefan Talmon, « Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People », *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, n° 2, 2013, pp. 219-253. Voir aussi, de manière plus générale, Robert Jennings et Arthur Watts (dir. pub.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1: *Peace*, 9^e éd., Longman, Londres/New York, 1992, para. 42-54.

65 *Ibid.*, para. 45.

66 *Ibid.*, para. 53.

Si la position juridique est simple, il ne faut pas sous-estimer les difficultés que pose son application concrète. La reconnaissance est en effet une question politique sensible et il n'est pas rare que certains États reconnaissent en tant que gouvernement une entité que d'autres États considèrent comme l'opposition.

Comment le consentement peut-il être donné ?

La loi ne précise pas comment le consentement à des opérations de secours doit être donné. Si certains estiment que l'exigence du « consentement » de l'article 18 du PA II « implique moins de formalité » que le mot « agrément » de l'article 70 du PA I⁶⁷, il ne faut sans doute pas accorder trop de poids à cette différence de terminologie.

Il est suggéré d'autre part, de façon sans doute plus pertinente, que le consentement ne doit pas nécessairement être exprimé ou public : « des assurances privées ou une attitude pouvant être interprétée de bonne foi comme un acquiescement sont suffisantes »⁶⁸. Toute absence de réponse des autorités à des demandes répétées d'autorisation pour agir ou leur absence de réaction alors qu'elles ont connaissance d'opérations non autorisées pourrait être interprétée comme telle. Moins les opérations de secours sont ouvertes, moins il est justifié de déduire l'acquiescement, car il est possible que les autorités n'en aient pas connaissance.

Conséquences du refus de consentement aux opérations de secours

Conséquences pour ceux qui souhaitent apporter une aide

Bien que les règles applicables aux opérations de secours soient simples pour l'essentiel, il est plus difficile de déterminer les conséquences juridiques de leur violation et, en particulier, la licéité de toute opération de secours non autorisée.

En effet, outre le DIH, d'autres domaines du droit international entrent en jeu, en particulier les règles de droit international public protégeant la souveraineté étatique et l'intégrité territoriale, et l'interdiction d'ingérence dans les affaires internes des États.

Une autre difficulté est que les conséquences des opérations de secours non autorisées diffèrent en fonction du statut de l'acteur qui les conduit. Si tous les acteurs – États, organisations internationales et ONG – doivent respecter les règles du DIH pour que leurs opérations et leur personnel bénéficient de ses protections et de ses garanties, les acteurs privés ne sont pas directement liés par les règles relatives à la souveraineté, à l'intégrité territoriale et à la non-ingérence. Leurs actions sont soumises au droit interne de l'État dans lequel ils opèrent.

67 M. Bothe, K. J. Partsch et W. Solf, *supra* note 14, p. 697.

68 *Ibid.*

Ce qui est clair, peut-être de façon paradoxale, c'est qu'un refus de consentement arbitraire n'engendre pas un droit général de conduire des opérations de secours non autorisées. Comme nous allons le voir, ces opérations ne sont licites que dans des circonstances extrêmement restreintes.

Opérations non autorisées lorsque le consentement est refusé pour motifs valables

Comme il est dit plus haut, un État est en droit de refuser son consentement à des opérations de secours pour des motifs valables. Des opérations de secours conduites sans autorisation dans ces circonstances violent plusieurs règles de droit international.

Tout acteur – État, organisation internationale, ONG – qui conduit des opérations non autorisées lorsque le consentement a été refusé pour des motifs valables agit en violation du DIH. Cela ne signifie pas que le personnel humanitaire, les produits et les matériels fournis perdent leur statut civil et la protection contre les attaques qui en découle⁶⁹. Cependant, l'obligation faite aux États de faciliter le passage rapide et sans encombres des secours et du personnel ne s'applique pas dans le cadre d'opérations non autorisées. Ils peuvent être refoulés à la frontière ou, s'ils sont déjà présents dans le pays, les produits et matériels peuvent être confisqués tandis que le personnel, s'il n'a pas droit aux privilèges et immunités, s'expose à des poursuites devant les tribunaux de l'État où les opérations non autorisées ont eu lieu.

Les opérations de secours non autorisées conduites par un État ou une organisation internationale violent la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'État affecté⁷⁰.

La Cour internationale de justice (CIJ) a brièvement examiné si des opérations de secours constituaient une intervention illicite dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Elle a jugé que :

« Il n'est pas douteux que la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un autre pays, quels que soient leurs affiliations politiques ou leurs objectifs, ne saurait être considérée comme une intervention illicite ...⁷¹ .»

Il faut se garder de tirer des conclusions générales de cette déclaration. Elle figure dans une partie de l'arrêt dans laquelle la CIJ, opposant l'aide humanitaire aux activités militaires et paramilitaires, concluait que la première, contrairement aux secondes, ne constituait pas une intervention. Dans son bref examen de l'aide humanitaire, la CIJ s'est attachée à la nécessité qu'elle soit apportée dans le respect des principes humanitaires⁷². Elle n'a pas examiné la question du consentement, laissant ouverte la question de savoir si une telle assistance ne constitue pas une ingérence,

69 R. A. Stoeffels, *supra* note 51, pp. 314-316.

70 *Ibid.*, p. 314. En réponse au parachutage non autorisé de l'Inde, le Sri Lanka s'est plaint de violations de sa souveraineté et de son intégrité territoriale. Voir l'analyse de l'opération Poomalai de l'Inde, *supra*, note 60.

71 Cour internationale de justice (CIJ), *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Fond, Arrêt, 27 juin 1986, *CIJ Recueil* 1986, para. 242.

72 *Ibid.*, para. 242, 243.

dans la seule hypothèse d'un refus arbitraire de consentement ou à la fois dans cette hypothèse et dans celle d'un refus pour motifs valables⁷³.

De plus, et surtout, la CIJ n'examinait pas la fourniture non autorisée d'une assistance acheminée *sur le territoire* de l'État affecté mais la fourniture de produits de secours remis à la frontière à des acteurs opérant sur le territoire.

Les commentateurs n'ont pas tous la même interprétation de cet aspect de l'arrêt⁷⁴. En tout état de cause, même s'il devait s'appliquer à toutes les situations, le fait que l'assistance humanitaire ne constitue pas une intervention est sans incidence sur la nécessité pour les opérations de secours de respecter les autres règles du droit international. Une assistance non autorisée apportée lorsque le consentement a été refusé pour des raisons valables ne respecterait toujours pas le DIH et violerait les règles relatives à la souveraineté des États et à l'intégrité territoriale.

Les acteurs privés tels les ONG et leur personnel ne sont pas directement liés par les règles du droit international public relatives à la souveraineté, à l'intégrité territoriale et à la non-ingérence. Le personnel des ONG ne bénéficie pas ordinairement de privilèges et d'immunités et s'expose donc à des poursuites dans l'État où il a fourni l'assistance non autorisée sur plusieurs fondements, de l'entrée illégale dans le pays au soutien à l'ennemi. Toutefois, il ne peut être sanctionné pour avoir fourni une assistance médicale, y compris à des combattants ennemis blessés⁷⁵.

En principe, le personnel des organisations internationales jouit de privilèges et d'immunités en vertu de traités multilatéraux comme la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies⁷⁶ ou d'accords bilatéraux conclus avec les États d'accueil qui accordent entre autres l'immunité de juridiction.

Opérations non autorisées lorsque le consentement est refusé pour des motifs arbitraires

S'il est clair que le refus arbitraire du consentement à des opérations de secours est une violation du DIH, les opinions sont partagées quant à la licéité des opérations de secours non autorisées dans ces circonstances.

Il a été avancé que les opérations de secours non autorisées sont admissibles lorsque le consentement est refusé pour des raisons arbitraires⁷⁷. Selon ce

73 Bien que la CIJ ne le précise pas non plus, on peut supposer d'après le contexte de l'arrêt qu'elle évoquait des situations dans lesquelles l'assistance était apportée sans le consentement de l'État affecté.

74 Voir R. A. Stoffels, *supra* note 51, p. 309, et les références qu'il contient. Voir aussi Schindler, qui avance que la déclaration de la CIJ ne doit pas être interprétée comme conférant un droit aux États ou aux organisations humanitaires de traverser les frontières d'un autre État pour aider des populations dans le besoin. À son avis, la Cour n'examinait que le « droit de mettre des biens de secours humanitaires à la disposition de parties à un conflit armé, même à des rebelles dans une guerre civile, mais elle n'impliquait pas un droit de pénétrer sur le territoire d'un autre État » pour livrer les biens. D. Schindler, *supra* note 54, pp. 698-699.

75 Les art. 16 du PA I et 10 du PA II disposent que nul ne peut être puni pour avoir apporté une assistance médicale quelles qu'aient été les circonstances. Selon le CICR, la même règle existe en droit coutumier dans les conflits armés internationaux et non internationaux. Voir Étude du CICR sur le droit coutumier, *supra* note 8, Règle 26.

76 Voir aussi la Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées, New York, 21 novembre 1947 (entrée en vigueur le 2 décembre 1948), RTNU vol. 33, p. 261.

77 M. Bothe, *supra* note 33, p. 96.

raisonnement, si le consentement est arbitrairement refusé, la violation de l'intégrité territoriale de l'État affecté serait justifiée car elle constituerait une mise en œuvre de l'engagement des États en vertu de l'article premier commun aux CG et au PA I de « faire respecter » le DIH⁷⁸.

Cet argument est problématique à plus d'un titre. En premier lieu, l'article premier commun aux CG s'adresse aux « Hautes Parties contractantes » – autrement dit aux États. Par conséquent, on peut arguer que seuls des États pourraient invoquer cette disposition pour justifier leurs actes. Pourtant, il est suggéré que cette disposition pourrait justifier des opérations non autorisées conduites par des États, des organisations internationales et le CICR⁷⁹.

Ensuite, et plus fondamentalement, même si on ne considère que les opérations conduites par des États, l'engagement de faire respecter le DIH en vertu de l'article premier commun aux CG ne peut justifier une violation de la souveraineté et de l'intégrité territoriale, car il est généralement admis qu'on ne peut s'appuyer sur cette disposition pour violer d'autres règles du droit international⁸⁰.

Une autre approche fondée sur le droit international public général, et donc pertinente pour les États et les organisations internationales mais non pour les acteurs privés, serait d'accepter que les opérations non autorisées sont contraires au DIH et violent la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'État affecté, mais d'arguer que leur illicéité est exclue pour des motifs acceptés⁸¹. Deux motifs possibles pourraient être invoqués : contre-mesures et nécessité.

Pour être licites, les contre-mesures doivent remplir plusieurs conditions, dont quelques-unes seulement méritent d'être évoquées ici⁸². Premièrement, elles ne peuvent être prises que par un État ou une organisation internationale directement affectés par une violation – pour les besoins présents, un État ou une organisation dont l'offre d'assistance a été arbitrairement rejetée, voire un État dont les ressortissants ont été privés d'assistance. Deuxièmement, l'objet de la contre-mesure doit être d'amener l'État en faute à respecter ses obligations. Il est douteux que ce soit le cas des opérations de secours non autorisées ; elles constituent plutôt une exécution des obligations dont l'État destinataire ne s'est pas acquitté et visent à remédier à la violation de l'obligation. Troisièmement, les contre-mesures doivent être proportionnées aux torts subis par l'acteur qui y recourt. En l'occurrence, l'État ou l'organisation internationale subissent des torts minimes, c'est la population civile qui souffre. Enfin, les contre-mesures ne peuvent en aucune circonstance violer l'interdiction

78 *Ibid.*, p. 95.

79 *Ibid.* pp. 95-96.

80 Commentaire du CICR sur les PA, *supra* note 11, para. 46.

81 Le chapitre V des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Doc. ONU A/56/10, 2001 (ci-après Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État) exclut l'illicéité dans six circonstances : consentement, légitime défense, contre-mesures, force majeure, détresse et état de nécessité.

82 Art. 22 et 49-54 de la CDI sur la responsabilité de l'État et commentaires. Les articles 22 et 51-57 de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales énoncent des règles très proches. Rapport de la Commission de droit international, Doc. ONU A/66/10. Sur la possibilité d'invoquer des contre-mesures pour justifier des opérations de secours non autorisées, voir Oliver Courten et Pierre Klein, « L'assistance humanitaire face à la souveraineté des États », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1992, pp. 343-364 ; et D. Schindler, *supra* note 54, pp. 698-699.

de la menace ou de l'usage de la force. Compte tenu de ces exigences, il semble peu probable que des contre-mesures puissent servir de base pour écarter l'illicéité d'une opération de secours non autorisée.

Certaines de ces conditions peuvent être contournées – en particulier l'exigence que des contre-mesures soient prises par un État affecté par la violation et qu'elles soient proportionnées au préjudice subi par cet État – en arguant que le DIH édicte des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire, des obligations dues à la communauté internationale tout entière⁸³. Dans ces circonstances, les États qui ne sont pas directement affectés par la violation pourraient être fondés à prendre des contre-mesures. Cependant, il n'est pas certain que toutes les règles des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels soient des obligations *erga omnes*. Et même si elles le sont et bien qu'il soit arrivé que des États prennent des contre-mesures à la suite de violations d'obligations *erga omnes*, il n'est pas certain à ce jour que le droit international autorise les États à le faire. Compte tenu de ce qui précède, l'article 54 de la CDI sur la responsabilité de l'État laisse ouverte la possibilité pour tout État de prendre des « mesures licites » plutôt que des contre-mesures contre l'État responsable afin d'obtenir la cessation de la violation et la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation qui a été violée⁸⁴.

Le deuxième fondement possible sur lequel l'illicéité pourrait être exclue est la nécessité. Un État ou une organisation internationale peut invoquer la nécessité si l'acte par ailleurs illicite était le seul moyen à sa disposition de préserver un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent et s'il ne nuit pas gravement à un intérêt essentiel de l'État lésé ou de la communauté internationale⁸⁵.

L'intérêt essentiel à protéger peut être celui de l'État ou de l'organisation internationale qui prend la mesure non autorisée ou celui de la communauté internationale. Bien que la nécessité soit le plus souvent invoquée dans le contexte d'urgences environnementales, la prévention de graves souffrances de la population civile peut être considérée comme un « intérêt essentiel » de la communauté internationale⁸⁶.

Les opérations de secours non autorisées porteraient atteinte à un intérêt essentiel de l'État lésé – son intégrité territoriale – mais elles ne présentent pas nécessairement le degré de gravité exclu par la règle. L'acte illicite justifié par la nécessité doit être le seul moyen de préserver cet intérêt essentiel ; s'il existe d'autres moyens licites pour ce faire, la nécessité ne peut être invoquée⁸⁷. Dans le cas d'opérations de secours, ces autres moyens pourraient consister à apporter une aide par l'intermédiaire d'acteurs autorisés à opérer.

83 Les Commentaires du CICR sembleraient le suggérer. Voir, par exemple, Commentaire du CICR sur les PA, *supra* note 11, para. 45.

84 Voir CDI art. 54 et para. 6 du commentaire.

85 Art. 25 de la CDI sur la responsabilité de l'État ; voir aussi art. 25 de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales. La CDI considère que les organisations internationales doivent invoquer la nécessité aussi souvent que les États, de sorte que cette disposition contient une condition supplémentaire : seules les organisations internationales dont la fonction est de protéger l'intérêt essentiel en péril peuvent l'invoquer.

86 Commentaire de l'art. 25 de la CDI sur la responsabilité de l'État.

87 *Ibid.*

Au vu de ce qui précède, la nécessité pourrait être invoquée pour justifier une opération de secours ponctuelle, conduite par un État ou une organisation internationale afin d'apporter des biens vitaux à la population d'un lieu précis dans le besoin extrême, lorsqu'il n'existe aucune autre possibilité. Ce scénario remplirait les conditions de danger grave et imminent sans porter gravement atteinte à l'intérêt essentiel de l'État lésé⁸⁸.

Quand les opérations non autorisées sont-elles licites ?

L'analyse qui précède permet de conclure que lorsque le consentement est refusé pour des raisons *valables*, les opérations de secours non autorisées sont illicites.

La position n'est pas aussi tranchée lorsque le consentement est refusé pour des raisons arbitraires. Au mieux, des opérations conduites sans autorisation par des États et des organisations internationales pourraient constituer des violations de la souveraineté et de l'intégrité territoriale de l'État affecté justifiables dans des circonstances très restreintes en vertu du principe juridique de nécessité ou, peut-être, en vertu de la notion émergente de contre-mesures à la suite de violations d'obligations *erga omnes*. Des opérations non autorisées menées par des parties privées exposerait leur personnel à des poursuites devant les juridictions de l'État affecté.

Compte tenu de ce manque de clarté juridique et, ce qui sans doute importe plus, du fait que des opérations non autorisées risquent d'être extrêmement difficiles à mettre en œuvre en toute sécurité, exécuter ou non de telles opérations tend à être avant tout une décision politique, prise au cas par cas par les organisations humanitaires après avoir soupesé plusieurs considérations parfois contradictoires, au rang desquelles figurent l'urgence de l'assistance à apporter aux civils, la possibilité concrète de déployer des opérations non autorisées et de le faire en toute sécurité, ainsi que l'impact que de telles opérations menées dans des zones aux mains de l'opposition risquent d'avoir sur leurs activités et sur celles d'autres acteurs dans le reste de l'État affecté et dans d'autres contextes.

Conséquences pour la partie qui refuse arbitrairement son consentement et pour les personnes impliquées dans la décision

Jusqu'ici l'analyse s'est concentrée sur les parties qui tentent de fournir une aide humanitaire. Quelles sont les conséquences juridiques pour la partie qui refuse arbitrairement son consentement et pour les personnes impliquées dans cette décision ?

Un refus arbitraire de consentement à des opérations de secours constitue une violation des obligations de l'État en vertu du DIH, voire du droit des droits de l'homme, qui engage sa responsabilité. Cela étant, il semble qu'aucune mesure n'ait jamais été prise pour contraindre un État à exécuter ses obligations, par exemple

88 Sans doute la nécessité pourrait-elle être aussi invoquée lorsque le consentement aux opérations de secours a été refusé pour des raisons valables. Cependant, si la situation désespérée de la population civile est telle qu'elle crée un état de nécessité, des raisons du refus de consentement qui auraient pu être valables au départ seraient sans doute devenues arbitraires, comme dans l'exemple des hostilités prolongées donné plus haut.

par des mécanismes de règlement des différends. Peut-être aucun autre État ne se considère-t-il suffisamment lésé par le refus de consentement pour engager une procédure devant un for compétent.

Le refus arbitraire de consentement donne également la possibilité à l'État qui s'en trouve lésé de prendre des contre-mesures conformément au droit international. Comme on vient de le voir, les textes ne règlent pas la question de savoir quels États seraient en droit de le faire et quelle forme ces contre-mesures revêtiraient précisément. À la connaissance de l'auteur, cette justification n'a jamais été invoquée⁸⁹.

Comme nous le verrons plus loin, il est arrivé que le Conseil de sécurité recoure à des mesures coercitives en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies pour garantir la fourniture de l'aide à des populations dans le besoin.

Du point de vue de la responsabilité pénale individuelle, le refus arbitraire de consentement à des opérations de secours n'est pas une violation grave des CG ou du PA I. Il ne figure dans la liste des crimes de guerre d'aucun des tribunaux spéciaux.

Bien que le Statut de la CPI érige en crime de guerre « le fait d'affamer délibérément des civils comme méthode de guerre, en les privant de biens indispensables à leur survie, y compris en empêchant intentionnellement l'envoi des secours prévus par les Conventions de Genève », la portée de cette disposition est en fait assez limitée ; elle ne couvre que la situation extrême dans laquelle des civils sont délibérément privés des objets indispensables à leur survie et ne s'applique que dans les conflits armés internationaux⁹⁰. À ce jour, ce crime n'a été poursuivi dans aucune enquête.

Ainsi, bien qu'il existe diverses options pour rechercher la responsabilité des parties et des personnes qui ont refusé arbitrairement leur consentement à des opérations de secours, ces solutions ont rarement été mises en œuvre et, par conséquent, peu de parties et de personnes ont eu à en répondre. Il ne faut pas en conclure que les règles applicables aux opérations de secours ne sont pas respectées : les parties qui refusent leur consentement dans un premier temps peuvent l'avoir donné par la suite après des négociations ou d'autres voies diplomatiques les invitant à respecter leurs obligations.

Alternatives – aide indirecte

Compte tenu de l'analyse qui précède, quelles sont les possibilités offertes aux États et aux organisations humanitaires internationales dont l'offre d'aide humanitaire a été rejetée ?

Soutien aux opérations autorisées

Si d'autres acteurs opèrent dans le respect des principes humanitaires avec le consentement de l'État affecté, la solution la plus simple serait d'apporter l'aide par leur intermédiaire, en leur fournissant les produits de secours ou en finançant leurs opérations.

89 L'Inde a justifié son parachutage des secours à la ville assiégée de Jaffna dans le cadre de l'opération Poomalai comme une « mission humanitaire » et non comme une contre-mesure.

90 Statut de la CPI, art. 8(2)(b)(xxv).

Ce soutien complémentaire indirect ne pose pas de problème du point de vue du droit international, mais des difficultés peuvent se poser au niveau politique et opérationnel. S'il a rejeté des offres d'aide de l'acteur qui apporte l'aide indirecte ou pense que ce dernier n'a pas adopté une position neutre dans le conflit, l'État affecté peut considérer que les opérations qu'il a précédemment autorisées et qui reçoivent maintenant un soutien ne sont plus impartiales, neutres et indépendantes et refuser son consentement à ces opérations. Par conséquent, pour énoncer une évidence, l'aide indirecte ne doit être recherchée que si les organisations humanitaires travaillant dans le pays ont besoin de produits ou matériels ou de financements complémentaires et sont prêtes à accepter cette assistance de l'État ou de l'organisation internationale qui l'offre.

Soutien à des opérations non autorisées

Plus complexe est la question du soutien aux acteurs humanitaires qui conduisent des opérations non autorisées. Sa licéité doit être évaluée au regard des différents principes du droit étudiés plus haut : intégrité territoriale et non-ingérence, ainsi que des règles applicables à l'aide dans la commission d'un fait internationalement illicite.

Intégrité territoriale

Si les acteurs qui apportent le soutien indirect ne pénètrent pas sur le territoire de l'État affecté, ils ne violent pas son intégrité territoriale.

Prohibition de l'ingérence

S'agissant du principe de non-ingérence, quel que soit le point de vue adopté quant à l'application de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires* aux opérations de secours « directes », il est clair que la Cour visait l'assistance « indirecte » sous forme de secours apportés depuis l'extérieur du territoire de l'État affecté. La CIJ a conclu que cette assistance ne constitue pas une ingérence à condition qu'elle respecte les principes humanitaires :

« Un élément essentiel de l'aide humanitaire est qu'elle doit être assurée "sans discrimination" aucune. Selon la Cour, pour avoir le caractère d'une intervention condamnable dans les affaires intérieures d'un autre État, non seulement l' "assistance humanitaire" doit se limiter aux fins consacrées par la pratique de la Croix-Rouge, à savoir "prévenir et alléger les souffrances des hommes" et "protéger la vie et la santé [et] faire respecter la personne humaine" ; elle doit aussi, et surtout, être prodiguée sans discrimination à toute personne dans le besoin au Nicaragua, et pas seulement aux contras et à leurs proches⁹¹. »

Pour contrer les allégations d'immixtion illégale, il est indispensable que les acteurs qui apportent un soutien indirect s'assurent avec un degré de certitude élevé que les opérations qu'ils aident sont exclusivement humanitaires et conduites confor-

91 *Ibid.*, para. . 243

mément aux principes humanitaires, et que des mesures appropriées sont prises pour éviter le détournement des secours et des fonds. La fourniture de produits de secours de préférence à des fonds permettrait de réfuter plus facilement des allégations selon lesquelles les fonds sont destinés à des activités militaires ou d'autres activités non humanitaires ou détournés à leur profit.

Assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite

Un État ou une organisation internationale qui prête assistance au fait internationalement illicite d'un autre État ou d'une organisation peut violer le droit international. L'article 16 des Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État dispose que :

« L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- (a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et*
- (b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État. »*

L'article 16 se retrouve pour l'essentiel dans l'article 14 de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales⁹².

La fourniture de biens de secours ou de fonds engage ou n'engage pas cette responsabilité secondaire selon que l'acteur ainsi aidé qui conduit des opérations de secours agit ou n'agit pas en violation du droit international. La responsabilité des États ou des organisations internationales qui conduisent des opérations de secours non autorisées est engagée lorsque le consentement a été refusé pour des raisons valables. Cependant, il est peu probable que des États ou des organisations humanitaires qui tenteraient de bonne foi de fournir une assistance humanitaire apporteraient un soutien dans de telles circonstances.

Ils le feraient sans doute plus volontiers dans des hypothèses de refus arbitraire du consentement. Comme on l'a vu plus haut, c'est précisément dans ces situations que les opinions divergent quant à la licéité des opérations non autorisées. Cette même incertitude se reporte sur l'acteur qui apporte un soutien indirect. Si les opérations non autorisées sont considérées comme licites, alors il est légal de les aider ; mais si elles sont considérées comme illicites, un État ou une organisation internationale qui prête assistance à de telles opérations violerait également le droit international⁹³.

92 L'article 14 de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales dispose que :
 « Une organisation internationale qui aide ou assiste un État ou une autre organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où :

- (a) La première organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et
- (b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation. »

93 On peut raisonnablement supposer qu'un État ou une organisation internationale qui finance ou apporte une aide importante à une opération de secours non autorisée satisfait à la condition de connaissance respectivement prévue à l'art. 16 de la CDI sur la responsabilité de l'État et à l'art. 14 de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales.

Cela étant, cette responsabilité secondaire a rarement été invoquée – jamais en relation avec un soutien indirect à des opérations de secours, et rarement lorsque la violation sous-jacente était beaucoup plus grave, comme la fourniture d’armes lorsqu’il existe un risque important qu’elles soient utilisées pour commettre des violations du DIH⁹⁴.

De plus, la responsabilité secondaire n’est engagée que dans le cadre d’une assistance à des activités violant le droit international menées par des États et des organisations internationales. Les opérations de secours conduites par des ONG n’entrent pas dans le champ d’application de cette disposition – et en tout état de cause, elles peuvent violer le droit interne mais pas le droit international. De ce fait, le soutien apporté à ces opérations n’engage pas la responsabilité secondaire.

Puisqu’un soutien indirect ne violerait pas l’intégrité territoriale de l’État affecté et ne constituerait pas une ingérence ou, s’il est apporté à des ONG, une assistance à la commission d’un fait internationalement illicite, cette assistance indirecte est probablement la stratégie qui pose le moins de problèmes d’ordre juridique, en particulier si toutes les mesures sont prises pour s’assurer que les opérations soutenues ont un caractère exclusivement humanitaire et sont menées dans le respect des principes de l’action humanitaire.

Enfin, tout État tiers dont le territoire est utilisé pour ces opérations indirectes – habituellement des États voisins – peut aussi se voir reprocher de prêter assistance à la commission d’un fait illicite et de laisser utiliser son territoire pour des activités illicites⁹⁵. Évidemment, l’organisation d’opérations de secours non autorisées mais néanmoins conformes aux principes humanitaires est beaucoup moins préjudiciable que le fait de laisser son territoire être utilisé afin « d’organiser et d’encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d’un autre État, d’y aider ou d’y participer », visé dans la Déclaration sur les relations amicales⁹⁶.

Néanmoins, la responsabilité peut être engagée, et l’expérience montre que les États affectés prétendent fréquemment que les activités humanitaires ne servent en fait qu’à couvrir des menaces plus graves. Ces possibilités rendent d’autant plus important le consentement des États tiers concernés à toute forme d’opération transfrontalière ou de soutien indirect.

Contourner l’exigence de consentement – Décisions contraignantes du Conseil de sécurité

L’exigence de consentement édictée par le DIH peut être contournée par une décision contraignante du Conseil de sécurité « imposant » des opérations de secours.

94 Commentaire de l’art. 16 de la CDI sur la responsabilité de l’État, para. 7-9.

95 Dans l’affaire du Détroit de Corfou, la CIJ a souligné « l’obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d’actes contraires aux droits d’autres États ». *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande Bretagne et d’Irlande du Nord c. Albanie)*, Arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Recueil* 1949, p. 22.

96 Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, Rés. AG NU 2625, 24 octobre 1970.

En effet, les décisions adoptées en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies lient tous les États et prévalent sur leurs droits et obligations en vertu d'autres corpus de droit. Ainsi, si le Conseil de sécurité, agissant en vertu du chapitre VII, exigeait que des actions de secours humanitaires soient autorisées à entrer dans le pays, l'État affecté devrait s'exécuter⁹⁷.

Bien que le caractère obligatoire des décisions adoptées en vertu du chapitre VII ne soit pas controversé, il a été admis que des décisions du Conseil de sécurité qui ne sont pas adoptées en vertu de ce chapitre peuvent également être contraignantes au sens de l'article 25 de la Charte si elles emploient le langage de l'obligation⁹⁸.

Le Conseil de sécurité appelle souvent les parties à un conflit à laisser passer les convois humanitaires⁹⁹. Cependant, dans la majorité des cas, il s'agit d'une simple exhortation à autoriser les actions de secours qui, plus qu'une autorisation donnée à ces opérations par le Conseil de sécurité, constitue en fait une admission que l'État affecté doit y consentir¹⁰⁰.

Il est parfois arrivé que le Conseil de sécurité adopte des mesures contraignantes en vertu du chapitre VII en ce qui concerne des opérations de secours. Un examen attentif de ces précédents révèle que bien qu'il ait visé des opérations de secours empêchées, le Conseil n'a jamais exigé que l'État affecté autorise l'accès. Il s'agissait en réalité de créer des conditions de sécurité propices à la fourniture d'une assistance – une question apparentée mais distincte qui, dans les affaires en question, a finalement débouché sur un recours à la force.

La résolution 2139 (2014) relative à la Syrie a marqué une nette rupture avec les pratiques antérieures, le Conseil de sécurité exigeant pour la première fois de toutes les parties qu'elles autorisent immédiatement un accès humanitaire rapide, sûr et sans entrave, y compris à travers les lignes de conflit et à travers les frontières des pays voisins¹⁰¹.

Bosnie-Herzégovine

En 1992, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 752 appelant les parties à s'assurer qu'étaient remplies les conditions requises pour la distribution effective et sans obstacle de l'aide humanitaire en Bosnie-Herzégovine¹⁰². Deux semaines plus tard, agissant en vertu du chapitre VII, le Conseil de sécurité a exigé, dans

97 Sur ce point, voir Yoram Dinstein, « The Right to Humanitarian Assistance », *Naval War College Review*, vol. 54, n° 4, 2000, p. 77.

98 Voir, par exemple, Rosalyn Higgins, « The Advisory Opinion on Namibia: Which UN Resolutions are Binding Under Article of the Charter? », *International and Comparative Law Quarterly*, n° 21, 1972, p. 270 ; et Marko Divac Oberg, « The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ », *European Journal of International Law*, n° 16, 2005, p. 879.

99 Voir Aide-mémoire pour l'examen des questions relatives à la protection des civils en temps de conflit armé, Addendum, Partie I, C, « Accès des organisations humanitaires aux populations et protection des personnels humanitaires », Doc. ONU S/PRST/2010/25, 22 novembre 2010.

100 Voir, par exemple, R. A. Stoeffels, *supra* note 52, p. 289.

101 Rés. CS NU. S/RES/2139, 22 février 2014, para. 6.

102 Rés. CS NU. S/RES/752, 15 mai 1992, para. 8.

sa résolution 757, que les parties créent immédiatement ces conditions, y compris l'établissement d'une zone de sécurité autour de Sarajevo¹⁰³. Dans sa résolution 770, agissant de nouveau en vertu du chapitre VII, le Conseil de sécurité a appelé tous les États – pas seulement les parties au conflit – à prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter la distribution d'une aide humanitaire par des organisations humanitaires¹⁰⁴. Enfin, ses exhortations étant restées sans effet, dans sa résolution 781, le Conseil de sécurité a prononcé une interdiction des vols militaires dans l'espace aérien de la Bosnie-Herzégovine¹⁰⁵, considérant que cette mesure constituait « un élément essentiel de la sécurité de l'acheminement de l'aide humanitaire dans le pays »¹⁰⁶.

Dans cet exemple l'État affecté, la Bosnie-Herzégovine¹⁰⁷, consentait aux secours alors que son opposant y faisait obstacle.

Somalie

En 1992, après une semblable série de résolutions restées lettre morte dans lesquelles il appelait les parties à faciliter l'acheminement de l'aide humanitaire et à prendre des mesures pour garantir la sécurité du personnel humanitaire¹⁰⁸, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 794, dans laquelle, agissant en vertu du chapitre VII, il autorisait les États membres, afin de mettre en place une opération, « à employer tous les moyens nécessaires pour instaurer aussitôt que possible des conditions de sécurité pour les opérations de secours humanitaire en Somalie »¹⁰⁹.

Cette résolution a conduit à la création d'une force multinationale dirigée par les États-Unis, qui a opéré entre décembre 1992 et mai 1993 en Somalie afin de sécuriser les opérations humanitaires dans la moitié méridionale de la Somalie.

D'après le Secrétaire général d'alors, à la date d'adoption de la résolution 794 du Conseil de sécurité, on considérait que la Somalie n'avait pas de gouvernement. De multiples factions opéraient dans le pays et entravaient et attaquaient les forces des Nations Unies et les autres organisations de secours¹¹⁰.

Il s'agit donc d'un cas dans lequel une force multinationale a été autorisée à instaurer des conditions de sécurité pour des opérations de secours qui étaient entravées par les autorités de fait en l'absence de gouvernement.

103 Rés. CS NU. S/RES/757, 30 mai 1992, para. 17.

104 Rés. CS NU. S/RES/770, 13 août 1992, para. 2.

105 Rés. CS NU. S/RES/781, 9 octobre 1992, para. 1.

106 *Ibid.*, para. 8.

107 À cette date, la Bosnie-Herzégovine était déjà un État indépendant, qui avait été admis au sein des Nations Unies le 22 mai 1992.

108 Rés. CS NU. S/RES/733, 23 janvier 1992 ; Rés. CS NU. S/RES/746, 17 mars 1992 ; Rés. CS NU. S/RES/751, 24 avril 1992 ; Rés. CS NU. S/RES/767, 27 juillet 1992 ; et Rés. CS NU. S/RES/775, 28 août 1992. Aucune partie de ces résolutions relatives aux opérations de secours n'a été adoptée en vertu du chapitre VII.

109 Rés. CS NU. S/RES/794, 3 décembre 1992, para. 10.

110 Lettre datée du 29 novembre 1992 adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, Doc. ONU S/24868, 30 novembre 1992.

Nord de l'Irak

En avril 1991, face à la répression de la population civile dans les zones d'Irak peuplées par des kurdes, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 668, dans laquelle il insistait pour que l'Irak permette un accès immédiat des organisations humanitaires internationales à tous ceux qui avaient besoin d'assistance sur l'ensemble du territoire de l'Irak et lançait un appel à tous les États membres et à toutes les organisations humanitaires pour qu'ils participent à ces efforts d'assistance humanitaire¹¹¹.

Bien que le Conseil ait jugé que la répression des civils qui entraînait des flux de population massifs à travers les frontières internationales et des incursions transfrontalières était une menace pour la paix et la sécurité internationales, il n'a pas expressément invoqué le chapitre VII.

Cette résolution a néanmoins servi de base à une opération multinationale dirigée par les États-Unis. Commencant par des parachutages, la coalition a poursuivi en plaçant des forces terrestres sur le territoire irakien pour protéger les personnes déplacées et construire des camps. Elle a également établi une zone de sécurité dans le Nord de l'Irak en faisant appel aux forces terrestres et aériennes pour permettre aux civils de rentrer chez eux¹¹².

L'Irak a finalement signé un Protocole d'accord avec les Nations Unies sur les activités de celles-ci dans le Nord du pays, mais les mesures adoptées en vertu de la résolution 688 ont été prises initialement sans son consentement¹¹³.

La valeur de précédent de cet exemple est également restreinte. Comme dans les cas étudiés plus haut, il s'agissait d'établir des conditions de sécurité permettant la fourniture de l'assistance humanitaire et non d'« imposer » des opérations de secours elles-mêmes. De plus, l'assistance a été fournie sur un territoire que la force multinationale avait soustrait au contrôle effectif de l'État affecté – on peut donc considérer que s'agissant de déterminer quelle partie devait donner son consentement aux opérations de secours, le contexte s'apparentait plus à une situation d'occupation ou à d'autres formes d'administration étrangère d'un territoire.

Syrie

En octobre 2013, le Conseil de sécurité a adopté une Déclaration du Président sur la situation en Syrie, qui analysait les opérations de secours humanitaire avec un niveau de précision sans précédent. Elle demandait instamment à toutes les parties de faire sans tarder le nécessaire pour que l'aide humanitaire soit acheminée en toute sécurité et sans entrave aux populations dans le besoin dans toutes les zones sous

111 Rés. CS NU. S/RES/688, 5 avril 1991, para. 3 et 6.

112 *Air Force Historical Studies Office, Operation Provide Comfort and Northern Watch*, 9 septembre 2012, accessible à l'adresse : www.afhso.af.mil/topics/factsheets/factsheet.asp?id=19873 ; et GlobalSecurity.org, *Operation Provide Comfort*, accessible à l'adresse : http://www.globalsecurity.org/military/ops/provide_comfort.htm

113 Karin Landgren, « Safety Zones and International Protection: A Dark Grey Area », *International Journal of Refugee Law*, vol. 7, 1995, p. 443 ; D. Schindler, *supra* note 54, p. 699.

leur contrôle et à travers les lignes de conflit et exhortait les autorités syriennes à prendre des mesures spécifiques pour permettre l'intensification des opérations de secours humanitaires et à lever les obstacles administratifs et les autres entraves¹¹⁴.

En février 2014, face à la dégradation de la situation humanitaire en Syrie, en particulier pour les civils bloqués dans les zones assiégées, et au manque d'effet de la Déclaration du Président d'octobre 2013, le Conseil de sécurité a adopté à l'unanimité la résolution 2139, dans laquelle il « [e]xige[ait] que toutes les parties, en particulier les autorités syriennes, autorisent immédiatement un accès humanitaire rapide, sûr et sans entrave aux organismes humanitaires des Nations Unies et à leurs partenaires d'exécution, y compris à travers les lignes de conflit et à travers les frontières des pays voisins, afin de veiller à ce que l'aide humanitaire parvienne par les routes les plus directes aux personnes qui en ont besoin »¹¹⁵.

Bien que la résolution ne précise pas qu'elle est adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte, il paraît clair que certaines de ses dispositions imposent des obligations contraignantes aux parties au conflit en Syrie et aux autres États concernés. En particulier, les paragraphes 5 et 6 du dispositif vont au-delà de l'exhortation et « exigent » que ceux auxquels ils s'adressent les respectent. Une distinction est opérée dans la résolution entre les dispositions dans lesquelles le Conseil se borne à « demander instamment » une mesure particulière et celles dans lesquelles il « exige » une action.

L'effet de ces dispositions contraignantes est que le Conseil de sécurité exige que le consentement soit donné. Les termes de la résolution ne laissent pas à la Syrie ou aux autres parties concernées le loisir de refuser leur consentement aux opérations de secours humanitaires. Alors que le DIH autoriserait à refuser le consentement pour des raisons valables, ce n'est pas le cas de la résolution 2139. C'est la première fois que le Conseil de sécurité exigeait des parties à un conflit qu'elles autorisent les opérations de secours, et leur imposait une obligation sans réserve de permettre un accès rapide, sûr et sans entrave aux organismes humanitaires des Nations Unies et à leurs partenaires d'exécution.

La résolution 2139 couvre expressément les opérations de secours à travers les lignes de front et à travers les frontières. De plus, le terme « toutes les parties » au paragraphe 6 du dispositif est suffisamment large pour également exiger que les autres États concernés autorisent ces opérations, en particulier ceux dont le territoire est le point de départ ou un point de passage des opérations de secours transfrontalières et dont le DIH requiert le consentement.

114 Déclaration du Président du Conseil de Sécurité, S/PRST/2013/15, 2 octobre 2013.

115 Rés. CS NU. S/RES/2139, 22 février 2014, para. 6. Le para. 5 est également pertinent, dans lequel le Conseil de Sécurité, après avoir demandé à toutes les parties de lever immédiatement le siège des zones peuplées, exigeait que toutes les parties autorisent l'acheminement de l'aide humanitaire, y compris l'aide médicale, cessent de priver les civils de denrées alimentaires et de médicaments indispensables à leur survie et permettent l'évacuation rapide, en toute sécurité et sans entrave, de tous les civils qui souhaitaient partir.

Conclusion

Les tentatives d'aide humanitaire dans l'hypothèse où l'État sur le territoire duquel elle doit être déployée refuse son consentement soulèvent de complexes questions juridiques, opérationnelles et politiques, rarement résolues par les opérations de secours transfrontalières.

En droit, il semble raisonnable de conclure que lorsque des civils sont dans le besoin et que des acteurs sont capables d'apporter une assistance conforme aux principes humanitaires, il est exclu, pour l'État affecté, de refuser son consentement aux opérations de secours dans plusieurs circonstances précises, au moins en cas d'occupation, lorsque la population civile est menacée de famine et pour des opérations de secours médicaux. Dans toutes ces situations, l'État affecté conserve un droit de contrôle sur les opérations de secours, y compris celui de prescrire les modalités techniques suivant lesquelles l'acheminement des secours est autorisé.

Dans d'autres situations, il est plus complexe en fait et en droit de déterminer si le consentement a été refusé arbitrairement, et donc illégalement.

La question de la licéité des opérations non autorisées reste elle aussi ouverte. Les acteurs privés qui conduisent des opérations de secours non autorisées exposent leur personnel à des poursuites dans l'État affecté. Quant aux États et aux organisations internationales, l'illicéité peut être exceptionnellement écartée en vertu du principe de nécessité ou, peut-être, à titre de contre-mesure face à une violation d'une règle *erga omnes*. Mais même dans ces circonstances, on peine à voir comment les opérations pourraient être concrètement déployées.

Les opérations de secours transfrontalières soulèvent des questions opérationnelles peut-être encore plus complexes. Quelle que soit la position juridique, il est peu probable que les opérations soient déployées en toute sécurité sans l'accord, ou tout au moins sans l'acquiescement, de toutes les parties concernées – l'État affecté et les groupes d'opposition qui contrôlent le territoire sur lequel l'assistance doit être apportée ou par lequel elle doit transiter. Il est également indispensable de considérer l'impact défavorable que peuvent avoir des opérations non autorisées sur les autres opérations menées sur le territoire national et ailleurs.

Le Conseil de sécurité peut « imposer » des opérations de secours par une décision contraignante, qui supprime l'exigence du consentement. Du point de vue de la pratique opérationnelle, cette imposition peut comporter d'importants inconvénients, en associant ce qui devrait être une opération exclusivement humanitaire et impartiale à des décisions politiques. En outre, les pratiques passées semblent indiquer que lorsque le Conseil en vient à adopter une telle mesure, la force armée est probablement nécessaire pour instaurer des conditions de sécurité qui permettent d'exécuter les opérations de secours.

Au niveau politique, des indications sur les questions essentielles soulevées par les opérations de secours seraient les bienvenues, y compris sur la partie dont le consentement est requis, ce qui constitue un refus arbitraire du consentement, et la

nature précise des obligations de permettre et de faciliter les opérations de secours qui ont été acceptées – une question juridique et pratique centrale que cet article ne fait qu’effleurer.

En situation concrète, obtenir le consentement à des opérations de secours et surmonter les difficultés constantes de la fourniture effective de l’assistance une fois le consentement accordé est fondamentalement une affaire de négociation entre ceux qui souhaitent porter assistance et les États affectés, où le droit donne le contexte mais n’est qu’un des multiples éléments qui affectera le résultat. Il est souvent préférable de conduire ces négociations de manière progressive pour instaurer peu à peu la confiance mutuelle – acteur par acteur, besoin spécifique par besoin spécifique, lieu par lieu – plutôt que de façon binaire suivant le principe du « tout ou rien ».