

**L'AVOCAT SPECIALISE EN DROIT
OPERATIONNEL: UNE PERSONNE RESSOURCE
ESSENTIELLE POUR LE COMMANDANT
D'AUJOURD'HUI**

PAR LE COLONEL KENNETH W. WATKIN

On dit que les soldats et les avocats ne pourraient jamais prospérer ensemble en même temps.

Barnabe Rich : The Anatomy of Ireland, 1615

Les décisions supposaient de considérations juridiques à chaque échelon ; [le droit de la guerre] s'est avéré inestimable dans la prise de décisions.

**Général Colin Powell, Président, chefs d'état-major des Etats-Unis :
« Conduct of the Persian Gulf War », rapport final au Congrès, avril
1992**

Introduction

Les considérations juridiques sont devenues un élément essentiel du déroulement des opérations militaires. Comme le montre la citation du général Powell, l'effet des lois applicables aux opérations militaires se fait sentir à tous les échelons de commandement. Le commandant d'aujourd'hui doit avoir une bonne connaissance et une bonne compréhension des aspects juridiques du déroulement des opérations militaires. Dans le présent article, l'auteur cerne la vaste portée du « droit opérationnel » et il donne un aperçu de l'aide que l'avocat spécialisé en droit opérationnel peut offrir au commandant.

Le droit opérationnel, peut être défini de la manière suivante :

[TRADUCTION] L'ensemble des règles de droit, nationales et internationales, qui touchent directement les questions juridiques qui se rapportent à la planification et au déploiement [de forces militaires], à la fois en temps de paix et dans les situations de combat.¹

Cette définition plutôt large illustre la portée des considérations juridiques qui se rapportent aux opérations militaires, et touche les différents domaines du droit national et international. Le droit opérationnel a aussi des répercussions sur tous les genres d'opérations militaires, qu'elles soient menées sur terre, sur mer ou dans les airs, ou qu'elles mettent en jeu les notions traditionnelles de conflit armé, d'opérations spéciales ou de maintien de la paix. Dans le présent article est évalué le droit opérationnel en ce qui a trait aux opérations internationales et nationales.

Les opérations internationales

On a dit que les lois de la guerre qui régissent les conflits armés internationaux « reflètent l'évolution des différentes formes que peut prendre la conduite de la guerre ainsi que le processus, lent mais soutenu, de définition des droits des personnes qui ne participent pas

¹ Cette définition est une adaptation de celle que donne G.C. Coleman dans « Operational Law and Contingency Planning at XVIII Airborne Corps », *The Army Lawyer*, mars 1988 à la p. 17. La définition du Lieutenant-Colonel Coleman est quelque peu plus restrictive, car elle ne vise que les opérations militaires qui ont lieu outre-mer (en dehors de la partie continentale des Etats-Unis). Cette définition plus restrictive est due principalement à la réticence des Etats-Unis à utiliser les troupes fédérales pour des opérations sur le territoire national, pour des raisons historiques et législatives (le *Posse Commitas Act*). Eu égard à la pratique des autorités canadiennes d'utiliser des forces militaires dans des opérations sur le territoire national, en ce qui concerne les Forces canadiennes, la définition du droit opérationnel doit englober les déploiements effectués sur le territoire national ainsi qu'à l'étranger.

aux combats »². Souvent désigné par l'expression « droit international humanitaire », ce domaine du droit reflète une reconnaissance globale de l'importance de la protection des personnes qui deviennent victimes de conflits armés. On a dit aussi que le droit des conflits armés constitue, à certains égards, « une extension du droit pénal national dans la sphère internationale »³.

À partir de la *Convention de Genève de 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, et du « Lieber Code de 1863 » adopté par les Etats-Unis, on a assisté au développement ininterrompu des traités, conventions et coutumes internationaux destinés à régir les conflits armés. Une partie importante du droit des conflits armés a été élaborée par la communauté internationale directement à la suite de grandes guerres. Par exemple, les Conventions de La Haye de 1907, qui traitent des conflits armés sur terre ont leur pour source la guerre franco-allemande de 1870 et la Guerre russo-japonaise. Le Protocole de Genève sur les gaz asphyxiants de 1925 et les deux Conventions de Genève de 1929 découlent directement de la Première Guerre mondiale. De manière similaire, les Conventions de Genève de 1949 ont pour source directe les abus de la Deuxième guerre mondiale⁴. Pendant une bonne partie du siècle dernier, le développement du droit des conflits armés a emprunté deux voies. Avec les Conventions de La Haye, on a tenté d'encadrer la conduite des hostilités, alors que les instruments de Genève ont été élaborés afin de protéger les malades et les blessés, les prisonniers de guerre (PG) et les civils.

² W.H. Parks, « Law of War Advisor » (1980) The JAG Journal 1, à la p. 2.

³ L.C. Green, « The Role of Legal Advisers in the Armed Forces », dans *Essays on the Modern Law of War*, (Transnational Publishers, Inc., New York, 1985), à la p. 73.

⁴ Parks. « Law of War Advisor », précité, note 2 aux pp. 2-3.

Depuis, la Deuxième Guerre mondiale, le droit des conflits armés a tenté d'englober non seulement les conflits traditionnels entre États, mais aussi les conflits avec des parties qui ne sont pas des États, les guerres de libération nationale et certains conflits armés internes. Deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ont été signés à Genève en 1977; le Canada les a ratifiés le 20 novembre 1990⁵. Ces Protocoles additionnels suivent une orientation très différente de celle des conventions antérieures, non seulement en raison du genre de conflits auxquels ils s'appliquent, mais aussi de la mesure dans laquelle les Protocoles tentent d'indiquer quels sont les moyens acceptables de mener des opérations militaires. Le Protocole I porte sur des questions comme l'identification des combattants, les « précautions dans les attaques », la protection des populations et des « biens » civils, l'interdiction des attaques sans discrimination, et la protection des ouvrages qui recèlent des forces dangereuses (les barrages, les digues, les centrales nucléaires). Les dispositions de ce protocole ont un effet direct sur les questions du choix des objectifs et des règles d'engagement⁶.

⁵ Le Protocole I traite des conflits internationaux armés, notamment des conflits armés «dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes... ». Le Protocole II s'applique aux conflits armés non internationaux «qui se déroulent... entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées... ».

⁶ Chose intéressante, si les Etats-Unis n'ont pas adopté les Protocoles additionnels, le rapport au Congrès, « Conduct of the Persian Gulf War » d'avril 1992, Appendices A à S contient plusieurs renvois aux dispositions du Protocole I pour justifier certaines décisions de choix des objectifs, comme l'affreuse attaque contre le bunker Al-Firdus. Le rapport lui-même reconnaît que certaines parties du Protocole I sont généralement considérées comme la codification de la coutume suivie par les nations et qu'elles sont donc obligatoires pour tous les États. On a continué à invoquer les normes du Protocole additionnel I en matière de choix des objectifs au cours de la campagne aérienne du Kosovo, et au cours du conflit actuel en Afghanistan. On a fini par admettre que ces dispositions sur le choix des objectifs reflètent largement le droit international coutumier.

En ratifiant le Protocole I, le Canada et, par conséquent, les Forces canadiennes, s'est engagé à :

... à diffuser le plus largement possible, en temps de paix comme en période de conflit armé, les Conventions et le présent Protocole dans leurs pays respectifs et notamment à en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire...⁷

L'engagement pris par le gouvernement canadien n'est pas limité à la diffusion des textes juridiques visant les conflits armés. Il ne suffit pas de simplement savoir que des textes de ce genre existent. Le commandant militaire doit aussi avoir accès à une interprétation exacte et concrète des textes juridiques régissant les opérations militaires. À cette fin, l'article 82 du Protocole I prévoit que :

Les Hautes Parties contractantes en tout temps, et les Parties au conflit en période de conflit armé, veilleront à ce que des conseillers juridiques soient disponibles, lorsqu'il y aura lieu, pour conseiller les commandants militaires, à l'échelon approprié, quant à l'application des Conventions et du présent Protocole et quant à l'enseignement approprié à dispenser aux forces armées à ce sujet.

En ce qui concerne le droit des conflits armés, l'avocat militaire peut notamment donner des avis sur les questions suivantes:

- Les règles d'engagement

⁷ L'art 83 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, et qui se rapporte à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I).

- Le choix des objectifs
- La vérification de la conformité des plans d'opérations au droit des conflits armés
- La légalité des armes et de leur utilisation
- Les enquêtes sur les crimes de guerre⁸
- La mise sur pied de tribunaux chargés de se prononcer sur le statut de PG⁹
- Le traitement des prisonniers de guerre et des détenus
- Le traitement des blessés et des malades
- Le traitement des civils et des réfugiés
- L'instruction sur le droit des conflits armés
- Les négociations d'accords sur le statut des forces armées stationnées à l'étranger et des protocoles d'entente avec les pays hôtes¹⁰
- Le droit de la mer

⁸ On trouvera un exposé sommaire de la participation des avocats militaires canadiens aux enquêtes sur les crimes de guerre dans l'ancienne Yougoslavie dans K Carter, « Proof Beyond a Reasonable Doubt?: Collecting Evidence for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », (1993) 31 C.Y.I.L. 253. Pendant la Guerre du Golfe, le JAG de l'armée américaine a mobilisé deux détachements de juges-avocats réservistes spécialisés en droit international, qui ont été chargés d'examiner les allégations de crimes de guerre portées contre l'Iraq. Un détachement a recueilli des informations sur le théâtre des opérations tandis que l'autre a créé aux Etats-Unis un centre de documentation sur les crimes de guerre. « Conduct of the Persian Gulf War », *précité*, note 6 aux p. 0-23, 0-24.

⁹ Pendant, la Guerre du Golfe, le Règlement sur la détermination du statut de prisonnier de guerre, DORS/91-134, a été pris en application de l'art. 8 de la *Loi sur les Conventions de Genève*, L.S.C 1985, G-3, qui prévoit la mise en place de tribunaux destinés à identifier les personnes qui ont droit au statut de PG. Aucun tribunal canadien n'a été obligé de siéger au cours du conflit.

¹⁰ Les accords sur le statut des forces armées stationnées à l'étranger (ASFA) sont souvent conclus avec les États hôtes où les forces militaires sont stationnées. Des accords de ce genre peuvent régir les questions de compétence pénale et disciplinaire, les douanes, les réclamations pour dommages-intérêts, le port d'armes, les restrictions culturelles visant les forces militaires, etc. Au cours de la Guerre du Golfe, un ASFA a été conclu avec Bahrain. Des négociations étaient encore en cours avec le Qatar et l'Arabie saoudite à la fin du conflit.

L'appui que l'avocat militaire peut assurer aux opérations militaires n'est pas limité aux questions de droit international. Même s'il y a déploiement de forces militaires hors du Canada, le commandant doit encore obtenir des avis juridiques sur une myriade de questions juridiques « internes », comme :

- Le code de discipline militaire
- L'accès à l'information/la liberté de la presse/la censure
- Les réclamations pour ou contre l'État
- Les droits de la personne
- L'acquisition de matériel
- Les pensions et les successions
- L'aide juridique

Le fait que l'avocat militaire puisse donner des conseils sur un aussi grand nombre de domaines en fait une personne-ressource particulièrement souple pour le commandant.

Depuis la Guerre du Golfe, des conseils juridiques ont été assurés aux commandants militaires à tous les échelons sur une grande variété d'opérations. Au Quartier général de la Défense nationale, les conseils juridiques sont coordonnés par « J5 Jur », au Cabinet du Juge-avocat général. La division des opérations est formée par les éléments suivants : la direction du droit international, la direction du droit des opérations, tous les bureaux régionaux de l'Assistant du Juge-avocat général et les avocats militaires déployés. Chaque échelon de commandement dispose de son propre conseiller juridique. Au cours

de la Guerre du Golfe, cinq avocats militaires, au total, ont été déployés, de temps à autre, au théâtre des opérations¹¹. Depuis lors, pour chaque déploiement d'envergure, des avocats militaires ont été affectés vers un grand nombre de lieux, notamment la Somalie, la Bosnie, la Croatie, le Kosovo, l'Italie, le Timor oriental, le Rwanda et l'Éthiopie. Depuis le 11 septembre 2001, des avocats militaires dans tout le pays ont dispensé aux commandements des conseils juridiques qui se rapportent à la défense de l'Amérique du Nord. Pendant la guerre en Afghanistan, des avocats militaires ont été déployés pour fournir des conseils juridiques aux groupes opérationnels navals, aux détachements aériens, et aux forces terrestres et spéciales. Les domaines dans lesquels ces avocats ont donné des consultations couvrent l'intégralité du droit national et international qui se rapporte au droit opérationnel.

Voici une description des fonctions d'un avocat militaire de l'armée américaine en Grenade qui met en évidence la grande variété des conseils juridiques qui peuvent être fournis au commandant militaire opérationnel:

... le juge-avocat de service de la 82^{ème} division aéroportée a consigné dans un carnet les problèmes dont il a été saisi. Dans ces notes, on prend connaissance des préoccupations typiques qui illustrent les problèmes auxquels les juges-avocats pourront faire face dans des conflits futurs. Il y a notamment l'administration des camps de prisonniers de guerre et de détenus, y compris l'isolement et le classement des prisonniers, détenus et civil; le bon usage du personnel médical capturé; l'évacuation des corps et la tenue d'un registre de tombes; l'assistance

¹¹ W.J. Fenrick, « International Legal Aspects of Canadian Forces Experience in the Recent Gulf Conflict » Compte-rendu de la conférence de 1991 du Conseil canadien de droit international, Ottawa, 1991, 11, aux

juridique aux membres des forces armées; la politique de la division en ce qui a trait à la protection des biens et au pillage; la destruction des biens privés, comme le bétail; les arrangements relatifs à l'affectation d'avocats de la défense; la saisie et l'utilisation de véhicules privés à des fins militaires; la disposition des armes et des équipements capturés; le bombardement d'un hôpital au cours des combats; l'établissement de règles d'engagement.¹²

Ce n'est pas seulement au cours des conflits d'importance que les commandants militaires ont besoin de conseils juridiques. En raison de la nature unique des opérations spéciales, ils ont aussi besoin d'un appui juridique¹³. Par exemple, les forces spéciales de l'armée américaine reçoivent un appui en matière de droit opérationnel au niveau du commandement et du groupe. Chaque unité des Forces spéciales (équivalente à la brigade), l'unité chargée des opérations psychologiques et le régiment des rangers dispose de son propre avocat militaire¹⁴. De même, au Canada, des avocats militaires sont chargés d'assurer des conseils juridiques à la Force opérationnelle interarmées 2.

La nature des déploiements militaires des Nations Unies est en constante évolution: on passe du maintien de la paix à un rôle plus interventionniste, qui exige un appui renforcé en matière de droit opérationnel. Les problèmes que posent la résolution des questions relatives au statut de combattant, l'élaboration des règles d'engagement, le traitement des

p. 12 et 13.

¹² T.B. Borek, « Legal Services During War » (1988), 120 Mil. Law Rev. 19, à la p.45.

¹³ R.C. Barnes, Jr., « Legitimacy and the Lawyer in Low-Intensity Conflict (LIC): Civil Affairs Legal Support » The Army Lawyer, oct. 1988, à la p. 5.

¹⁴ G.L. Walsh, « Role of the Judge-Advocate in Special Operations" The Army Lawyer, août 1989, à la p. 4 et R.C. Barnes, Jr. « Operational law, Special Operations, and Reserve Support », The Army Lawyer, déc. 1984, à la p. 1.

réfugiés et les obligations qui découlent de la surveillance des PG et des détenus et de leurs activités en détention soulèvent des questions juridiques complexes qui relèvent du domaine d'expertise de l'avocat spécialisé en droit opérationnel. Des avocats militaires ont aussi été déployés à l'équipe d'intervention en cas de catastrophe envoyée au Honduras et en Turquie.

Les opérations internes

Comme Desmond Morton l'a signalé dans son article intitulé « Bayonets in the Streets: The Canadian Experience of Aid of the Civil Power 1867-1990 »¹⁵, le recours aux troupes afin d'assurer l'ordre public est une tradition ancienne. La notion d'opération interne englobe notamment les opérations d'« aide au pouvoir civil » qui sont prévues à la Partie VI de la *Loi sur la défense nationale*¹⁶ (par ex., en cas d'émeutes, de troubles, etc.), l'assistance armée aux corps policiers¹⁷, l'assistance aux pénitenciers, l'état d'urgence¹⁸ et l'assistance générale prêtée aux autres ministères gouvernementaux. L'assistance aux autres ministères gouvernementaux englobe les opérations anti-drogues et l'application de la loi en matière de pêches. Les Forces canadiennes ont une unité, la Force opérationnelle interarmées 2, qui est précisément chargée de participer à la lutte contre le terrorisme sur le territoire national.

¹⁵ Revue canadienne de défense, avril 1991, 30.

¹⁶ L.R.C. 1985, c. N-5.

¹⁷ Voir l'art. 276.3 de la *Loi sur la défense nationale*, les Directions de l'assistance militaire des Forces canadiennes C.P. 1993-624 et les Directions de l'assistance militaire des Forces canadiennes aux forces de l'ordre d'une province, C.P. 1996-833.

¹⁸ *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. 1985, ch. 22 (4^{ème} Supp.), Partie II.

Le déploiement de forces militaires pour les opérations internes soulève des questions juridiques nombreuses et compliquées. La complexité de ces questions est directement liée aux circonstances dans lesquelles les Forces canadiennes sont déployées. Les militaires sont souvent appelés à servir de « force de dernier recours » au service du pouvoir civil lorsque les moyens normaux de maintien de l'ordre public ne suffisent plus ou ne sont plus efficaces. Lorsqu'ils participent à des opérations internes, les militaires sont soumis à la fois au droit civil et au droit militaire.

Les militaires peuvent avoir le statut d'« agents de la paix » lorsqu'ils participent à des opérations internes. Si ce statut confère aux intéressés des protections importantes aux termes du *Code criminel*¹⁹, il prévoit aussi un certain nombre d'obligations et de pouvoirs légaux qui ne font pas partie traditionnellement de la formation militaire. Les forces militaires qui participent aux opérations internes sont chargées d'aider les autorités civiles à faire respecter la loi, ce qui oblige les militaires affectés au maintien de l'ordre public à respecter les lois mêmes qu'ils tentent de faire respecter²⁰. Par conséquent, si le commandant veut être en mesure d'accomplir avec succès une opération interne, il est essentiel qu'il comprenne pleinement les pouvoirs légaux et les restrictions qui s'y appliquent.

Comme pour les opérations internationales, l'avocat spécialisé en droit opérationnel est particulièrement en mesure de donner au commandant militaire des avis juridiques au

¹⁹ L.R.C. 1985, ch. C-46.

²⁰ Pour une étude plus fouillée des questions juridiques qui se rapportent à l'emploi de forces militaires dans des opérations internes au Canada, voir K.W. Watkin, « Legal Aspects of Internal Security: A Soldier's Protection and Obligations » (1985) 1 C.F. JAG J 51, (1987) 2 C.F. JAG J. 5.

sujet de la conduite des opérations internes. Les questions juridiques sur lesquelles il peut donner des avis ne sont pas différentes de celles qui se posent relativement aux conflits armés. En voici quelques-unes : les règles d'engagement, les niveaux de force, le recours à certaines armes, la cueillette de renseignements, les enquêtes sur les violations possibles de la loi, le traitement des détenus, l'examen des plans opérationnels, la formation, le règlement des demandes en dommages-intérêts et la liaison avec les autres forces de sécurité et le pouvoir civil. De plus, les questions juridiques courantes qui se rapportent aux forces militaires « suivent » les unités déployées. Les avocats spécialisés ont constitué une partie intégrante du déploiement des forces militaires dans des opérations internes, depuis l'étape de la planification jusqu'à celle de l'exécution. Au cours du conflit d'Oka et de Kahnawake en 1990, les avocats militaires ont fourni des conseils juridiques à tous les échelons, depuis le Quartier général de la Défense nationale jusqu'au niveau de la brigade et de l'unité. Ils ont participé à d'autres opérations, comme l'inondation au Manitoba, la tempête de verglas au Québec et en Ontario et l'opération Abacus à la fin du siècle.

Idées fausses et réalités

Il est évident que les considérations d'ordre juridique constituent un facteur qui prend de plus en plus d'importance dans le déploiement de forces militaires, tant pour les opérations internationales qu'internes ; cependant, au début des années 1990, les commandants militaires se sont souvent montrés réticents à avoir recours aux services de l'avocat spécialisé en droit opérationnel. Deux domaines pour lesquels s'est manifestée à

l'origine une résistance à la participation des avocats sont le choix des objectifs et les règles d'engagement.

Les réticences de certains commandants à l'idée de donner accès aux avocats au conseil de guerre étaient très largement fondées sur des idées fausses sur le rôle du conseiller juridique. Au cours de la guerre du Vietnam, on croyait que les règles d'engagement restrictives s'expliquaient par des contraintes juridiques. Cependant, ces contraintes étaient souvent d'ordre largement politique. Les règles d'engagement ne supposent pas uniquement des considérations juridiques. Des règles de ce genre doivent intégrer des considérations d'ordre opérationnel (les capacités des forces militaires et des systèmes d'armement, etc.) et d'ordre politique et stratégique. D'ailleurs, il arrive que les fausses impressions mettent l'avocat spécialiste en mesure d'informer le commandant que le droit permet certaines activités dont on croit souvent, à tort, qu'elles sont illégales.²¹ Dans la plupart des cas, ce sont les contraintes d'ordre tactique et opérationnel ou d'ordre stratégique et politique qui limitent l'autorisation de recourir à la force.

Cette réticence à voir les avocats spécialisés contribuer à la rédaction des règles d'engagement n'était pas universelle. Au cours de la Guerre du Golfe, les avocats militaires canadiens ont consacré :

... beaucoup de temps à des tâches comme l'élaboration des critères relatifs à l'usage de la force aux fins de légitime défense, en mettant l'accent sur l'usage de la force avant et après le commencement des hostilités, en assurant l'harmonie

²¹ S. Keeva, « Lawyers In The War Room », American Bar Association Journal, déc. 1991, 52, aux p. 56 et 57.

logique des règles d'engagement, et en établissant les procédures de modification de ces règles. Les habiletés analytiques et rédactionnelles et la sensibilité aux questions de procédure de l'avocat d'expérience ont été extrêmement utiles en ce qui a trait aux règles d'engagement²².

Les Règles d'engagement ont été élaborées pour les opérations comme l'abordage de navires, celles des patrouilles aériennes de combat et la sécurité du périmètre des terrains d'aviation. Parmi les leçons de la Guerre du Golfe, on a compris la nécessité d'une approche plus intégrée pour les règles d'engagement que doivent suivre la marine, l'armée et l'aviation, et qu'il est impératif d'élaborer des règles applicables dès le début des hostilités.

Dans les Forces canadiennes, l'intégration des avocats militaires au processus de rédaction des règles d'engagement ne pose presque plus de problèmes. Les avocats militaires du quartier général au niveau stratégique, opérationnel et parfois tactique, ont participé à la rédaction et à l'interprétation des règles d'engagement depuis la Guerre du Golfe²³.

L'effet de la loi sur le « choix des objectifs » est aussi souvent mal compris.

Essentiellement, si le pouvoir du commandant de recourir à la force militaire comporte

²² W.J. Fenrick., « International Legal Aspects of Canadian Forces Experience in the Recent Gulf Conflict », précité, note 11, à la p. 15.

²³ Pour une étude sur certains défis que posent, en ce qui touche l'attitude des militaires, l'application des règles d'engagement, voir Colonel K.W. Watkin, « Guerriers, obéissance et primauté du droit », hiver 2000/printemps 2001, Le bulletin de doctrine et d'instruction, Vol. 3, No. 4/Vol. 4, No.1.

des limites. Cependant, ceci ne veut pas dire que les restrictions juridiques qui s'appliquent doivent faire obstacle à l'efficacité d'attaques ou des opérations défensives. En ce qui concerne le choix des objectifs, le droit est en général plus soucieux des motifs du recours à la force (la nécessité militaire) et des dégâts subsidiaires qui peuvent en découler (les effets sur le personnel et les objets civils).

La légalité du choix des objectifs ne fait pas abstraction des considérations militaires pratiques. Compte tenu des contraintes logistiques auxquelles sont soumis la plupart des commandants, la question de la forme la plus efficace de recours à la force se rattache nettement aux questions juridiques concernant le choix des objectifs. Les deux facteurs visent surtout le bon accomplissement de la mission militaire en sacrifiant le minimum de ressources. De plus, le droit opérationnel et, par extension, l'avocat spécialisé en droit opérationnel, visent à évaluer les conséquences, au sens large du terme, des décisions prises par les commandants opérationnels. Il est possible qu'un commandant de rang relativement inférieur dans la chaîne de commandement veuille détruire un certain objectif afin d'accomplir un objectif militaire limité; cependant, cet acte de destruction peut entraîner des contrecoups qui l'emportent nettement sur les gains militaires obtenus.

Les critères juridiques consacrés par le droit des conflits armés en matière de conflits internationaux, et le droit pénal interne qui régit les opérations internes, donnent aussi les grandes lignes des limites que la société impose à certains comportements. Par exemple, lorsque les forces coalisées ont décidé de ne pas détruire deux avions de chasse irakiens situés à côté du temple antique d'Our, on avait pesé les avantages militaires de la

manœuvre d'une part, et les conséquences néfastes de la destruction de biens culturels d'autre part²⁴.

Pendant la Guerre du Golfe, chaque branche des forces armées américaines avait son propre comité de choix des objectifs, qui comprenait des avocats spécialisés parmi ses membres. Après avoir reçu une liste de cibles prioritaires, les comités ont élaboré des stratégies pour les atteindre. Une liste de cibles a ensuite été établie pour le jour suivant. Cette liste comprenait une annexe, dans laquelle un avocat signalait toutes les possibilités de violation du droit de la guerre²⁵. Le commandant a ensuite pris une décision définitive quant aux cibles à frapper le jour suivant²⁶. Les avis donnés par les avocats militaires canadiens au cours de la Guerre du Golfe au sujet du choix des objectifs ont été beaucoup plus modestes, ce qui reflète le faible degré de participation des unités aériennes canadiennes aux attaques air-sol. Après le 20 février 1992, lorsque les avions canadiens ont commencé à bombarder les forces iraqiennes, les avocats militaires canadiens ont donné comme avis que les membres des forces iraqiennes autres que le personnel médical et religieux étaient des combattants réguliers et qu'ils pouvaient donc être attaqués²⁷.

Le processus de choix des objectifs est devenu de plus en plus sophistiqué au cours de la dernière décennie et les avocats militaires sont devenus des participants de plein droit aux décisions à ce sujet. Plus récemment, les avocats militaires canadiens ont été directement

²⁴ Conduct of the Persian Gulf War, précité, note 6, p. 0-24.

²⁵ Keeva, « Lawyers in the War Room », précité, note 20, à la p. 57.

²⁶ Ibid., aux p. 57 et 58.

intégrés au processus de choix des objectifs lors de la campagne aérienne de l'OTAN au Kosovo. Donner des avis juridiques en matière de choix des objectifs constitue maintenant une activité régulière pour les conseillers juridiques, pour les opérations à tous les échelons.

Responsabilisation

Les violations de la loi au cours d'opérations militaires, même les plus mineures, sont susceptibles d'attirer l'attention du public. Si les médias ont fait l'objet de certaines restrictions en ce qui a trait à leur accès au champ de bataille lorsque le conflit a eu lieu dans des lieux isolés (par ex., les Falklands, la Grenade et l'Iraq et le Koweït), avec les progrès de la technologie moderne, il est devenu extrêmement difficile de contrôler la surveillance externe des opérations militaires. De plus, comme les Israéliens l'ont constaté pendant l'invasion du Liban en 1982, l'imposition de la censure et des contrôles aux médias peut jouer des mauvais tours lorsque l'ennemi donne librement accès au front, créant ainsi un système de « censure unilatérale »²⁸. Le massacre de My Lai pendant la guerre au Vietnam est un exemple frappant des effets que peut avoir la couverture, par les médias de la violation du droit des conflits armés sur la capacité d'une nation de mener ses opérations militaires. Le commandant d'aujourd'hui doit respecter les lois internationales et nationales qui touchent les opérations militaires.

²⁷ W.J. Fenrick, « International Legal Aspects of Canadian Forces Experience in the Recent Gulf Conflict », précité, note 11, à la p. 17.

²⁸ G. Mungham, « Israel: Fog Over Lebanon » *The Fog of War*, William Heinemann Ltd., Londres, 1987, à la p. 249. Quand on pense au danger de voir la presse mal comprendre ou relater de manière erronée des incidents, on comprend mieux l'importance de faire en sorte que les crimes de guerre possibles fassent rapidement l'objet d'enquêtes approfondies.

C'est une réalité incontournable de la guerre contemporaine: les commandants à tous les niveaux ne peuvent se permettre ni d'ignorer, ni d'oublier les aspects juridiques des opérations militaires. En mars 1993, un citoyen somalien a été battu à mort par des membres du régiment aéroporté du Canada; cette tragédie a non seulement occulté les succès impressionnants de cette mission, mais elle a aussi contribué directement à la dissolution du Régiment en 1995. Les avocats militaires ont assisté les Forces canadiennes pour tous les aspects de l'affaire somalienne. Des avocats militaires ont notamment été envoyés en Somalie pour donner des conseils sur l'enquête de la police militaire, l'accès à des avocats de la défense sur le théâtre des opérations, et sur les activités d'une Commission d'enquête mixte militaire et civile qui se sont déroulées en partie au cours des opérations²⁹. Par la suite, des avocats militaires ont servi en qualité de poursuivants et d'avocats de la défense devant les cours martiales et ils ont assisté le Gouvernement canadien à présenter sa position devant la Commission d'enquête sur la Somalie.

La Commission d'enquête a elle-même reconnu l'importance du rôle que jouent les conseillers juridiques spécialisés en droit opérationnel lorsqu'elle a prôné, dans une série de recommandations, que des avocats militaires soient disponibles afin de conseiller les commandants opérationnels :

40.42 Que des avocats militaires dispensant des services consultatifs soient déployés à l'occasion des missions de formation ainsi que dans le cadre d'opérations réelles.

²⁹ Voir le rapport de la Commission d'enquête sur la Somalie, juillet 1993 (la Commission de Faye).

40.43 Que les avocats militaires dispensant des conseils juridiques donnent des avis aux commandants et aux troupes à propos des questions d'ordre juridique touchant tous les aspects des opérations, y compris les règles d'engagement, le droit des conflits armés, les Ordonnances d'organisation des Forces canadiennes et les Décrets ministériels d'organisation.

40.44 Que les avocats militaires dispensant des services consultatifs informent les membres des Forces canadiennes, avant et pendant le déploiement, au sujet des lois locales, du droit des conflits armés et des règles d'engagement³⁰.

Il y a une corrélation étroite entre la valeur des conseils de l'avocat spécialisé et la volonté des commandants militaires d'intégrer le droit des conflits armés et le droit national applicable directement à la planification, à la préparation et à l'exécution d'opérations militaires. L'avocat spécialisé en droit opérationnel peut être intégré aux opérations militaires de trois manières : en assurant une formation sur le droit applicable, en participant au processus de planification opérationnelle, en examinant les plans opérationnels et l'affectation de l'avocat militaire au QG, au niveau hiérarchique indiqué.

L'instruction juridique

Selon l'article 82 du Protocole additionnel I, les États, comme le Canada, se sont engagés à diffuser les Conventions de Genève et le Protocole, et plus particulièrement à les inclure dans leurs programmes d'instruction militaire. À la suite de l'affaire somalienne, les Forces canadiennes ont élaboré une trousse de formation complète, qui comprend un

30

ensemble de règles destinées à assurer une formation de base intitulée « le Code de déontologie des Forces canadiennes ». Les Forces canadiennes dispensent un cours sur le droit opérationnel dans le cadre du Collège d'état-major des Forces canadiennes (destiné aux majors et aux lieutenants-colonels) et des modules de droit opérationnel sont dispensés dans le cadre des cours destinés aux commandants militaires de haut rang, comme le Cours supérieur des études militaires (destiné aux colonels) et le Cours sur la sécurité nationale (destiné aux colonels/brigadiers-généraux). Une instruction est aussi dispensée dans d'autres écoles, notamment professionnelles, comme le Centre de guerre navale des Forces canadiennes.

En outre, il tombe sous le sens que si l'on veut que le personnel des Forces canadiennes s'acquitte correctement de ses obligations relatives aux opérations sur le territoire national, il doit y avoir une compréhension générale de l'environnement juridique dans lequel ils devront agir. La formation sur les aspects juridiques des opérations sur le territoire national constitue une partie intégrante de la formation préalable au déploiement des effectifs. Dans l'environnement politique national et international actuel, le commandant militaire doit être sensibilisé aux questions juridiques qui touchent les opérations; c'est un élément incontournable de ses attributions. L'avocat spécialiste est une personne ressource précieuse et, dans de nombreux cas, unique, qui permet de faire connaître les informations concernant le droit national et international qui touchent les opérations militaires.

La participation au processus de planification opérationnelle

Dès 1983, l'armée américaine a reconnu l'importance de faire participer des avocats spécialisés à la planification d'opérations militaires. Selon une note du ministère de la Défense, la présence de conseillers juridiques aux conférences de planification d'opérations et d'exercices conjoints et mixtes est obligatoire lorsque sont prévues des discussions sur les règles d'engagement et les sujets connexes.³¹ Dans les Forces canadiennes, les conseillers juridiques spécialisés doivent nécessairement participer à la planification et au déroulement des opérations. Des avocats militaires servent sur l'état-major interarmées (EMIA) au Quartier général de la Défense nationale, le Groupe des opérations interarmées des forces canadiennes, la 1^{ère} Division aérienne du Canada, les quartiers généraux de zone et le quartier général du commandement opérationnel naval. Les avocats spécialisés conseillent au quotidien le personnel chargé de la planification et de l'exécution des opérations.

Cette approche proactive permet d'éviter la planification d'opérations qui constitueraient des violations du droit national et international. Elle aide aussi à sensibiliser les supérieurs hiérarchiques aux questions juridiques qui se rapportent aux activités qu'ils planifient. Bien entendu, l'intégration réussie de l'avocat spécialisé en droit opérationnel au processus de planification dépend de sa capacité à démontrer concrètement la pertinence du droit opérationnel aux opérations proposées. Simultanément, il faut aussi que le personnel chargé des opérations soit disposé à accepter la présence d'un nouveau membre au sein de l'équipe de planification. Étant donnée l'importance des questions juridiques pour les opérations militaires, la participation de l'avocat spécialisé en droit

opérationnel dès le début du processus de planification constitue la manière la plus économique et efficace de faire en sorte que les opérations se déroulent conformément à la loi.

Pourquoi un avocat spécialisé en droit opérationnel?

Selon l'article 82 du Protocole I, des conseillers juridiques doivent obligatoirement être disponibles pour conseiller les commandants militaires, à l'échelon approprié, sur l'application des Conventions de Genève et du Protocole. Comme on l'a déjà signalé, la Commission d'enquête sur la Somalie a donné une importance accrue à cette obligation. Il n'y a pas de règle précise concernant le niveau auquel l'avocat spécialisé en droit opérationnel doit intervenir. Pour être efficaces, les conseils juridiques doivent être donnés en temps utile, et aux personnes qui doivent les utiliser pour prendre les décisions opérationnelles. Il ne suffit pas que ces conseils soient donnés à partir du quartier général national ou du quartier général de commandement. Les avocats spécialisés doivent être sur place, avec les forces militaires qu'ils appuient, et ce, pour trois raisons. Premièrement, pour être efficaces, les conseils juridiques doivent être fondés sur des faits précis et une appréciation réelle de l'environnement dans lequel l'avis juridique va être appliqué. Deuxièmement, le genre de questions juridiques auxquelles le commandant est confronté varie selon le niveau de commandement. Enfin, eu égard à la vitesse à laquelle les décisions doivent être prises, il est souvent nécessaire de donner des réponses aux questions relevant du droit opérationnel plus rapidement que ne peuvent le faire des quartiers généraux de niveau plus élevé. Un conseiller juridique à temps complet ne sera pas nécessaire pour chaque déploiement de forces militaires (par ex. pour les petits

³¹ Barnes, « Operational law, Special Operations and Reserve Support », précité, note 14, à la p. 3.

groupes d'observateurs des Nations Unies); cependant, plus le commandant militaire est autonome, plus il est nécessaire de lui assurer des conseils juridiques pertinents en temps utile, par l'intermédiaire d'un avocat spécialisé en droit opérationnel qui se trouve sur place.

Conclusion

Dans l'environnement politique et juridique d'aujourd'hui dans lequel les forces militaires doivent agir, le commandant militaire est confronté à un nombre croissant de questions juridiques qui peuvent avoir des répercussions sur le bon déroulement de sa mission. L'avocat spécialisé en droit opérationnel peut contribuer de manière importante au succès des opérations militaires nationales et internationales s'il fait en sorte que le commandant soit informé des facteurs juridiques dont il doit tenir compte lorsqu'il prend ses décisions. L'avocat spécialisé en droit opérationnel est une personne-ressource essentielle et souple pour les commandants à tous les échelons de la chaîne de commandement.