



# L'emploi de la force en période d'occupation : maintien de l'ordre public et conduite des hostilités

**Kenneth Watkin\***

Le brigadier-général à la retraite Kenneth Watkin a été titulaire de la chaire Charles H. Stockton de droit international au Naval War College des États-Unis, après avoir été juge-avocat général des Forces armées canadiennes.

## Résumé

*Le présent article explore le droit qui régit le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure en situation d'occupation belligérante. À l'instar de ce qui s'est produit en Irak en 2003-2004, tout conflit armé international s'accompagne d'un risque de généralisation de la violence. Inévitablement, les forces militaires et les forces de police s'engagent dans des activités qui se juxtaposent et se recoupent. Or, les normes relatives au maintien de l'ordre sont basées sur les droits de l'homme, tels que le droit à la vie, et sont également présentes dans le droit international humanitaire. Ainsi, en période d'occupation militaire, tant les normes qui régissent la conduite des hostilités que les normes relatives au maintien de l'ordre public sont applicables. Leur mise en œuvre simultanée au titre du droit international humanitaire et des droits de l'homme vient en fait renforcer la protection des habitants des territoires occupés.*

\* L'auteur a également participé à la réunion d'experts tenue les 29 et 30 octobre 2009 à Genève (*Third Meeting of Experts: The Use of Force In Occupied Territory*) qui a donné lieu à la publication par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) d'un rapport intitulé *Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, préparé et édité par Tristan Ferraro, CICR, Genève, mars 2012, disponible en anglais sur : <http://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-002-4094.pdf> (tous les liens internet ont été consultés entre février et octobre 2012).

La version originale en anglais de cet article est publiée sous le titre « Use of force during occupation: law enforcement and conduct of hostilities », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, N° 885, printemps 2012, pp. 267-315.

**Mots-clés** : occupation, emploi de la force, maintien de l'ordre public, conduite des hostilités, situation sécuritaire en Irak, insurrection, lutte contre l'insurrection, fonctions de police et maintien de l'ordre, droits de l'homme, droit international humanitaire



Malgré le nombre considérable de dispositions de droit international – conventionnel et coutumier – traitant de l'occupation, plusieurs interrogations subsistent quant à la manière de faire régner la loi et l'ordre dans les territoires occupés. Une question se trouve souvent au cœur du débat : l'emploi de la force par un occupant est-il régi par le droit international humanitaire (DIH) ou par les droits de l'homme ? Le présent article examine cette question à la lumière des situations d'occupation militaire donnant lieu à une résistance violente ; il donne un aperçu des normes juridiques régissant l'emploi de la force par un occupant dans le but de faire régner la loi et l'ordre ; enfin, il évalue la manière dont le droit s'applique dans de telles situations, particulièrement complexes sur le plan de la sécurité.

L'article comporte six parties. La première décrit brièvement le droit qui régit l'occupation ; elle inclut l'examen des sources des obligations normatives, aux termes desquelles un occupant est tenu de maintenir l'ordre public, en précisant notamment à quel moment ces obligations commencent. La deuxième partie examine la nature des menaces pesant sur la sécurité, ces menaces allant des infractions de droit commun à la participation de groupes armés organisés à un conflit armé international en cours. Cette analyse porte sur la situation sécuritaire complexe dans laquelle le maintien de l'ordre doit souvent être assuré. Elle fait référence aux situations d'occupation de la Seconde Guerre mondiale et cite la guerre en Irak de 2003-2004 à titre d'exemple d'occupation « violente » (une attention particulière est portée au conflit en Irak, car il fournit un exemple contemporain de la complexité de la situation sécuritaire pendant une occupation comme celle-ci). La troisième partie de l'article a pour thème les similarités existant entre le maintien de l'ordre en temps d'occupation, d'une part, et la conduite d'une campagne de lutte contre l'insurrection lors d'un conflit armé non international, d'autre part. Le rôle important des mesures de police pendant une telle campagne est évoqué, de manière à mettre en évidence la spécificité de l'environnement dans lequel les forces de sécurité doivent intervenir quand elles conduisent des opérations au sein de la population d'un territoire occupé.

Une fois établie la nature des menaces pesant sur la sécurité, la quatrième partie de l'article décrit les restrictions que les normes juridiques (droit humanitaire et droits de l'homme) imposent à l'emploi de la force. L'examen des obligations découlant du DIH et des droits de l'homme en termes de responsabilité permet d'établir les limites normatives à l'emploi de la force et d'introduire une discussion sur les options dont dispose la puissance occupante pour assurer la sécurité. La cinquième partie est consacrée au principe selon lequel la loi spéciale (*lex specialis*) déroge à la loi générale. Le but de cet examen est de mieux définir les relations entre le régime des droits de l'homme et celui du droit humanitaire. Une attention particulière est accordée au processus, engagé depuis longtemps

déjà, d'intégration des normes des droits de l'homme dans le droit humanitaire. À cet égard, une distinction est établie entre, d'une part, les normes telles que le droit à la vie et, d'autre part, les systèmes juridiques (droits de l'homme et droit humanitaire) dont relèvent ces normes. Le processus d'intégration en cours vient étayer l'interprétation selon laquelle aucun « conflit de normes » n'existe en ce qui concerne les opérations de maintien de l'ordre en territoire occupé. En effet, les normes (fondées sur les droits fondamentaux de la personne) qui régissent de telles opérations relèvent des deux branches du droit que sont les droits de l'homme et le droit humanitaire. Enfin, l'article examine d'un point de vue pratique l'emploi de la force pendant une occupation militaire. Cette analyse révèle qu'en ce qui concerne l'emploi de la force, c'est la nature de la menace qui détermine l'application de l'un ou l'autre type de normes – les unes, fondées sur les droits de l'homme, régissant le maintien de l'ordre public, les autres régissant la conduite des hostilités (choix des cibles et précautions dans l'attaque).

## Occupation et état de droit

### Établissement de l'occupation

Plusieurs difficultés sont associées au concept d'occupation. Tout d'abord, il faut établir, d'un point de vue général, différentes catégories d'occupation. Ensuite, il faut déterminer ce qui constitue une « occupation » au regard du DIH et définir quand commence une occupation. Il faut enfin établir comment les droits légaux (tels que le droit à la vie) sont étendus aux habitants d'un territoire occupé. Le terme « occupation » est utilisé pour décrire une large gamme de situations qui, fondamentalement, se traduisent par le fait qu'un territoire passe sous le contrôle d'un État étranger, d'une organisation internationale ou d'une entité dépourvue de tout titre de souveraineté. Adam Roberts a ainsi identifié dix-sept types d'occupations, allant du temps de guerre au temps de paix, en passant par les périodes d'après-guerre. D'autres catégories peuvent être établies si, notamment, des forces intervenant sous l'autorité des Nations Unies contrôlent la totalité ou une partie d'un territoire<sup>1</sup> ou si l'occupation est le fait d'une entité non étatique<sup>2</sup>. Une école de pensée est favorable à une application large du droit de l'occupation<sup>3</sup>, mais « l'occupation belligérante » classique reste la norme emblématique à l'aune de laquelle le droit de l'occupation est normalement évalué<sup>4</sup>.

1 Adam Roberts, « What is military occupation? », dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, N° 1, 1984, p. 261. Voir aussi Eyal Benvenisti, *The international law of occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, p. 4 ; et Gregory H. Fox, *Humanitarian occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 4, qui estime qu'il existe une forme d'occupation humanitaire, définie comme étant « l'exercice d'une autorité sur le territoire d'un État, ou sur une partie de celui-ci, par un acteur international dans le but exprès de créer un ordre libéral, démocratique » [traduction CICR].

2 A. Roberts, *op. cit.*, note 1, pp. 292-293.

3 *Ibid.*, p. 250; E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 4.

4 A. Roberts, *ibid.*, pp. 261-262. Selon l'auteur, l'occupation belligérante ou « belliqueuse » (*occupatio bellica*) est synonyme d'occupation de territoire ennemi, sa caractéristique étant d'être une opération

Selon Yoram Dinstein, l'occupation belligérante – qui ne peut exister que dans le contexte d'un conflit armé international entre États – disparaît souvent sous le voile du mythe selon lequel elle constitue une anomalie, voire même une aberration, du droit international<sup>5</sup>. Pourtant, ce type d'occupation fait souvent intégralement partie des conflits armés, étant donné que

[d]ès que les combats se stabilisent le long de lignes fixes, ne coïncidant pas avec le tracé original des frontières internationales, les zones transfrontalières saisies et effectivement contrôlées par l'une des parties belligérantes sont considérées comme étant soumises à une occupation belligérante<sup>6</sup>.

La difficulté est souvent de convaincre un État d'admettre qu'il est un occupant<sup>7</sup>. Eyal Benvenisti a relevé que les occupants des temps modernes préféreraient, pour des raisons diverses, ne pas mettre en place des formes directes d'administration. À son avis, la reconnaissance du « statut d'occupant constitue la première (et la plus importante) indication que l'occupant entend respecter le droit de l'occupation »<sup>8</sup>. Un enjeu essentiel consiste donc à déterminer à quel moment l'occupation est établie en droit.

L'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 énonce le critère juridique permettant d'établir l'occupation : « [u]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et est en mesure de s'exercer »<sup>9</sup>. Une telle définition a un impact direct sur la question de la responsabilité de la puissance occupante en matière de maintien de l'ordre public : que signifie réellement l'expression « où cette autorité est établie et est en mesure de s'exercer » ? Un élément de réponse est fourni par les articles 43 du Règlement de La Haye et 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>10</sup>. L'article 43 du Règlement de La Haye dispose en effet que :

menée par un État belligérant sur le territoire d'un État ennemi pendant le déroulement d'un conflit armé et avant la conclusion d'un accord général d'armistice. Voir aussi Yoram Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 31-32.

5 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 1.

6 *Ibid.* [traduction CICR].

7 Voir Hans-Peter Gasser, « Protection of the civilian population », dans Dieter Fleck (éd.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 276.

8 E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 5 [traduction CICR].

9 Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, Deuxième Conférence internationale de la Paix, 15 juin – 18 octobre 1907, Actes et Documents, La Haye, 1907, Vol. I, pp. 626-637 (ci-après: Règlement de La Haye).

10 Les quatre Conventions sont les suivantes: Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 UNTS 31 (IV<sup>e</sup> Convention); Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 UNTS 85 (II<sup>e</sup> Convention); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 UNTS 135 (ci-après: III<sup>e</sup> Convention de Genève ou CG III); Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 UNTS 287 (ci-après: IV<sup>e</sup> Convention de Genève ou CG IV).

[l]'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays<sup>11</sup>.

Cette obligation se reflète également à l'article 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, qui stipule : « [l]a Puissance occupante pourra toutefois soumettre la population du territoire occupé à des dispositions qui sont indispensables pour lui permettre de remplir ses obligations ... et d'assurer l'administration régulière du territoire ... »<sup>12</sup>. La IV<sup>e</sup> Convention interdit que les « personnes protégées » fassent l'objet d'actes ou de menaces de violence ; elle établit en outre des règles portant notamment sur le maintien des lois et des tribunaux, ainsi que sur les conditions d'internement<sup>13</sup>.

Il a été relevé que, d'un point de vue technique, « le moment précis où une invasion devient une occupation n'est pas toujours facile à déterminer »<sup>14</sup>. Deux interprétations sont traditionnellement proposées. La première attribue un sens restrictif au terme « occupation » tel qu'il figure dans le Règlement de La Haye (« interprétation étroite »). La seconde, que l'on trouve dans le Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, rédigé sous la direction de Jean Pictet<sup>15</sup>, interprète de manière plus libérale le terme « occupation » figurant dans la IV<sup>e</sup> Convention (« interprétation large »). À propos de la première interprétation, Leslie Green note qu'« [u]n territoire n'est occupé que lorsqu'il est placé de fait sous le contrôle et l'administration d'un occupant et [le territoire occupé] ne s'étend qu'aux régions dans lesquelles l'occupant est véritablement en mesure d'exercer un tel contrôle »<sup>16</sup>. Cette approche reflète la conception suivante : la seule autorité pouvant être exercée est celle qui est imposée ou permise par l'occupant ; les forces locales n'ont plus d'action effective dans la région ; la population est désarmée ; enfin, la puissance occupante « fait effectivement régner la loi et l'ordre avec les troupes disponibles ou facilement mobilisables, au besoin,

11 Règlement de La Haye, art. 43. Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 89. L'auteur relève que le texte français officiel de l'article 43 fait référence à l'obligation de restaurer et d'assurer « l'ordre et la vie publics », il convient donc de donner au vocable « safety » qui, dans la version anglaise, traduit l'expression « vie publique » une interprétation tenant compte de ce contexte. Voir aussi E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 7, n. 1 ; voir enfin Marco Sassòli, « Legislation and maintenance of public order and civil life by Occupying Powers », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, p. 663.

12 CG IV, art. 64(3).

13 *Ibid.*, art. 27, 47 et suiv.

14 A. Roberts, *op. cit.*, note 1, p. 256 [traduction CICR].

15 Jean S. Pictet (éd.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire, (IV) Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre* (ci-après : *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*), CICR, Genève, 1956, art. 6, p. 67.

16 Leslie C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3<sup>e</sup> édition, Manchester University Press, Manchester, 2008, p. 285 [traduction CICR]. Voir aussi Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 38-42 ; et Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Hersch Lauterpacht, Longmans, Green & Co., Londres, 1952, p. 434, écrit : « Il est maintenant certain qu'une simple invasion n'est pas une occupation. ... L'occupation est une invasion à laquelle s'ajoute le fait de prendre possession du pays ennemi. ... [u]n occupant met en place un certain mode d'administration, ce que ne fait pas un simple envahisseur » [traduction CICR].

pour l'aider dans cette tâche»<sup>17</sup>. En ce sens, «alors qu'une invasion consiste simplement à pénétrer en territoire hostile, une occupation implique l'exercice d'un contrôle effectif sur la zone concernée»<sup>18</sup>. En 1948, le procès des Otages<sup>19</sup> a permis d'établir la distinction entre invasion et occupation :

Le terme invasion implique une opération militaire, alors qu'une occupation indique l'exercice de l'autorité gouvernementale en remplacement du gouvernement établi. Cela présuppose la destruction de la résistance organisée et la mise en place d'une administration afin de préserver la loi et l'ordre. Dans la mesure où le contrôle exercé par l'occupant est maintenu et où le gouvernement civil est éliminé, la zone sera déclarée occupée<sup>20</sup>.

L'exigence d'un niveau significatif de contrôle est cohérente avec un arrêt rendu en 2005 par la Cour internationale de Justice (CIJ), stipulant :

[I]e dossier de l'affaire ne présente aucun élément de preuve qui permettrait à la Cour de caractériser la présence de troupes ougandaises stationnées à l'aéroport de Kisangani comme une occupation au sens de l'article 42 du règlement de La Haye de 1907<sup>21</sup>.

Il aurait fallu démontrer que «les forces armées ougandaises présentes en RDC n'étaient pas seulement stationnées à tel ou tel endroit, mais qu'elles avaient également substitué leur propre autorité à celle du Gouvernement»<sup>22</sup>. Il convient de relever que ni dans l'*affaire du Congo*, ni dans l'*affaire du mur*<sup>23</sup>, la CIJ n'a abordé la question d'une interprétation plus large de l'«occupation» au sens de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>24</sup> : selon une telle interprétation, l'occupant doit être en mesure d'exercer sa gouvernance sur le territoire occupé même s'il n'y exerce pas sa souveraineté<sup>25</sup>. Toutefois, lorsqu'une occupation est établie en droit, l'absence de mise en place d'une administration n'exonère pas l'occupant des obligations que lui impose le DIH<sup>26</sup>.

17 L.C. Green, *op. cit.*, note 16, p. 258 [traduction CICR].

18 Gerhard von Glahn, *Occupation of Enemy Territory*, Lund Press, Inc., Minneapolis, 1957, p. 28 [traduction CICR].

19 Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, affaire *États-Unis d'Amérique c. Wilhelm List et consorts*, Affaire N° 7, 19 février 1948, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. 11, Government Printing Office, Washington, 1950 (ci-après : Procès des Otages).

20 *Ibid.*, p. 1243 [traduction CICR].

21 Cour internationale de Justice (CIJ), *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 19 décembre 2005, *Recueil CIJ*, 2005, p. 231, para. 177, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> (ci-après : *Affaire du Congo*).

22 *Ibid.*, p. 230, para. 173.

23 CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, *Recueil CIJ*, 2004, p. 136, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (ci-après : *Affaire du mur*).

24 Marten Zwanenburg, «Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the law of occupation», dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, N° 856, décembre 2004, p. 749.

25 Yoram Dinstein, «International law of belligerent occupation and human rights», dans *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 8, 1978, pp. 105-106 ; E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, pp. 5-6.

26 E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 5.

L'interprétation plus large (prônée par Jean Pictet) vise à renforcer au maximum la protection des civils. Selon le *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, l'application de la Convention, pour les individus, « est indépendante de l'existence d'un état d'occupation au sens du présent article 42 » et « il n'y a pas de période intermédiaire entre ce que l'on pourrait appeler la phase d'invasion et l'installation d'un régime d'occupation stable »<sup>27</sup>. Une telle approche couvrirait les situations où une patrouille « pénétrerait en territoire ennemi, sans avoir l'intention de s'y maintenir »<sup>28</sup>. De même, une interprétation plus large de l'occupation a été appliquée par la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) en l'affaire *Le Procureur c. Naletilic*<sup>29</sup>. Bien qu'elle ait été également reconnue dans des ouvrages spécialisés<sup>30</sup>, une telle interprétation fait l'objet de critiques<sup>31</sup>. L'approche actuelle du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) consiste à considérer l'article 42 du Règlement de La Haye comme la référence juridique qui permet de déterminer l'existence d'une occupation. Toutefois, le CICR admet aussi que la théorie avancée par Jean Pictet a pour effet d'abaisser le seuil d'application de certaines dispositions de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève afin que le respect de ces dispositions au cours d'une phase d'invasion soit de nature à renforcer la protection humanitaire des personnes protégées se trouvant dans un territoire envahi mais non encore occupé au regard du droit<sup>32</sup>.

Bien que la démarche soit inspirée par des considérations humanitaires, il serait difficile, d'un point de vue pratique, d'étendre en tant que droit conventionnel les obligations découlant de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève aux invasions, aux patrouilles et aux raids. Toute force militaire qui tenterait de mettre cette interprétation en application serait contrainte d'identifier un ensemble plus limité de dispositions de la IV<sup>e</sup> Convention pouvant être mises en œuvre dans une situation où le contrôle du territoire est limité à la fois sur le plan substantiel et sur le plan temporel<sup>33</sup>. Dans les zones où le contrôle n'est pas effectif, il serait particulièrement difficile, voire impossible, de restaurer et d'assurer l'ordre public conformément aux obligations imposées par le Règlement de La Haye et la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. Comme on le verra, pour être effective, l'action de maintien de l'ordre exige un niveau de contrôle difficilement atteint dans une

27 *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 6, p. 70.

28 *Ibid.*

29 TPIY, *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, Jugement, Affaire N° IT-98-34-T, 31 mars 2003, pp. 74-75, para. 219-223. La Cour a cependant appliqué l'« interprétation étroite » dans son analyse de l'article 42 à propos de la détermination de l'état d'occupation, mais une « interprétation large » dans son évaluation de l'article 43 du Règlement de La Haye en ce qui concerne les « individus ». Jugement disponible sur : [http://www.icty.org/x/cases/naletilic\\_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf](http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/tjug/fr/tj030331f.pdf).

30 Voir A. Roberts, *op. cit.*, note 1, p. 256.

31 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 38-42. Voir aussi M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 24, p. 749. À propos de l'arrêt rendu dans l'affaire *Le Procureur c. Naletilic*, l'auteur estime « contestable » la manière dont la Chambre de première instance du TPIY a interprété la IV<sup>e</sup> Convention de Genève.

32 Voir Tristan Ferraro, « Comment déterminer le début et la fin d'une occupation au sens du droit international humanitaire », dans cette édition.

33 Voir cependant H.-P. Gasser, *op. cit.*, note 7, pp. 276-277, règle 528, para. 3. L'auteur estime que, pour ce qui est de la protection générale de la population, une série de dispositions contenues dans la Partie II de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève (articles 13 à 26) serait applicable dans les zones disputées.



situation de nature transitoire et à évolution rapide inhérente à la période initiale d'une invasion ou lors d'une patrouille.

En tout état de cause, dans ses rapports avec la population civile, un commandant militaire doit se conformer aux principes généraux, bien établis, du droit humanitaire qui protègent la population civile même lorsque le territoire n'est pas occupé. Ainsi qu'il ressort de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier<sup>34</sup>, la coutume peut être la source de telles règles. En ce sens, les principes énoncés dans la IV<sup>e</sup> Convention de Genève peuvent éclairer les règles de droit coutumier. Concernant le traitement des civils dans de telles situations transitoires, d'aucuns privilégient l'exercice d'une autorité basée sur des traités. Nous leur rappellerons que l'article 75 du Protocole additionnel I<sup>35</sup> est applicable quand des personnes se trouvant au pouvoir d'une partie au conflit ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions ou du Protocole additionnel<sup>36</sup>. De la même façon, l'article 75 peut éclairer les règles coutumières applicables dans de telles situations<sup>37</sup>.

## L'état de droit

Le maintien de l'ordre dans un territoire occupé requiert une volonté affirmée de respecter l'état de droit<sup>38</sup>. Cette exigence est liée à la question des droits des habitants du territoire. Du point de vue du droit humanitaire, l'article 43 du Règlement de La Haye a été qualifié de « mini-constitution pour l'administration de l'occupation »<sup>39</sup>, la IV<sup>e</sup> Convention de Genève étant « une déclaration des droits de la population occupée, un ensemble de principes directeurs acceptés au niveau international pour l'administration légale des territoires occupés »<sup>40</sup>. Les droits humains fondamentaux, y compris le droit à la vie, sont

34 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. I, CICR et Bruylant, Bruxelles, 2006, disponible sur : [http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc\\_001\\_pcustom.pdf](http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_pcustom.pdf) (ci-après : *Étude du CICR sur le droit coutumier*).

35 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), ouvert à la signature le 12 décembre 1977, 1125 UNTS 3 (ci-après Protocole additionnel I ou PA I).

36 Voir aussi Yves Sandoz et al. (éd.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR/Nijhoff, Genève/Dordrecht, 1986. Il est stipulé au paragraphe 3015, p. 891, du *Commentaire du Protocole additionnel I* que : « [I]es protections découlant de l'article 75 sont, avant tout, applicables à ceux qui ne peuvent pas prétendre à l'application des Conventions ou à leur application intégrale ... ».

37 Voir Marko Milanovic, « Article 75 AP I and US *opinio juris* », dans *European Journal of International Law: Talk!*, 9 mars 2011, disponible en anglais sur : <http://www.ejiltalk.org/article-75-ap-i-et-us-opinio-juris/>, à propos du statut en droit coutumier de l'article 75 du PA I.

38 Voir Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1998, pp. 213-214. L'auteur énumère les éléments constitutifs de l'état de droit, à savoir : l'exercice du pouvoir par les représentants de la force publique doit être fondé sur l'autorité conférée par les lois ; les lois doivent être conformes aux normes de la justice (sur le fond et sur la forme) ; les trois fonctions – exécutive, législative et judiciaire – doivent être séparées ; l'appareil judiciaire ne doit pas être contrôlé par l'exécutif ; enfin, toutes les personnes juridiques sont soumises à la loi.

39 E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 9 [traduction CICR].

40 *Ibid.*, p. 105 [traduction CICR]. Voir aussi Yoram Dinstein, « The international law of inter-state wars and human rights », dans *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 7, 1977, p. 149. Selon l'auteur, « [I]es

spécifiquement protégés dans le Règlement de La Haye<sup>41</sup>, la IV<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>42</sup> et l'article 75 du Protocole additionnel I<sup>43</sup>. Cette protection est également rappelée dans le *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention* : « [i]l faut, en effet, se souvenir que les Conventions sont faites avant tout pour protéger des individus et non pas pour servir les intérêts des États »<sup>44</sup>.

Les droits de l'homme protègent, eux aussi, les droits des habitants des territoires occupés. En 1996, dans l'Avis consultatif rendu dans l'affaire relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*<sup>45</sup>, la CIJ a estimé que les deux régimes juridiques s'appliquaient ensemble, en ce sens que les droits de l'homme sont applicables en temps de guerre et que le droit humanitaire agit en tant que *lex specialis* pour déterminer ce qui constitue une privation arbitraire du droit à la vie au regard des droits de l'homme pendant des hostilités. Par ailleurs, comme la CIJ l'a déclaré en 2004 dans l'*affaire du mur*<sup>46</sup>,

trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international<sup>47</sup>.

Les droits de l'homme sont applicables dans les territoires occupés, qu'il s'agisse du droit conventionnel ou du droit international coutumier. Il est vrai que certains États, tels que les États-Unis, prétendent que le droit conventionnel des droits de l'homme ne peut pas être applicable en dehors du territoire national<sup>48</sup> ; par contre,

droits fondamentaux des personnes civiles en temps de guerre – principalement dans les territoires occupés – sont incorporés dans le Règlement de La Haye et dans la quatrième Convention de Genève » [traduction CICR].

41 Voir Règlement de La Haye, art. 46 : « L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés. La propriété privée ne peut pas être confisquée ».

42 Voir CG IV, art. 27(1), art. 48 et suivants. L'art. 27(1) stipule : « Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique ». Comme il est dit dans le *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 27, p. 217, à propos du droit à la vie : « [à] la différence de l'article 46 du Règlement de La Haye, le présent article ne le mentionne pas expressément. Il est cependant évident que ce droit, sans lequel les autres n'ont plus de raison d'être, y est implicitement inscrit ».

43 Par exemple, l'art. 72(2) du PA I précise notamment : « [s]ont et demeureront prohibés en tout temps et en tout lieu les actes suivants, qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires : a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, notamment : i) le meurtre ; ii) la torture sous toutes ses formes, qu'elle soit physique ou mentale ; iii) les peines corporelles ; iv) les mutilations ».

44 *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 2, p. 24.

45 CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil CIJ, 1996, p. 240, para. 25, disponible sur : <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf> (ci-après : *Affaire des armes nucléaires*).

46 *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 23, pp. 45-46, para. 105.

47 *Ibid.*, p. 178, para. 106.

48 Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-state Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 197-198, à propos de la position des États-Unis ; Michael J. Dennis, « Application of human

la portée territoriale du droit international coutumier des droits de l'homme n'est pas limitée<sup>49</sup>. Comme l'a relevé David Kretzmer, le fait de prétendre qu'un État n'a pas d'obligations vis-à-vis d'une personne affectée par ses actions « serait incompatible avec la notion même d'universalité des droits de l'homme »<sup>50</sup>. Le document intitulé *Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States* [Déclaration sur le droit des relations étrangères des États-Unis] reflète la portée du droit coutumier : il y est relevé que ce droit inclut la protection contre le meurtre, la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou la détention arbitraire prolongée<sup>51</sup>. Il convient de noter que, dans le domaine du maintien de l'ordre, le *Restatement of Foreign Relations Law* établit spécifiquement un lien entre les normes des droits de l'homme et les interventions de la police. Ce document précise que, bien que le meurtre soit déclaré être une violation du droit international, cela n'est pas le cas lorsqu'il est nécessaire d'ôter la vie dans des circonstances exceptionnelles, « par exemple, quand des policiers en service doivent se défendre eux-mêmes ou défendre d'autres personnes innocentes, ou chercher à prévenir une infraction grave »<sup>52</sup>. Il apparaît donc que le droit à la vie, ainsi que d'autres droits humains fondamentaux, sont protégés tant par le DIH que par les droits de l'homme.

rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2005, p. 119.

49 Major Sean Condrion (éd.), *Operational Law Handbook*, Judge Advocate General's Legal Center and School, Charlottesville, VA, 2011, p. 45, disponible sur : [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/operational-law-handbook\\_2011.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2011.pdf). Les auteurs relèvent que la Déclaration sur le droit des relations étrangères des États-Unis (*Restatement of Foreign Relations Law*) « [n]e formule aucune réserve quant au lieu où la violation pourrait se produire, ni contre qui elle pourrait être dirigée. C'est donc le statut en droit international coutumier de certains droits de l'homme qui fait de leur respect une obligation juridique pour les forces des États-Unis conduisant des opérations en dehors des États-Unis, et non pas le fait que ces droits soient ou non reflétés dans des traités ratifiés par les États-Unis. Les praticiens doivent toutefois se référer à des traités spécifiques, ainsi qu'à toute éventuelle loi d'exécution ultérieure, afin de déterminer si cette règle générale est inapplicable en une certaine circonstance » [traduction CICR]. Voir aussi N. Lubell, *op. cit.*, note 48, p. 235, et Noam Lubell, « Challenges in applying human rights law to armed conflict », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, N° 860, décembre 2005, p. 741; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 71. L'auteur relève que tant le PIDCP que la Convention européenne sont limités en ce qui concerne leur application aux Parties contractantes mais que « [l]es droits de l'homme coutumiers sont conférés aux êtres humains, où qu'ils se trouvent » [traduction CICR]. Voir aussi *Nuhanovic vs De Staat der Nederlanden*, Cour d'appel de La Haye, Affaire N° 200.020.174/01, 5 juillet 2011, p. 17, para. 6.3, disponible sur : <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5388>. On peut y lire : « [e]n outre, la Cour évaluera la conduite alléguée à l'aune des principes juridiques contenus aux articles 2 et 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et aux articles 6 et 7 du PIDCP (traitant respectivement du droit à la vie et de l'interdiction du traitement inhumain), car ces principes, qui figurent parmi les principes juridiques les plus fondamentaux des nations civilisées, doivent être considérés comme des règles de droit international coutumier qui ont une valeur universelle et par lesquelles l'État est lié [traduction CICR] » ; *Mustafic-Mujic et al. vs De Staat der Nederlanden*, Cour d'appel de La Haye, Affaire N° 200.020.173/01, 5 juillet 2011, p. 18, para. 6.3, disponible sur : <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR5386>.

50 David Kretzmer, « Targeted killing of suspected terrorists: extra-judicial executions or legitimate means of self-defence? », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 2, 2005, p. 184 [traduction CICR].

51 *Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 2, American Law Institute Publishers, St. Paul, MN, 1987, pp. 161-175 (ci-après : *Restatement of Foreign Relations Law*).

52 *Ibid.*, pp. 163-164, para. f. [traduction CICR].

C'est dans le contexte de la préservation de l'ordre et de la sécurité publics que se pose souvent la question de la relation entre les deux ensembles de règles juridiques applicables que sont le droit humanitaire et les droits de l'homme. L'occupation du territoire ennemi ne mettant pas fin à un conflit armé, il est inévitable (comme cela avait été relevé en 1950 par Richard Baxter) « que les habitants d'une zone sous occupation acceptent mal le joug de l'ennemi ... et qu'en maintes occasions, agissant seuls ou de concert, ils commettent des actes incompatibles avec la sécurité des forces d'occupation »<sup>53</sup>. Cette réalité se reflète dans la référence aux « mouvements de résistance organisés » qui figure dans la III<sup>e</sup> Convention de Genève<sup>54</sup>. Elle correspond également au concept de « combattant armé » précisé à l'article 44(3) du Protocole additionnel I qui énonce les règles spéciales régissant le maintien du statut de combattant et tenant compte des « situations dans les conflits armés où, en raison de la nature des hostilités, un combattant armé ne peut se distinguer de la population civile »<sup>55</sup>. En de telles circonstances, un certain nombre d'États n'acceptent le statut de combattant que dans les territoires occupés et dans les conflits armés impliquant un effort de libération nationale<sup>56</sup>. Par ailleurs, la IV<sup>e</sup> Convention de Genève prévoit la détention administrative de civils (internement et résidence forcée<sup>57</sup>), ainsi que l'engagement de poursuites pénales contre les personnes qui commettent des infractions visant à nuire à la puissance occupante<sup>58</sup>.

53 Richard R. Baxter, « The duty of obedience to the belligerent occupant », dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 27, 1950, p. 235 [traduction CICR].

54 CG III, art. 4(A)(2). La résistance en temps d'occupation se distingue de la participation aux combats dirigés contre une force d'invasion. Le Règlement de La Haye (art. 2) et la III<sup>e</sup> Convention de Genève (art. 4(A)(6)) accordent le statut de belligérant légitime lors de ce que l'on a appelé une levée en masse ; le droit d'être traité comme un prisonnier de guerre en cas de capture va de pair avec ce statut. La levée en masse est décrite de la façon suivante : à l'approche d'un ennemi, les habitants d'un territoire non occupé prennent spontanément les armes afin de résister à l'invasion, sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières ; ils doivent porter ouvertement les armes et respecter les lois et coutumes de la guerre. Ce qui n'est pas clairement défini, c'est le niveau d'organisation que doivent avoir les habitants pour être considérés comme des participants légitimes au conflit armé (bien qu'historiquement, la participation à titre individuel n'ait pas été prise en compte). Voir James Molony Spaight, *War Rights on Land*, MacMillan, Londres, 1911, pp. 51-56. La population qui se soulevait dans un territoire occupé n'avait, à l'origine, pas le droit d'agir ainsi ; néanmoins, en 1949, l'art. 4(A)(2) de la III<sup>e</sup> Convention a prévu la possibilité d'accorder le statut de prisonnier de guerre aux membres des mouvements de résistance organisés appartenant à l'une des parties à un conflit. Ces membres doivent satisfaire à des conditions spécifiques : avoir à leur tête une personne responsable, avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, porter ouvertement les armes, et conduire leurs opérations de manière conforme au droit. Néanmoins, ces conditions d'octroi du statut de combattant légitime aux membres des mouvements de résistance organisés sont largement considérées comme étant irréalistes sur le plan pratique. Voir Howard Levie, « Prisoners of war in international armed conflict », dans *International Law Studies*, Vol. 59, 1977, p. 42.

55 PA I, art. 44(3) [mis en italiques par nos soins]. En de telles circonstances, le combattant doit porter ses armes ouvertement pendant chaque engagement militaire ainsi que pendant le temps où il est exposé à la vue de l'adversaire alors qu'il prend part à un déploiement militaire précédant le lancement d'une attaque.

56 Voir, par exemple, les réserves formulées par le Canada, le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne, disponible sur : <http://www.icrc.org/dih.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P>.

57 CG IV, art. 78.

58 CG IV, art. 68.

En même temps, le maintien de l'ordre public exige que, comme dans toute société, la population soit placée sous le contrôle de la police<sup>59</sup>. Malheureusement, ni le Règlement de La Haye, ni les Conventions de Genève, ni leur Protocole additionnel I ne mentionnent directement la police, bien que ses activités fassent intégralement partie des mesures autorisées par le droit humanitaire (détention, internement, poursuite de criminels et privation de liberté pour raisons de sécurité)<sup>60</sup>. De plus, le droit conventionnel ne décrit pas spécifiquement les interactions entre, d'une part, les interventions de la police et, d'autre part, la conduite des hostilités dirigées contre les participants au conflit armé en cours. Néanmoins, avant d'examiner les interactions entre les interventions de la police et les opérations militaires, il importe de se rendre compte de la complexité des problèmes de sécurité qui peuvent se présenter en temps d'occupation. C'est donc sur cette question que l'analyse va maintenant porter.

## La complexité de la situation sécuritaire en territoire occupé

C'est tout d'abord à la lumière du concept d'occupation « violente », par opposition à « calme », que la complexité des questions de sécurité en temps d'occupation sera examinée. Plusieurs exemples d'occupation violente que le monde a connus depuis la Seconde Guerre mondiale, et surtout le cas plus récent de l'occupation de l'Irak (2003-2004), permettront de mettre en évidence la nature, l'étendue et l'intensité des hostilités susceptibles de se produire lors d'occupations de ce type. Il sera ainsi plus facile d'examiner sous l'angle juridique les normes qui régissent le maintien de l'ordre en territoire occupé. La diversité des types d'occupation, d'une part, et le caractère unique de la relation entre la puissance occupante et les habitants d'un territoire occupé d'autre part, font que le droit de l'occupation est parfois perçu comme un corpus juridique distinct du droit humanitaire régissant les hostilités dans leur ensemble. Il a été dit que l'occupation militaire avait une « nature particulière à mi-chemin entre guerre et paix »<sup>61</sup> et qu'en période d'occupation, « il n'y a pas d'opérations militaires majeures dans la zone occupée »<sup>62</sup>. De même, quand la Puissance occupante veut restaurer l'ordre public, elle rencontre toujours « des problèmes relevant davantage des opérations de maintien de la paix que des guerres traditionnelles entre États »<sup>63</sup>. La nature de la situation sécuritaire dans

59 John Keegan, *A History of Warfare*, Vintage Books, New York, 1993, p. 57 : « [I]es sociétés civilisées dans lesquelles nous préférons vivre sont gouvernées par les lois, ce qui signifie qu'elles sont placées sous le contrôle de la police » [traduction CICR].

60 CG IV, art. 64 à 78.

61 Danio Campanelli, « Le droit de l'occupation militaire à l'épreuve des droits de l'homme », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, *Sélection française 2008*, pp. 307-323.

62 *Ibid.*, p. 314.

63 M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 662 [traduction CICR]. Voir aussi Joshua S. Goldstein, *Winning the War on War: The Decline of Armed Conflict Worldwide*, Dutton, New York, 2011, p. 130. L'auteur, bien que se référant à une situation de non-occupation, relève que « [I]es opérations de paix et les opérations anti-insurrectionnelles se ressemblent de plus en plus, comme cela s'observe aujourd'hui en Afghanistan, où des éléments civils/politiques et militaires de l'action anti-insurrectionnelle se mélangent en

le territoire sous occupation peut être telle qu'aucune violence régulière ne se produit. En ce cas, la situation est qualifiée d'occupation « calme » ; si des actes de violence surviennent malgré tout, on parle de « flambée de violence » ou de « reprise » des hostilités<sup>64</sup>.

Indéniablement, certaines situations d'occupation connaissent un calme relatif, en l'absence d'hostilités ou quand les hostilités ont cessé depuis un certain temps. L'emploi de ces termes pose toutefois problème : ils risquent en effet d'être interprétés comme suggérant soit que la coexistence pacifique constitue la norme (et la conduite des hostilités l'exception) pendant une occupation militaire, soit que le droit de l'occupation ne fait pas partie intégrante du DIH. L'occupation belligérante est fondamentalement un produit de la guerre<sup>65</sup> ; de fait, l'histoire des conflits armés montre qu'une force occupante peut être confrontée à une large gamme de problèmes de sécurité. Loin d'être « calmes », certaines situations connaissent un niveau élevé de violence généralisée et prolongée.

Les occupations de la Seconde Guerre mondiale et, plus récemment, celle de l'Irak appartiennent à ce type de situations violentes. L'exemple des premières est pertinent, car les rédacteurs de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève de 1949 avaient à l'esprit la portée, l'ampleur et la violence des hostilités qui venaient de prendre fin. Les règles relatives à la protection de la population civile et au traitement des personnes qui menacent la sécurité de la puissance occupante sont conçues pour être appliquées de manière universelle, quelle que soit l'identité de cette puissance ou de la résistance organisée. Un rapide examen de la nature et de l'organisation de la résistance à l'occupation montrera à quel point la situation sécuritaire peut être complexe lors d'une occupation « violente ».

## Les groupes de résistance pendant la Seconde Guerre mondiale

C'est sans doute au cours de ce conflit que les groupes opposant une résistance à l'occupation ont été de types les plus divers. Du fait de l'ampleur planétaire du conflit, « à travers le monde, les groupes [menant des opérations de résistance] variaient considérablement en termes de taille, de composition, de motivation, de mission et d'efficacité » ; de plus, « souvent, seule une ressemblance générique existait entre diverses actions de résistance »<sup>66</sup>. Il a été relevé qu'étant donné la

toute fluidité avec l'assistance humanitaire, la résolution intertribale des conflits et le développement des capacités de la société civile, tout cela sous l'égide d'un mandat des Nations Unies, mais avec l'intervention de forces de l'OTAN lourdement armées » [traduction CICR].

64 Centre universitaire de droit international humanitaire (CUDIH), *Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflict and Situations of Occupation*, rapport de la réunion d'experts sur le droit à la vie dans les conflits armés et les situations d'occupation, tenue à Genève les 1<sup>er</sup> et 2 septembre 2005, pp. 22-23 (ci-après *Rapport de la réunion du CUDIH*), disponible (en anglais seulement) sur : [http://www.Geneve-academy.ch/docs/expert-meetings/2005/3rapport\\_droit\\_vie.pdf](http://www.Geneve-academy.ch/docs/expert-meetings/2005/3rapport_droit_vie.pdf). Voir aussi Louise Doswald-Beck, « The right to life in armed conflict : does international humanitarian law provide the answers ? », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, N° 864, décembre 2006, pp. 892-894.

65 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 1.

66 Robert B. Asprey, *War in the Shadows*, Vol. I, Doubleday & Co. Inc., Garden City, New York, 1975, p. 409 [traduction CICR].

rapidité initiale des victoires de l'Allemagne et « l'absence générale de planification avant la guerre, il est surprenant de voir la vitesse à laquelle les mouvements nationaux de résistance ont surgi partout en Europe »<sup>67</sup>. Pendant la plus grande partie de la Seconde Guerre mondiale, en Pologne, Tchécoslovaquie, Norvège, Danemark, Hollande, Belgique, France et Italie, la résistance a mené une guerre de guérilla d'un type plus subtil qu'en Union soviétique ou en Yougoslavie (cela pour plusieurs raisons : absence de terrain convenant à l'établissement d'un sanctuaire, communications inadéquates, différences de tempéraments et divergences d'opinions politiques). De façon générale, les résistants opéraient individuellement ou en petits groupes pour accomplir diverses tâches – « terreur, subversion ou sabotage », collecte de renseignements et activités visant, par exemple, à aider les aviateurs alliés abattus – tout en s'efforçant de constituer des armées secrètes de guérilla<sup>68</sup>.

Par contre, dans le centre et le nord de la Russie, les unités de partisans opéraient souvent en brigades opérationnelles de francs-tireurs contrôlant de vastes zones avec un effectif de 12 à 20 000 personnes<sup>69</sup>. Leurs activités s'étendaient des embuscades et des actes de sabotage perpétrés par de petites unités à des opérations coordonnées avec l'Armée rouge<sup>70</sup>. En Yougoslavie, où l'environnement politique était particulièrement complexe, il y avait deux groupes de résistants : les Tchétchiks nationalistes et les Partisans communistes de Tito. Ces groupes ont commencé la lutte ensemble mais un clivage irréparable s'est creusé entre eux<sup>71</sup>. Tito s'est efforcé de mettre sur pied une armée régulière<sup>72</sup>, tout en employant également les résistants que les occupants allemands appelaient les « *Haus Partisanen* ». En même temps qu'ils tuaient des soldats et poursuivaient les sabotages, ces partisans fonctionnaient comme un gouvernement fantôme<sup>73</sup>.

Il a été relevé que deux stratégies se sont développées au sein des groupes de résistance : « l'une conservatrice, l'autre révolutionnaire »<sup>74</sup>. La Russie fournit un exemple de la stratégie conservatrice (les opérations menées avaient pour but de restaurer l'ancien régime). Les partisans de Tito (qui combattaient pour s'emparer du pouvoir détenu par le gouvernement en exil) représentaient, quant à eux, la stratégie « révolutionnaire »<sup>75</sup>. Cela montre que les mouvements de résistance peuvent être motivés non seulement par le désir de faire cesser l'occupation, mais

67 John Shy et Thomas W. Collier, « Revolutionary War », dans Peter Paret (éd.), *Makers of Modern Strategy from Machiavelli to the Nuclear Age*, Princeton University Press, Princeton, 1986, p. 833 [traduction CICR].

68 R.B. Asprey, *op. cit.*, note 66, pp. 417-418 [traduction CICR].

69 *Ibid.*, p. 460.

70 *Ibid.*, p. 461.

71 *Ibid.*, p. 472.

72 Voir John Ellis, *From the Barrel of a Gun: A History of Guerrilla, Revolutionary and Counter-insurgency Warfare, from the Romans to the Present*, Greenhill Books, Londres, 1995, pp. 165-166. L'auteur examine le développement des unités organisées en brigades, divisions et corps d'armée capables de mener des opérations « à mi-chemin entre des opérations de guérilla proprement dites et une véritable guerre de position » [traduction CICR].

73 R.B. Asprey, *op. cit.*, note 66, p. 481.

74 J. Shy et T.W. Collier, *op. cit.*, note 67, p. 833 [traduction CICR].

75 *Ibid.*

aussi par des objectifs politiques qui leur sont propres et qui ont une incidence sur la conduite des hostilités.

L'ouvrage de Mao Tsé Tung intitulé *De la guerre révolutionnaire*<sup>76</sup> est souvent associé aux conflits qui ont éclaté au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Or, cet ouvrage a été publié en 1937, dans le contexte de la guerre menée contre les envahisseurs japonais qui occupaient la Chine. En décrivant ce type de guerre, Mao souligne que les unités de guérilla peuvent être organisées à partir de toute une série d'entités : les masses populaires, les unités de l'armée régulière, les milices locales, la police, les rangs de l'ennemi, et même des groupes de bandits<sup>77</sup>. Sur le plan opérationnel, leur « principal champ d'activité se situe dans les lignes arrières de l'ennemi », ce qui renforce le fait que le conflit armé continue souvent après que le territoire ait été occupé<sup>78</sup>. Les forces de la guérilla ont été jugées « particulièrement efficaces en Extrême-Orient, où les guérilleros communistes chinois ont aidé les divisions de l'armée régulière du KMT [Kuomintang] à retenir l'avancée de quelque 25 divisions japonaises pendant la plus grande partie de la guerre »<sup>79</sup>.

Certes, il est tentant de considérer les activités violentes des mouvements de résistance de la Seconde Guerre mondiale comme une relique des temps anciens. Pourtant, l'exemple plus récent de l'Irak donne à penser qu'il en est autrement. Quelque soixante ans après la Seconde Guerre mondiale, l'existence en Irak d'une diversité de groupes de résistance, de méthodes d'opération, de motivations et de niveaux de violence était évidente. Par ailleurs, s'agissant du maintien de l'ordre public, l'occupation de l'Irak a mis en évidence la difficulté de contenir l'activité criminelle tout en luttant contre les graves menaces que les opérations des insurgés font peser sur la sécurité. Un examen plus détaillé de la complexité de la situation sécuritaire au lendemain de l'invasion de l'Irak de 2003 sera particulièrement utile pour mieux comprendre la nature d'une occupation « violente ».

## La complexité de la situation sécuritaire en Irak

L'opération militaire menée contre l'Irak par la Coalition de manière rapide et essentiellement classique a commencé le 20 mars 2003 et s'est terminée le 1<sup>er</sup> mai 2003, jour où le Président Bush a déclaré que « les principales opérations de combat » étaient terminées<sup>80</sup>. La période exacte de l'occupation de l'Irak fait encore

76 Mao Tsé-Dung, *On Guerrilla Warfare*, traduit par Samuel B. Griffith, University of Illinois Press, Champaign, IL, 2000.

77 *Ibid.*, pp. 71-76.

78 *Ibid.*, pp. 52-53 [traduction CICR].

79 J. Ellis, *op. cit.*, note 72, p. 200 [traduction CICR].

80 Thomas E. Ricks, *Fiasco: The American Military Adventure in Iraq*, Penguin Press, New York, 2006, p. 145 [traduction CICR]. Voir aussi Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), *Affaire Al-Skeini et consorts c. Royaume-Uni*, requête No. 55721/07, 7 juillet 2011, para. 10, disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-105607#%7B%22itemid%22%3A%22001-105607%22%7D> (ci-après : *Affaire Al-Skeini*).



l'objet d'un débat<sup>81</sup>, mais il est largement admis que le pays a été occupé du 1<sup>er</sup> mai 2003 au 28 juin 2004<sup>82</sup>. Pillages et troubles civils se sont produits avant même le commencement *de jure* de l'occupation, au moment où les troupes américaines ont atteint le centre de Bagdad, le 9 avril 2003. La police et le gouvernement irakiens ont disparu, tandis que, pour la plupart, les forces militaires d'invasion se contentaient d'observer ce qui se passait. Comme il a été relevé,

[d]ès qu'il est apparu clairement que les soldats américains n'allaient pas intervenir, l'exubérance du public, la joie de la libération et l'opportunisme économique se sont rapidement estompés, laissant place à des efforts systématiques qui visaient à dépouiller les magasins et les institutions publiques de la capitale de tout ce qui pouvait avoir de la valeur<sup>83</sup>.

À la suite de la disparition de l'autorité centrale, et de la décision prise en 2002 par Saddam Hussein de laisser sortir de prison quelque 38 000 détenus, le pays a vu des éléments criminels se lancer dans une vague de violence, perpétrant meurtres, kidnappings, viols et violations de domicile<sup>84</sup>. Il a été relevé que « [s]elon une estimation prudente, quelque 10 000 civils irakiens ont été tués au cours de l'année qui a suivi l'intervention américaine »<sup>85</sup>.

Les planificateurs militaires n'avaient pas pris les mesures adéquates pour faire face à l'effondrement de l'ordre public. La situation due à la désintégration massive de ce qui avait été une force policière de qualité douteuse s'est encore aggravée quand, le 23 mai 2003, la Coalition a pris la décision de dissoudre les entités irakiennes. Comme l'a écrit Thomas Ricks, « parmi les entités dissoutes figuraient non seulement l'armée, mais aussi la police et les forces de sécurité du ministère de l'Intérieur »<sup>86</sup>. Alors que des efforts importants étaient déployés pour reconstituer une force de police irakienne, d'importantes lacunes réduisaient la capacité de la Coalition d'exercer des activités de police sur tout le territoire occupé. Les pillages commis à Bagdad ont rendu encore plus difficile le rétablissement du

81 Voir Robert Kolb, « Occupation in Iraq since 2003 and the powers of the UN Security Council », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 869, 2008, p. 29; voir aussi M. Zwanenburg, *op. cit.*, note 24, p. 745; Adam Roberts, « The end of occupation in Iraq (2004) », dans *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, janvier 2005, p. 27; voir enfin Adam Roberts, « Transformative military occupation: applying the laws of war and human rights », dans *American Journal of International Law*, Vol. 100, N° 3, 2006, pp. 608-613.

82 Voir *Affaire Al-Skeini*, *op. cit.*, note 80, para. 143: « Ce but fut atteint le 1<sup>er</sup> mai 2003, lorsque la fin des principales opérations de combat fut prononcée et que les États-Unis et le Royaume-Uni devinrent des puissances occupantes au sens de l'article 42 du règlement de La Haye »; voir aussi, *ibid.*, para. 148: « En définitive, l'occupation prit fin le 28 juin 2004, avec le transfert de l'Autorité provisoire de la coalition, désormais dissoute, au gouvernement intérimaire de la responsabilité pleine et entière du gouvernement de l'Irak ».

83 David H. Bayley et Robert M. Perito, *The Police in War: Fighting Insurgency, Terrorism, and Violent Crime*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, CO, 2010, p. 6 [traduction CICR].

84 *Ibid.*, p. 7. Voir aussi John Keegan, *The Iraq War*, Key Porter Books, Toronto, 2004, pp. 206-207.

85 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 7 [traduction CICR].

86 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, p. 162 [traduction CICR]. Voir aussi *Coalition Provisional Authority Order Number 2: Dissolution of Entities*, 23 mai 2003, disponible sur : [http://www.Irakcoalition.org/regulations/20030823CPAORD\\_2\\_Dissolution\\_of\\_Entities\\_with\\_Annex\\_A.pdf](http://www.Irakcoalition.org/regulations/20030823CPAORD_2_Dissolution_of_Entities_with_Annex_A.pdf).

courant électrique, ce qui a « encore aggravé un problème de sécurité grandissant » et encouragé la criminalité<sup>87</sup>. À Bassora, les forces britanniques se sont empressées d'adopter une approche visant à gagner les cœurs et les esprits de la population dès la fin de la phase initiale des combats<sup>88</sup>, tout en s'efforçant de faire régner la loi et l'ordre<sup>89</sup>. L'insuffisance des capacités dans ce domaine aurait pu être comblée par les forces de la Coalition, ou même par des forces de police internationales, mais il avait été prévu (à tort) que le personnel de sécurité irakien reste en place<sup>90</sup>. Par ailleurs, une telle approche a rencontré peu de soutien au sein du gouvernement américain dans les premiers mois de l'occupation<sup>91</sup>.

Les menaces pesant sur l'ordre public ne se bornaient pas à la criminalité ordinaire et aux actes commis au mépris de la loi. La montée de l'insurrection s'est également manifestée au travers d'attaques à l'aide d'engins explosifs improvisés qui visaient les forces de la Coalition<sup>92</sup>. Au cours de ce que l'on a appelé la « guerre des bombes de bord de route », les « insurgés utilisaient habituellement des obus d'artillerie de 155 mm et toute une variété d'obus de mortier ainsi que, occasionnellement, du TNT ou un explosif plastique »<sup>93</sup>. Selon les estimations, le nombre moyen d'attaques lancées chaque jour contre les troupes américaines avec des bombes, mortiers et des grenades est passé de 25 en janvier 2004 à une cinquantaine en juin de la même année<sup>94</sup>. Des combats ont également eu lieu pour prendre le contrôle de villes et de régions entières de l'Irak<sup>95</sup>. Dans le cadre de l'affaire *Al-Skeini*, il a été déclaré qu'au 30 juin 2004, dans la zone d'opérations de la Division multinationale (Sud-est), le décompte total des actes de violence était le suivant : 1 050 attaques violentes, dont cinq attaques antiaériennes, 12 attaques à la grenade, 101 attaques et 52 tentatives d'attaque impliquant des engins explosifs

87 Michael R. Gordon et Général Bernard E. Trainor, *Cobra II: The Inside Story of the Invasion and Occupation of Iraq*, Pantheon Books, New York, 2006, p. 468 [traduction CICR].

88 J. Keegan, *op. cit.*, note 84, p. 182.

89 *Affaire Al-Skeini*, *op. cit.*, note 80, para. 22, citant le « Rapport Aitken » publié par le ministère britannique de la Défense en 2008.

90 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 6.

91 *Ibid.*, p. 11.

92 Voir aussi J. Keegan, *op. cit.*, note 84, p. 207. L'auteur écrit au sujet des insurgés : « [L]eurs méthodes, que connaissent les troupes israéliennes combattant l'intifada ainsi que l'armée britannique déployée en Irlande du Nord, étaient celles de terroristes (attaques de patrouilles par des hommes armés qui disparaissaient dans les ruelles adjacentes, bombes de bord de routes) et étaient intensifiées par le sacrifice des commandos suicide » [traduction CICR].

93 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, p. 217 [traduction CICR]. Sergio Catignani, « The Israel Defense Forces and the Al-Aqsa Intifada: when tactical virtuosity meets strategic disappointment », dans Daniel Marston et Carter Malkasian (éds), *Counterinsurgency in Modern Warfare*, Osprey Publishing, Oxford, 2010, p. 235, relève que ce type d'armes a également été employé par des groupes qui résistaient à d'autres forces d'occupation, notamment dans les années 2000-2005, lors de l'Intifada al-Aqsa contre l'occupation israélienne : alors, « la pose d'engins explosifs improvisés sur les routes menant aux colonies constituait une tactique particulièrement meurtrière qui a coûté la vie à un grand nombre de militaires et de civils » [traduction CICR].

94 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, p. 329. Voir aussi *ibid.*, p. 337. Les actes de violence contre les forces d'occupation perpétrés début 2004 se sont multipliés, passant « de quelque 280 incidents au cours de la dernière semaine de mars, à 370 la première semaine d'avril, puis 600 la semaine suivante » [traduction CICR].

95 *Ibid.*, p. 345.

improvisés, 145 attaques au mortier, 147 attaques à la grenade propulsée par fusée, et 535 fusillades<sup>96</sup>.

De fait, l'Irak a été le théâtre de toute une série d'attaques lancées non seulement contre les forces militaires des États-Unis et de la Coalition, mais aussi contre diverses cibles – hautes personnalités politiques irakiennes, entreprises étrangères, officiers et services de sécurité irakiens, Irakiens collaborant avec les autorités d'occupation, infrastructures essentielles (telles que centrales électriques, usines de gaz naturel liquéfié et installations pétrolières) – ainsi que contre des cibles symboliques telles que l'ambassade de Jordanie et le quartier général des Nations Unies à Bagdad<sup>97</sup>. Douze personnes ont perdu la vie lors de l'attentat suicide à la voiture piégée commis contre la délégation du CICR dans le centre de Bagdad<sup>98</sup>. Or, ce ne sont là ni des armes, ni des tactiques, ni même un niveau de violence dont les autorités chargées de l'application des lois ont l'habitude; bien qu'ayant à faire face à des actes de terrorisme isolés, elles ne disposent pas d'ordinaire de l'équipement ou de l'entraînement qui leur seraient nécessaires.

Les affrontements qui se sont produits à Bagdad et dans d'autres villes, telles que Faloudjah et Nadjaf, ont été eux aussi une manifestation de violence guerrière. À Sadr City, un quartier de Bagdad, des hommes en armes, membres de l'armée du Mahdi de Moqtada al-Sadr se sont emparés de huit postes de police et ont échangé des tirs avec les forces américaines. Huit soldats américains auraient été tués et 51 blessés, et les affrontements auraient fait plusieurs centaines de victimes dans les rangs des combattants irakiens<sup>99</sup>. Le conflit s'est étendu, gagnant des villes du sud de l'Irak placées sous le contrôle de troupes italiennes, espagnoles, polonaises, ukrainiennes et salvadoriennes<sup>100</sup>. L'action menée par les États-Unis pour prendre le contrôle de la ville de Faloudjah (majoritairement sunnite) a débuté pendant l'occupation, en avril 2004, et s'est poursuivie jusqu'en novembre 2004. Bien que l'information n'ait pas été confirmée, le nombre de tués aurait « dépassé 600, y compris des insurgés et des civils, et il y aurait eu plus d'un millier de blessés »<sup>101</sup>. Une attaque menée en avril 2004 contre quelque 500 insurgés<sup>102</sup> a inclus 150 frappes aériennes et détruit entre 75 et 100 bâtiments

96 *Affaire Al-Skeini, op. cit.*, note 80, p. 10, para. 23.

97 Ahmed S. Hashim, *Insurgency and Counter-insurgency in Iraq*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 2006, pp. 188-200.

98 BBC News, « Baghdad terror blasts kills dozens », 27 octobre 2003, disponible sur: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/3216539.stm>.

99 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, p. 338. Voir aussi A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 256-264, à propos de Moqtada al-Sadr et de la révolte de 2003-2004; Patrick Cockburn, *Muqtada Al-Sadr and the Shia Insurrection in Iraq*, 2008, Faber & Faber, Londres, pp. 172-186, à propos du siège de Nadjaf; voir enfin Bing West, *No True Glory: A Frontline Account of the Battle for Fallujah*, Bantam Dell, New York, 2005, pp. 61-62.

100 P. Cockburn, *ibid.*, pp. 181-182; T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, pp. 337-338.

101 John F. Burns, « The struggle for Iraq: the occupation; troops hold fire for negotiations at 3 Iraqi cities », dans *New York Times*, 12 avril 2004, disponible sur: <http://www.nytimes.com/2004/04/12/world/struggle-for-iraq-occupation-troops-hold-fire-for-negotiations-3-iraqi-cities.html?pagewanted=all&src=pm> [traduction CICR].

102 B. West, *op. cit.*, note 99, p. 256. Voir également Thom Shanker et John Kifner, « The struggle for Iraq: troops; suited to guerillas, a dusty town poses tricky perils », dans *New York Times*, 25 avril 2004, disponible sur: <http://www.nytimes.com/2004/04/25/world/struggle-for-iraq-troops-suited->

dans la ville<sup>103</sup>. L'occupation avait alors officiellement pris fin, mais l'opération de novembre 2004 a constitué en fait l'aboutissement des tentatives précédentes visant à prendre le contrôle de Faloudjah. Des attaques ont été lancées contre « 1 000 combattants radicaux et 2000 intérimaires »<sup>104</sup>. Les 500 frappes aériennes, 14 000 tirs d'artillerie et d'obus, ainsi que 2500 salves de munitions antichars de l'opération ont provoqué bien davantage de destructions<sup>105</sup>. Avec 151 morts et plus d'un millier de blessés, le bilan de 21 mois d'affrontements a été lourd pour les troupes américaines<sup>106</sup>. L'ampleur des combats met en évidence les niveaux élevés de violence que peut atteindre la lutte contre des groupes armés organisés. Les batailles qui se sont déroulées dans des villes irakiennes comme Faloudjah et Nadjaf témoignent d'un changement : les opérations traditionnelles de guérilla en zones rurales ont laissé place à des opérations en zones urbaines<sup>107</sup>.

Éléments d'une insurrection principalement, mais non exclusivement, sunnite<sup>108</sup>, les groupes organisés qui se sont battus contre les forces de la Coalition étaient de plusieurs types. À Faloudjah, une confrontation entre forces américaines et forces locales a été décrite comme étant « davantage une guerre tribale qu'une force de résistance » ; elle aurait été provoquée par ce qui avait été perçu comme un traitement inadéquat des tribus par les forces militaires<sup>109</sup>. Dans son évaluation de l'insurrection irakienne, Ahmed Hashim identifie ce qu'il décrit comme un nombre remarquable d'organisations insurgées, variant largement « en termes de niveaux de compétence, de spécialisation fonctionnelle, de professionnalisme, d'effectif, de *modus operandi*, de choix des cibles et de longévité »<sup>110</sup>. Les groupes d'insurgés incluaient des cellules de combat allant d'organisations ayant de nombreux membres et bien développées – qualifiées d'escadrons, bataillons ou brigades – à des participants intérimaires<sup>111</sup>. Le soutien apporté à l'insurrection provenait notamment de nationalistes arabes, de musulmans mécontents, de combattants étrangers et d'extrémistes sunnites. En ce qui concerne les terroristes étrangers et les extrémistes religieux, leur nombre relativement restreint a en fait joué un rôle de « multiplicateur de force » en raison de leur volonté de

guerrillas-dusty-town-poses-tricky-perils.html?pagewanted=all&src=pm. Selon les auteurs, les services de renseignement américains estimaient qu'il y avait dans la ville « un noyau dur de 2000 insurgés, parmi lesquels 200 combattants étrangers » [traduction CICR].

103 B. West, *op. cit.*, note 99, p. 315.

104 *Ibid.*, p. 256.

105 *Ibid.*, pp. 315-316. Selon les estimations, sur les 39 000 bâtiments que comptait la ville de Faloudjah, quelque 18 000 ont été endommagés ou détruits.

106 *Ibid.*

107 Richard H. Shultz Jr. et Andrea J. Dew, *Insurgents, Terrorists and Militias: The Warriors of Contemporary Combat*, Columbia University Press, New York, 2006, pp. 253-254.

108 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, p. 60.

109 Zaki Chehab, *Inside the Resistance: The Iraqi Insurgency and the Future of the Middle East*, Nation Books, New York, 2005, p. 18 [traduction CICR].

110 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 98, p. 170 [traduction CICR].

111 *Ibid.*, pp. 158-160. Voir aussi Z. Chehab, *op. cit.*, note 109, pp. 6-8. L'auteur décrit sa rencontre en juin 2003 avec un groupe armé sunnite composé de cinq personnes (équipées de grenades, de mitrailleuses AK-47, de lance-roquettes RPG-7 et d'un mortier de 62 mm) qui avait commencé comme un groupe nationaliste indépendant mais qui, entre-temps, avait noué des liens toujours plus étroits avec des groupes islamistes, des anciens Baathistes et des membres des Fedayins de Saddam.

participer à des opérations telles que des attentats suicide et attaques massives à la voiture piégée<sup>112</sup>. L'insurrection a bénéficié également du soutien apporté par des intermédiaires financiers et via des produits d'activités criminelles<sup>113</sup>. À l'été 2004, il est apparu clairement que les forces de la Coalition avaient en face d'elles une insurrection importante. Avec la fin officielle de l'occupation, le conflit est devenu « non international », bien que la nature des attaques contre les autorités en place n'ait pas changé. Dès lors, la Coalition a élaboré un plan de campagne qui « demandait de contenir la violence des insurgés, de constituer les forces de sécurité irakiennes, de reconstruire le pays sur le plan économique et, enfin, de se rapprocher de la communauté sunnite »<sup>114</sup>.

Le fait de reconnaître à la résistance le caractère d'une insurrection introduit le cadre dans lequel les rapports entre maintien de l'ordre et conduite des hostilités peuvent être évalués (en examinant notamment, d'une part, le rôle primordial joué par la police dans la lutte contre l'insurrection et, d'autre part, les activités complémentaires des forces militaires). Le rôle des forces de l'ordre doit cependant être évalué en termes de limites pratiques si elles sont employées dans des situations à haut risque. C'est donc sur ces questions que l'analyse va maintenant porter.

## Occupation, lutte contre l'insurrection et rôle de la police

### Insurrection et lutte contre l'insurrection

Le lien entre insurrection et occupation est relevé dans le *Manuel de la contre-insurrection du Corps des Marines américains*<sup>115</sup> (élaboré en réponse à la situation sécuritaire rencontrée en Irak et en Afghanistan par les forces militaires des États-Unis). Une insurrection est décrite dans cet ouvrage comme étant « une lutte politico-militaire organisée, de longue durée, dont le but est d'affaiblir le contrôle et la légitimité d'un gouvernement établi, d'une *puissance occupante* ou de toute autre autorité politique, tout en renforçant le contrôle exercé par les insurgés »<sup>116</sup>.

112 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 138-139.

113 R.H. Shultz et A.J. Drew, *op. cit.*, note 107, pp. 240-242 ; A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, p. 169.

114 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, pp. 392-393 [traduction CICR].

115 *The U.S. Army, Marine Corps Counterinsurgency Field Manual*, U.S. Army Field Manual N° 3-24, Marine Corps Warfighting Publication N° 3-33.5, University of Chicago Press, Chicago, 2006, ci-après : *Counterinsurgency Field Manual*.

116 *Ibid.*, p. 2, para. 1-2 [mis en italiques par nos soins] [traduction CICR]. Le lien potentiel entre insurrection et occupation a été reconnu dans le Commentaire publié sous la direction de Jean S. Pictet, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaire, (III) Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, CICR, Genève, 1960, art. 4, p. 65. Afin de contrer le point de vue selon lequel le fait d'octroyer le statut de prisonnier de guerre aux membres des mouvements de résistance organisés légitimait l'insurrection, les rédacteurs ont précisé : « [c]ette condition, pour les mouvements de résistance organisés, ainsi que pour les milices et les corps de volontaires indépendants des forces armées régulières, d'appartenir à une Partie au conflit, nous paraît démentir les allégations de certains auteurs et commentateurs de la Convention qui voient, dans la présente disposition, un véritable '*ius insurrectionis*' reconnu à la population du territoire occupé ».

La doctrine classique de la lutte contre l'insurrection met l'accent sur la bonne gouvernance, dans laquelle les interventions de la police ont un rôle central à jouer pour contrer la menace insurrectionnelle. Cette doctrine vaut autant pour les situations d'occupation que pour les conflits armés internes, comme en témoigne le fait que lorsque l'occupation a pris fin au regard du droit, mais que la lutte visant à maîtriser la violence s'est poursuivie, il n'y a eu aucun changement dans la nature de la menace sécuritaire à laquelle étaient confrontées les autorités de l'État (autorités de la Coalition ou irakiennes)<sup>117</sup>.

Comme Sir Robert Thompson l'a formulé en 1966 :

« [u]n mouvement insurrectionnel est une guerre menée pour le peuple. Il est raisonnable de penser que les mesures gouvernementales doivent être axées sur le rétablissement de l'autorité du gouvernement et de l'ordre public dans tout le pays, de manière à pouvoir reprendre le contrôle de la population et gagner son soutien »<sup>118</sup>.

Le lien entre gouvernance, maintien de l'ordre public et opérations de lutte contre l'insurrection se reflète dans la doctrine militaire contemporaine<sup>119</sup>. La conduite d'une campagne anti-insurrectionnelle accorde une grande importance à l'emploi des services de police et de renseignements intérieurs (et, si nécessaire, à leur renforcement). La police joue un rôle particulièrement important en matière de collecte de renseignements sur l'activité des insurgés<sup>120</sup>.

Pour pouvoir faire régner la loi et l'ordre, il faut que l'état de droit soit respecté. Divers indices montrent qu'un système légal qui fonctionne bien inclut la police, un recueil des lois, des tribunaux et un système pénal<sup>121</sup>. De façon générale, le droit humanitaire tient compte de cette exigence : il prévoit le maintien en vigueur des droits du territoire sous occupation<sup>122</sup>, la continuité du

117 A. Roberts, « Transformative military occupation », *op. cit.*, note 81, p. 617. L'auteur relève que « même si, théoriquement, l'occupation avait pris fin, rien ne permettait d'exclure le recours à la force et peut-être même l'exercice d'une autorité administrative, ressemblant beaucoup à une situation d'occupation » [traduction CICR].

118 Robert Thompson, *Defeating Communist Insurgency*, Hailer Publishing, St. Petersburg, 1966, p. 51 [traduction CICR]. Voir aussi David Galula, *Counterinsurgency Warfare: Theory and Practice*, Frederick A. Praeger, New York, 1964, pp. 89-90; voir enfin Frank Kitson, *Low Intensity Operations: Subversion Insurgency and Peacekeeping*, Faber & Faber, London, 1971, p. 49. Pour un survol de l'histoire de la théorie de la lutte contre l'insurrection, voir Daniel Marston et Carter Malkasian, « Introduction », dans D. Marston et C. Malkasian, *op. cit.*, note 93, pp. 13-19.

119 *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, pp. 360-361, para. D-38 et D-39.

120 R. Thompson, *op. cit.*, note 118, pp. 104-106; *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, pp. 229-230, para. 6-90-6-91; D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 78.

121 *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, pp. 360-361, para. D-38 et D-39; D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 79.

122 Règlement de La Haye, art. 43. Cet article stipule que le respect des lois en vigueur est exigé « sauf empêchement absolu ». Voir aussi CG IV, art. 64 : « La législation pénale du territoire occupé demeurera en vigueur, sauf dans la mesure où elle pourra être abrogée ou suspendue par la Puissance occupante si cette législation constitue une menace pour la sécurité de cette Puissance ou un obstacle à l'application de la présente Convention ».

fonctionnement des tribunaux<sup>123</sup> et, enfin, le maintien du statut des fonctionnaires et des juges<sup>124</sup>. Comme James Spaight l'a relevé en 1911, «le fait que la justice soit rendue et que les malfaiteurs soient poursuivis constitue une condition essentielle du bon gouvernement et encourage la soumission des habitants à la règle de l'étranger»<sup>125</sup>. Néanmoins, «[a]ucune règle conventionnelle ne régit le problème spécial des agences indigènes d'application des lois dans les territoires sous occupation»<sup>126</sup>. La pratique des puissances occupantes a varié. Au cours de l'histoire, certaines puissances occupantes ont substitué leurs propres forces armées aux services de police existants, d'autres ont laissé en place les forces de police après un filtrage, d'autres encore ont même confié des fonctions de contrôle des forces existantes à des sympathisants originaires du territoire occupé<sup>127</sup>.

## Interventions de la police et maintien de l'ordre

Immédiatement après l'invasion de l'Irak en 2003, il semble que la police irakienne ait disparu, avant même que l'occupation soit établie en droit, dans ce qui a été décrit comme une situation qui n'aurait probablement pas pu être évitée<sup>128</sup>. La dissolution des forces de sécurité irakiennes n'a pas arrangé les choses. C'est aux forces d'invasion de la Coalition qu'a alors échu la responsabilité de mettre un terme aux pillages, au non-respect de la loi et à la criminalité. Comme cela a été relevé, «[l]'occupant doit faire régner la loi et l'ordre, et il n'est pas libre de tolérer une situation de mépris de la loi et de désordre dans le territoire sous occupation»<sup>129</sup>. Certes, des policiers irakiens ont repris du service et divers programmes ont finalement été mis en place pour assurer la formation des nouvelles forces de police irakiennes<sup>130</sup>; néanmoins, ce sont les forces militaires qui ont dû combler le vide en matière de sécurité. Ainsi, l'occupation de l'Irak et d'autres opérations anti-insurrectionnelles du XXI<sup>e</sup> siècle (en Afghanistan, par exemple) montrent que les forces militaires doivent parfois exercer des fonctions relevant habituellement de la police, comme «protéger les installations essentielles, contrôler l'accès aux zones de sécurité relative, tenir des postes de contrôle, ou détenir des éléments subversifs»<sup>131</sup>. Cependant, une telle situation est loin d'être idéale, les forces militaires n'ayant pas forcément reçu la formation voulue pour remplir ces tâches et, de plus, «[l]es forces de stabilité étrangères doivent servir

123 CG IV, art. 64.

124 *Ibid.*, art. 54.

125 J.M. Spaight, *op. cit.*, note 54, p. 358 [traduction CICR].

126 G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, p. 136 [traduction CICR].

127 *Ibid.*

128 J. Keegan, *op. cit.*, note 84, p. 206.

129 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 25, pp. 105-106 [traduction CICR]. Cette remarque vaut également pour l'action des forces d'occupation. Voir Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 208; *Affaire du Congo*, *op. cit.*, note 21, para. 323. La Cour a relevé que chaque partie au conflit devait exercer son devoir de vigilance pour s'assurer que ses forces ne commettent pas de pillages.

130 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, pp. 8-17.

131 *Ibid.*, pp. 77 et 80 [traduction CICR].

de modèles en matière de séparation entre forces militaires et forces de police »<sup>132</sup>. Cette réalité impose une autre condition : les forces militaires ayant à s'acquitter de tâches relevant du maintien de l'ordre doivent être dûment entraînées et dotées d'armes appropriées (y compris d'« armes moins létales » telles que les agents antiémeutes). Dans l'exercice de telles fonctions, il doit en outre leur être demandé d'employer les niveaux de force appropriés.

### *Faire régner la loi et l'ordre dans les situations d'occupation : défis à relever*

En même temps, la manière dont les forces de police peuvent et doivent être employées obéit à certaines conditions restrictives. Ces limites jouent un rôle important dans l'appréciation de l'applicabilité d'un cadre normatif en matière d'application des lois. Comme cela a été démontré par l'occupation de l'Irak et, précédemment, par les occupations de la Seconde Guerre mondiale, le conflit armé international peut se poursuivre tout au long de la période d'occupation. Même pendant la longue occupation de la Cisjordanie et de Gaza, la deuxième Intifada qui a débuté en 2000 a démontré que les hostilités à l'extrémité du spectre des conflits armés pouvaient reprendre après des périodes de calme relatif ou de faibles niveaux de violence<sup>133</sup>.

La violence peut fort bien varier en intensité ou en ampleur dans l'ensemble du territoire occupé. Dans ce qui a été appelé la « guerre en mosaïque », il est souvent difficile de confiner l'activité des membres d'un mouvement de résistance à une zone ou à une période en particulier. Par exemple, les insurgés peuvent avoir recours à des « tactiques de guérilla dans une province tout en menant dans une autre province, des attaques terroristes privilégiant une approche urbaine »<sup>134</sup>. La résistance peut être organisée à la manière d'une force conventionnelle en cherchant à prendre le contrôle d'un territoire ou d'une ville. Néanmoins, les attaques sont souvent le fait d'une force de guérilla qui tente de se cacher dans la population, donnant lieu à ce que l'on a appelé une « guerre au sein de la population »<sup>135</sup>. La violence revêt alors souvent une ampleur bien supérieure à celle de la violence associée à une activité criminelle normale. Les attaques et les opérations défensives menées par des groupes armés organisés lourdement équipés (mortiers, bombes humaines, véhicules piégés, engins explosifs improvisés, roquettes antichars et armes automatiques) sont des phénomènes difficiles à endiguer pour une force de police.

Le continuum de la sécurité peut inclure la guerre, l'insurrection, la subversion (terrorisme ou sabotage), les troubles (grèves, manifestations, rassemblements de masse), ainsi que les activités criminelles dites « normales » ;

132 *Ibid.*, p. 81 [traduction CICR].

133 S. Catignani, *op. cit.*, note 93, p. 235. L'auteur relève que la violence « a revêtu un caractère très différent par rapport à la première Intifada », allant jusqu'à des tirs dirigés contre des véhicules israéliens, des embuscades et la pose d'engins explosifs improvisés [traduction CICR].

134 *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, p. 14, para. 1-37 [traduction CICR].

135 Général Rupert Smith, *L'utilité de la force: L'art de la guerre aujourd'hui*, Economica, Paris, 2007.



tous ces événements sont susceptibles de se produire de façon concomitante<sup>136</sup> et « le rôle de la police est donc très difficile à définir »<sup>137</sup>. Les forces de l'ordre ne sont pas nécessairement les mieux entraînées ou équipées pour faire face à toutes les menaces pesant sur la sécurité. Habituellement, les fonctions de police se divisent en six catégories : police générale en uniforme, police criminelle en civil, police secrète (renseignements), police des frontières et, enfin, unités spéciales chargées d'intervenir lors de grèves et de manifestations, ainsi que de protéger les installations et le personnel<sup>138</sup>. Les policiers relevant des deux premières catégories sont considérés comme remplissant les « fonctions essentielles de la police », qui contribuent de manière fondamentale à démontrer que « le gouvernement peut assurer la sécurité et la justice conformément aux besoins des individus »<sup>139</sup>. Ces mêmes policiers sont souvent les plus exposés aux attaques des insurgés, au même titre que le personnel médical d'urgence, les pompiers et les travailleurs humanitaires<sup>140</sup>. Une coordination s'impose donc entre les forces militaires, qui luttent contre l'insurrection, et les forces de police, dont l'action vise essentiellement à protéger la population. Il a toutefois été relevé que « [s]i une force proactive doit être employée, ce doit être par les militaires, le but étant de soutenir les activités policières essentielles, et non de se substituer aux forces de police »<sup>141</sup>.

Une autre question se pose à propos de la population civile : dans quelle mesure est-elle disposée à coopérer ? Certes, l'occupant doit traiter avec des civils ennemis, mais « il faut chercher à gagner leur sympathie et leur soutien quand on lutte contre une guérilla »<sup>142</sup>. Cela tient à la nature même du combat anti-insurrectionnel. Comme l'occupation de l'Irak l'a clairement montré, l'incapacité de faire régner la loi et l'ordre peut engendrer une animosité envers la puissance occupante et renforcer le mouvement d'opposition<sup>143</sup> (il est toutefois reconnu que les origines et les motivations de l'insurrection irakienne étaient multiples<sup>144</sup>). Même si le recours à l'interprétation étroite du droit dont il a été question plus haut signifie que l'obligation juridique de faire régner la loi et l'ordre ne débute pas avant que l'occupation soit établie, le fait de limiter l'activité criminelle (dans toute

136 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, pp. 71-72.

137 *Ibid.* [traduction CICR].

138 *Ibid.*, p. 73. Voir aussi *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, p. 230, para. 6-92. Le Manuel de la contre-insurrection identifie quatre grandes catégories de police : police chargée des crimes et des trafics, police générale, police des frontières, police des transports et « unités spéciales d'intervention paramilitaires » [traduction CICR].

139 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, pp. 73-74 [traduction CICR].

140 *Ibid.*, p. 75.

141 *Ibid.*, p. 77 [traduction CICR].

142 Michael Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, Basic Books, New York, 1977, pp. 186-187 [traduction CICR].

143 T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, pp. 135-138 ; D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 10 ; A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 19-20.

144 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 59-124. L'auteur identifie les origines et les motifs de l'insurrection comme incluant : la protection de l'identité sunnite ; la dissolution des forces de sécurité irakiennes ; le nationalisme, le sens de l'honneur, la volonté de revanche et l'orgueil ; les motivations tribales ; la religion ; enfin, les visées politiques (parmi lesquelles le départ des occupants étrangers).

la mesure du possible) constitue un solide avantage d'ordre moral et opérationnel. Quoi qu'il en soit, une occupation ne sera pas toujours impopulaire aux yeux des habitants du territoire. Cette situation sécuritaire risque de se compliquer encore davantage si l'occupation finit par avoir un caractère « transformatif », tandis que diverses factions luttent pour prendre le contrôle politique dans le territoire<sup>145</sup>.

### *Légitimité des actes de belligérance et implication de la police locale*

Un autre élément est susceptible de compliquer le rôle de la puissance occupante en matière de maintien de l'ordre public. Il s'agit des rapports entre les forces de sécurité étrangères et les forces de sécurité du territoire sous occupation. L'article 51 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève interdit à la puissance occupante d'« astreindre des personnes protégées à servir dans ses forces armées ou auxiliaires » ; de plus, « [l]es personnes protégées ne pourront être astreintes à aucun travail qui les obligerait à prendre part à des opérations militaires »<sup>146</sup>. Néanmoins, la Convention ne fait pas spécifiquement référence aux forces de police du territoire occupé, ni à l'interaction entre leur mission de maintien de l'ordre et les hostilités en cours. La complexité de la situation sécuritaire créée par la résistance armée est cependant prise en compte dans le *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, qui tente de fournir quelques orientations. Il y est en effet stipulé que les fonctionnaires de police du territoire sous occupation

« ne sauraient, en aucun cas, être *appelés* à participer à des mesures tendant à s'opposer à des actes de belligérance *légitime*, qu'ils soient le fait des forces armées ennemies de la Puissance occupante, de milices, de corps de volontaires ou de mouvements de résistance organisés »<sup>147</sup>.

Il n'est pas exclu que ces fonctionnaires acceptent de participer de leur plein gré à de telles actions. Le *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention* relève également qu'en raison de la nature criminelle des actes perpétrés en dehors des conditions prévues à l'article 4 de la III<sup>e</sup> Convention de Genève, « il semble bien que la Puissance occupante ait le droit d'exiger que la police locale participe au dépistage et à la répression d'actes hostiles »<sup>148</sup>, quelle que soit la motivation de ceux qui commettent ces actes.

La légalité (ou l'illégalité) des activités menées par des insurgés ne pouvant pas prétendre au statut de combattants légitimes (ou « légaux ») paraît donc constituer un élément essentiel de la décision de faire appel à la police locale. Des termes tels que « belligérants » ou « combattants » sont parfois utilisés dans

145 A. Roberts, « Transformative military occupation », *op. cit.*, note 82, pp. 615-616.

146 CG IV, art. 51.

147 *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 54, p. 328 [mis en italiques par nos soins]. Pour un examen plus détaillé de la question de l'emploi des forces locales de police, voir Kenneth Watkin, « Maintaining law and order during occupation: breaking the normative chains », dans *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, pp. 182-184.

148 *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15 ci-dessus, art. 54, p. 328.

un sens générique<sup>149</sup> pour faire référence aux « belligérants non privilégiés »<sup>150</sup>. L'emploi d'une telle terminologie est toutefois sans incidence sur le plan juridique : quiconque participe directement aux hostilités sans bénéficier du statut de combattant légal s'expose à des poursuites<sup>151</sup>. Au regard du droit de l'occupation, le fait de reconnaître qu'une Puissance occupante peut soumettre la population du territoire occupé à des dispositions indispensables (mesures pénales, notamment) pour lui permettre « d'assurer ... la sécurité soit de la Puissance occupante, soit des membres et des biens des forces ou de l'administration d'occupation, ainsi que des établissements et des lignes de communications utilisés par elle » reflète le caractère illégal de la plupart des activités de résistance<sup>152</sup>.

L'établissement de ce lien entre la légitimité des participants aux hostilités et le maintien de l'ordre signifie que les forces de police du territoire sous occupation peuvent, de manière licite, être employées contre les insurgés dans tous les cas sauf les plus exceptionnels : en effet, la probabilité qu'un mouvement de résistance puisse satisfaire aux exigences de la III<sup>e</sup> Convention de Genève a

149 *Étude du CICR sur le droit coutumier, op. cit.*, note 34, p. 3. Il est précisé (règle 1) que « [l]e terme 'combattant' est utilisé dans son sens usuel ; il désigne les personnes qui ne jouissent pas de la protection contre les attaques accordée aux personnes civiles, mais il n'implique pas le droit à un statut de combattant ou à un statut de prisonnier de guerre ». Voir Michael N. Schmitt, Charles H. B. Garraway et Yoram Dinstein, *The Manual on the Law of Non-international Armed Conflict With Commentary*, Institut international de Droit humanitaire, San Remo, 2006, p. 4 : « les combattants (*fighters*) sont à la fois les membres des forces armées régulières qui se battent au nom du gouvernement et les membres des groupes armés qui se battent contre le gouvernement. En anglais, le terme *fighters* a été préféré à celui de *combatants* afin d'éviter toute confusion avec la signification du terme « combattants » dans le contexte du droit international des conflits armés » [traduction CICR]. Voir aussi « Third Meeting of Experts: The Use of Force in Occupied Territory, 29-30 octobre 2009, Genève », dans ICRC, *Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory*, rapport préparé et édité par Tristan Ferraro, CICR, mars 2012 (ci-après « *Use of Force in Occupied Territory* »). Dans ce rapport, le terme *fighters* est utilisé pour décrire les personnes qui luttent contre les forces d'occupation, voir version en ligne sur : <http://www.icrc.org/eng/assets/files/review/2012/irrc-885-occupation-report.pdf>.

150 Richard R. Baxter, « So-called 'unprivileged belligerency': spies, guerrillas, and saboteurs », dans *British Yearbook of International Law*, Vol. 28, 1951, p. 323. Dans cet article, l'expression *unprivileged belligerents* (belligérants non privilégiés) est définie comme étant applicable aux « personnes qui n'ont pas le droit d'être traitées soit comme des civils pacifiques soit comme des prisonniers de guerre au motif qu'elles se sont engagées dans une conduite hostile sans répondre aux critères établis par l'article 4 de la Convention de Genève de 1949 relative aux prisonniers de guerre » [traduction CICR]. Voir aussi, cependant, Knut Dörmann, « The legal situation of 'illegal/unprivileged' combatants », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, N° 849, mars 2003, pp. 45-74. Après avoir relevé que les expressions « combattants/belligérants illégaux/non privilégiés » ne figurent pas dans le droit international humanitaire conventionnel, l'auteur donne un aperçu des protections dont bénéficient toutefois ces personnes.

151 Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2<sup>e</sup> édition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 36-37. Parlant de ces « combattants illégaux », l'auteur note que « contrairement à un combattant légal, un combattant illégal ne bénéficie pas des avantages liés au statut de prisonnier de guerre. Ainsi, bien qu'il ne puisse pas être exécuté sans jugement, il est susceptible d'être poursuivi et puni par un tribunal militaire » [traduction CICR]. Voir aussi L.C. Green, *op. cit.*, note 16, p. 137 : l'auteur relève que les combattants qui ne satisfont pas aux exigences du PA I, art. 44, para. 3 – à savoir, porter ouvertement les armes lorsqu'ils prennent part à une attaque ou à une opération militaire préparatoire d'une attaque – « risquent d'être traités comme des combattants illégaux » [traduction CICR].

152 CG IV, art. 64(2). Voir aussi CG IV, art. 65-68.

longtemps été considérée comme très faible<sup>153</sup>. En ce sens, des exigences telles que le fait de porter les armes ouvertement, ou « d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance », peuvent être particulièrement difficiles à satisfaire dans le cas de groupes organisés opérant à l'intérieur du territoire occupé (ce qui risque de criminaliser l'activité de ces groupes). Même lorsque des membres d'un groupe de résistance portaient des parties d'uniformes et d'autres symboles, cela n'a pas nécessairement suffi pour qu'ils soient considérés comme des belligérants légaux<sup>154</sup>. Une telle participation aux hostilités a longtemps été considérée comme étant de nature « criminelle » et, dès lors, comme devant faire l'objet de l'attention de la police et de l'armée. Le fait de s'en remettre aux forces de police locales pour assurer le maintien de l'ordre en temps d'occupation est sujet à controverse ; en effet, les forces de police locales risquent notamment de se trouver confrontées à des forces ou à des groupes dont les membres sont leurs compatriotes. Comme l'indique le *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, les lois et règlements internes devraient

« définir avec plus de détails le devoir professionnel de ces agents en temps de guerre. Il importe en effet qu'ils puissent accomplir leur tâche en toute loyauté sans avoir à redouter les conséquences de leurs actes si, *a posteriori*, les termes de la Convention risquaient d'être interprétés contre eux »<sup>155</sup>.

### *Appartenance à une Partie au conflit*

Le statut de combattant légal, en ce qui concerne les membres d'un mouvement de résistance organisé, peut être examiné sous un autre angle, en formulant la question suivante : est-ce que le groupe armé « appartient » à une Partie au conflit<sup>156</sup> ? Il a été dit que les hostilités entre la puissance occupante et des groupes

153 G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, pp. 51-52. Voir aussi Colonel G.I.A.D. Draper, « The legal classification of belligerent individuals », dans Michael A. Meyer et Hilaire McCoubrey (éds), *Reflections on Law and Armed Conflict: The Selected Works on the Laws of War by the Late Professor Colonel G.I.A.D. Draper*, OBE, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 201 ; H. Levie, *op. cit.*, note 54, pp. 39-40.

154 Procès des Otages, *op. cit.*, note 19, p. 1244. Le Tribunal militaire international de Nuremberg a relevé, à propos de la résistance organisée en Yougoslavie : « Les éléments de preuve montrent que les formations portaient parfois des noms d'unités propres à l'organisation militaire, mais qu'elles n'avaient pas d'uniforme commun. De façon générale, les membres de ces formations portaient des vêtements civils, bien que des parties d'uniformes allemands, italiens et serbes aient été utilisées dans la mesure où il était possible de s'en procurer. De façon générale, l'étoile rouge était portée en tant qu'insigne. Les éléments de preuve ne permettent pas de conclure que cet insigne était tel qu'il pouvait être vu à distance. Les membres de ces formations ne portaient pas non plus ouvertement leurs armes, sauf quand ils avaient avantage à le faire » [traduction CICR].

155 *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 54, pp. 330-331 et note 7. Il y est fait référence à un projet de « Déclaration d'application aux fonctionnaires de police de la Convention de Genève du 12 août 1949, relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre », qui stipule notamment : « [a]u cours ou à la fin de l'occupation, les fonctionnaires de police ne pourront en aucun cas être l'objet de condamnations, sanctions ou mesures de coercition pour avoir exécuté l'ordre qu'ils pouvaient, de bonne foi, considérer comme émanant de toute autorité compétente, alors surtout que l'exécution de l'ordre incombait normalement à leur service ».

156 CG III, art. 4 A (2).

armés organisés « n'appartenant pas » à une Partie au conflit pourraient être considérées comme étant de caractère non international. Selon cette approche, s'agissant de tels groupes, le seuil serait atteint quand les hostilités actives parviennent à un certain niveau associé au « critère Tadić » du TPIY concernant les conflits non internationaux (critère supposant l'existence de groupes armés organisés ainsi qu'une certaine intensité de conflit)<sup>157</sup>. Néanmoins, la question du seuil devant être atteint dans les conflits armés qui ne présentent pas un caractère international reste ouverte à l'interprétation. Par exemple, dans l'affaire *Juan Carlos Abella v. Argentina*<sup>158</sup>, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a utilisé les normes du droit humanitaire pour évaluer les hostilités ayant impliqué 42 individus armés dans une attaque contre les forces gouvernementales pendant une trentaine d'heures<sup>159</sup>. Dès lors, faudrait-il utiliser des critères différents de ceux qui sont pris en compte dans la jurisprudence du TPIY, ou faudrait-il envisager un seuil relativement bas pour évaluer l'intensité et la durée nécessaires des actes de violence<sup>160</sup>? En ce sens, dans la mesure où entrent en jeu des critères visant à évaluer l'organisation d'un groupe armé – tels que l'existence d'une structure de commandement, d'un mécanisme et de règles disciplinaires au sein du groupe armé, l'existence d'un quartier-général, d'une logistique, d'une planification et d'une conduite d'opérations, etc.<sup>161</sup> – ces critères doivent être appliqués en tenant compte du contexte. Cette nécessité apparaît de manière particulièrement évidente dans les situations d'occupation. En ce cas, en effet, les groupes armés organisés qui mènent une guerre de guérilla centrée sur les réseaux opèrent normalement d'une manière moins hiérarchique et plus décentralisée que les forces conventionnelles, dotées d'un quartier-général traditionnel, d'une structure formelle de commandement, etc.<sup>162</sup>. Quand il s'agit

157 « *Use of Force in Occupied Territory* », *op. cit.*, note 149, pp. 18-21; Jelena Pejic, « The protective scope of common article 3: more than meets the eye », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, N° 881, mars 2001, pp. 191-193. Voir aussi TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Affaire N° IT-94-1-A, Arrêt du 2 octobre 1995, para. 70; TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Affaire N° IT-94-1-T, Opinion et jugement (Chambre de première instance), 7 mai 1997, para. 562-568; TPIY, *Le Procureur c. Ljube Bošković*, Affaire N° IT-04-82-T, Jugement (Chambre de première instance), 10 juillet 2008, para. 175 et suiv.

158 Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), Affaire 11.137, OEA/Ser.L/V/II.98 doc. 6 rev., 13 avril 1998, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, dans *Inter-American Yearbook on Human Rights*, Vol. 13, 1997, 602 (Rapport de la CIDH).

159 Lindsay Moir, « Law and the Inter-American Human Rights System », dans *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, pp. 189-190, pour un examen du rapport concernant l'utilisation des normes du droit humanitaire par la CIDH dans l'affaire *Juan Carlos Abella v. Argentina*.

160 Voir Susan Breau, Marie Aronsson et Rachel Joyce, « Discussion paper 2: drone attacks, international law, and the recording of civilian casualties of armed conflict », Oxford Research Group, juin 2011, disponible sur: <http://www.oxfordresearchgroup.org.uk/sites/default/files/ORG%20Drone%20Attacks%20and%20International%20Law%20Report.>, pour une référence à l'affaire *Juan Carlos Abella v. Argentina* concernant le recours aux critères d'intensité et de durée d'un conflit armé non international pour déterminer le seuil d'application du DIH.

161 Voir J. Pejic, *op. cit.*, note 157, p. 192, à propos du « critère » de l'organisation dans la jurisprudence du TPIY.

162 Stanley A. McCrystal, « It takes a network: the new frontline of modern warfare », dans *Foreign Policy*, mars/avril 2011, disponible sur: [http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/02/22/it\\_takes\\_a\\_network](http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/02/22/it_takes_a_network). Comme l'a relevé le général McCrystal, on a d'abord tenté d'évaluer al-Qaïda en Irak comme

de déterminer le seuil que doit atteindre un conflit interne pour que le DIH soit applicable, l'une des difficultés tient à la réalité qui fait qu'« [i] est particulièrement difficile d'établir une distinction entre les conflits internationaux et les conflits internes dans les situations de conflit contemporaines, car celles-ci présentent souvent des aspects des uns et des autres »<sup>163</sup>. En conséquence, il n'existe « aucun mécanisme convenu permettant de définir de manière absolue les situations de violence »<sup>164</sup>.

Certes, la théorie consistant à appliquer les seuils des conflits armés non internationaux présente un certain attrait en tant que moyen de limiter la violence en période d'occupation, quand se produisent des affrontements sporadiques ou une reprise des hostilités. Par contre, cette théorie serait difficilement applicable aux occupations violentes de la Seconde Guerre mondiale ou de l'Irak, étant donné l'ampleur, le niveau et l'intensité de ces conflits<sup>165</sup>. En outre, une question subsiste : le seuil du conflit armé non international s'appliquerait-il sur le plan du droit ou fournirait-il simplement un moyen pratique d'identifier une reprise des hostilités sur le plan politique ? La position la moins discutable, c'est que le seuil peut être utile d'un point de vue pratique. En tout état de cause, en ce qui concerne le déploiement de forces de police pour lutter contre des insurgés, le fait d'appliquer le droit des conflits armés non internationaux contribuerait à souligner le caractère « criminel » de l'activité des insurgés. S'il en est ainsi, c'est parce que la question du statut légal des membres d'un groupe armé organisé ne serait plus en débat : la catégorie de prisonnier de guerre n'existe pas dans les conflits armés non internationaux<sup>166</sup>.

s'il s'agissait d'une structure militaire traditionnelle, mais : « [p]lus nous y regardions de près, plus il devenait évident que ce modèle n'était pas le bon. Pour agir, les lieutenants d'al-Qaïda en Irak n'attendaient pas de recevoir des notes de service de leurs supérieurs, et moins encore des ordres de ben Laden. Les décisions n'étaient pas centralisées, mais prises rapidement et communiquées latéralement à travers l'organisation. Les combattants de Zarqawi étaient adaptés à leur zone d'opérations (comme Faloudjah ou Qaïm, dans la province occidentale d'Anbar) ; cependant, grâce aux technologies modernes, ils restaient en contact étroit avec le reste de la province et du pays. L'argent, la propagande et les renseignements circulaient en quantité et à une vitesse impressionnantes, permettant une coordination souple et efficace. Nous avons observé les changements de tactique (les attentats suicide succédant aux attaques à la roquette, par exemple) qui ont touché presque simultanément plusieurs villes. C'était une chorégraphie meurtrière dont la mise au point était rendue possible par une structure évoluant constamment et souvent méconnaissable ».

163 Theodor Meron, « The humanization of humanitarian law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 94, N° 2, 2000, p. 261 [traduction CICR].

164 *Ibid.*, [traduction CICR]. Voir aussi S. Breau et al., *op. cit.*, note 160, p. 5. Selon les auteurs, « [i]l n'y a pas d'accord quant au niveau [d'organisation] dont il s'agit, mais il semble y avoir un consensus sur le fait que, pour être considéré comme une 'Partie' à un conflit armé, un groupe insurgé doit être suffisamment organisé pour satisfaire aux exigences de l'article 3 [commun aux quatre Conventions de Genève] » [traduction CICR].

165 *Rapport de la réunion du CUDIH*, *op. cit.*, note 64, p. 29. On peut y lire que « [l]e seuil qui doit être atteint pour déterminer l'existence d'un CANI au sens de l'article 3 commun [conflit armé non international] – c'est-à-dire une violence armée d'une certaine intensité et durée – constitue une indication utile pour déterminer s'il s'est ou non produit une 'reprise' ou une nouvelle 'flambée' des hostilités dans la partie précise du territoire occupé où les hostilités résultent des activités de résistance » [traduction CICR].

166 Emily Crawford, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 78. L'auteur relève l'absence, dans les conflits armés non internationaux, de l'équivalent du statut de prisonnier de guerre, « [a]lors que le droit régissant les

Par ailleurs, le fait de considérer comme un conflit armé non international des hostilités opposant des mouvements de résistance à une puissance occupante soulève un certain nombre de difficultés supplémentaires, d'ordre pratique et juridique. Tout d'abord, cela fait entrer en jeu un corpus juridique – celui qui régit les conflits armés à caractère non international – qui ne figure pas dans le droit conventionnel de manière aussi claire que le droit applicable aux conflits armés internationaux. De plus, comme on le verra, le fait de suggérer que les hostilités entre la puissance occupante et certains groupes armés organisés pourraient être considérées comme un conflit armé non international est également incompatible avec les interprétations traditionnelles du droit, déjà établies de longue date.

Les hostilités conduites par une puissance occupante se déroulent dans le cadre d'un conflit armé international – un état d'occupation ne peut exister que pendant un tel conflit. L'occupant n'est pas le « souverain » du territoire, mais il s'acquitte des obligations que lui impose le droit des conflits armés internationaux. La résistance peut inclure toute une variété de groupes armés organisés, ainsi que d'individus qui prennent une part active aux hostilités ou qui agissent d'une autre manière contre les intérêts de l'occupant en termes de sécurité. Pendant une occupation violente, la résistance implique souvent une interdépendance complexe entre de nombreux groupes armés; les maîtres-mots sont alors bien davantage la coopération et la cobelligérance que la conduite d'opérations sous un seul commandement, ou même pour la reconquête du pouvoir politique dont l'autorité sur le territoire a été « déplacée » par l'occupation. Tous les groupes armés organisés résistant à l'occupation ne sont pas liés à un État, en particulier au sens strict et formel établi par la III<sup>e</sup> Convention de Genève dans le but précis de déterminer le statut de prisonnier de guerre. Néanmoins, cela ne diminue ni en fait ni en droit le caractère international des hostilités. Le fait de recourir, pour qualifier un conflit, aux critères utilisés pour déterminer le statut de prisonnier de guerre paraît faire intervenir un élément de formalisme inutile et aller au-delà de la portée de la III<sup>e</sup> Convention. Certes, les membres de certains groupes de résistance en lutte contre l'occupant peuvent obtenir le statut de prisonnier de guerre parce qu'ils appartiennent à une Partie au conflit, mais les dispositions de la Convention n'ont pas d'autre effet. Ces dispositions ne font référence ni à la nature ni à la catégorie du conflit lui-même. Par ailleurs, sur le plan pratique, en dépit de l'affiliation des divers groupes armés organisés engagés dans le conflit et bénéficiant d'appuis divers, leur organisation ou leurs tactiques peuvent ne

conflits armés non internationaux n'interdit ni ne criminalise expressément la participation ..., le droit international ne confère à une telle participation aucune immunité vis-à-vis du droit interne» [traduction CICR]. Voir aussi Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 60: « [q]uand les rebelles sont capturés, ou empêchés de toute autre manière de continuer à se battre ..., ils sont hors de combat et ont droit au même niveau de traitement que les civils. Leur statut juridique ne change cependant pas et ils sont donc pleinement assujettis à la législation pénale de l'État » [traduction CICR]. Voir enfin Liesbeth Zegveld, *The Responsibility of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 36: « [I]es membres des groupes d'opposition armés ne peuvent pas, sur la base de l'article 3 commun, invoquer l'immunité contre les poursuites et les sanctions s'ils sont capturés par l'État territorial pour leur actes contraires aux lois de l'État territorial » [traduction CICR].

présenter aucune différence. Ces groupes – qui interviennent souvent en tant que cobelligérants – luttent contre la même puissance occupante ; or, c'est en raison du conflit armé international en cours que la puissance occupante a précisément atteint ce statut juridique. Il est difficile de voir quel(s) avantage(s) pourrait apporter le fait de subdiviser en différentes catégories un conflit qui se déroule dans un environnement intégré en termes opérationnels et de sécurité impliquant la protection de la même population.

Comme cela a été démontré pendant la Seconde Guerre mondiale, les groupes de résistance armés peuvent servir toute une palette d'intérêts politiques divergents ; en même temps, pour des raisons diverses, ces groupes peuvent agir ensemble contre un ennemi commun<sup>167</sup>. Également observé pendant l'occupation de l'Irak de 2003-2004<sup>168</sup>, ce phénomène ne modifie toutefois en rien le droit prépondérant qui régit les activités de la puissance occupante, y compris la conduite des hostilités. En 1948, à propos de la lutte menée contre les divers mouvements de résistance organisés en Yougoslavie et en Grèce, le tribunal militaire a statué dans le procès des Otages que les actions de la puissance occupante visant à « préserver l'ordre, punir le crime et protéger des vies et des biens dans le territoire sous occupation » avaient des « limites définies par les règles reconnues du droit international, en particulier celles du Règlement de La Haye de 1907 »<sup>169</sup>. Certes, le conflit en Irak a été régi par les Conventions de Genève de 1949, adoptées entre-temps, mais les nouvelles dispositions n'ont pas modifié le postulat de base du jugement rendu dans le procès des Otages<sup>170</sup>.

Un autre élément devrait particulièrement retenir l'attention. Le fait de prétendre que le droit qui régit les conflits internes est facilement applicable à l'occupation pourrait en effet mettre en cause la plus large applicabilité de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève. Ce risque est notamment présent dans les situations où les forces de la résistance (en majorité ou en totalité) ont des liens ténus, voire inexistants, avec le régime déchu. De plus, des niveaux de complexité supplémentaires apparaissent, la puissance occupante devant tenter d'appliquer en

167 R.B. Asprey, *op. cit.*, note 66, pp. 434-435. L'auteur rappelle qu'en France, en février 1943, la résistance organisée se composait de cinq groupes distincts. L'une des organisations les plus efficaces n'était pas liée à l'État occupé : le « Front National » communiste, qui a fourni près du tiers des effectifs du Maquis au sein du groupe des « Francs-Tireurs et Partisans », n'a pas abandonné le contrôle de ses unités, mais il a effectivement coopéré avec les Puissances alliées et d'autres groupes pour tenter de mettre sur pied une armée secrète « davantage par besoin de reconnaissance, d'armes et d'argent que par patriotisme ». En Yougoslavie, la résistance offrait un autre tableau compliqué. Les Partisans de Tito cherchaient à chasser du pouvoir la monarchie en exil. Ainsi, « en novembre 1941, communistes et monarchistes s'entre-déchiraient ». Voir Matthew Bennett, « The German Experience », dans Ian F.W. Beckett (éd.), *The Roots of Counterinsurgency: Armies and Guerrilla Warfare 1900-1945*, Blandford Press, Londres, 1988, p. 74. En dépit du conflit opposant différents groupes, les opérations menées par, et contre, l'occupant allemand se déroulaient dans le cadre d'un conflit armé international, et non interne.

168 A.S. Hashim, *op. cit.*, note 97, pp. 170-176. L'auteur note qu'en Irak, une vingtaine de groupes armés étaient engagés dans la résistance. Un lien pourrait avoir existé entre la plupart de ces groupes et le régime précédent (celui de Saddam Hussein), mais cela n'a modifié en rien le caractère international des hostilités menées par ou contre l'occupant (les forces de la Coalition).

169 Procès des Otages, *op. cit.*, note 19, pp. 1243-1244 [traduction CICR].

170 CG III, art. 135 et CG IV, art. 154. Les quatre Conventions de Genève de 1949 complètent le Règlement de La Haye de 1907.



même temps le droit des conflits armés internationaux et son pendant applicable aux conflits internes. De telles situations peuvent, certes, survenir. Elles devraient cependant être évitées le plus souvent possible, afin de permettre une application pratique et cohérente du droit. Un autre risque existe : celui de voir se produire simultanément plusieurs conflits armés non internationaux si un grand nombre de groupes armés différents sont engagés dans les hostilités. Par ailleurs, en mettant l'accent sur la légitimité des groupes armés organisés, la théorie fait l'impasse sur les situations dans lesquelles des civils participent directement aux hostilités. Ces civils seraient-ils considérés comme prenant part à un conflit armé international ou à un conflit armé interne ? Rien ne permet de répondre avec certitude à cette question.

Le droit international des conflits armés est donc applicable à l'occupant, mais cela ne signifie pas que des conflits armés internes ne peuvent jamais éclater en territoire occupé. Comme stipulé dans l'arrêt relatif à l'affaire *Tadić*, un conflit armé peut se produire quand deux groupes armés organisés se battent l'un contre l'autre. Dans le contexte d'une occupation, le combat auquel se livrent ces groupes pourrait être considéré comme un conflit de caractère non international. Toutefois, un tel cas constituerait l'exception et non la règle. En tout état de cause, comme cela a déjà été relevé, le fait de suggérer qu'un conflit donné est de caractère non international renforce l'argument selon lequel les forces de police ont un rôle à jouer face à de telles activités illégales. Bien que n'englobant pas nécessairement des crimes traditionnels tels que le vol ou le trafic de drogues, la participation d'acteurs non étatiques aux conflits internes est considérée depuis longtemps par les États comme étant plus spécifiquement de nature « criminelle ». Dans de tels conflits, les actes qui sont commis contre les intérêts de l'État en matière de sécurité peuvent être traités comme des délits. Inévitablement, cela pointe dans la direction de l'implication du système de justice pénale, dont la police fait indéniablement partie.

En dernière analyse, les hostilités menées contre la puissance occupante (y compris celles qui sont le fait de divers types de groupes armés organisés) sont largement couvertes par le droit des conflits armés internationaux, y compris le droit de l'occupation. Il est difficile de voir de quelle manière l'un ou l'autre des avantages limités obtenus en introduisant le droit qui régit les conflits armés internes pourrait l'emporter sur l'application du droit, mieux développé et structuré, qui est applicable aux conflits internationaux. En définitive, cette complexité interprétative auto-imposée n'est ni nécessaire, ni souhaitable si l'on se place dans la perspective plus large de la protection des habitants d'un territoire sous occupation.

## Primauté de la fonction de police

En ce qui concerne l'exercice de la fonction de police, « l'occupant, chargé du maintien de l'ordre public, est dans son rôle en réclamant le concours de la police » afin de réprimer les actes criminels<sup>171</sup>. Bien que les fonctionnaires, tels

171 *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 54, p. 330. Voir M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 665. L'auteur estime que « [l]es opérations de police ne sont pas dirigées contre des combattants

que les policiers, aient la possibilité de renoncer à assumer leurs fonctions pour des raisons de conscience<sup>172</sup>, le *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention* reconnaît que ces fonctionnaires « ont un devoir moral de rester à leurs postes dans l'intérêt de leurs concitoyens »<sup>173</sup>. En fin de compte, la possibilité ou l'impossibilité de les employer dépend de la mesure dans laquelle ces fonctionnaires veulent et peuvent s'engager dans des missions de police qui pourraient les amener à utiliser la force contre des insurgés. Néanmoins, comme cela s'est produit en Irak, la mise en place d'une nouvelle autorité dirigeante – et, dès lors, de nouvelles forces de sécurité – augmente la probabilité que les forces de police se retrouvent engagées dans la campagne de lutte anti-insurrectionnelle.

Il est clair que la surveillance policière conserve une importance fondamentale en temps d'occupation, sur le plan général du maintien de l'ordre public et en tant qu'élément d'une campagne de sécurité visant à lutter contre les activités illégales de groupes d'insurgés. Néanmoins, en cas d'insurrection, il n'est facile ni sur le plan des faits, ni sur celui du droit, d'établir une distinction entre le maintien de l'ordre public et la conduite d'hostilités. Comme cela a été dit plus haut, divers facteurs – tels que l'intensité des combats et le niveau d'organisation des parties au conflit – pourraient fournir des indicateurs pratiques permettant d'évaluer l'activité des insurgés<sup>174</sup>.

Si un « mouvement de résistance organisé » satisfaisant aux critères de l'article 4 de la III<sup>e</sup> Convention de Genève menaçait la puissance occupante, l'identification de la menace pourrait être beaucoup plus facile<sup>175</sup>. Néanmoins, comme cela s'est produit en Irak, il y a davantage de chances que l'activité des insurgés soit menée par des groupes organisés qui ne satisfont pas aux exigences de la belligérance légitime, ou par des civils participant directement aux hostilités<sup>176</sup>. Par ailleurs, en raison de son intégration au sein des communautés locales, la police se trouve souvent sur les lignes de front du conflit et, devant assumer des rôles tels que la défense des biens et des personnes, elle fait elle-même l'objet d'attaques.

Pour être conforme à la doctrine traditionnelle de la lutte contre l'insurrection, la planification opérationnelle devrait reposer sur le « principe de la primauté de la police »<sup>177</sup>. Ce principe reconnaît que l'un des objectifs-clés est de réduire l'implication

(ou des civils participant directement aux hostilités), mais contre des civils (soupçonnés de crimes menaçant l'ordre public) » [traduction CICR].

172 CG IV, art. 54.

173 *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15, art. 54, p. 330.

174 TPIY, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *op. cit.*, note 157, para. 70.

175 Procès des Otages, *op. cit.*, note 19, p. 1244. Dans des circonstances particulières, certains groupes peuvent opérer en tant que combattants légitimes. La Cour a relevé qu'il existait « [d]es preuves convaincantes dans le dossier montrant que certaines bandes de partisans regroupées en unités, en Yougoslavie comme en Grèce, s'étaient conformées aux exigences du droit international. ... Néanmoins, la majorité des bandes de partisans n'ont pas respecté les règles de la guerre qui leur auraient permis de se voir accorder les droits des belligérants légitimes » [traduction CICR].

176 M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 665, note 21. Voir aussi D. Kretzmer, *op. cit.*, note 50, p. 207.

177 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, pp. 68-69 [traduction CICR]. Ce principe est examiné dans le contexte d'une intervention étrangère visant essentiellement la mise en place d'un gouvernement

militaire et d'accroître les capacités de la police locale. Le but est que le personnel de base déployé au sein de la population pour lutter contre l'insurrection soit entraîné à faire usage d'un minimum de force et puisse exercer un pouvoir discrétionnaire individuel<sup>178</sup>. Néanmoins, l'activité des insurgés peut avoir un impact sur ce que peut faire la police car « [l']insécurité créée à la fois un besoin pour l'action de la police et un obstacle à son efficacité »<sup>179</sup>. Il est également évident qu'en situation d'occupation, la nature et l'ampleur de la menace que constituent les hostilités en cours (de même que l'organisation, la formation, le rôle traditionnel et l'équipement des forces de police) signifient que les policiers ne sont pas les seules forces de sécurité engagées soit dans le maintien de l'ordre public, soit dans la lutte contre l'insurrection. Les forces militaires de la puissance occupante devront participer aux affrontements, combler les lacunes dans les capacités policières et fournir un appui aux opérations de police<sup>180</sup>. La question déjà posée plus haut demeure : quels sont, dans un environnement de sécurité aussi complexe, les rapports entre les cadres juridiques régissant l'emploi de la force aux fins du maintien de l'ordre public, d'une part, et de la conduite des hostilités, d'autre part ? Après avoir établi la réalité factuelle de l'occupation « violente » et identifié les grands défis que doivent relever les forces de sécurité, c'est sur cette question que l'analyse portera maintenant.

## Cadres juridiques régissant l'emploi de la force dans le cadre de la conduite des hostilités et du maintien de l'ordre

Comme un commentateur l'a fait remarquer,

« [l']ordre public est rétabli par le biais d'opérations de police, qui sont régies par le droit interne et par le droit international des droits de l'homme, et non pas par le biais d'opérations militaires, qui sont régies par les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités »<sup>181</sup>.

Cette remarque était toutefois tempérée par la reconnaissance du fait suivant : quand la résistance armée organisée se poursuit dans le territoire, il est plus difficile d'établir une distinction entre la conduite des hostilités et les opérations de police dirigées contre l'activité criminelle<sup>182</sup>. Certes, il est compréhensible de marquer une préférence pour un système normatif clairement scindé en deux, afin de régir les opérations de police et les opérations militaires dans les

légitime autonome. Il est néanmoins également applicable au maintien de l'ordre public en situation d'occupation.

178 *Ibid.*, p. 69. Les auteurs relèvent quatre caractéristiques qui distinguent la police de l'armée, à savoir : les policiers portent des armes légères, ou ne sont pas armés ; ils sont déployés individuellement ou en petits groupes ; ils exercent un plus grand pouvoir discrétionnaire individuel ; enfin, leur structure organisationnelle est différente de celle de l'armée.

179 *Ibid.* [traduction CICR].

180 *Ibid.*, p. 77.

181 M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 665 [traduction CICR].

182 *Ibid.*

territoires occupés. Néanmoins, la complexité de la situation sécuritaire exige une approche plus intégrée et plus nuancée. En ce sens, il n'apparaît pas clairement comment le maintien de « l'ordre public et la sécurité » pourrait être limité aux opérations de police, en fait comme en droit. Le concept d'« ordre public » est plus large que celui de « la loi et l'ordre »<sup>183</sup>, qui a lui-même été interprété comme allant au-delà de la simple application du droit pénal. Pour maintenir « la loi et l'ordre », il peut être nécessaire de prévenir et de réprimer les crimes, de contrôler les manifestations publiques, de désarmer des individus ou des groupes et, enfin, d'empêcher la commission de crimes graves tels que le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité<sup>184</sup>. Comme cela a déjà été relevé, à moins que les membres d'un mouvement de résistance organisé aient obtenu le statut de combattants légaux, leurs activités peuvent faire l'objet de poursuites pénales. Il est donc nécessaire d'examiner maintenant les cadres normatifs – droits de l'homme et droit humanitaire – qui régissent les opérations de sécurité, de manière à pouvoir déterminer leurs rôles respectifs. Une fois les différences fondamentales entre ces deux cadres normatifs mises en évidence, les facteurs ayant un impact sur leur applicabilité relative (l'exercice du contrôle sur le territoire, par exemple) seront évalués et la question de l'application de la règle de la *lex specialis* sera examinée.

### L'emploi de la force au regard des cadres normatifs du droit des droits de l'homme et du droit humanitaire

Le cadre normatif qui régit le maintien de l'ordre public aborde l'emploi de la force d'une manière fondamentalement différente par rapport à celui qui s'applique à la conduite des hostilités. Le maintien de l'ordre, qui relève du cadre normatif des droits de l'homme, cherche à limiter l'emploi de la force aux situations de nécessité absolue<sup>185</sup>. Une politique consistant à « tirer pour tuer » est strictement à éviter<sup>186</sup> : dès lors, la force létale n'est employée que quand cela est strictement

183 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 91-94. S'appuyant sur le libellé initial du *Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre* de la Conférence de Bruxelles de 1874, ainsi que sur le *Manuel des lois de la guerre sur terre* (Manuel d'Oxford) de 1880, l'auteur adopte une interprétation large de l'article 43 du Règlement de La Haye afin d'inclure la vie et l'ordre publics; ainsi, affirme-t-il: « [i]l ne suffit pas que la puissance occupante protège consciencieusement la vie et la santé ... En temps d'occupation, le gouvernement militaire ne peut pas observer sereinement une économie dévastée ou une crise sociale qui plongent la population civile dans la détresse » (*ibid.*, p. 93) [traduction CICR]. Voir aussi E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, pp. 9-11. L'auteur examine les avis divergents quant au sens à donner au concept d'« ordre public ».

184 Timothy McCormack et Bruce M. Oswald, « The maintenance of law and order in military operations », dans Terry Gill et Dieter Fleck (éds.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 445, para. 1.

185 Cour EDH, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, requête N° 18984/91, arrêt du 27 septembre 1995, para. 148 (ci-après: *Affaire McCann*). Voir aussi Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, Cuba, 27 août – 7 septembre 1990, para. 9, disponible sur: <http://www2.ohchr.org/french/law/armes.htm> (ci-après: Principes de base de l'ONU sur le recours à la force).

186 Cour EDH, *McKerr c. Royaume-Uni*, requête N° 28883/95, arrêt du 4 mai 2001, para. 100 (ci-après: *Affaire McKerr*) à propos de l'expression « tirer pour tuer ».

inévitables<sup>187</sup>. Il existe clairement une préférence démontrée pour « capturer au lieu de tuer » un suspect<sup>188</sup>. L'emploi de la force est régi par les principes de nécessité et de proportionnalité, précisément :

« [I]es responsables de l'application des lois ne doivent pas faire usage d'armes à feu contre des personnes, sauf en cas de légitime défense ou pour défendre des tiers contre une menace imminente de mort ou de blessure grave, ou pour prévenir une infraction particulièrement grave mettant sérieusement en danger des vies humaines, ou pour procéder à l'arrestation d'une personne présentant un tel risque et résistant à leur autorité, ou l'empêcher de s'échapper »<sup>189</sup>.

En termes de responsabilité, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme étend l'exigence d'une enquête au-delà de « tous les cas où l'on soupçonnera des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires », comme le prévoient les Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions<sup>190</sup>; la Cour européenne exige en fait « [q]ue soit menée une forme d'enquête officielle et effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme »<sup>191</sup>. La forme des enquêtes ne se limite pas aux enquêtes criminelles; par contre, toute enquête doit être menée de manière indépendante par rapport aux autorités de l'État et dans le respect des normes universelles. L'enquête peut non seulement porter sur le personnel de sécurité impliqué, mais aussi sur des questions telles que la formation, la planification, les règles d'engagement et les ordres<sup>192</sup>.

À l'inverse, le droit humanitaire reconnaît que l'emploi de la force létale fait intégralement partie de la conduite des hostilités. Les combattants légaux bénéficient de l'immunité s'ils tuent sans enfreindre le droit. Les membres des forces de sécurité d'un État reçoivent un entraînement et des ordres spécifiques; il est prévu qu'ils emploient la force, bien que les attaques doivent être limitées à

187 Principes de base de l'ONU sur le recours à la force, *op. cit.*, note 185, para. 9.

188 Voir Haute Cour de Justice d'Israël, *Public Committee Against Torture in Israel (PCATI) v. Government of Israel*, (HCJ 769/02), arrêt du 11 décembre 2005, para. 40, disponible sur: <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/targetedkilling/papers/IsraeliTargetedKillingCase.pdf>, s'appuyant en partie sur l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *McCann*, *op. cit.*, note 185, p. 148, para. 235, pour un examen des principes fondés sur les droits de l'homme, relatifs à l'application des lois, et de la préférence pour le processus « arrestation, enquête et procès ».

189 The Public Commission to Examine the Maritime Incident of 31 May 2010 – The Turkel Commission, Report, Part I, janvier 2011, p. 233 [traduction CICR]; Principes de base de l'ONU sur le recours à la force, *op. cit.*, note 185, para. 9.

190 Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions, Résolution 1989/65 du Conseil économique et social, 24 mai 1989, Annexe, dans Conseil économique et social, Documents officiels, 1989, supplément N° 1, p. 52, UN Doc. E/1989/89, para. 9 [accentué par nos soins].

191 *McCann*, *op. cit.*, note 186, p. 599, para. 111.

192 Kenneth Watkin, « Controlling the use of force: a role for human rights norms in contemporary armed conflict », dans *American Journal of International Law*, Vol. 98, N° 1, 2004, pp. 19-20.

des objectifs militaires valables, qu'il s'agisse de personnes ou de biens<sup>193</sup>. Pendant les conflits armés internationaux (qui incluent les périodes d'occupation), les cibles légitimes sont les membres des forces armées régulières des États, les forces armées irrégulières appartenant à une Partie au conflit et, enfin, les civils participant directement aux hostilités<sup>194</sup>. Quiconque emploie la force doit établir une distinction entre, d'une part, les cibles légitimes et, d'autre part, les civils qui ne participent pas activement aux hostilités et les biens de caractère civil. Néanmoins, en vertu du concept de « proportionnalité » inscrit dans le droit humanitaire, des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles ou des dommages peuvent être causés incidemment en raison de la proximité de cibles légitimes<sup>195</sup>.

Le DIH comporte également une structure de responsabilité ; pourtant, n'ayant pas pour but d'empêcher de « tirer pour tuer », il n'exige pas l'ouverture d'une enquête chaque fois qu'une personne est tuée. De fait, les enquêtes portent principalement sur des violations présumées du droit international pénal et du droit interne, telles que des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des infractions au droit militaire. Par exemple, dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), adopté en 1998, le crime de guerre pour morts et blessures collatérales est défini ainsi :

« [l]e fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages ... qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu »<sup>196</sup>.

L'ouverture d'une enquête (pénale ou autre) ne serait exigée, au regard du droit, que s'il existait un soupçon raisonnable que de telles blessures, morts ou destructions collatérales excessives aient eu lieu. En fonction des circonstances (et du niveau d'informations dont dispose un commandant), une enquête préliminaire d'établissement des faits peut être diligentée : son but est de déterminer si une enquête pénale ou autre est nécessaire<sup>197</sup>. De toute évidence, cela n'exclut pas l'ouverture d'une enquête, par principe, chaque fois que des blessures, des morts

193 PA I, art. 43, 48 et 50-52.

194 CICR, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, février 2009, p. 77.

195 PA I, art. 51(5)(b) et 57.

196 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, A/CONF. 183/9, art. 8(2)(b)(iv), disponible sur : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283948/RomeStatuteFra1.pdf> (ci-après : Statut de Rome).

197 Michael N. Schmitt, « Investigating violations of international law in armed conflict », dans *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, 2011, p. 63. L'auteur relève que ce type d'enquête préliminaire a été formalisé par l'Australie sous la forme d'une évaluation rapide (*Quick Assessment / QA*) « dans le cadre de laquelle un militaire nommé par l'officier compétent examine les faits et les circonstances d'une affaire dans les vingt-quatre heures ... Le but premier de l'évaluation rapide est de déterminer si une action supplémentaire est nécessaire » [traduction CICR].

ou des dommages surviennent, comme cela peut se produire dans le cadre de certaines activités telles que les opérations anti-insurrectionnelles.

En outre, des enquêtes administratives ou opérationnelles peuvent être ordonnées pour toute une variété de raisons d'ordre opérationnel et politique, notamment quand un système d'armes ne fonctionne pas comme prévu et frappe une cible de manière non intentionnelle, ou quand le personnel ne suit pas les procédures établies, ou encore quand une série d'actes répréhensibles se produit et préoccupe un commandant militaire<sup>198</sup>. La responsabilité peut être engagée pour des omissions ou des actes individuels, ainsi que par suite d'une responsabilité de commandement ou supérieure<sup>199</sup>. Certes, la structure de responsabilité est traditionnellement considérée comme mieux développée et mieux utilisée dans le cadre des droits de l'homme. Néanmoins, les enquêtes nationales basées sur le droit humanitaire n'ont jamais cessé et l'on observe une implication croissante des tribunaux pénaux internationaux<sup>200</sup>. Ce processus de responsabilité en vertu du DIH est souvent masqué sur le plan international par le fait qu'il repose sur les cours et tribunaux nationaux pour la poursuite des crimes de guerre et les enquêtes relatives à des allégations d'actes répréhensibles<sup>201</sup>.

## Territoires occupés et « contrôle »

En ce qui concerne les opérations visant à maintenir l'ordre public, l'application des cadres normatifs régissant, respectivement, le maintien de l'ordre et la conduite des hostilités dépend du degré de contrôle exercé par la puissance occupante sur le territoire où la résistance mène ses opérations. La question du contrôle se pose sur deux plans. Premièrement, la puissance occupante exerce-t-elle un contrôle suffisant sur le territoire pour que l'on puisse conclure qu'il est occupé? Si ce n'est pas le cas, au regard du droit conventionnel, l'obligation de maintenir l'ordre public prévue par la IV<sup>e</sup> Convention de Genève ne s'applique

198 Canadian Broadcasting Corporation, « Afghan deaths focus of special forces probe », 14 septembre 2010, disponible sur : <http://www.cbc.ca/news/canada/story/2010/09/14/sand-trap.html>. Des forces spéciales canadiennes opérant en Afghanistan ont fait l'objet d'une première enquête criminelle qui a pris fin sans inculpations, mais « une commission d'enquête militaire, chargée d'enquêter sur des problèmes majeurs au sein des Forces canadiennes, se penche sur les questions administratives et non pénales entourant l'affaire, et entend 100 témoins dans le cadre de l'enquête » [traduction CICR].

199 Statut de Rome, *op. cit.*, note 197, art. 25-28.

200 Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 435-444, pour un examen de la nécessité des procès internationaux. Voir aussi *ibid.*, p. 6. Le droit pénal international est unique, car il tire ses origines du droit humanitaire, du droit des droits de l'homme et du droit pénal national.

201 Voir Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson et Elizabeth Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2<sup>e</sup> édition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 64. Les auteurs rappellent que les crimes internationaux sont censés être principalement poursuivis au niveau national. Par ailleurs, ce sont les crimes de guerre « qui ont été réglementés en droit interne depuis le plus longtemps et qui ont été le plus souvent poursuivis » [traduction CICR]; de plus, la comparution devant un tribunal international est souvent considérée comme une option préférable sur les plans politique, sociologique et pratique, ainsi qu'en termes de légitimité. Voir cependant *ibid.*, p. 580, où il est relevé que les tribunaux internationaux sont apparus à cause de l'échec des efforts de la justice nationale, ou de leur absence, « mais qu'ils ne sont pas censés les remplacer » [traduction CICR].

pas (sans que cela signifie, toutefois, que les forces de sécurité ne se verront pas confier la tâche d'intervenir pour réprimer des actes criminels qu'elles observent pendant la conduite des opérations). Deuxièmement, le contrôle exercé sur la zone dans laquelle les forces de sécurité interviennent est-il suffisant? De fait, même quand il existe une obligation de maintenir l'ordre public, la capacité de conduire des opérations dans ce but peut être considérablement réduite par la situation sécuritaire prévalant dans la zone.

Si un groupe organisé, ou les forces armées de la partie adverse, reprenait le contrôle du territoire, les opérations menées contre ce groupe par l'occupant équivaudraient, de fait, à une ré-invasion<sup>202</sup>. Une analogie a ainsi été établie entre occupation et blocus. Tout comme un blocus, une occupation ne peut pas exister seulement sur le papier<sup>203</sup>. Néanmoins, la perte temporaire d'une portion de territoire ne signifie pas nécessairement la fin de l'occupation. Un élément déterminant semble être l'envoi, ou non, par la puissance occupante de forces de sécurité devant faire en sorte que son autorité soit effective. Comme cela a déjà été relevé, « [s]i elle réussissait à faire preuve de résilience face à une adversité temporaire, la puissance occupante ne perdrait pas le contrôle effectif du territoire »<sup>204</sup>. Il apparaît en outre que l'existence de poches de résistance ne rendrait pas l'ensemble du territoire « non occupé », étant donné que « la présence de zones isolées dans lesquelles cette autorité [légitime] continue à s'exercer n'a pas d'incidence sur la réalité de l'occupation si ces zones sont effectivement coupées du reste du territoire occupé »<sup>205</sup>.

Pendant le conflit en Irak, le contrôle exercé périodiquement par les forces insurgées sur des villes entières ou sur certains quartiers, comme à Faloudjah et à Nadjaf, ne signifiait pas que les forces de la Coalition avaient été chassées de ces lieux en tant que puissance occupante<sup>206</sup>. Par contre, au cours de la Seconde Guerre mondiale, une perte de contrôle suffisamment importante semble s'être

202 G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, p. 29. Voir aussi Elbridge Colby, « Occupation under the laws of war », dans *Columbia Law Review*, Vol. 25, N° 7, 1925, p. 910: si une occupation est « [é]tablie par la force, il peut y être mis fin par la force » [traduction CICR]; *United States of America v. Otto Ohlendorf, et al.* (Affaire N° IX), 8-9 avril 1948, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. IV, Government Printing Office, Washington, 1950, p. 492 (ci-après *Affaire des Einsatzgruppen*). Lors des procès des criminels de guerre devant les tribunaux militaires de Nuremberg, il a été relevé que les partisans avaient « repris un territoire considérable à l'occupant allemand » et que « [l]a reconquête du territoire ennemi que l'occupant avait perdu au profit de l'ennemi n'a pas constitué une opération de police mais bien un acte de guerre » [traduction CICR].

203 G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, p. 29.

204 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 45 [traduction CICR]. Voir aussi Procès des Otages, *op. cit.*, note 19, p. 1243. Bien qu'en Grèce et en Yougoslavie, les partisans aient été en mesure de contrôler partiellement le pays, le pays est resté occupé, étant donné qu'« [i]l est établi que les Allemands pouvaient à tout moment, s'ils le désiraient, assumer le contrôle physique d'une partie du pays » [traduction CICR].

205 L.C. Green, *op. cit.*, note 16, p. 286 [traduction CICR].

206 B. West, *op. cit.*, note 99; voir aussi P. Cockburn, *op. cit.*, note 99, pp. 184-185. L'auteur relève qu'en avril 2004, l'armée du Mahdi (de Moqtada al-Sadr) s'était emparée d'un grand cimetière dans le centre de la ville de Nadjaf et que, selon des membres de cette armée: « les combats de rue étaient très intenses; les soldats américains restaient à l'intérieur de leurs chars tandis que nous tentions de les atteindre en tirant de toutes les directions » [traduction CICR].



parfois produite en Russie<sup>207</sup> et peut-être aussi dans certaines parties de la Yougoslavie<sup>208</sup>. Cette opinion – selon laquelle la simple présence physique d'un groupe armé sur un territoire ne signifie pas que l'occupant en est chassé – vient également appuyer l'interprétation étroite de l'occupation, en d'autres termes, il ne suffit pas de « poser les bottes sur le terrain » pendant une patrouille, un raid ou une invasion pour créer une situation d'occupation au regard du droit<sup>209</sup>. Si c'était le cas, les mouvements de résistance organisés qui effectuent des patrouilles, des raids ou d'autres opérations pourraient facilement (en théorie) éteindre les obligations incombant à l'occupant.

À moins d'une éviction complète de la puissance occupante, l'obligation conventionnelle de maintenir l'ordre public demeure même en cas de perte temporaire de contrôle sur une zone. Néanmoins, que ce soit sur le terrain ou au regard du droit, il est peu probable que les opérations d'application des lois constituent une option durable pour le maintien de l'ordre dans de telles zones. Cela tient à un élément précis : la conduite d'opérations d'application des lois exige un niveau très élevé de contrôle sur la situation de sécurité qui doit être maîtrisée. Les interventions de police sont efficaces en raison du degré de contrôle qui peut être exercé par les autorités de l'État, y compris en recourant à des agents secrets, à la surveillance électronique et à la collecte de renseignements humains. C'est ainsi que les agences nationales de sécurité sont intégrées dans la vie des citoyens par le biais des niveaux de contrôle élevés dont se dotent habituellement les États.

Par exemple, c'est la capacité d'isoler géographiquement un suspect (habituellement légèrement armé, ou non armé), puis de mobiliser une présence physique écrasante en menaçant d'employer la force pour effectuer son arrestation (ou régler la situation d'une autre manière) qui rend les interventions de police si efficaces. Au contraire, c'est à cause de l'incapacité d'exercer un contrôle suffisant sur une zone donnée que, souvent, face à des insurgés, l'emploi de la force militaire constitue l'option la plus réaliste pour supprimer la menace qui pèse sur la sécurité. Dans une affaire jugée en 2006, la Cour suprême d'Israël a adopté une approche unique du droit relatif au « ciblage » (*law of targeting*), en y incorporant des normes régissant l'application des lois. Elle a ainsi identifié deux facteurs susceptibles d'avoir un impact sur le processus (d'arrestation, d'enquête et de procès) auquel elle a déclaré accorder sa préférence. Ces facteurs sont, d'une part, le risque de pertes en vies humaines parmi les soldats et les civils et, d'autre part,

207 Voir *Affaire des Einsatzgruppen*, *op. cit.*, note 202, p. 492. Les Partisans avaient repris une partie du territoire à l'occupant allemand; lors de la reconquête du territoire, l'occupant n'a pas mené une opération de police mais commis un acte de guerre.

208 Voir J. Ellis, *op. cit.*, note 72, pp. 167-168. Les Partisans de Tito avaient établi des « zones libérées » qui étaient des « États miniatures contrôlés par l'appareil administratif des Partisans, l'AVNOJ [le Conseil antifasciste de libération nationale de la Yougoslavie]. Les Communistes ont ainsi établi une administration uniforme dans toutes les zones qu'ils contrôlaient, tout en mettant en place graduellement, en particulier vers la fin de la guerre, le cadre général de la future administration du pays » [traduction CICR].

209 Voir cependant G. von Glahn, *op. cit.*, note 18, p. 29. L'auteur estime qu'« une occupation prendrait fin au moment même de la dépossession de l'occupant, quelle que soit la cause de cette dépossession » [traduction CICR].

la question du contrôle exercé<sup>210</sup>. Alors que la Cour indiquait qu'une opération des forces de l'ordre aurait été particulièrement aisée en période d'occupation militaire, il s'agissait en fait d'une situation dans laquelle l'armée contrôlait la zone d'opération<sup>211</sup>. Par exemple, un commandant pourrait être confronté à une situation dans laquelle une force militaire aurait à combattre pour se rapprocher (ou s'éloigner) d'un objectif où une capture est envisagée. De même, une force pourrait être confrontée au risque d'embuscade ou d'attaque pendant qu'elle mène une opération. Dans de telles situations, le commandant devrait évaluer la faisabilité de l'opération, en tenant compte à la fois de l'importance de l'action de maintien de l'ordre et du risque correspondant pour les forces de sécurité qui interviennent, ainsi que pour les civils qui ne participent pas à l'opération. De telles limites à la mise en œuvre d'une opération de maintien de l'ordre en période d'occupation reflètent bien la réalité quant à la formation, à l'équipement et au rôle habituel des forces de police.

Néanmoins, l'éventualité que des hostilités aient lieu dans un territoire n'est pas exclue même si le contrôle est suffisant pour pouvoir exercer efficacement les fonctions de maintien de l'ordre. Bien que certains pays se dotent d'unités spéciales<sup>212</sup>, et bien que parfois les policiers locaux soient entraînés et employés comme des « petits soldats »<sup>213</sup>, « [e]n fin de compte, la police contribue à la lutte contre l'insurrection en gagnant l'allégeance de la population : l'armée [y] contribue ... en éliminant les menaces de violence »<sup>214</sup>. Sur un plan très pratique, il convient de relever que certaines armes – lance-grenades antichars portatifs (RPG), mortiers, véhicules piégés ou bombes humaines et engins explosifs improvisés – ne sont pas des armes de criminels ordinaires qu'une intervention de maintien de l'ordre permettrait de maîtriser. Il a été rapporté qu'en Irak, un SAM-7 (missile sol-air) avait été utilisé par les insurgés pour abattre un hélicoptère de combat en avril 2004<sup>215</sup>. De même, l'emploi de RPG pour abattre des hélicoptères en Somalie<sup>216</sup>, en Afghanistan<sup>217</sup> et en Irak<sup>218</sup> illustre clairement le risque important auquel s'exposent ceux qui affrontent des groupes armés équipés de telles armes de guerre. Il existe des limites aux actions pouvant être entreprises par la police ou

210 *Public Committee Against Torture in Israel (PCATI) v. Government of Israel*, *op. cit.*, note 188, para. 40.

211 *Ibid.*

212 M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 668, à propos des forces militaires souvent appelées à assumer des fonctions visant au maintien de l'ordre en France (Gendarmerie), Italie (*Carabinieri*) et Espagne (*Guardia civil*). Voir aussi Grant Wardlaw, *Political Terrorism: Theory, Tactics and Counter-measures*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 97-100.

213 D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 84, p. 76.

214 *Ibid.*, pp. 76-77 [traduction CICR].

215 J.F. Burns, *op. cit.*, note 101. L'auteur relève que : « [l]es insurgés ont porté un nouveau coup quand ils ont abattu un hélicoptère de combat Apache à environ 4 kilomètres à l'ouest de l'aéroport de Bagdad, tuant les deux occupants » [traduction CICR].

216 Mark Bowden, *Blackhawk Down: A Story of Modern War*, Grove Press, New York, 2010, p. 79.

217 Ray Rivera, Alissa J. Rubin et Thom Shanker, « Copter downed by Taliban fire; elite U.S. unit among dead », dans *New York Times*, 6 août 2011, disponible sur : <http://www.nytimes.com/2011/08/07/world/asia/07afghanistan.html?pagewanted=all>.

218 Rory Carroll, « 11 killed as civilian helicopter is shot down in Iraq », dans *The Guardian*, 21 avril 2005, disponible sur : <http://www.guardian.co.uk/world/2005/apr/22/iraq.rorycarroll>.

par d'autres organes chargés de l'application des lois sans que ces forces de l'ordre se transforment en soldats conduisant des hostilités. La nature de la menace, les capacités des forces de sécurité, le degré de contrôle exercé sur le territoire et, enfin, les règles normatives régissant l'emploi de la force sont autant de facteurs inévitablement liés entre eux.

## Le principe de la *lex specialis*

Au vu de l'existence de deux ensembles de règles régissant l'emploi de la force, ainsi que de la complexité de la situation sécuritaire qui prévaut souvent en temps d'occupation, il importe de s'interroger sur la façon dont ces cadres normatifs s'appliquent au contrôle de l'emploi de la force. Le principe de la *lex specialis* offre un bon point de départ pour tenter de répondre à cette interrogation. Cependant, un débat toujours plus complexe est en cours autour de ce qui, de prime abord, semble constituer une application assez simple du principe de la *lex specialis* présenté par la CIJ dans l'*affaire des armes nucléaires*<sup>219</sup>.

Dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler une lutte interprétative, il a été dit que le principe de la *lex specialis* était « trompeur du point de vue descriptif, vague quant à sa signification et peu utile sur le plan pratique dans son application »<sup>220</sup>. Une interprétation – décrite comme étant principalement de nature restrictive – voit « la spécificité du DIH opérer à un niveau très général, de sorte que le DIH viendrait remplacer complètement le DIDH [le droit international des droits de l'homme] en période de conflit armé »<sup>221</sup>. Attribuée à des États tels que les États-Unis et Israël, cette approche a été qualifiée de « radicale »<sup>222</sup>. Une interprétation plus correcte de la *lex specialis* pourrait être celle qui est appliquée au cas par cas à des droits particuliers, dans certaines situations (où il existe un conflit de normes réel, qui est tel qu'une norme donnée ne peut pas être appliquée sans en enfreindre une autre). En ce cas, « la norme spéciale du DIH devrait

219 CIJ, *Affaire des armes nucléaires*, *op.cit.*, note 45, p. 240, para. 25. Pour un exemple d'une approche qui mêle DIH, droit des droits de l'homme et droit international général, voir Nils Melzer, « Conceptual distinction and overlaps between law enforcement and the conduct of hostilities », dans T. Gill et D. Fleck, *op. cit.*, note 184, p. 33. Melzer introduit l'idée selon laquelle les deux paradigmes – application des lois (maintien de l'ordre public) et conduite des hostilités – incluraient l'un et l'autre le droit humanitaire, le droit des droits de l'homme et le droit international général. Les rapports entre ces deux paradigmes seraient alors régis par le principe de la *lex specialis*. Voir *ibid.*, p. 43.

220 Marko Milanovic, « Norm conflicts, international humanitarian law and human rights law », dans Orna Ben-Naftali (éd.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 124 [traduction CICR]. Voir aussi Françoise J. Hampson, « The relationship between international humanitarian law and human rights from the perspective of a human rights treaty body », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, 2008, p. 562. L'auteur relève qu'« [il] faudra trouver une manière d'élaborer une approche cohérente du problème » [traduction CICR]. Voir aussi L. Doswald-Beck, *op. cit.*, note 64, pp. 898-900.

221 Andrea Gioia, « The role of the European Court of Human Rights in monitoring compliance with humanitarian law in armed conflict », dans O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 220, p. 213 [traduction CICR].

222 *Ibid.* [traduction CICR].

prévaloir »<sup>223</sup>. Il est toutefois également indiqué que la maxime *lex specialis derogat legi generali* peut être remplacée par une autre : *lex specialis completat legi generali*. Les deux branches du droit se complétant, et étant appliquées simultanément, les normes des droits de l'homme « doivent être interprétées à la lumière des normes du DIH »<sup>224</sup>. Tenant compte de cette ambiguïté interprétative, Françoise Hampson a estimé, à propos du principe de la *lex specialis*, qu'« [i] n'est pas clair si cela signifie seulement que le [droit] spécial prévaut sur le général, ou si cela signifie que le premier remplace de fait le second »<sup>225</sup>. Une autre analyse parvient à une conclusion différente : si les traités de DIH et des droits de l'homme peuvent généralement être réconciliés, cela est impossible dans certains cas. Un choix politique doit alors être fait pour déterminer à laquelle des normes en conflit la priorité doit être donnée<sup>226</sup>.

Une approche permettant l'application des droits de l'homme même quand le DIH est applicable consiste à interpréter la *lex specialis* comme étant « une règle permettant de résoudre les conflits entre normes »<sup>227</sup>. Cette interprétation « donne la priorité à la règle qui est la mieux adaptée au cas d'espèce ... et la plus spécifique dans une situation donnée »<sup>228</sup>. En ce sens, « les critères les plus importants sont la précision et la clarté de la règle, ainsi que son adéquation aux circonstances particulières du cas examiné »<sup>229</sup>. Cette manière de traiter les « conflits entre normes » doit cependant être réconciliée avec la formulation spécifique adoptée dans l'affaire des *armes nucléaires* : le droit humanitaire y a été présenté comme un outil permettant d'interpréter le droit des droits de l'homme. La CIJ a utilisé cette formulation à deux reprises (affaire des *armes nucléaires* puis affaire du *mur*). Par contre, la CIJ n'a fait aucune référence au principe de la *lex specialis* dans une affaire ultérieure (l'affaire du *Congo*, jugée en 2005). De fait, « il n'est pas clair

223 *Ibid.*, p. 214 [traduction CICR].

224 *Ibid.* [traduction CICR].

225 F.J. Hampson, *op. cit.*, note 220, p. 558 [traduction CICR]. L'auteur poursuit en suggérant deux autres interprétations possibles : premièrement, le DIH prévaut quand il contient une disposition expresse qui porte sur un champ similaire à celui d'une norme des droits de l'homme ; deuxièmement, la *lex specialis* dépend du sujet traité – si le droit en question n'est pas couvert par le DIH, c'est le droit des droits de l'homme qui prévaut. Voir, de façon générale, *ibid.*, pp. 558-562.

226 M. Milanovic, *op. cit.*, note 220, p. 124.

227 Voir Cordula Droège, « Droits de l'homme et droit humanitaire : des affinités électives ? », dans *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 90, Sélection française 2008, pp. 215-268. L'autre interprétation de la règle de la *lex specialis* est basée sur les travaux de Martti Koskeniemi, « Study on the function and scope of the *lex specialis* rule and the question of 'self contained regimes' [Étude sur la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des 'régimes autonomes'] », doc. ONU ILC(LVI)/SG/FIL/CRD.1 (7 mai 2004) et LC(LVI)/SG/FIL/CRD.1/Add. 1 (5 mai 2004). Voir aussi Marco Sassòli, « The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflicts », dans O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 220, pp. 34 et 71. L'auteur suggère de résoudre les conflits de normes en favorisant la norme dont l'application est la plus large, celle qui offre le plus de précision, celle dont l'application est explicite et celle dont l'application est la plus restrictive ; voir enfin Marco Sassòli et Laura M. Olson, « The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters : admissible killing and internement of fighters in non-international armed conflicts », dans *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, N° 871, 2008, pp. 603-604.

228 C. Droège, *op. cit.*, note 227, p. 240.

229 *Ibid.*, p. 241.

si cette omission était ou non délibérée, et si elle montre un changement dans l'approche de la Cour»<sup>230</sup>. Cela dit, il n'est pas évident de savoir comment une omission dans cette affaire (pour autant qu'il y en ait bien eu une) constituerait de fait une inversion de la formulation spécifique qui figure dans les deux arrêts précédents rendus par la même Cour et ce, notamment, en raison de l'importance de ces décisions<sup>231</sup>. La meilleure explication du principe de la *lex specialis* en ce qui concerne le droit de l'occupation est peut-être que ce principe agit comme un « prisme qui filtre les droits de l'homme pendant un conflit armé »<sup>232</sup>.

Une question plus fondamentale doit cependant être posée à propos de l'obligation, imposée par le droit humanitaire, de maintenir l'ordre dans le territoire occupé : faut-il vraiment considérer qu'il s'agit là d'un « conflit » avec les normes des droits de l'homme ? De fait, tant le droit humanitaire que les droits de l'homme régissent une même activité, celle qui vise à faire respecter la loi et l'ordre. Quand une approche axée sur le « conflit de normes » est évoquée dans le contexte soit des conflits armés internes<sup>233</sup>, soit de l'occupation<sup>234</sup>, le paradigme juridique applicable au maintien de l'ordre public est presque invariablement les droits de l'homme. Une telle interprétation est renforcée par l'opinion selon laquelle le recours à la force potentiellement létale n'étant évoqué ni dans l'article 43 du Règlement de La Haye, ni dans l'article 64 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, ce sont les droits de l'homme qui « régiraient l'emploi de la force par la PO [Puissance occupante] dans le cadre du droit et de l'obligation dévolus à la PO de restaurer et de maintenir l'ordre public et la sécurité »<sup>235</sup>. De fait, alors que l'obligation de maintenir l'ordre figure dans le DIH conventionnel, sa mise en œuvre devrait être régie par les droits de l'homme.

Cet argument repose sur l'opinion selon laquelle il manque, dans le droit humanitaire, certaines dispositions conventionnelles spécifiques sur la manière dont l'ordre doit être maintenu. Il serait donc possible d'affirmer que le principe de la *lex specialis* – tel qu'il est défini dans les arrêts de la CIJ – ne devrait pas être appliqué. Ce sont les droits de l'homme qui s'appliqueraient en tant que droit général, sans même que le principe de la *lex specialis* doive être pris en compte. Néanmoins, il ne peut y avoir un conflit de normes que si la *lex specialis* du droit

230 *Ibid.* Voir aussi M. Milanovic, *op. cit.*, note 220, p. 100.

231 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 152, p. 23. Selon l'auteur, « une telle omission ne prouve pas grand-chose » [traduction CICR].

232 Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, p. 86 [traduction CICR].

233 William Abresch, « A human rights law of internal armed conflict: the European Court of Human Rights in Chechnya », dans *European Journal of International Law*, Vol. 16, N° 4, 2005, p. 747. L'auteur relève que « [l']élément qui rend attrayante l'idée de recourir au droit humanitaire en tant que *lex specialis* – c'est-à-dire la plus grande spécificité de ses règles – n'existe pas dans les conflits armés internes. ... Le droit humanitaire des conflits armés non internationaux est relativement restreint et rarement spécifique » [traduction CICR].

234 C. Droegge, *op. cit.*, note 227, p. 257, où il est précisé : « [e]n termes purement juridiques, la réponse doit être la même que celle avancée plus haut : lorsque la puissance occupante exerce un contrôle effectif, lorsqu'elle se trouve dans une situation de maintien de l'ordre et lorsqu'elle est en mesure de procéder à des arrestations, elle doit agir dans le respect du droit relatif aux droits de l'homme ».

235 *Rapport de la réunion du CUDIH*, *op. cit.*, note 64, p. 21 [traduction CICR].

humanitaire régit spécifiquement les activités de maintien de l'ordre dans le territoire occupé. En ce sens, le fait de suggérer qu'il existe un conflit de normes équivaut à reconnaître que le droit humanitaire régit véritablement le maintien de l'ordre en territoire occupé. La question est de savoir comment, et dans quelle mesure, ce phénomène intervient. Indépendamment de l'interprétation qui est donnée du principe de la *lex specialis*, son application soulève donc des questions fondamentales.

Toute conclusion selon laquelle les droits de l'homme régissent exclusivement les interventions des forces de l'ordre dans le territoire occupé devrait tenir compte d'un autre élément : le Règlement de La Haye, les quatre Conventions de Genève et leur Protocole additionnel I incluent des droits fondamentaux, tels que le droit à la vie, sur lesquels repose essentiellement le modèle de l'application des lois<sup>236</sup>. Il existe un parallélisme de contenu en ce qui concerne un certain nombre de droits : droit à la vie ; interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants ; droit à un procès équitable ; interdiction de la discrimination ; protection de l'honneur et des droits de la famille ; enfin, interdiction de la détention arbitraire<sup>237</sup>. Par ailleurs, il est significatif que la reconnaissance des droits de l'homme pour les habitants des territoires occupés – ainsi que l'obligation, imposée par l'article 43 du Règlement de La Haye, de restaurer et d'assurer l'ordre public et la sécurité – soient antérieures au développement substantiel que le droit conventionnel des droits de l'homme a connu après la fin de la Seconde Guerre mondiale<sup>238</sup>. Ces normes, y compris celles

236 Par exemple, à propos de la Cour EDH et de son application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, voir *Affaire McCann*, *op. cit.*, note 185, concernant l'art. 2(2) de la Convention (Droit à la vie) ; voir aussi *Affaire McKerr*, *op. cit.*, note 186, concernant les art. 2(2), 13 (Droit à un recours effectif) et 14 (Interdiction de la discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme. De même, à propos de l'application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, voir l'affaire *Makaratzis c. Grèce*, requête N° 50385/99, 20 décembre 2004, concernant les art. 2, 3 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) et 13 ; voir aussi affaire *Nachova et autres c. Bulgarie*, requêtes N° 43577/98 et 43579/98, 6 juillet 2005, concernant les art. 2, 13 et 14 ; affaire *Kakoulli c. Turquie*, requête N° 38595/97, 22 novembre 2005, concernant les art. 2(2), 8 (Droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 ; affaire *Huohvanainen c. Finlande*, requête N° 57389/00, 13 mars 2007, concernant l'art. 2 ; enfin, affaire *Giuliani et Gaggio c. Italie*, requête N° 23458/02, 25 août 2009, concernant les art. 2(2), 3, 6 (Droit à un procès équitable) et 13.

237 Voir, par ex., Règlement de La Haye, art. 46. Cet article établit l'obligation de respecter « l'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes » et précise que « [l]a propriété privée ne peut pas être confisquée ». Les mêmes exigences figurent dans CG IV, art. 27 et PA I, art. 75. Voir aussi T. Meron, *op. cit.*, note 163, p. 266, pour une analyse du parallélisme de contenu entre le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme.

238 Une mention du recours à la population pour qu'elle apporte son concours à des interventions de la police figure dans le manuel britannique de droit militaire, Great Britain War Office, *Manual of Military Law*, His Majesty's Stationary Office, Londres, 1914, pp. 291-292, para. 381 ; voir aussi les règles des États-Unis – *Rules of Land Warfare*, Government Printing Office, Washington, D.C., 1914, 10/917, p. 114, para. 319. Voir aussi Leslie C. Green, « The relations between human rights law and international humanitarian law : an historic overview », dans Susan C. Breau et Agnieszka Jachec-Neale (éds), *Testing the Boundaries of International Humanitarian Law*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2006, p. 49. L. Green examine l'intégration historique des normes des droits de l'homme dans le DIH.

relatives à l'application des lois, faisaient – et font toujours – partie des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »<sup>239</sup>. En outre, ces droits n'ont jamais cessé d'être reconnus et intégrés dans le DIH, tant conventionnel que coutumier. En conséquence, les règles normatives applicables à l'action des forces de l'ordre ou à toute autre activité d'application des lois en période d'occupation ne sont pas contenues exclusivement dans les droits de l'homme en tant que cadre juridique applicable. Ces règles sont basées sur des normes des droits de l'homme qui constituent un élément fondamental des deux corps de droit. Il a été relevé à ce propos que, dans l'affaire des armes nucléaires, l'application du principe de la *lex specialis* avait été examinée dans le contexte des normes – et non pas des régimes – juridiques applicables<sup>240</sup>. Tant les normes des droits de l'homme que les normes spécifiquement applicables à la conduite des hostilités font partie du droit humanitaire.

Les normes des droits de l'homme font également intégralement partie du DIH coutumier. Comme le montre l'*Étude du CICR sur le droit coutumier*, plusieurs normes – interdiction du meurtre, exigence de traiter avec humanité les personnes détenues, interdiction de la torture et autres traitements cruels ou inhumains, tenue d'un procès offrant toutes les garanties judiciaires reconnues comme indispensables et autres protections pertinentes en matière d'application des lois – sont des normes de droit humanitaire coutumier applicables dans les conflits armés internationaux<sup>241</sup>. Cette application du DIH coutumier est aussi importante que celle de son pendant, le droit coutumier des droits de l'homme, pour éviter qu'il y ait des lacunes sur le plan du droit.

En matière de droit conventionnel, il est clair que l'article 75 du Protocole additionnel I a été influencé par des textes des droits de l'homme tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948<sup>242</sup> et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966<sup>243</sup>. Par exemple, le *Commentaire du Protocole additionnel I* précise à propos de l'article 75 : « [I]a plupart des garanties [relatives au respect d'une procédure régulière] qui sont énumérées aux alinéas a à j sont contenues dans les Conventions et le Pacte relatifs aux droits

239 Statut de la CIJ, art. 38(1). Voir Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6<sup>e</sup> édition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 98, pour un examen de ce principe juridique général. Le caractère ancien des normes qui régissent l'application des lois est également relevé dans le *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention*, *op. cit.*, note 15, p. 42, à propos de l'art. 3, où il est relevé que dans un conflit non international « aucun gouvernement ne peut être gêné de respecter à l'égard de ses adversaires internes, quelle que soit la dénomination du conflit qui l'oppose à eux, un minimum de règles qu'il respecte en fait tous les jours, en vertu de ses propres lois, et même à l'égard de vulgaires criminels de droit commun ». Voir Richard B. Jackson, « Perfidy in non-international armed conflicts », dans Kenneth Watkin et Andrew J. Norris (éds), *Non-international Armed Conflict in the Twenty-first Century*, U.S. Naval War College International Law Studies, Vol. 88, Naval War College, Newport, RI, 2012, p. 251.

240 Voir M. Milanovic, *op. cit.*, note 221, p. 99.

241 *Étude du CICR sur le droit coutumier*, *op. cit.*, note 34, pp. 299-383.

242 Universal Declaration of Human Rights, 1948, dans Ian Brownlie et Guy S. Goodwin-Gill (éds), *Basic Documents on Human Rights*, 5<sup>e</sup> édition, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 23.

243 International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, dans I. Brownlie et G. S. Goodwin-Gill, *op. cit.*, note 242, p. 358. En français : Pacte international relatif aux droits civils et politiques, disponible sur : <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>.

de l'homme». Il existe toutefois une différence : contrairement à celles du PIDCP, les dispositions du Protocole additionnel I ne sont pas sujettes à dérogation<sup>244</sup>. Les interdictions énoncées dans le Protocole concernent la discrimination, les atteintes portées à la vie, à la santé ou au bien-être physique ou mental, la torture et les traitements humiliants et dégradants et, enfin, la menace de commettre de tels actes<sup>245</sup>. La tenue d'un procès devant « un tribunal impartial et régulièrement constitué » est également prescrite<sup>246</sup>. Comme a pu l'écrire un commentateur, la relation entre le DIH et les droits de l'homme depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale « a trouvé son expression dans l'adoption des principes fondamentaux des droits de l'homme énoncés à l'article 75 du Protocole additionnel I »<sup>247</sup>. Il a été relevé que « les États n'ont inclus dans aucun des deux Protocoles additionnels les autres garanties spécifiques du PIDCP, telles que le droit à la liberté de mouvement et le droit à la liberté d'expression et d'association »<sup>248</sup>. Néanmoins, la liste des droits incorporés est longue, et ces droits ont une pertinence particulière dans le contexte du maintien de l'ordre.

Les États parties au Protocole additionnel I, de même que les États qui admettent que l'article 75 de ce Protocole reflète le droit international coutumier, ont donc l'obligation d'appliquer ces normes des droits de l'homme, une telle application faisant intégralement partie de leur respect du DIH<sup>249</sup>. Cette obligation est à respecter tant dans les territoires occupés que dans le contexte d'opérations militaires tels que les patrouilles, les raids et les invasions. Toutefois, comme cela a déjà été dit, la capacité de respecter cette obligation reste dépendante de facteurs tels que le niveau de contrôle exercé sur le territoire par la puissance occupante (ce contrôle étant ou non suffisant pour mener des opérations de maintien de l'ordre). Il convient de relever à ce propos qu'un important État non signataire des Protocoles (les États-Unis) a fait savoir en mars 2011 que,

244 *Commentaire du Protocole additionnel I, op. cit.*, note 36, art. 75, para. 3092 : « [l']article 75 n'est soumis à aucune possibilité de dérogation ou de suspension ». Voir cependant D. Campanelli, *op. cit.*, note 61 ; voir aussi E. Benvenisti, *op. cit.*, note 1, p. 189. L'auteur indique que les droits civils et politiques sont ignorés dans la CG IV et le PA I. Néanmoins, ce débat semble centré sur les droits politiques et les libertés civiles telles que la liberté de parole et la liberté de mouvement (voir *ibid.*, p. 16).

245 PA I, art. 75, para.1 et 2.

246 *Ibid.*, para. 4.

247 Voir Christopher Greenwood, « Scope of application of humanitarian law », dans D. Fleck, *op. cit.*, note 7, p. 74, Règle 254 [traduction CICR].

248 Michael J. Dennis, « Application of human rights treaties extraterritorially in times of armed conflict and military occupation », dans *American Journal of International Law*, Vol. 99, N° 1, 2006 p. 138 [traduction CICR].

249 Cour fédérale du Canada, *Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Union v. Chief of Defence Staff for the Canadian Forces, et al.*, Case File N° T-324-07, Respondent's Factum, 18 janvier 2008, p. 26, para. 83, disponible sur : <http://bccla.org/wp-content/uploads/2012/06/20010118-Afghan-Detainees-Factum-Crown.pdf>. Le Gouvernement canadien a fait valoir devant la Cour fédérale du Canada que, pendant un conflit armé, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et l'article 75 du Protocole additionnel I s'appliquent ... soit en tant que droit coutumier afin de garantir les droits fondamentaux d'une personne détenue accusée d'une infraction pénale, qui sont quasiment identiques aux normes figurant dans le droit international des droits de l'homme. Aux fins de cette procédure judiciaire, le conflit en Afghanistan a été considéré comme étant un conflit armé non international. *Ibid.*, p. 3, para. 9, note 1.



motivé par le sentiment d'une « obligation juridique », il appliquerait les règles de l'article 75 dans les conflits armés internationaux<sup>250</sup>. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une déclaration de reconnaissance de ces normes en tant que DIH coutumier<sup>251</sup>, le fait de mentionner une obligation soulève la question de l'« *opinio juris* ». Un membre de l'administration précédente avait par ailleurs déclaré que les États-Unis considéreraient effectivement « les dispositions de l'article 75 comme l'énoncé des mesures de protection auxquelles ont droit toutes les personnes qui se trouvent aux mains de l'ennemi »<sup>252</sup>.

La relation complexe entre les droits de l'homme et le droit de la guerre « n'est pas uniquement une simple confrontation entre la *lex generalis* des droits de l'homme et la *lex specialis* du droit de la guerre »<sup>253</sup>. Les droits de l'homme couvrent des domaines qui ne sont pas inclus dans le droit humanitaire<sup>254</sup>. Il existe cependant également des domaines significatifs et importants dans lesquels ces deux ensembles de règles se superposent. Une lutte interprétative visant à établir quel corpus juridique est à appliquer de préférence à l'autre n'est pas toujours nécessaire. Comme cela a déjà été mentionné, la question de l'application simultanée de ces règles a été traitée dans l'*affaire du mur*, la CIJ relevant que « certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »<sup>255</sup>. Par exemple, le droit à la légitime défense individuelle, qui est normalement évalué en fonction des normes relatives aux droits de l'homme, est reconnu en droit

250 Hillary Rodham Clinton, « Reaffirming America's commitment to humane treatment of detainees », Communiqué de presse, 7 mars 2011, disponible sur : <http://www.state.gov/secretary/rm/2011/03/157827.htm>.

251 Voir John B. Bellinger III et Vijay M. Padmanabhan, « Detention operations in contemporary conflicts: four challenges for the Geneva Conventions and other existing law », dans *American Journal of International Law*, Vol. 105, N° 2, 2011, p. 207. Les auteurs relèvent que « l'administration [des États-Unis] n'a ni déclaré que l'article 75 était du droit international coutumier, ni accepté d'appliquer l'article 75 dans les conflits armés non internationaux tels que le conflit avec al-Qaïda ». Voir cependant aussi Cour Suprême des États-Unis, affaire *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557, 2006, N° 05.184, 29 juin 2006, p. 633 : plusieurs juges de la Cour Suprême ont estimé que l'article 75 du Protocole additionnel I s'appliquait en tant que droit international coutumier dans le contexte du conflit armé non international avec al-Qaïda.

252 William H. Taft IV, « The law of armed conflict after 9/11: some salient features », dans *Yale Journal of International Law*, Vol. 28, N° 1, 2003, p. 322 [traduction CICR]. Voir aussi Michael J. Matheson, « Session one: the United States position on the relation of customary international law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions », dans *American University Journal of International Law and Policy*, 1987, Vol. 2, p. 427 ; Michael J. Matheson, « Continuity and change in the law of war: 1975 to 2005: detainees and POWs », dans *George Washington International Law Review*, Vol. 38, N° 3, 2006, pp. 547-548.

253 A. Roberts, « Transformative military occupation », *op. cit.*, note 81, p. 594 [traduction CICR].

254 *Ibid.*, p. 594 ; Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 84-85.

255 *Affaire du mur*, *op. cit.*, note 23, p. 131. Voir aussi Jochen Abr. Frowein, « The relationship between human rights regimes and regimes of belligerent occupation », dans *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 28, 1998, p. 8. L'auteur estime qu'« [i]l est également possible de se référer au droit humanitaire pour appuyer l'application du droit des droits de l'homme dans les situations de conflit armé » [traduction CICR].

humanitaire comme relevant à la fois du droit international conventionnel<sup>256</sup> et du droit international coutumier<sup>257</sup>.

Il en va de même pour les droits des habitants des territoires occupés en ce qui concerne leur droit à la vie et d'autres droits concernés par l'application des lois. Certes, le droit à la vie est interprété de manière différente selon que sont pris pour cibles des combattants, des membres des groupes armés organisés ou des individus qui participent directement aux hostilités ; par contre, l'interprétation de ce droit est la même quand il s'agit de civils qui ne sont pas activement engagés dans le conflit<sup>258</sup>. Tout emploi de la force par les forces de sécurité contre des civils ne participant pas directement aux hostilités sera donc évalué à l'aune des normes des droits de l'homme. En ce sens, l'application des normes des droits de l'homme qui sont reconnues en droit humanitaire correspond de façon significative à celle prévue par le cadre juridique des droits de l'homme.

Étant donné l'incorporation de ces normes des droits de l'homme, il peut être affirmé que le risque de « conflit de normes » entre ces deux branches du droit est limité<sup>259</sup>. Pour autant qu'un tel risque existe, le plus probable est qu'il apparaisse dans des circonstances particulières : lorsque l'on tente d'appliquer à une situation d'hostilités (en cas de ciblage, par exemple), les normes relatives au maintien de l'ordre public, qui sont fondées sur les droits de l'homme, ou lorsque l'on tente d'introduire dans les activités courantes de la police certaines normes relevant du droit humanitaire. Dans chaque cas, il conviendrait de se demander si de telles tentatives sont nécessaires ou juridiquement appropriées<sup>260</sup>.

256 Voir CG I, art. 22(1) et 22(2) (le personnel médical a le droit d'être armé, de même que les militaires qui gardent les formations ou établissements sanitaires) ; PA I, art. 65(3) et 67(1)(d), à propos du port d'armes autorisé pour le personnel de la protection civile en vue d'assurer sa propre défense. Voir aussi le Statut de Rome de la CPI, *op. cit.*, note 196, art. 31(1)(c).

257 TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordić et Mario Čerkez*, Affaire N° IT-95-14/2-T, Jugement, 26 février 2001, para. 451.

258 Geoffrey Corn, « Mixing apples and hand grenades : the logical limit of applying human rights norms to armed conflict », dans *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, 2010, p. 61 : « Les forces armées acceptent toujours davantage la réalité qui veut que, même pendant un conflit armé, dans le cadre de leurs rapports avec des individus n'appartenant pas à la catégorie des opposants opérationnels – c'est-à-dire les civils ou les anciens combattants ennemis qui sont hors de combat – l'autorité qui leur est conférée équivaut, sur le plan opérationnel, à celle des policiers qui interagissent avec le public en temps de paix » [traduction CICR].

259 Yuval Shany, « Human rights and humanitarian law as competing legal paradigms for fighting terror », dans O. Ben-Naftali, *op. cit.*, note 220, p. 25. Selon l'auteur, « les lacunes normatives entre les paradigmes de 'la loi et l'ordre' et du 'conflit armé' sont comblées », en partie, « du fait des nombreuses obligations liées au respect des droits des individus dans les territoires occupés, ce qui limite les options dont les forces d'occupation disposent pour lutter contre le terrorisme » [traduction CICR]. À l'appui de cette thèse, l'auteur fait référence à l'art. 27 de la CG IV, et aux art. 17 et 23 du PIDCP. Bien que ne paraissant pas aller jusqu'à affirmer qu'il existe une congruence complète entre les deux cadres normatifs, cette position est révélatrice du fait que l'application dans ce domaine des deux ensembles de normes (application des lois et conduite des hostilités) produit des résultats comparables.

260 G. Corn, *op. cit.*, note 258, pp. 55-56. L'auteur estime que « sans un examen attentif et critique visant à établir, d'une part, quand et où les normes des droits de l'homme sont logiquement applicables pendant un conflit armé et, d'autre part, à quel moment cette logique disparaît, le risque lié à une application trop large est susceptible de nuire à l'efficacité des opérations militaires » [traduction CICR].

Si l'on opte pour l'approche de la complémentarité, toute lacune éventuelle peut être comblée par le biais de l'application des droits de l'homme, conventionnel ou coutumier<sup>261</sup>. Toute cour et tout tribunal ayant à interpréter les normes des droits de l'homme garantis par le DIH peut se référer aux mêmes instruments juridiques non contraignants (*soft law*) énonçant les principes qui régissent l'application des lois, tels qu'ils sont appliqués en vertu du régime de responsabilité des droits de l'homme<sup>262</sup>. Dans l'affaire *Le Procureur c. Kunarac*, la Chambre de première instance du TPIY a noté que « [l]a rareté des précédents en droit international humanitaire fait que le Tribunal a maintes fois eu recours à des instruments et à des pratiques qui ont vu le jour dans le domaine des droits de l'homme »<sup>263</sup>. Par ailleurs, les décisions des tribunaux nationaux et des organes régionaux des droits de l'homme appelés à évaluer des activités d'application des lois à l'aune des droits de l'homme peuvent également être prises en compte. Comme cela a déjà été relevé, l'une des sources du droit international réside dans « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », tels que ceux qui figurent dans le droit interne<sup>264</sup>. Une évaluation des principes généraux en matière d'application des lois qui sont appliqués par les juridictions nationales (en tant qu'éléments de droit commun ou de droit civil) offre également l'avantage de mettre en relief des normes de comportement universelles.

Le fait d'appliquer en tant qu'éléments du DIH les normes (fondées sur les droits de l'homme) relatives à l'application des lois offre de nombreux avantages distincts par rapport à une application discrète des droits de l'homme. Premièrement, que ces normes soient appliquées en tant qu'éléments de droit conventionnel ou de DIH coutumier, le difficile débat sur l'application extraterritoriale du droit conventionnel des droits de l'homme peut être évité. Un conflit armé peut survenir dans ce qui a été appelé la « zone de guerre », composée des territoires des parties au conflit, tels qu'ils sont délimités par les frontières nationales, la haute mer et la zone d'exclusivité économique; toutefois, des opérations militaires peuvent se dérouler dans des périmètres plus restreints, zones opérationnelles ou théâtres de guerre<sup>265</sup>. Pendant de tels conflits, certaines dispositions du DIH peuvent avoir un vaste champ d'application, s'étendant à l'ensemble du territoire des parties au conflit « et pas simplement au voisinage des hostilités effectives »<sup>266</sup>. Ces dispositions pourraient inclure le

261 C. Droege, *op. cit.*, note 227, pp. 215-236, pour une analyse de la « complémentarité » entre ces deux systèmes juridiques.

262 Voir, par ex., Principes de base de l'ONU sur le recours à la force, *op. cit.*, note 185.

263 TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et al.*, affaire n° IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, 22 février 2001, p. 160, para. 467.

264 M.N. Shaw, *op. cit.*, note 239, pp. 98-99; en outre, dans le document intitulé *Restatement of Foreign Relations Law*, *op. cit.*, note 51, p. 152, para. 701(c), il est indiqué qu'un État est tenu de respecter les droits fondamentaux de toute personne relevant de sa juridiction, droits « que l'État est tenu de respecter en vertu des principes généraux de droit communs aux principaux systèmes juridiques du monde » [traduction CICR].

265 C. Greenwood, *op. cit.*, note 247, pp. 59-62.

266 *Affaire Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *op. cit.*, note 157, para. 68.

droit de l'occupation, avec ses clauses concernant le maintien de l'ordre public qui s'étendent à l'ensemble du territoire sous occupation<sup>267</sup>. En conséquence, les normes des droits de l'homme incorporées dans le droit humanitaire seraient applicables dans le territoire occupé, même si la puissance occupante avait adopté la position selon laquelle ses obligations relevant des droits de l'homme n'ont pas d'application extraterritoriale sur ce territoire<sup>268</sup>.

Deuxièmement, cette interprétation permet d'éviter les risques inhérents à l'adoption d'une approche restrictive vis-à-vis de l'un ou l'autre de ces corpus juridiques. Le fait de prôner l'application exclusive du droit humanitaire, sans reconnaître les normes régissant l'emploi de la force dans un contexte de maintien de l'ordre, risque potentiellement de mettre en danger des civils pacifiques. En effet, les normes relatives à la conduite des hostilités – notamment les précautions en matière de ciblage<sup>269</sup> – ne sont pas conçues pour s'appliquer aux opérations de police. Inversement, une application unique des droits de l'homme permettrait difficilement de faire face aux niveaux élevés de menace qui sont inhérents à la violence susceptible d'éclater en période d'occupation. Le fait de ne pas réussir à maîtriser ces menaces met en danger non seulement les forces de sécurité, mais aussi les civils que ces forces ont l'obligation de protéger.

Troisièmement, bien qu'il existe plusieurs organes régionaux, créés par des traités relatifs aux droits de l'homme, traitant des atteintes aux droits de l'homme commises par les forces de sécurité en territoire occupé, leur compétence est limitée à certains États<sup>270</sup>. Cette limitation peut être surmontée en s'appuyant sur les mécanismes d'application des normes des droits de l'homme par le biais de la mise en œuvre du droit humanitaire, étant donné que ce droit bénéficie d'une application plus universelle (s'étendant donc aux pays qui échappent à la supervision exercée par les organes régionaux). Cette large applicabilité du DIH signifie que certains États seront soumis à la juridiction des organes régionaux des droits de l'homme, ainsi qu'aux régimes de responsabilité prévus par le droit

267 *Commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention, op. cit.*, note 15, p. 53, concernant l'article 4 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève (Définition des personnes protégées): « Le simple fait de se trouver sur le territoire d'une Partie au conflit ou sur un territoire occupé implique que l'on se trouve au pouvoir des autorités de la Puissance occupante. Il se peut que l'exercice de ce pouvoir ne se matérialise jamais à l'égard d'une personne protégée. Ainsi, par exemple, il est fort possible qu'un habitant d'un territoire occupé n'ait jamais affaire à la Puissance occupante ou à ses organes. Autrement dit, l'expression 'au pouvoir' n'a pas forcément un sens matériel; elle signifie simplement que la personne se trouve dans un territoire dont la Puissance en question est maîtresse ». Voir aussi Y. Dinstein, *op. cit.*, note 4, pp. 47-48. L'auteur note qu'en matière d'occupation militaire, le contrôle effectif établi sur terre par la puissance occupante s'étend même à « toute la zone maritime contiguë ainsi qu'à l'espace aérien surjacent » [traduction CICR].

268 « *Use of Force in Occupied Territory* », *op. cit.*, note 149, pp. 111 et 117-119. Il est relevé dans ce rapport qu'un tel résultat pourrait se révéler être un moyen approprié de rapprocher les points de vue divergents des partisans de l'application des droits de l'homme et des partisans d'une application exclusive du droit humanitaire.

269 PA I, art. 57(2).

270 A. Cassese, *op. cit.*, note 200, p. 389. L'auteur relève que parmi les mécanismes régionaux de contrôle figurent des organes judiciaires tels que la Cour européenne des droits de l'homme, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme, ainsi que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et son organe de contrôle, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

humanitaire. La situation de ces États n'est pas problématique, puisque toutes ces instances traitent de questions relatives à l'application des lois ; de fait, le principe de responsabilité s'en trouve renforcé de manière potentiellement significative<sup>271</sup>.

Quatrièmement, toujours sur le plan de la responsabilité, le fait de traiter l'emploi abusif de la force comme une infraction au droit humanitaire signifie qu'un tel acte est susceptible d'être traité comme un « crime de guerre »<sup>272</sup>. Une violation des droits de l'homme serait probablement traitée comme un crime contre l'humanité potentiel ; or, ce délit comporte des critères supplémentaires de culpabilité (caractère généralisé ou systématique de l'acte commis) qui pourraient en limiter l'application<sup>273</sup>.

Finalement, le fait de reconnaître la présence, dans le corpus du DIH, des normes relatives aux droits de l'homme applicables aux activités de maintien de l'ordre dans le territoire occupé conduit à une approche plus holistique de l'application du droit. Cela facilite l'intégration et la « socialisation » au niveau de la doctrine et de la formation des forces militaires chargées d'assurer le maintien de l'ordre public, tant dans le contexte des interventions policières ordinaires que pour contrer les menaces posées par une force insurgée. En fin de compte, le respect de la large palette de droits légaux applicables en temps de guerre se trouve renforcé et la population civile bénéficie d'une protection accrue.

## Résoudre les problèmes pratiques

Il est également important de préciser clairement l'effet que *n'aura pas* la reconnaissance, au sein même du droit humanitaire, de l'existence de normes

271 *Affaire du Congo, op. cit.*, note 21, p. 245, para. 220 : « La Cour conclut dès lors que l'Ouganda est internationalement responsable des violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire ». Voir aussi Comité des droits de l'homme, *Observation générale N° 31 [80], La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, adoptée le 29 mars 2004 (2187<sup>e</sup> séance), CCPR/C/21/Rec.1/Add. 13, 26 mai 2004, para. 11 : « Comme il ressort de l'Observation générale N° 29, le Pacte s'applique aussi dans les situations de conflit armé auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables. Même si, pour certains droits consacrés par le Pacte, des règles plus spécifiques du droit international humanitaire peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre ».

272 A. Cassese, *op. cit.*, note 200, p. 81. L'auteur relève que « [l]es crimes de guerre sont des violations graves des règles coutumières ou conventionnelles relevant du corpus du droit international des conflits armés » [traduction CICR]. Voir aussi T. Meron, *op. cit.*, note 163, p. 266. Selon l'auteur, « les délits mentionnés dans le Statut de la CPI en tant que crimes contre l'humanité et ceux qui sont proscrits par l'article 3 commun [aux Conventions de Genève] sont quasiment impossibles à différencier par rapport aux atteintes graves aux droits de l'homme. Ils coïncident avec les violations de certaines normes fondamentales des droits de l'homme ; ces violations sont ainsi criminalisées par un instrument du droit international humanitaire » [traduction CICR].

273 A. Cassese, *op. cit.*, note 200, p. 98 ; R. Cryer et al., *op. cit.*, note 201, p. 233. Selon les auteurs, « la commission des crimes contre l'humanité exige des actes généralisés ou systématiques ; il n'en est pas ainsi dans le cas des crimes de guerre : un seul acte isolé peut constituer un crime de guerre » [traduction CICR]. Voir aussi Darryl Robinson, « Defining 'crimes against humanity' at the Rome Conference », dans *American Journal of International Law*, Vol. 93, N° 1, 1999, p. 48. L'auteur relève qu'un accusé peut être tenu pénalement responsable d'un acte inhumain isolé (tel qu'un meurtre) si cet acte a été commis dans le cadre d'une attaque plus vaste.

fondées sur les droits de l'homme qui régissent le maintien de l'ordre. Cette reconnaissance ne simplifiera pas les rapports entre l'application des lois et la conduite des hostilités en période d'occupation militaire. Les enjeux restent les mêmes, que les normes des droits de l'homme soient appliquées au titre du DIH ou des droits de l'homme. Les menaces contre la sécurité de l'occupant et des habitants du territoire peuvent être organisées, diverses, complexes et extrêmement violentes, particulièrement à cause de la constitution de groupes de résistance armés. Ces menaces peuvent aller bien au-delà de celles qui sont normalement associées au maintien de l'ordre public. Dans de telles situations, la force employée par les forces de sécurité est régie par les normes juridiques en fonction de la menace posée. Le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ne peuvent pas être pris en charge de manière effective en considérant la situation comme relevant exclusivement soit du maintien de l'ordre, soit de la conduite des hostilités ; d'ailleurs, une telle exclusivité ne peut pas non plus exister dans l'application des normes en vigueur.

Quand la menace provient soit de mouvements de résistance organisés qui satisfont aux critères juridiques de l'octroi du statut de combattant, soit d'autres groupes armés organisés également impliqués, soit encore de civils participant directement aux hostilités, les normes applicables sont les normes relatives à la conduite des hostilités qui régissent l'emploi de la force. Les attaques ne peuvent être dirigées que contre des objectifs militaires légitimes<sup>274</sup>. Quand l'insécurité est provoquée par des civils qui ne sont pas impliqués dans les hostilités mais qui participent à des émeutes, à des actes isolés et sporadiques de violence et à d'autres actes analogues<sup>275</sup>, ce sont les normes (fondées sur les droits de l'homme) relatives à l'application des lois qui régissent les activités des forces de sécurité. Sur le plan pratique, cette division de l'application des normes est également largement reflétée dans les différences observées au niveau de la doctrine, de la formation et de l'équipement des forces de police, d'une part, et des forces militaires, d'autre part<sup>276</sup>.

274 PA I, art. 48, 50, 51, 52(2) et 57. Selon l'art. 57(2), « ceux qui préparent ou décident une attaque doivent : i) faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil... ».

275 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), du 8 juin 1977, ouvert à la signature le 12 décembre 1977, UNTS 609, art. 1(2). Ces exemples, cités dans le Protocole II, sont largement acceptés en tant que signes révélateurs de l'activité criminelle.

276 De façon générale, la doctrine, la formation et l'équipement des forces militaires et de police correspondent aux rôles centraux assignés à ces forces en matière de lutte contre l'insurrection. En ce qui concerne les forces militaires, ce rôle inclut des opérations offensives contre les insurgés, ainsi que le maintien d'« un cordon défensif autour des zones d'où la violence des insurgés a été largement chassée ». D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 53 [traduction CICR]. Voir aussi *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, pp. 60-66, paras 2-19-2-22 pour une description des rôles opérationnels (rôle offensif, défensif et de stabilité) assignés aux forces armées des États-Unis. Le rôle de la police est, au contraire, axé sur l'application des lois et lutte contre la subversion à l'intérieur du périmètre établi par le cordon défensif. D.H. Bayley et R.M. Perito, *op. cit.*, note 83, p. 53. Cela ne signifie pas que les forces militaires ne seront pas obligées d'accomplir des tâches relevant de l'application des lois, en particulier si une force de police effective fait défaut, ou quand les

Tant les forces de police que les forces militaires peuvent devoir intervenir dans des situations auxquelles s'appliquent les normes relatives soit au maintien de l'ordre soit à la conduite des hostilités; elles peuvent aussi être confrontées à des menaces provenant de l'une ou l'autre extrémité du spectre des conflits. Nombre de ces menaces relèvent clairement de la structure normative soit du maintien de l'ordre, soit de la conduite des hostilités. Néanmoins, en fonction de la complexité de la situation sécuritaire, ces deux ensembles de règles pourront parfois se recouper et même se superposer. Une menace peut initialement apparaître comme spécifique à un contexte de maintien de l'ordre, mais en réalité être liée au conflit armé en cours. Par exemple, comme cela s'est produit en Irak, on peut trouver du personnel de sécurité en fonctions à un poste de contrôle, ce qui est souvent considéré comme une tâche relevant de l'application des lois. Les membres (civils ou militaires) du personnel de sécurité doivent être entraînés et astreints à employer la force autorisée en matière d'application des lois quand ils ont affaire à des personnes qui ne sont ni des membres de groupes armés organisés, ni des civils participant directement aux hostilités. Dans de telles situations, la force ne doit être employée qu'en dernier recours, de manière proportionnée et principalement dans le cadre de la légitime défense.

Ces diverses tâches peuvent cependant être nuancées en fonction du contexte. Le poste de contrôle pourrait ne pas être un simple poste de contrôle du trafic des véhicules (et se trouver à l'entrée d'une base militaire ou garder l'accès à une zone d'opérations militaires, par exemple). La position par défaut consiste à appliquer les normes relatives au maintien de l'ordre, mais l'escalade dans l'emploi de la force associée à ces normes (avertissements verbaux et visuels, tirs de semonce, etc.) peut, quant à elle, faire office d'outil de différenciation pour détecter et identifier des menaces plus graves que celles que pose la criminalité ordinaire. En ce sens, la nécessité d'opérer dans cet environnement de sécurité particulier, où les insurgés se cachent au sein de la population, pointe vers des règles d'engagement (ROE) qui reflètent à la fois les normes des droits de l'homme et celles du droit humanitaire, plutôt que d'utiliser des cartes différentes de ROE pour le maintien de l'ordre, d'une part, et la conduite des hostilités, d'autre part. Dès qu'il est manifeste que la menace émane d'un membre d'un groupe armé

forces militaires sont chargées d'opérations de stabilité. Néanmoins, les forces militaires doivent être équipées et entraînées en vue de la conduite de toute la gamme d'opérations. La police, au contraire, bien qu'elle puisse être impliquée dans des opérations de lutte contre l'insurrection a, et doit avoir, pour rôle central, les interventions policières de base (*ibid.*, pp. 75-76). La différence de nature du rôle de la police se reflète dans la formation dispensée en 2006 aux forces de police en Irak. Cette formation a été axée sur l'exercice démocratique des fonctions de police ainsi que sur les enquêtes criminelles, la lutte contre le terrorisme, les techniques de survie, les tactiques défensives et les armes à feu (*ibid.*, p. 106). La formation différente que reçoit la police se manifeste aussi sur le plan pratique. On peut lire dans le *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, p. 232, para. 6-99, que lorsque les forces militaires sont chargées de former la police locale, c'est la police militaire qui est le mieux en mesure d'enseigner les compétences de base nécessaires pour les interventions de la police; il est relevé que les experts civils sont les plus aptes à enseigner les compétences de haut niveau comme celles que requièrent les procédures d'enquêtes criminelles civiles, les opérations contre le crime organisé et les opérations de renseignements de la police.

organisé ou d'un civil participant directement aux hostilités (dans le cas, par exemple, d'un véhicule piégé), ce sont les normes de la conduite des hostilités qui s'appliquent en droit. Dans cette situation, l'emploi de la force n'est pas restreint par les normes de l'application des lois (bien que ces normes continuent de régir l'emploi de la force contre les civils qui ne participent pas directement aux hostilités)<sup>277</sup>. Quand un soldat ou un fonctionnaire de police a de bonnes raisons de croire<sup>278</sup> que la menace est directement liée à des personnes engagées dans les hostilités, la force employée est régie par les principes – tels que les principes de distinction, de proportionnalité et d'interdiction des maux superflus – qui sous-tendent le droit humanitaire.

En ce cas, le soldat est en droit de tenir compte d'un certain nombre de facteurs: renseignements disponibles, mesures possibles prises pour avertir le véhicule qui s'approche, réaction ou absence de réaction du conducteur du véhicule, emplacement du poste de contrôle, nature des lieux qui sont gardés (le cas échéant) et, enfin, propension des insurgés à recourir à une méthode de guerre de ce type. La situation peut évoluer de telle manière que la force sera employée comme elle l'aurait été dans le cadre de l'application des lois, en cas de réaction à une menace au titre de la légitime défense. Dans cette situation, le soldat peut n'avoir le temps que de réagir à un danger immédiat. Or, cela ne sera pas toujours le cas et ce sont les normes régissant la conduite des hostilités qui déterminent la force permise, en droit, pour contrer une attaque (véhicule piégé ou attentat suicide, notamment) lancée par des membres de groupes armés organisés ou par un civil participant directement aux hostilités. Par exemple, le soldat pourrait avoir été prévenu qu'une attaque se prépare (par le biais d'informations fournies par la surveillance aérienne, les renseignements humains, d'autres postes d'observation ou postes de contrôle, ou peut-être même par l'observation de certaines tactiques et procédures). Pour intervenir afin de supprimer la menace, le soldat ne doit pas attendre que l'attaque soit imminente, ou que l'attaquant soit physiquement à proximité immédiate, et qu'il soit prêt à déclencher des explosifs. Pour contrer une telle menace, le soldat peut utiliser la force de manière conforme aux normes qui régissent la conduite des hostilités.

L'explosion de bombes dans des marchés et des zones urbaines très densément peuplées constitue une grave menace pour les civils et pour le

277 Voir N. Melzer, *op. cit.*, note 219, p. 44. Selon l'auteur, le fait d'ouvrir le feu contre un véhicule qui ne s'est pas arrêté à un poste de contrôle est normalement régi par le droit des droits de l'homme applicable aux opérations de police. L'auteur conclut que « le but de toute mesure prise contre le véhicule qui se rapproche du check-point doit être de minimiser, dans toute la mesure du possible, l'emploi de la force létale et ne peut impliquer la mort du conducteur qu'en cas de stricte nécessité pour protéger les soldats en opération ou d'autres personnes contre une menace imminente pesant sur leur vie » [traduction CICR]. Néanmoins, cette conclusion est basée sur « des mesures de contrainte spécifiquement dirigées contre des personnes ou des biens protégés contre les attaques directes » [traduction CICR]. Voir aussi M. Sassòli, *op. cit.*, note 1, p. 666. Selon l'auteur, en cas de problème à un poste de contrôle, « les agents de la force publique doivent s'efforcer d'arrêter le contrevenant sans faire usage d'armes à feu et en minimisant les dommages et les blessures ... » [traduction CICR].

278 TPIY, *Le Procureur c. Galić*, Affaire N° IT-98-29-T, Jugement, Chambre de première instance, 5 décembre 2003, para. 58.



personnel de sécurité pendant un conflit armé. De tels actes ont été qualifiés d'actes de guerre<sup>279</sup>. Pour contrer une telle menace, il faut employer une force écrasante et non pas seulement le type de force proportionnée prévue par les normes régissant l'application des lois. Ce n'est pas une activité telle que la garde d'un poste de contrôle qui constitue l'élément essentiel pour déterminer quelles normes s'appliquent. Quand la menace provient de membres d'un mouvement de résistance organisé ou de civils participant directement aux hostilités, la réponse peut être régie par les normes relatives à la conduite des hostilités, quelle que soit l'activité menée par les forces de sécurité à ce moment-là. Un contexte de ce type, dans lequel se mêlent conduite des hostilités et maintien de l'ordre public, peut aussi se présenter quand des coups de feu sont tirés par des insurgés qui se trouvent au milieu d'une foule d'émeutiers.

Cela ne signifie toutefois pas que la réaction sera toujours extrêmement violente. Certes, quand un soldat qui garde un check-point ou affronte des émeutiers est attaqué par des insurgés, sa manière de se défendre n'est pas seulement régie par les normes relatives au maintien de l'ordre. Néanmoins, l'emploi de la force létale contre les insurgés dans de telles situations risque de causer incidemment d'importantes pertes civiles. Comme cela s'est produit en Irak, le fait que des civils soient tués ou blessés peut avoir un impact négatif sur la campagne de lutte contre l'insurrection<sup>280</sup>. Le droit humanitaire peut donc admettre que la réaction soit vigoureuse (ou même permettre que des pertes civiles soient causées incidemment); cependant, pour des raisons politiques, les commandants peuvent opter dans les Règles d'engagement pour une limitation de la force autorisée<sup>281</sup>.

Un autre exemple illustre la nécessité de nuancer l'application du droit. En effet, même lorsque la force est envisagée sous l'angle des règles normatives humanitaires, le résultat peut ne pas être « kinétique » (comme dans le cas de l'emploi d'armes à feu, de munitions d'artillerie ou d'engins lancés par des moyens aériens). Le droit – et, par conséquent, tout emploi de la force qu'il autorise – doit être appliqué en tenant compte du contexte. Comme cela s'est passé à Faloudjah, la situation tactique peut être telle qu'un conflit (entre les forces de sécurité qui cherchent à pénétrer dans une ville et un groupe armé organisé retranché dans des positions défensives pour résister à cette opération) pourrait entraîner l'emploi

279 Roger Trinquier, *Modern Warfare: A French View of Counterinsurgency*, Praeger Security International, Westport, CT, 2006, p. 21, n. 1 : le chef de la Zone autonome d'Alger, Yassef Saâdi, aurait déclaré après son arrestation en septembre 1957 : « J'ai posé mes bombes en ville parce que je n'avais pas d'avion pour les transporter, mais elles ont fait moins de victimes que les bombardements aériens et les tirs d'artillerie dirigés contre nos villages de montagne. Je fais la guerre. Vous ne pouvez pas me faire de reproches ».

280 Une situation de ce type s'est produite en avril 2003 à Faloudjah, en Irak. Voir T.E. Ricks, *op. cit.*, note 80, pp. 138-142; voir aussi B. West, *op. cit.*, note 99, pp. 12-13. Toutefois, dans *Iraq: Violent Response: The U.S. Army in al-Falluja*, Vol. 15, N° 7 (E), juin 2003, p. 2, l'organisation Human Rights Watch a estimé qu'une émeute constituait une situation relevant du maintien de l'ordre, nécessitant un tel emploi de la force. Un incident similaire s'est produit à Mossoul, en Irak. Voir Linda Robinson, *Masters of Chaos: The Secret History of Special Forces*, Public Affairs, New York, 2004, pp. 337-338.

281 *Counterinsurgency Field Manual*, *op. cit.*, note 115, p. 54, para. 2-4.

du feu direct et du feu indirect (artillerie ou force aérienne)<sup>282</sup>. Dans d'autres circonstances, par exemple lorsqu'un membre subalterne d'un groupe armé est visé alors qu'il se cache, non armé, dans une zone urbaine, un commandant peut décider, après avoir mis en œuvre les mesures de précaution relatives au ciblage, que l'avantage militaire relatif pouvant être tiré d'une attaque cinétique s'efface devant le risque de causer incidemment des morts et des blessures aux civils, ainsi que des dommages aux biens de caractère civil<sup>283</sup>. En de telles circonstances, des efforts visant à capturer l'individu (afin d'éviter ou de minimiser l'impact collatéral sur les civils) pourraient constituer l'option appropriée au regard du droit. Néanmoins, une cible plus importante peut modifier l'avantage militaire attendu de la conduite d'une opération et apporter ainsi la justification de la frappe une fois que les précautions requises ont été prises.

Étant donné la complexité de la situation sur le terrain et la diversité des menaces inhérentes à une occupation militaire, il est inévitable qu'il y ait à la fois des recoupements et des chevauchements dans l'application des deux régimes juridiques. Pour les cours, les tribunaux, les conseillers juridiques (militaires et civils) des États et les juristes, la difficulté sera d'éviter les évaluations trop formalistes du droit, qui ne tiennent pas compte de la complexité de la menace et des capacités ou des limitations tactiques des forces de sécurité impliquées. Néanmoins, ce qui est clair, c'est qu'au regard du DIH, le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure en territoire occupé constituent principalement et de manière prédominante une fonction relevant de l'application des lois. Cette situation se rencontre dans le cadre des rapports ordinaires avec les civils dans le territoire occupé<sup>284</sup> et elle s'étend à l'activité des forces de l'ordre – volet essentiel de la lutte contre l'insurrection – destinée à contrer les actes criminels des groupes d'insurgés. De fait, la puissance occupante se trouve dans une position similaire à celle du gouvernement évincé si celui-ci faisait face à une insurrection dans le cadre d'un conflit interne. L'activité menée soit par la police, soit par les forces militaires, doit être conforme aux normes largement acceptées des droits de l'homme qui régissent l'application des lois : le fait que le cadre juridique du droit humanitaire ou celui des droits de l'homme soit appliqué

282 Autre exemple ; les frappes aériennes de l'OTAN à Tripoli, pendant la campagne de soutien aérien aux rebelles libyens qui tentaient de prendre le contrôle du pays. Voir «Nato air strikes hit Tripoli in heaviest bombing yet», dans *The Guardian*, 24 mai 2011, disponible sur : <http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/24/nato-airstrikestripoli-heaviest-bombing-libya>. Ce bombardement n'est pas intervenu dans le contexte d'une occupation, mais il montre que la force aérienne peut être utilisée dans des zones urbaines, notamment en raison de la concentration des forces de l'opposition qui opèrent au sein de la population dans ces zones.

283 L'exemple d'un insurgé non armé qui se trouve dans un lieu peuplé de civils pacifiques est souvent cité pour illustrer la problématique de l'emploi de la force au regard du DIH ou du droit des droits de l'homme. Par exemple, voir le *Guide interprétatif*, *op. cit.*, note 194, p. 81 ; voir aussi M. Sassòli, *op. cit.*, note 227, p. 85 ; voir enfin C. Droège, *op. cit.*, note 227, p. 242. Néanmoins, l'effet de l'application des normes relatives soit à la conduite des hostilités, soit au maintien de l'ordre dans des situations telles que celles mentionnées ici n'est pas forcément aussi différent qu'on le croit parfois.

284 Elbridge Colby, «Occupation under the laws of war II», dans *Columbia Law Review*, Vol. 26, 1926, p. 151.

pour déterminer la responsabilité en cas d'emploi de la force, quelle qu'elle soit, n'a aucune incidence. Cela fait apparaître une position par défaut de l'application des normes (fondées sur les droits de l'homme) relatives à l'application des lois dans le cadre de l'accomplissement du mandat de maintien de l'ordre public imposé à la puissance occupante par le droit humanitaire, sauf si la situation sécuritaire est telle qu'elle relève des normes régissant la conduite des hostilités<sup>285</sup>.

## Conclusion

Comme cette analyse l'a montré, lors d'une occupation belligérante – comme en Irak de 2003 à 2004 – la puissance occupante peut être confrontée à un problème de sécurité complexe et violent. Il y a déjà longtemps que l'obligation de restaurer et de maintenir l'ordre public et la sécurité, dans toute la mesure du possible, a conféré à la puissance occupante la responsabilité d'exercer une surveillance policière sur les habitants du territoire occupé. En même temps, la puissance occupante peut se trouver engagée dans des hostilités avec des parties qui veulent participer au conflit armé international en cours. Inévitablement, le maintien de la sécurité exige une intégration, et parfois un chevauchement, des efforts déployés par les forces de police et par les forces militaires. Cette situation découle de la nécessité d'exercer une surveillance policière sur la population ainsi que du rôle prédominant que les forces de police jouent dans la lutte contre une insurrection.

Les droits fondamentaux concernés par les activités d'application des lois – le droit à la vie, notamment – font intégralement partie du DIH et cela est cohérent avec les obligations relatives au maintien de l'ordre que le DIH impose à la puissance occupante. Ces droits sont également garantis par les droits de l'homme, en tant que droit international conventionnel ou coutumier. En conséquence, ces deux branches du droit se superposent de façon significative en tant que structure normative à laquelle sont soumises les forces de sécurité qui accomplissent des tâches de maintien de l'ordre. Le fait de placer l'application de ces droits sous la protection du droit humanitaire présente de nombreux avantages. L'existence de cadres normatifs parallèles et de structures de responsabilité correspondantes a pour effet de renforcer la protection offerte à la population civile. Cela dit, que les normes des droits de l'homme soient appliquées au titre du DIH ou des droits de l'homme, il subsistera des limites quant à la manière dont chacun des deux systèmes juridiques pourra répondre à la situation sécuritaire complexe liée à l'occupation. Ce sont donc les normes correspondant à la menace existante qui régiront l'usage de la force autorisé en droit.

285 Il restera nécessaire de séparer l'action de la police, régie par les normes des droits de l'homme, et la conduite des hostilités. Voir René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 349-350. Selon l'auteur, « [a]lors qu'il existe véritablement un espace pour une pollinisation croisée éclairée et une meilleure intégration entre le droit relatif aux droits de l'homme et le droit humanitaire, chacun de ces ensembles de règles accomplit la tâche à laquelle il est plus apte que l'autre, et les aspects fondamentaux de chaque système restent en partie incompatibles avec ceux de l'autre » [traduction CICR].